

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Director de la Agencia de Protección de Datos
Magistrado. Exvicepresidente TDC

1. APROXIMACIÓN AL TIPO DE LA PRÁCTICA PROHIBIDA

La persecución del abuso de posición dominante y de las prácticas colusorias es objetivo principal del derecho de defensa de la competencia.

Ambas prácticas vienen tipificadas, respectivamente, en los artículos 85.1 y 86 del Tratado de Roma¹ y por lo que respecta a nuestro país en los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en términos similares².

Para comprobar si se ha producido abuso de la posición de dominio habrá antes que determinar si la empresa en cuestión ostenta posición de dominio.

La posición dominante, si ha sido adquirida por medios lícitos, no se persigue por el derecho de la competencia, ya que si bien es cierto que la existencia en un determinado mercado de una o varias empresas con posición de dominio es exponente de inexistencia de competencia o de debilitamiento de la misma, también lo es que dicha posición se adquiere como consecuencia de una mayor eficiencia en el juego lícito de competir. Por ello, la posición de dominio no se persigue, pero es preciso también el que se vigile que no se alcance dicha posición por

¹ Hoy artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, ratificado por Instrumento del 23 de diciembre de 1998.

² Al menos hasta la reforma de la Ley 16/1989 por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, en lo que respecta al artículo 6, ya que ahora se tipifica, junto con el abuso de posición de dominio en dicho precepto, la explotación de dependencia económica y se explicitan en los nuevos apartados f) y g) prácticas que poco tienen que ver con las tradicionalmente consideradas como abuso de posición dominante.

medios ilícitos, tal como se hace en los artículos 14 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), al establecer un procedimiento de análisis para las concentraciones económicas evitando que tuvieran por único fin el alcanzar la posición de dominio.

Lo que se persigue, tanto por el Derecho comunitario europeo como por nuestro Derecho interno y en otros ordenamientos, es el que aquellos que se encuentren en posición de dominio abusen de ella, a diferencia del Derecho norteamericano que prohíbe la posición de dominio *per se* e incluso el simple propósito de alcanzarla. El artículo 6 de la LDC es el resultado de un delicado equilibrio entre dos tipos de intereses aparentemente contrapuestos: el de asegurar la libre competencia y el de admitir e incluso fomentar la concentración económica, no sólo porque es consecuencia del juego de la competencia, sino porque la concentración puede ser deseable para que las empresas puedan situarse en condiciones de competir ³.

Con la globalización de la economía puede fácilmente comprobarse cómo empresas que en mercados internos tienen una dimensión adecuada para competir, no ocurre lo mismo si pretenden acceder a otros mercados internacionales. De ahí que en los últimos años, en que se ha producido una mayor liberalización de nuestra economía, hallamos al mismo tiempo asistido a un importante proceso de concentración en los principales sectores económicos: construcción, energía, banca, transporte y telecomunicaciones, por citar sólo los ejemplos más significativos. Por ello, también que se haya producido una reforma de nuestra legislación de competencia en materia de control de concentraciones para una verificación más rigurosa de estas operaciones ⁴.

Deberá de evitarse por lo general el que se produzcan posiciones de dominio o que existiendo éstas se refuercen como consecuencia de la operación de concentración empresarial, porque ello contribuirá sin duda a un debilitamiento de las condiciones de competencia y podría facilitar el abuso de dicha posición ⁵.

El principal problema con el que nos enfrentamos los juristas a la hora de establecer si existe o no abuso de posición dominante es que ni nuestro Derecho interno ni el comunitario europeo definen el abuso de posición de dominio. La misma habrá de obtenerse del análisis económico sobre conceptos que de por sí encierran una gran indeterminación. De ahí que la doctrina coincida casi unánimemente en destacar la dificultad que ello encierra y, por ello, también las discrepancias que encontramos como resultado de dicho análisis y el que resulte especial-

³ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia*, p. 983.

⁴ Real Decreto-ley.

⁵ Ver al respecto mi ponencia «Privatización de empresas públicas en posición de dominio y derecho de la competencia», en *Jornadas sobre aspectos jurídicos de las privatizaciones*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 8 de abril de 1997.

mente útil el examen de la jurisprudencia del TJCE y de las resoluciones de nuestro TDC.

La primera observación que hacen los tratadistas sobre la materia es que las prácticas prohibidas por el artículo 6 LDC vienen referidas por dicho precepto a una o varias empresas, concreción que, por el contrario, no existe en nuestro artículo 1 en el que se prohíben las prácticas colusorias⁶. La realidad nos demuestra que si bien la concertación anticompetitiva resulta posible en supuestos de sujetos no empresarios, estos supuestos han de ser excepcionales, pues generalmente van a tener lugar entre empresarios, aunque en algunos casos se produzcan dentro de una organización empresarial. En el caso del abuso de posición dominante ésta va a producirse por parte de una empresa o varias, pertenezcan o no a un mismo grupo, pues son éstas las que más directamente intervienen en el mercado, y las consecuencias más mediatas van a sufrirlas los competidores que podrán verse amenazados por su expulsión del mercado o para no permitírseles su consolidación al introducirse en un mercado. Serán finalmente los consumidores y el interés público de mantenimiento de la competencia los que resulten dañados.

No obstante, la concreta referencia del artículo 6 LDC y del artículo 82 TCEE a las empresas, como tiene señalado el TJCE en Sentencias de 12 de diciembre de 1974 y 20 de marzo de 1985, debe entenderse en el sentido de que *«los agentes económicos considerados empresas a efectos del Derecho comunitario de la competencia son todas las entidades que ejercen actividades de carácter económico, con independencia de su forma jurídica»*, precisando que *«se considera actividad de carácter económico toda actividad, incluso sin fines lucrativos, que participe en los intercambios económicos»*. Este mismo criterio es el seguido por el TDC, como puede comprobarse en múltiples resoluciones, entre las que destacan por su número las relativas a Colegios Profesionales a los que aplica la LDC cuando actúan defendiendo intereses económicos corporativos. De igual forma, en Resolución de 23 de diciembre de 1988 *«First, S. A./Feria de Muestras de Barcelona»*, al aparecer esta última como operador económico, se le ha de aplicar el derecho de la competencia. También, y en base a la misma motivación, a la Cofradía de Pescadores de Santander, Santoña y Laredo (Resolución de 18 de diciembre de 1991). Asimismo, la consideración de las Administraciones Públicas como operadores económicos ha sido objeto de análisis en lo que se refiere al supuesto concreto de la ejecución de obras por la propia Administración Pública y a su compatibilidad con el derecho de la competencia, manteniéndose al efecto un criterio restrictivo respecto de concretar el amparo directo de la Ley a la posibilidad de que no se apliquen las normas reguladoras de la libre competencia⁷.

⁶ En el Derecho comunitario ambas prácticas vienen concretadas, tanto por el artículo 85.1 como por el artículo 86, a empresas.

⁷ L. CASES PALLARES, «La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 639, 1997.

La segunda diferencia viene referida al trato que tanto el legislador nacional como el comunitario dan a ambas conductas, ya que las prácticas a que se refieren los artículos 1 LDC y 81.1 del Tratado podrán gozar de una exención por categoría o una autorización singular, posibilidades que no caben en los abusos de posición dominante.

Para determinar el abuso de posición dominante habrá de examinarse previamente la posición de dominio de la que se abuse. Mas la posición dominante vendrá necesariamente referida a un mercado concreto que es preciso determinar, no pudiendo aquélla producirse en abstracto. Por ello habrá que comenzar por delimitar el denominado por la doctrina económica como mercado relevante, mercado de referencia, mercado en causa, mercado pertinente o mercado concernido. El TJCE ha señalado que para juzgar si una empresa está en posición dominante habrá que comenzar por delimitar el mercado concernido⁸.

2. DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

El determinar el mercado relevante acarrea la necesidad del análisis de conceptos económicos. Pero también habrá indudablemente que contemplar la posición de la empresa en un espacio geográfico en el que opera o al que extiende su influencia. Habrá de concretarse esa posición respecto de productos o servicios determinados que fabrique o comercialice la empresa examinada y analizar el grado de sustituibilidad de los mismos y los efectos que produce, no sólo desde el punto de vista de la oferta, sino también desde el punto de vista de la demanda y el grado de elasticidad de la misma.

Suele coincidir la doctrina económica al señalar que los resultados pueden ser distintos si se delimita el mercado relevante desde la perspectiva de la economía industrial o desde el punto de vista de la política de competencia, e incluso no en todos los casos *anti-trust* el mercado de referencia puede delimitarse de la misma forma. Dependiendo que se analice una concentración o un abuso de posición de dominio puede precisarse una delimitación del mercado de forma diferente, toda vez que en el primer supuesto se analizará un mercado con prospección de futuro, mientras que en el segundo habrá de considerarse la situación que exista en un momento concreto.

La Comisión, en su Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia⁹, después de señalar que existen tres fuerzas que determinan el grado de competencia —sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial— establece que para la delimitación del mercado relevante la fundamental de las tres fuerzas señaladas es

⁸ Sentencia de 31 de mayo de 1979, caso Hasen.

⁹ Comunicación de la Comisión 97/C372/03, *DOCE*, 9 de diciembre de 1997.

la sustituibilidad de la demanda, teniéndose en cuenta la de la oferta sólo en aquellas situaciones en las que los efectos de la sustituibilidad de la oferta son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en cuanto a su eficacia y rapidez de reacción, no teniéndose en cuenta la competencia potencial para la definición de los mercados. Estos criterios de la Comunicación de la Comisión son considerados como directriz muy conservadora y poco ambiciosa al no contemplar todos los elementos de análisis en un caso complejo ni los utilizados por la propia Comisión en su práctica habitual, y calificado de grave error el determinar que la competencia potencial no se va a tener en cuenta en la delimitación del mercado relevante ¹⁰.

A. MERCADO GEOGRÁFICO

La delimitación espacial de análisis del mercado geográfico viene dada en el propio artículo 6 LDC, que señala que la posición de dominio debe darse en todo o en parte del mercado nacional, sin exigir que la parte de éste sea sustancial, como refiere el artículo 82 TCE.

El TDC ya señaló en su Sentencia de la Sección Primera de 22 de junio de 1976 que *«el mercado está constituido por el conjunto de personas que ofrecen y demandan, respectivamente, un producto o la prestación de un servicio en un espacio y momento determinados»* ... *«y así puede referirse dicho concepto al mercado nacional o internacional, regional, local por poblaciones e incluso urbano por distritos, zonas o barrios en las grandes poblaciones»*. En este expediente queda concretado el mercado geográfico al término municipal de *«Cabezuela del Valle»*.

En Sentencia del Pleno de 7 de enero de 1992, asunto Ausonia-Arbora, el TDC concreta el mercado geográfico en el nacional, toda vez que *«a pesar de la conexión del mercado nacional con el europeo, el primero constituye un espacio diferenciado con sus propios ofertantes que disponen de redes de distribución y políticas de comercialización locales, y con demandantes también específicos, quedando localizado en este ámbito el conflicto que ha originado el expediente»*.

En Resolución de 29 de julio de 1999, Interflora, el TDC señala que *«el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ellas prevaecientes son sensiblemente distintas de aquéllas»* ¹¹. Aplicando la anterior doctrina al caso examinado, establece el TDC que el mercado geográfico relevante debe concretarse en el mercado

¹⁰ C. ALCAIE GUINDO, «Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado», en *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO, 1998, p. 81.

¹¹ FJ 4.

nacional toda vez que *«aunque el servicio delimitado en el apartado anterior abarca el envío internacional, las diferencias en cuanto a elementos culturales y lingüísticos, el particular comportamiento de la demanda nacional, así como el hecho de que las ventas de pedidos procedentes o para el exterior son poco significativas en el total de ventas de las empresas participantes»*. La determinación del mercado geográfico según se comprueba en esta Resolución está íntimamente ligada a un producto concreto y para su delimitación se han de tener en cuenta muy diversos factores y especialmente el comportamiento de la demanda.

El TDC ha resuelto entre 1998 y 1999 varios expedientes sobre abuso de posición de dominio referidos a empresas suministradoras de servicio eléctrico, concretando el mercado geográfico en una pequeña población, en un valle o en varios municipios de una provincia.

Así, la delimitación del mercado geográfico puede quedar circunscrita a una pequeña población como Santa Pau, según establece el TDC en su Resolución de 5 de mayo de 1999, *«Electra Curós»*¹². Las empresas enfrentadas en este procedimiento mantenían posturas distintas respecto a la concreción geográfica que debía considerarse para comprobar si Hidroeléctrica de l'Emporda ejercía posición de dominio y en su caso si abusaba de ella. Esta empresa afirmaba que el mercado geográfico era toda la comarca de la Garrotxa, porque Eléctrica Curós suministra electricidad en varias localidades de la misma. El TDC señala que el mercado geográfico de referencia comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, *«en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalencientes son sensiblemente distintas a aquéllas»*. Se analiza a continuación que Eléctrica Curós suministra en régimen de duopolio en la localidad de Santa Pau junto con Hidroeléctrica de l'Emporda y, en cambio, lo realiza en régimen de monopolio en varios municipios de la comarca de la Garrotxa, por lo que las condiciones de competencia son distintas en aquella localidad que en las del resto de la comarca. Atendiendo principalmente a las condiciones de competencia se concreta el mercado geográfico de referencia al pueblo de Santa Pau.

También se delimita como mercado geográfico la pequeña población de Caldes de Montbui en el que Electra Caldense distribuye energía eléctrica que adquiere de Enher y Hec, toda vez que es en dicha población a la que concreta su distribución y no puede adquirir la electricidad de otras compañías, pues las alternativas, en su caso, son imposibles porque una potencial suministradora no tiene capacidad técnica para suministrar potencia adicional y el recurrir a otra posible supone para Eléctrica Caldense un coste notoriamente oneroso e implicaría renunciar a la tarifa D¹³ (Resolución de 19 de febrero de 1999).

¹² FJ 5.

¹³ FJ 2.

En Resolución de 29 de septiembre de 1999, Eléctrica de Llémana, se concreta el mercado geográfico en el valle de Llémana, *«por las características físicas del valle de Llémana y el hecho de que la única conexión posible de las líneas de Eléctrica de Llémana, S. L., sea con las del grupo Enher-Hec»*.

En el expediente Electra Avellana, que falla el TDC en Resolución de 7 de julio de 1999, el mercado geográfico se concreta en los municipios de Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas, en donde Electra Avellana distribuye, en régimen de duopolio con Enher, energía eléctrica que además adquiere de ésta.

En un supuesto en que se cuestiona el abuso de posición de dominio de una empresa de servicios funerarios, por imponer precios no equitativos por la venta y alquiler de sepulturas y nichos y por servicios de enterramientos, se concreta el mercado geográfico de referencia en el término municipal de Alcalá de Henares. Señala el TDC al respecto que cabe distinguir un mercado de enterramientos con dimensión local y un mercado de servicios funerarios con dimensión geográfica mayor que podría considerarse que se extiende a todo el territorio nacional. *«Así delimitado el mercado, es evidente que la principal actividad de la sociedad Cementerio Jardín de Alcalá, S. A., que es la de enterramientos y la venta y alquiler de sepulturas, ha de enmarcarse en el mercado de referencia exclusivamente local»*¹⁴ —Resolución de 25 de mayo de 1999, Funeraria Alcalá—. Se echa de menos en esta Resolución un análisis más profundo del mercado geográfico, tanto desde el punto de vista de la oferta como del de la demanda, pues, aunque se concreta que en aquella localidad no existe otro cementerio más que el Cementerio Municipal, que se encuentra al límite de su capacidad, pudieran existir otros cementerios próximos con capacidad suficiente para posibilitar el poder tener alternativas a las ofertas de la entidad inculpada, salvo que barreras normativas, que no se consideran en la Resolución, pudieran imposibilitar una delimitación más amplia del mercado.

En el supuesto de los Colegios Profesionales de Arquitectos, el TDC viene delimitando el mercado geográfico al ámbito de su actuación territorial. Así, en Resolución de 19 de noviembre de 1999, Arquitectos Madrid, el mercado geográfico se concreta en *«el territorio de la CAM que corresponde con la zona de influencia del Colegio denunciado»*¹⁵, definición del mercado que se deriva de la delimitación normativa de las competencias del Colegio.

Referidos al sector de las Telecomunicaciones, existen diversas resoluciones del TDC. En ellas se concreta el mercado geográfico en el territorio nacional. Así, en Resolución de 21 de enero de 1999, *«BT/Telefónica»*. También se concreta igual mercado geográfico en Resolución de 26 de

¹⁴ FJ 5.

¹⁵ FJ 3.

febrero de 1999, «... *atendiendo al ámbito territorial en que se producen los efectos de las conductas ...*»¹⁶.

En Resolución 15 de abril de 1999 (Azúcar), aunque el expediente no se refiere a abuso de posición de dominio, se hace una delimitación minuciosa del mercado geográfico, atendiendo tanto a regulaciones normativas como a consideraciones económicas. Aunque se concluye que el mercado geográfico a efectos del expediente es el nacional, se incluyen dos precisiones relevantes. Por una parte, el que existe una porción del territorio —la zona fronteriza con Francia— en que las condiciones del mercado son distintas y, por otra, se aprecia que el mercado geográfico definido —que es el mercado nacional— constituye una parte sustancial del mercado común a efectos de la aplicación del artículo 82 TCE.

B. MERCADO DE PRODUCTO

Como ya se adelantaba antes, la posición de dominio tiene que referirse a un determinado tipo de producto o servicio que se ofrece en el mercado. Para ello es necesario precisar qué productos o servicios forman parte de un mismo mercado. La delimitación objetiva del mercado exige determinar qué productos o servicios forman parte de un mismo mercado, lo que resulta complicado toda vez que existen diversos criterios económicos al respecto. Sin embargo, pero no obstante, esta delimitación del mercado de producto es fundamental, puesto que un error en ella puede llevar a error acerca de la existencia de posición de dominio¹⁷.

Los criterios tradicionales son dos: el de las elasticidades cruzadas del precio —de demanda o de oferta— y el de las correlaciones de precios, a los que se han añadido otros tres más o menos recientemente: ajuste parcial de Horowitz, causalidad de Slade y demanda residual de Scheffman y Spiller¹⁸.

Últimamente se recurre con frecuencia a la prueba del SSNIP, «*pequeño aunque significativo incremento no transitorio de precios*», para la delimitación del mercado relevante de producto. Así, el mercado de producto está formado por el menor grupo de productos para los que un hipotético monopolista encontraría beneficioso realizar un pequeño, aunque significativo, incremento no transitorio de precios, entre un 5 y un 10 por 100.

La Comunicación de la Comisión, antes referida, señala directrices para definir el mercado de producto, estableciendo los elementos que considera pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos, desde el punto de vista de la demanda¹⁹, principal criterio que según

¹⁶ FJ 4.

¹⁷ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, p. 993.

¹⁸ C. ALCAIE GUINDO, *op. cit.*

¹⁹ Párrafos 37 a 43 de la Comunicación.

dicha Comunicación ha de tenerse en cuenta para la delimitación del mercado:

- Prueba de sustitución en un pasado reciente.
- Ensayos cuantitativos especialmente concebidos para delimitar los mercados, entre los que se encuentran:
 - Estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto.
 - Similitud de la evolución de precios.
 - Relación de causalidad entre series de precios.
 - Similitud o convergencia de precios.
- Opiniones de los clientes y competidores.
- Preferencias de los consumidores.
- Obstáculos y costes para el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos.
- Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

Según se señala en la Comunicación, los criterios enunciados por la misma para la delimitación del mercado no tienen que ser utilizados todos simultáneamente ni en todos los supuestos.

En definitiva, la definición del mercado relevante debe hacerse tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta. Por lo que respecta a la primera, los productos integrantes de un mismo mercado deben ser sustituibles, desde la perspectiva del consumidor, por precios, utilidades u otras características que en el mismo se aprecien. Desde el lado de la oferta habrán de tenerse en cuenta las empresas que produzcan o puedan fácilmente producir el producto considerado o sus sustitutos, esto es, los vendedores efectivos o los vendedores potenciales²⁰.

La complejidad que, en definitiva, conlleva la delimitación del mercado relevante de producto pone de relieve la utilidad de la jurisprudencia del TJCE²¹ y de las resoluciones del TDC.

En Sentencia de 22 de mayo de 1992, asunto Ausonia-Arbora, el TDC delimita como mercado relevante el de los pañales, diferenciándolo del mercado de los pañales para adultos y el de las compresas higiénicas femeninas, porque tras señalar que *«la precisión del producto que define el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien con su determinación de adquirir uno u otro decide la competencia entre los fabricantes»*, precisa después que *«aunque en este caso los tres tipos de productos cumplan una misma función, no satisfacen una misma necesidad: hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente*

²⁰ J. PASCUAL Y VICENTE, «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia*, marzo 2000.

²¹ Ver al respecto las Sentencias en los asuntos: Continental Can, Unid Brands, Hoffmann/La Rôche (entre otras).

a cada uno de esos tipos, que no resultan así sustitutivos, es decir, competitivos entre ellos»²².

En el mismo sentido, la anterior Sentencia de 16 de octubre de 1990 considera que *«un determinado tipo de producto debe considerarse atendiendo al criterio de equivalencia o sustituibilidad del producto desde el punto de vista del adquirente».*

En Sentencia de 30 de diciembre de 1991, asunto Electromedicina, en la que con respecto al mercado de producto señala como relevante el de los aparatos de electromedicina denominados bombas de cobalto para radioterapia, añade que dentro del mismo *«han de ser tenidos en cuenta, sin embargo, tanto las actividades de venta de nuevos aparatos, como las de mantenimiento y suministro de fuentes radioactivas para los mismos».* No obstante esta diferenciación, la Sentencia precisa que *«mantenimiento unido a la imagen de marca genera una especial relación con los clientes que resulta decisiva en el momento de proceder a una reposición de los aparatos al término de su vida útil».* En definitiva, tras una primera diferenciación del mercado de producto desde el punto de vista de su sustituibilidad técnica o de sus propias características, se analiza el comportamiento del consumidor a la hora de producir su demanda derivada del mantenimiento de los equipos y la imagen de la marca.

En Resolución de 26 de febrero de 1999, asunto Airtel/Telefónica, se consideran como integrados en un mismo mercado relevante de producto a los servicios considerados de telefonía celular, analógico y digital. De las características de ambos servicios, desde la perspectiva del usuario, *«se desprende que ambos servicios son modalidades de un sistema más amplio que es el de la telefonía celular. Sus características generales son una gran capacidad (permite la existencia de miles de abonados por Km²), extensas coberturas, terminales ligeros de operación y mantenimiento sencillo y tarifas lo más reducidas posibles con un sobreprecio razonable respecto de la red fija».* A continuación se analizan las diferencias entre ambos sistemas para concluir que *«las características generales comunes son las que cubren las necesidades normales del usuario, mientras que la mayor parte de las específicas del servicio digital (itinerancia internacional, transmisión de datos y otros servicios avanzados de telecomunicaciones, codificación digital de los mensajes o multiconferencia) sólo responden a necesidades específicas de una parte de la clientela normalmente de carácter profesional. En consecuencia, en los primeros momentos de la prestación del servicio digital, éste no constituye un mercado separado, sin perjuicio de que, a medida que evolucione, pueda acabar diferenciándose»²³.* La sustituibilidad de los sistemas de telefonía móvil, atendiendo las características de la demanda en el momento en que se realiza el examen, en el que el mercado de la telefonía digital era aún un mercado emergente, determina el que el TDC se pronuncie porque ambos sistemas de telefonía

²² FJ 1.

²³ FJ 4.

móvil —analógico y digital— pertenecen a un mismo mercado de producto.

Ya en el momento de adopción de medidas cautelares sobre el mismo asunto y desde la perspectiva indicada en que se han de considerar aquéllas, el TDC se pronunció por considerar a ambos sistemas —analógico y digital— como pertenecientes a un mismo mercado de producto y ello a pesar de recordar que la Comisión Europea en su Decisión de 4 de octubre de 1995, *Omnitel Pronto/Italia*, estimó que se trataba de dos mercados separados atendiendo a las nuevas funciones del sistema digital, aunque, según se señala en dicha Decisión, las conclusiones jurídicas en el caso por ella examinado sobre la posición de dominio no variarían si se consideraran segmentos de un mismo mercado.

En Resolución de 29 de julio de 1999, asunto *Interflora*, el TDC a la hora de determinar el mercado de referencia de producto parte de la premisa de que *«el mercado de referencia de producto o servicio, considerado desde la perspectiva de la competencia, debe tener en cuenta básicamente la estructura de preferencias de los consumidores, es decir, debe abarcar aquellos bienes y servicios que los consumidores consideren sustituibles por razones de sus características, su precio o el uso que se pretende hacer de ellos»*.

En el análisis del concreto mercado se parte de un estudio realizado por el propio Tribunal del que se extrae, como primera conclusión, que las flores y plantas como regalo, sobre todo en determinadas ocasiones, es poco sustituible por otros productos, y aun en el supuesto de que esto fuera posible, no existen estructuras desarrolladas similares a las que hay en el caso examinado para enviarlos a distancia. De otro lado, la flor cortada y planta ornamental susceptibles de entregarse en otra localidad puede dividirse en tres grupos de productos, cada uno de los cuales incluye subproductos sustituibles entre sí por razón de su posible utilización, características y precios:

- flores sueltas, ramos de flores —naturales y secas— y plantas individuales,
- centros de plantas y centros de flores —naturales y secas—, y
- trabajos para coronas, palmas, etc.

La finalidad de este último grupo hace que no pueda considerarse sustitutivo de los anteriores. Hecho el anterior análisis de los productos, una vez más desde su sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda, se pasa a continuación al análisis de los anteriores productos ligados al servicio que tiene por finalidad situar aquéllos en un destino final. A tal efecto señala el TDC: *«Por su parte, el servicio ligado a los anteriores productos —que tiene por finalidad colocar tales productos en su destino final, que es una localidad distinta a aquella en la que se encuentra el cliente— consiste fundamentalmente en la organización y administración de las condiciones necesarias para recibir una orden, transmitirla, ejecutarla, gestionar los flujos de pagos y cobros que se originan, y determinar las carac-*

terísticas y condiciones de los pedidos que se reciben y los ejecutados por las floristerías organizadas en una red.» Se llega así a la conclusión de que «desde el punto de vista del producto o servicio, el mercado de referencia es el de flores y plantas ornamentales, en las modalidades anteriormente descritas para su entrega a distancia»²⁴.

Es, en definitiva, el servicio que proporciona Interflora respecto del suministro a distancia de flores y plantas ornamentales el que delimita el mercado relevante de producto o servicio.

También el TDC en Resolución de 29 de julio de 1999, asunto Telefónica/Ibertex, se plantea si los servicios de Ibertex y de Internet e Infovía forman parte de un mismo mercado, relevante o no, analizando su posible sustituibilidad, ya que *«si tales servicios no fueran sustitutivos, resultaría que se produce una segmentación entre diversos mercados de transmisión de datos, y el mercado relevante a los efectos del caso sería el de la prestación de servicios a través del sistema Ibertex; si, por el contrario, los servicios resultaran ser altamente sustitutivos, podría considerarse que existe un solo mercado de transmisión de datos»*. Partiendo de un informe técnico emitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se comienza a analizar por el TDC la posible sustituibilidad desde el punto de vista técnico. Así, se destaca que dichos servicios tienen características comunes, por lo que sirven esencialmente para atender a las mismas necesidades. No obstante, Internet e Infovía son técnicamente más avanzados, tienen mayor grado de velocidad y de prestaciones. Analizada su sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda entiende el Tribunal que el supuesto analizado *«exige investigar las diferencias de coste, así como las restantes características que pudieran explicar la mayor o menor preferencia hacia uno de ellos»*.

Señala el Tribunal que *«en el caso que se investiga los costes relevantes son esencialmente aquellos en los que se ven obligados a incurrir las diversas partes como consecuencia de la transición de un sistema a otro»*. A continuación se afirma que esa transición es posible tanto para el centro servidor como para el cliente final y que los costes no resultan excesivos, lo que podría llevar a la conclusión de que estos sistemas son altamente sustitutivos. Después de esta conclusión, fija su atención el TDC en las diferencias de funcionamiento comercial de dichos sistemas, y califica de importantes las diferencias: *«El consumidor final puede no ser indiferente a la elección entre un sistema de facturación en el que los servicios de consulta quedan englobados en un recibo telefónico de carácter periódico u otro que exija la identificación individual y el pago específico de los servicios prestados.»*

Finalmente se señala que *«la falta de indiferencia supone que una empresa que hubiese realizado importantes inversiones en desarrollar la prestación de servicios a través de Ibertex podría ver frustrados sus esfuerzos si resultara obligado a emigrar hacia otros sistemas con características dife-*

²⁴ FJ 4.

rentes desde el punto de vista comercial». Por ello concluye el Tribunal en considerar mercado relevante el de servicios a través del sistema Ibertex.

Si bien parece resultar, en definitiva, acertado el que se concrete el mercado relevante en el de prestación de servicios a través del sistema Ibertex, no se comprende bien el análisis que realiza el TDC de posibles sustituibilidades entre aquel sistema e Infovía e Internet, pues tanto en los antecedentes de hecho como en los hechos probados lo que se señala es que una compañía, la denunciante, proveedora de los servicios Ibertex a través de un contrato suscrito con Telefónica por el que pasaba a ser centro servidor del indicado servicio, ve denunciado el citado contrato unilateralmente por esta compañía que le propone suscribir uno nuevo en condiciones menos desventajosas y sometido a prórroga mes a mes.

3. POSICIÓN DE DOMINIO

Delimitado el mercado relevante sobre el que actúa el sujeto cuya conducta ha de ser enjuiciada como de posible abuso de posición dominante, habrá de procederse a continuación a examinar si tiene en el mismo posición de dominio toda vez que sólo podrá abusar de su posición de dominio quien ostente ésta.

La antigua Ley española sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, como otras normas anteriores o contemporáneas a la misma, concretaba lo que debe entenderse por posición de dominio²⁵, pero la LDC de 1989, siguiendo el modelo del hoy artículo 82 TCE, no da definición alguna de posición de dominio. Una definición legal podría ayudar a perfilar esta compleja realidad pero al propio tiempo también podría suponer una limitación para el Tribunal, sobre todo si se tiene en cuenta la movilidad de las realidades económicas²⁶. Una vez más habrá que recurrir al análisis de una serie de elementos que conjuntamente van a dar como resultado la posición dominante pero que considerados aisladamente pudieran no ser determinantes. Lo decisivo será el determinar los factores que en cada caso deben analizarse, así como las condiciones precisas del mercado para poder concretar la existencia de posición de dominio. Ante la dificultad que ello encierra es, una vez más, elemento decisivo el echar mano de la jurisprudencia del TJCE y de las resoluciones del TDC, que ante la consideración de supuestos muy diversos en mercados heterogéneos han debido resolver caso a caso partiendo de la determinación de los factores relevantes en cada supuesto. Incluso los tratadistas más prestigiosos de la materia se comprueba que echan mano de aquéllos para afrontar este tema.

²⁵ Artículo 2.2.

²⁶ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*

Los criterios o métodos de análisis más significativos que permiten comprobar la posición de dominio son los relativos a estructura, comportamiento y resultado²⁷.

En el análisis de estructura se parte de la organización y funcionamiento de ese mercado, lo que corresponde a las condiciones objetivas: industriales, financieras o tecnológicas de cada sector. Se ponderan, entre otras, la dimensión o tamaño de la empresa, la cuota de mercado, el grado de concentración del sector, la diferenciación de los productos o las condiciones de acceso al mercado.

El análisis desde el punto de vista del comportamiento valora el desarrollado por las empresas y el grado de autonomía de sus decisiones. Así, pueden observarse: la influencia preponderante, la sustracción a la competencia, la libertad de acción de las empresas, la fijación de precios, etc.

Los criterios de resultado tratan de demostrar la posición dominante por las consecuencias que para empresas o sus competidores derivan de su comportamiento.

Otros autores agrupan principalmente sus criterios en torno a los grandes factores ligados a la situación competitiva en el mercado —cuota de mercado y mantenimiento de la misma, ausencia de competencia potencial o de comportamiento de la clientela— y a la estructura de la empresa —mayor o menor integración vertical, avance tecnológico, potencia económica de la empresa—²⁸. Incluso no falta quien distinga la posición de poder y la posición dominante, ubicándose la primera en un eslabón más de la cadena que describe las situaciones de poder de una empresa, en donde la posición dominante coincide con la expresión máxima de poder. Partiendo de su análisis en la aplicación del Derecho antitrust norteamericano, se señala que es cada vez mayor la tendencia a requerir la prueba de una cierta posición de poder cuando se valoran acuerdos entre empresas, lo cual, extrapoliándolo a las normas comunitarias y nacionales, lleva a que deba exigirse la posesión de una posición de poder para determinar el carácter anticompetitivo de un acuerdo ante los artículos 81.1 TCE y 1 LDC, y como exige la Ley, debe acreditarse la existencia de una posesión sustancial de poder —posición dominante— para analizarse si se ha producido un abuso de posición de dominio ante los artículos 82 TCE y 6 LDC²⁹.

En Resolución de 3 de febrero de 1992, Tecnotrón, el TDC comienza declarando que «*la existencia de posición de dominio es fundamentalmente cuestión de poder económico, técnico y, en definitiva, potencial, de actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la compe-*

²⁷ C. FERNÁNDEZ LERGA, *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, 1994, p. 194.

²⁸ DE ROUX y VOILLEMAT, «Droit de la Concurrence CEE», en *Jurisdictionnaires joly*, París, 1982.

²⁹ C. GINER PARREÑO, *Distribución y Libre Competencia*, Montecorvo, 1994, pp. 112 ss.

tencia»³⁰. Más adelante señala que «*la posición de dominio de una empresa se ostenta cuando la empresa en cuestión en relación con un mercado específico tiene la posibilidad de tener un comportamiento independiente y que por esa sola cualificación restrinja la competencia*». En la misma Resolución y Fundamento Jurídico se concretan los elementos que integran la posición de dominio: «*Comportamiento independiente y depresión de la competencia son, pues, los elementos que configuran claramente la posición de dominio. El primero, por cuanto implica que el dominante no tiene en cuenta sustantivamente la presencia de los competidores en el mercado —siendo así que la defensa de la competencia tiende precisamente a que exista el mayor número de operadores que compitan entre sí— y el segundo, por cuanto que es el elemento que justifica precisamente la interdicción del abuso, impidiéndole así al dominador la realización de determinados comportamientos que, de no darse dicha posición, serían perfectamente lícitos*».

Del análisis de la jurisprudencia del TJCE y de las decisiones de la Comisión puede llegarse a la conclusión de que debe relativizarse cada uno de los elementos que deben analizarse como factores de desigual importancia.

Por lo general la cuota de mercado, sobre todo si ésta es muy importante, es un elemento significativo aunque tenga que complementarse con el análisis de otros elementos. Hay quien llega a afirmar que la cuota de mercado es el índice de mayor prueba de la existencia de una posición de dominio y en cualquier caso un índice necesario que puede resultar suficiente en sí mismo³¹.

Como tiene señalado el TJCE, la posición de dominio, a diferencia de lo que ocurre en una situación de monopolio, no excluye la existencia de un cierto grado de competencia, pero coloca a la empresa que se beneficia de aquella posición en situación de influir en las condiciones en que esa competencia se desarrollará. También se distingue la posición dominante de las situaciones de oligopolio, porque en estas últimas los comportamientos se influyen recíprocamente, mientras que el comportamiento de aquel que se beneficia en la posición de dominio se determinará en gran medida de forma unilateral³². Estas consideraciones del TJCE sobre las situaciones de monopolio, oligopolio y posición de dominio muestran cómo un indicio en apariencia tan claro como el de la cuota de mercado puede ser engañoso si no se complementa con el análisis de la estructura de ese mercado para valorar otros elementos³³.

Si bien el ostentar una alta cuota de mercado no es, *per se*, elemento determinante de la posición de dominio, no puede por lo general desprejiciarse el análisis de éste.

³⁰ FJ 2.

³¹ R. GALENE, *Le Droit de la Concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles*, EFE, 1995, p. 264.

³² Sentencia de 13 de febrero de 1978, Hoffmann-La Roche.

³³ C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 195.

La Comisión en su Comunicación³⁴ señala que, en el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo comportarse con relativa independencia respecto de competidores, clientes y consumidores. Pero añade a continuación, *«tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado siempre que los demás factores analizados en la valoración³⁵ apunten en la misma dirección³⁶»*.

El TDC ha venido considerando la cuota de mercado como elemento principal para determinar la existencia de posición de dominio en muchas de sus resoluciones. Así, en Resolución de 7 de enero de 1992, *Arbora-Ausonia*, señala: *«la empresa Arbora Holding, S. A., S. en C. (antes Arbora Corporation), tiene una proporción del mercado español de bragas y pañales desechables para la protección sanitaria de los niños que permite afirmar que posee una posición de dominio en ese mercado»*. Es la empresa líder del mismo y casi dobla en ventas al siguiente productor³⁷ *«Laboratorios Ausonia, S. A.»*. Pero en la misma Resolución, a efectos de fijar la posición de dominio conjunta de estas dos empresas respecto de las restantes empresas competidoras, compara su cuota de mercado y el volumen de ventas con los que tienen aquéllas. Incluso debe analizarse la capacidad de las empresas para mantener la cuota³⁸.

Otra Resolución del TDC que tiene muy en cuenta la cuota de mercado es la de 26 de febrero de 1999 (*Airtel-Telefónica*), con la peculiaridad de que considera la posibilidad de extender la posición de dominio a un mercado vecino. En esta Resolución, tras examinar la evolución de las cuotas de mercado de la telefonía móvil de denunciante y denunciada en los cuatro últimos años y la diferencia en su número de abonados en el mismo período, se concluye que *«de los datos expuestos, el Tribunal estima que Telefónica Servicios Móviles tiene posición de dominio, ya que ofrece en exclusiva el servicio de telefonía analógico³⁹, que es el de mayor cobertura, tiene una cuota de mercado muy superior a la de Airtel e incrementa la diferencia entre el número de usuarios abonados, ya que puede utilizar los clientes del servicio analógico que pasan a ser usuarios del servicio digital»⁴⁰*. Aunque al delimitar el mercado relevante de producto se estableció que a efectos de aquel expediente era el de la telefonía celular, pues en los primeros momentos de prestación del servicio digital la telefonía móvil analógica y la digital no constituyen mercados separados, sin perjuicio de que a medida que evoluciona pueda acabar diferenciándose⁴¹, también se analiza por separado el mercado circunscrito al servicio

³⁴ Ver *supra* 8.

³⁵ Barreras de entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.

³⁶ Párrafo 10.

³⁷ FJ 1.

³⁸ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*

³⁹ Hasta el año 2007.

⁴⁰ FJ 5.

⁴¹ FJ 4.

digital señalándose que, «conforme a los argumentos antes expuestos, *Telefónica Servicios Móviles también tendría posición de dominio*», que en este caso se refuerza con la ventaja temporal en la prestación del servicio, red de distribución analógica operativa que puede comercializar el servicio digital, información privilegiada sobre hábitos de llamadas tanto por grupos de usuarios como por regiones y economías de escala en infraestructuras, como también por el hecho de que su preeminencia en el mercado de la telefonía móvil analógica le permite extender su posición de dominio en el primero al mercado vecino⁴². En este supuesto resultan elementos determinantes para considerar la existencia de posición dominante la cuota de mercado de la denunciada y su posicionamiento en el mercado relevante, sin que, en cambio, influya en su concreción el poder económico de denunciante y denunciada, que podrían considerarse semejantes.

El Tribunal ha apreciado también, como elemento principal para determinar la posición de dominio, la elevada cuota de mercado y la fuerte implantación de la marca. Así, en Resolución de 29 de julio de 1999, Interflora, se señala: «*En este caso, del estudio de mercado elaborado se desprende claramente que Interflora tiene posición de dominio por su elevada cuota de mercado (más del 77 por 100, tanto en número de pedidos como en el valor de los mismos), por la fuerte implantación de su marca (debido a haber sido la primera y, durante mucho, prácticamente la única empresa en el mercado ofertando el servicio) y por aglutinar a las mejores floristerías, en un mercado con fuertes barreras de entrada por el elevado número y calidad de las floristerías asociadas a Interflora (y, en gran parte, accionistas de la misma) que se ve reforzada por la condición de exclusividad impuesta a su red. Un dato que permite resaltar la dificultad de entrar y ganar cuota en este mercado es que el principal competidor de Interflora, Teleflora, habiendo conseguido ampliar su red de floristerías hasta disponer de una, incluso, más extensa que aquélla en cuanto a número de floristerías, sólo ha conseguido que su cuota de mercado se sitúe en el 20 por 100 (tanto en número de pedidos como en valor de los mismos)*»⁴³.

En otras resoluciones no se considera relevante la cuota de mercado para establecer la posición de dominio. Así, en la Resolución de 30 de septiembre de 1999, Bacardí, el TDC examina el recurso de Grupo Prac, S. A., contra acuerdo del SDC que sobresee el expediente incoado contra Bacardí y Cía., S. A., a raíz de denuncia de la recurrente contra esta última por supuesta conducta abusiva y desleal —arts. 86 TCE y 6 y 7 LDC—. En esta Resolución se establece la siguiente doctrina: «*La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que... podrían resumirse en poder económico e independencia de*

⁴² FJ 5.

⁴³ FJ 5.

*comportamiento... suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esa manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto»*⁴⁴. Las partes en este expediente discrepaban en la determinación del mercado relevante. Mientras Bacardí sostenía que es el de las bebidas alcohólicas combinables en el que no tiene posición de dominio, la denunciante lo concretaba en el del ron, en el que Bacardí tiene el 70 por 100 de la cuota de mercado nacional. En esta última delimitación del mercado relevante coincidía el Servicio, pero mientras éste sostenía que Bacardí no había abusado de su posición de dominio, la denunciante defiende que sí existe abuso. El Tribunal señala al respecto que *«sea cual sea el mercado relevante (el del ron o el de bebidas combinables), no hay evidencia alguna en el expediente de que, a pesar de su importante cuota en el mercado del ron, Bacardí tenga una independencia relativa de comportamiento en el mercado tal que le permita actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de competidores y clientes»*⁴⁵. Si bien los parámetros que emplea el Tribunal para el análisis de la existencia de posición de dominio son adecuados, no parece en cambio que se pueda considerar indiferente la cuota de mercado cuando ésta puede ser tan elevada y señalar que resulta indiferente el concretar el mercado relevante de producto, máxime cuando se trata de un producto distinguido por una marca, lo que comporta normalmente un importante grado de fidelización para los consumidores. Similares criterios para el análisis de la posición de dominio se explicitan en la Resolución de 10 de mayo de 1999, Aluminios Navarra, pero en este caso, al desestimar el recurso, se confirma el Acuerdo del SDC toda vez que *«la información suministrada por los denunciantes, tanto en el acto de la denuncia como en la información reservada, así como la aportada por los denunciados en su escrito de alegaciones, no sólo no sugieren que los denunciados tengan esa posición de dominio en el mercado de referencia, sino que, más bien, sugieren que no la hay. No es verosímil, pues, el pretendido abuso de posición de dominio»*⁴⁶.

Hay incluso situaciones en las que la posición de dominio viene determinada conforme a otros criterios. Tal es el caso de los Colegios de Arquitectos, en cuyos supuestos el TDC viene señalando su posición de dominio dentro de un ámbito territorial. Sirva a título de ejemplo la Resolución de 19 de noviembre de 1999, Arquitectos Madrid, que concreta que *«la posición de dominio es clara y rotunda, toda vez que, por disposición legal, sólo el Colegio puede visar los proyectos y certificados finales de obra en su ámbito de actuación territorial»*⁴⁷. Se trata, pues, de un monopolio legal que se extiende al mercado geográfico delimitado por el ámbito de cada Colegio de Arquitectos que con carácter muy desigual comprende a varias

⁴⁴ FJ 6.

⁴⁵ FJ 9.

⁴⁶ FJ 4.

⁴⁷ FJ 3.

provincias, en donde los visados y certificaciones sólo puede emitirlos un determinado Colegio.

4. POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA

El artículo 6 LDC siguiendo al artículo 82 TCE prohíbe la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en el mercado. La posición de dominio, cuyo abuso está vetado, viene así referida tanto a la alcanzada por una sola empresa como por varias conjuntamente.

La doctrina no es pacífica a la hora de señalar los requisitos que deben concurrir para considerar que existe posición de dominio colectiva. Si bien la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 parece que señalaba que para apreciar la posición de dominio conjunta deben concurrir al menos uno de estos dos requisitos: ausencia de competencia sustancial entre las empresas o falta de competencia sustancial por parte de terceros respecto de aquellas empresas, hay autores que opinan que hay que exigir la concurrencia de ambos requisitos porque la existencia de competencia, proceda de dónde proceda, elimina la posición de dominio⁴⁸.

La posición de dominio conjunta plantea en su concreción problemas de diversa índole. Por un lado entrará en un límite difícil de establecer con las prácticas concertadas, sobre todo con aquellas que merecen la consideración de conscientemente paralelas. De otra parte cabe plantearse si la posición de dominio conjunta puede predicarse sólo de empresas económicamente independientes o si también se extiende a los supuestos de grupo de empresas en donde confluyen varias, pero con personalidad jurídica independiente.

Una vez más hay que acudir para tratar de encontrar luz ante las muchas dudas que pueden plantearse al respecto, tanto a la jurisprudencia del TJCE como a la doctrina del TDC.

El TJCE en Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de fecha 10 de marzo de 1992, asunto del Vidrio plano, señala que la jurisprudencia es constante en señalar que a efectos del artículo 85 (hoy art. 81.1) la noción de acuerdo o de práctica concertada entre empresas no contempla los acuerdos entre empresas de un mismo grupo si aquéllas forman una unidad económica, deduciéndose así que cuando el artículo 85 se refiere a dichas prácticas está contemplando las relaciones entre dos o más entidades económicas capaces de entrar en competencia la una con la otra. Después de estas consideraciones añade: *«no hay ninguna razón jurídica ni económica para suponer que el término empresa que figura en el artículo 86 tenga un significado distinto del que se le atribuye en el artículo 85. No se puede excluir, por principio, que dos o más entidades económicas independientes estén, en un mercado específico, unidas por vínculos eco-*

⁴⁸ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, p. 1003.

nómicos tales que, de hecho, ocupen una posición dominante conjunta respecto de otros operadores en el mismo mercado».

En Sentencia de 11 de abril de 1989, asunto Ahemed Saeed, el TJCE señala que no hay que descartar la aplicación conjunta de los artículos 85 y 86 —hoy art. 82— pero que, dado que la concertación puede producirse entre empresas que pertenezcan a un mismo grupo y que constituyan una unidad económica, a la misma no le es aplicable el artículo 85, pero sí el artículo 86.

La más reciente Sentencia de 31 de marzo de 1998 señala que *«una posición de dominio colectiva consiste en que varias empresas tengan conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores. Así cabe distinguirse dos elementos, la independencia conjunta de comportamiento de las empresas y la necesidad de una cierta relación entre las mismas que permita tal conjunción en la independencia de comportamiento. Parece que la figura, tal como la configura el Tribunal, exige algún tipo de nexo entre las empresas para que pueda ser considerada, a lo que parece hacer referencia ese “debido especialmente a factores de correlación entre ellas” que incluye la Sentencia»*⁴⁹.

El TDC en Resolución de 7 de enero de 1992, Arbora-Ausonia, señala que la posición de dominio conjunta puede apreciarse de una situación de hecho en el mercado: *«No es preciso para la posición de dominio conjunta de dos o más empresas que existan acuerdos entre ellas para obrar de consuno. En tal caso podría estimarse que existe un acuerdo colusorio. Pero no es preciso en modo alguno el acuerdo para estimar que se da una situación fáctica de dominio en el mercado»*⁵⁰. Más adelante, en la misma Resolución, se remacha: *«No es preciso que las empresas que conjuntamente tienen posición dominante obren con acuerdo entre ellas, basta que con conciencia de su situación real en el mercado ejerciten su posición dominante en el mismo sentido y dirección»*⁵¹. En Resolución de 30 de junio de 1997, Construcciones y Contratas, el TDC, al estimar el recurso de la denunciante contra el Acuerdo del SDC por el que se archivó la denuncia, ordena a éste la incoación de expediente ante los indicios de posibles prácticas prohibidas que estuvieran llevando a cabo las diez empresas constructoras denunciadas en la forma de pago mediante pagarés con cláusula *«no a la orden»*. Después de apuntarse en la Resolución que el mimetismo observado en la proliferación de esta forma de pago pudiera ser consecuencia de una concertación entre las empresas constructoras y no sólo producto de simple coincidencia, añade: *«Pero es que, además, no cabe, por ello, excluir la posibilidad de un abuso de posición de dominio conjunta, incurso en el artículo 6 LDC, dado que no se precisa la existencia de acuerdo colusorio*

⁴⁹ J. PASCUAL Y VICENTE, *op. cit.*

⁵⁰ FJ 1.

⁵¹ FJ 2.

para estimar que se dé una situación fáctica de dominio del mercado, que no se puede descartar, teniendo en cuenta la importancia de su participación en el mismo y los indudables perjuicios que se podrían originar para los acreedores en la negociación y descuento de los pagarés, con repercusión en su tesorería»⁵².

5. EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

A. SU CONSIDERACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 82 TCE Y 6 LDC

Tanto el artículo 82 TCE como el artículo 6 LDC prohíben el abuso de la posición de dominio, que ninguno de dichos preceptos define. A renglón seguido de establecer la prohibición, ambos textos legislativos señalan, a título ejemplificativo pero no limitativo, una serie de supuestos en los que el abuso que se prohíbe podrá consistir, coincidentes en términos generales, y a los que el legislador nacional añade uno más⁵³.

Las anteriores afirmaciones se refieren al texto tradicional del artículo 6 LDC, en la redacción dada al mismo por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Brevemente me referiré después a las innovaciones que incorpora la redacción que al citado artículo da la reciente Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como ya se adelanta más arriba, el abuso de posición de dominio viene prohibido de forma absoluta, sin que quepa, como ocurre en el supuesto de los acuerdos colusorios, que una práctica, en principio prohibida, goce de una exención por categorías, ni pueda alcanzar una autorización singular. Tampoco cabe, en el supuesto de los abusos de posición dominante, autorización legal alguna, en los términos del artículo 2 LDC. Muy por el contrario, el párrafo 3 del artículo 6 LDC expresamente señala que la prohibición al abuso alcanzará a los supuestos en que la posición de dominio en el mercado haya sido establecida por disposición legal. En este caso cabe plantearse la cuestión de la eventual responsabilidad del Estado cuando se produce una explotación abusiva de la posición de dominio legal. En tal supuesto pueden distinguirse varias situaciones: cuando la empresa que ha obtenido la posición de dominio legal abusa de ella por propia voluntad, cuando el Estado al otorgar legalmente una posición de dominio induce a abusar de ella, y el caso de una empresa a la que se le otorga legalmente una posición de dominio que condujera inevitablemente al abuso⁵⁴. Tal situación viene en cambio más claramente resuelta en el Derecho comunitario europeo por el artículo 90.1 TCE.

La dificultad en la determinación de todas las prácticas contrarias a la competencia y prohibidas por la Ley se ve acrecentada en el supuesto

⁵² FJ 2.

⁵³ La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, artículo 6.2.c) LDC, no contemplada expresamente en el artículo 82 TCE, pero sí incorporada por la jurisprudencia.

⁵⁴ Ver J. PASCUAL Y VICENTE, *op. cit.*

de la explotación abusiva de la posición de dominio, por cuanto que se establece una cláusula general de tal conducta de total indefinición, mientras que el legislador al contemplar los acuerdos colusorios proporciona una cláusula general de mayor concreción de la práctica. Por ello, han de resultar de especial ayuda al respecto tanto la jurisprudencia del TJCE como la doctrina del TDC y los estudios llevados a cabo por los principales tratadistas sobre la materia.

B. DELIMITACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

En términos muy generales el abuso hace referencia a unos comportamientos que benefician a la empresa y que no serían posibles si no existiera esa posición dominante y, por tanto, hubiese mayor competencia. En el derecho de la competencia el abuso lo perfilan en principio tres elementos: el uso excesivo o indebido de la posición dominante, que es posible porque ésta existe; la existencia de una relación de causalidad entre la posición dominante y la explotación abusiva, y tener un efecto sobre el mercado al producir un perjuicio a otras empresas, suministradoras o compradoras, y a los consumidores⁵⁵. Esta primera interpretación de la explotación abusiva se ve ampliada por la jurisprudencia a partir de la Sentencia Continental Can⁵⁶, en la que se relaciona el artículo 86 y el artículo 3.f) del Tratado de Roma, el último de los cuales impone un régimen de competencia que garantice que ésta no será falseada en el mercado común, por lo que no parece lógico que la competencia pueda eliminarse. Según precisa el TJCE, si la simple alteración de la competencia está prohibida por el artículo 85 no es pensable que pueda admitirse con arreglo al artículo 86 *«que determinadas empresas, después de haber realizado una unidad orgánica, puedan adquirir una potencia dominante tal que cualquier posibilidad sería de competencia fuera sustancialmente eliminada»*. En consecuencia, dado que en una situación de posición dominante la competencia ya está seriamente comprometida, el refuerzo de aquella posición, con el grave riesgo que representa para la competencia residual existente, puede ser considerado una explotación abusiva⁵⁷.

La doctrina de la Sentencia Continental Can, antes señalada, resulta reiterada y matizada por el propio Tribunal en su Sentencia Zoja⁵⁸. En ésta se señala que al prohibirse por el artículo 86 la explotación abusiva de una posición de dominio, dicho precepto *«contempla tanto las prácticas susceptibles de causar un perjuicio directo a los consumidores, como aquellas que les causan un perjuicio indirecto, al afectar a una estructura de competencia efectiva como prevé el artículo 3.f) del Tratado»*. Un paso más a una concepción objetiva de la explotación abusiva de posición domi-

⁵⁵ C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁶ Sentencia de 21 de febrero de 1973.

⁵⁷ Ver C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁸ Sentencia de 6 de marzo de 1974.

nante lo constituye la Sentencia Hoffmann-La Roche⁵⁹ al señalar que «la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla los comportamientos de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado»; mercado en el que, por la presencia de dicha empresa, la competencia está debilitada y cuyo efecto es obstaculizar el grado de competencia aún existente o en desarrollo.

La noción objetiva de la explotación abusiva ha sido reiterada por posteriores Sentencias del TJCE, L'Oreal y Tetra Pak⁶⁰, entre otras.

Algunos autores, a través del análisis de las aportaciones de la jurisprudencia, llegan incluso a una aproximación al concepto del abuso de posición de dominio. Partiendo del análisis de las características comunes de los supuestos tipificados específicamente por el artículo 6.2 LDC y de los similares del artículo 86 del Tratado de Roma y su delimitación jurisprudencial, se afirma que lo que se prohíbe en el precepto es que, al amparo de una posición de dominio, una o varias empresas actúen en el mercado de una forma que no hubiera sido posible si existiera competencia efectiva, con la peculiaridad de que esa actuación perjudica o puede perjudicar de forma injustificada a los demás participantes en el mercado, sean éstos proveedores, clientes o competidores⁶¹. También se parte del análisis de la jurisprudencia del TJCE para afirmar que se trata del comportamiento de una o varias empresas en posición dominante que, utilizando o no el poder que esta posición les confiere, produce un perjuicio directo a otras empresas y a los consumidores o un perjuicio indirecto al influir en la estructura del mercado y de la competencia y eliminar u obstaculizar ésta o su intensificación⁶².

Como queda antes señalado, el abuso de posición dominante se especifica, tanto por el legislador comunitario como por el español, en la enumeración, no limitativa, de una serie de conductas más destacadas, o si se quiere más frecuentes, en que se concreta la posición de dominio. Pero en muchos supuestos el abuso no va a resultar incardinable en una de las prácticas especialmente tipificadas o incluso va a alcanzar a varias de éstas, porque, en definitiva, el que explota abusivamente su posición de dominio, por lo general, va a emplear todos los medios a su alcance desde la posición privilegiada que ostenta en un mercado relevante. Por ello, al analizar las resoluciones del TDC nos encontramos en muchos supuestos con que el abuso se refiere a varios de los apartados del artículo 6.2 LDC o incluso de modo más general a dicho precepto, bien porque la práctica abusiva detectada no tiene su concreción en ninguno de los supuestos del apartado 2 y hay que referirla a la cláusula general, o porque responda a prácticas mixtas de las especialmente tipificadas.

Otra observación, que cabe resaltar con carácter general, es que mientras en el pasado los supuestos de abuso de posición dominante san-

⁵⁹ Sentencia de 13 de febrero de 1979.

⁶⁰ Sentencia de 11 de diciembre de 1980 y 10 de julio de 1990, respectivamente.

⁶¹ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, pp. 1010 ss.

⁶² C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 210.

cionados por el TDC son escasos respecto de otras prácticas prohibidas, en los últimos tiempos hay un considerable aumento de resoluciones por las que se sanciona el abuso de posición dominante. Ello es lógico que así ocurra e incluso que durante un cierto tiempo aumenten éstas. Si tenemos en cuenta que, por un lado, la liberalización llevada a cabo en los últimos años de determinados sectores responde en varios supuestos al paso a manos privadas de monopolios estatales y que, aunque se introduzca competencia en el sector, el antiguo monopolio trata de mantener antiguas prácticas, y, por otro, el que asistimos a un proceso casi continuo de concentraciones empresariales que en muchos supuestos resultan precisos para obtener una dimensión que permita competir en mercados internacionales, pero que en el nacional han de suponer consecuentemente aumento de posiciones dominantes, se comprende fácilmente el incremento de sanciones por prácticas contrarias al artículo 6 LDC.

Hechas las anteriores consideraciones pasaremos a continuación a examinar algunas de las principales resoluciones del TDC en que se sanciona la explotación abusiva de la posición de dominio.

En Resolución de 25 de mayo de 1999, Funerarias Alcalá, se declara que la entidad mercantil Cementerio-Jardín de Alcalá de Henares, S. A., ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6.2.a) LDC, al imponer precios no equitativos con abuso de su posición de dominio.

El Tribunal tiene en consideración, para llegar a la anterior conclusión, que la empresa sancionada viene aplicando desde el año 1992 hasta 1998 tarifas injustificadamente excesivas atendiendo a las correspondientes a establecimientos dedicados al mismo objeto, en el mismo entorno geográfico, con perjuicio de los consumidores que no podrán optar por una oferta empresarial alternativa razonable. A este respecto es de destacar, según consta en la Resolución, que las tarifas aplicadas por la entidad sancionada son precios privados fijados y aprobados por su Consejo de Administración y el hecho de encontrarse la empresa en situación de pérdidas, que el TDC considera que la elevación de sus tarifas para compensar las pérdidas no comporta más que repercutir sobre el consumidor la ineficiencia de la gestión empresarial.

Como tipificable en el artículo 6.2.a), en el inciso más general del mismo, de imposición de otras condiciones no equitativas, varias resoluciones se refieren a variedad de estas prácticas. Así, en la Resolución de 27 de julio de 1999, Telefónica-Ibertex, el TDC considera que Telefónica de España, S. A., ha incurrido en una conducta tipificada en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en la imposición de condiciones comerciales o de servicio no equitativas. Tal consideración se debe al hecho de que Telefónica denuncia unilateralmente el contrato que la unía con la denunciante para prestación del servicio Ibertex y lo sustituye por otro con condiciones distintas y prorrogable sólo cada seis meses si ninguna de las partes denuncia su prórroga.

Es de señalar que si bien desistió la denunciante y su desistimiento fue admitido por el Tribunal, el mismo decidió continuar el procedimiento

debido al interés público que comporta el expediente, por cuanto que Telefónica disfruta de una situación privilegiada en el sector de servicios de telefonía de gran importancia para la economía del país, por lo que la correcta actuación de Telefónica frente a sus clientes constituye materia de interés general a la que las autoridades de defensa de la competencia deben prestar atención adecuada.

Como tipificada en el artículo 6.2.b) cabe señalar la conducta sancionada por el TDC en su Resolución de 2 de octubre de 1991, Editorial Costa del Sol, por la que se sanciona a dicha empresa al abusar de su posición de dominio no satisfaciendo el aumento en la distribución de publicaciones solicitado por el propietario de un quiosco de Marbella obstaculizando sus perspectivas comerciales y las posibilidades de competencia.

En parecidos términos la Resolución de 8 de noviembre de 1991, Distribución de Prensa en Rosas.

Son diversas las resoluciones que se ocupan de la explotación abusiva de la posición de dominio tipificable en el artículo 6.2.c) LDC por negativa injustificada a satisfacer la demanda de compra de productos o prestación de servicios. Así, en Resolución de 1 de febrero de 1995, Teléfonos en Aeropuertos, se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 6.2.c) LDC, consistente en la negativa y retraso injustificadas de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España, S. A., por parte de Telefónica de España, S. A. En la propia Resolución también se declara que dicha práctica infringe el artículo 86 —hoy art. 82— del Tratado CE. La práctica reviste especial gravedad, pues, según se razona en la indicada Resolución, en el mercado relevante, que se circunscribe al de los servicios telefónicos con pago mediante tarjeta, sólo 3C proporcionaba tales servicios inicialmente y Telefónica los inicia dieciocho meses después a través de una empresa filial, período en el que Telefónica limitó la expansión de 3C no atendiendo su demanda para facilitar la penetración y expansión de su empresa filial. Esta Resolución tiene además la singularidad de un análisis pormenorizado de todas las circunstancias concurrentes para la cuantificación de la sanción.

En la Resolución de fecha 29 de septiembre de 1999, Eléctrica de Llémana, se sanciona a Hidroeléctrica de Cataluña, S. A., y a la empresa Nacional del Ribagorzana, S. A., por una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el artículo 6.2.c) LDC consistente en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de ampliación del suministro de energía eléctrica solicitada por Llémana. Conducta similar es la examinada por el Tribunal en su Resolución de 19 de febrero de 1999, Electra Caldense, en la que se establece que la Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana e Hidroeléctrica de Cataluña, S. A., llevaron a cabo conductas abusivas de la posición de dominio conjunta al negarse a las ampliaciones de potencia solicitada por Electra Caldense.

La Resolución de 18 de diciembre de 1991, Cofradías de Pescadores, consideró dentro de las conductas tipificadas en el artículo 6.2.c) la negativa de la dominante a contratar en el futuro, como consecuencia de una supuesta violación de la parte más débil. El TDC admite que las empresas obligadas a contratar dada su posición de dominio en el mercado obtengan ciertas garantías contractuales, no procediendo medidas más severas por parte de la dominante nada más que en supuestos de incumplimientos de la otra parte contratante. Consideraciones semejantes se establecen en la Resolución de 7 de julio de 1999, Electra Avellana. En efecto, en esta Resolución se concluye que Enher, al condicionar las ampliaciones de potencia solicitadas por Electra Avellana a la prestación de un aval y al pago de un sobreprecio, rescindiendo el contrato vigente entre ambas empresas, llevó a cabo una explotación abusiva de su posición de dominio. A tal efecto se razona que, condicionar la ampliación de potencia de un pequeño distribuidor que compite con Enher en el mercado de referencia a que avale los pagos por incrementos de consumo, cuando no había antecedente alguno de morosidad en su comportamiento, muestra como mínimo una animosidad o propósito de perjudicarle que en el contexto estructural del mercado afectado tiene que ser reputado de abusivo de la posición de dominio ostentada.

En Resolución de 8 de febrero de 1993, Confederación Española de Asociaciones Pesqueras, el TDC concluye con que no ha resultado acreditada la existencia de práctica prohibida consistente en la fijación de precio discriminatorio en el suministro de gasóleo tipo B a buques pesqueros nacionales, en relación con el aplicado a buques extranjeros. La propia Resolución señala el contexto a que debe ceñirse la apreciación de la discriminación, precisando que el hecho de que la empresa se encuentre en posición de dominio no significa que exista un derecho de los terceros frente a la dominante a exigir un trato exactamente igual; lo que se prohíbe es que exista una situación de trato discriminatorio, entendiéndose por tal una desigualdad injustificada.

En Resolución de 21 de enero de 1999, BT-Telefónica, el Tribunal aprecia infracción del artículo 6.2.d) LDC en la conducta de Telefónica consistente en abusar de su posición de dominio al aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaban a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, aplicaba las tarifas oficiales a BT, mientras que ofertaba condiciones económicas más ventajosas a los miembros de la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional, potenciales clientes tanto propios como de sus competidores.

Finalmente, y como referencia a las conductas de abuso de posición de dominio expresamente tipificadas por el artículo 6.2 LDC, falta sólo hacer mención a las contempladas en el apartado e). Sirvan de ejemplo dos resoluciones en las que resulta sancionada por la autoría de dicha práctica Telefónica. Así, en la anteriormente citada Resolución de 21

de enero de 1999, además de infracción del artículo 6.2.d), también se aprecia la violación de la conducta tipificada en el apartado e), por cuanto que en el contrato con la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional condicionaba su eficacia a la aceptación de condiciones de exclusividad y vinculaba la prestación de servicios donde podía existir competencia —voz internacional— con otros donde la competencia era mucho más difícil —servicios de voz nacional.

También se consideró que la conducta de Telefónica estaba incurso en la prohibición establecida por el artículo 6.2.e) LDC al abusar de su posición de dominio imponiendo, entre el 10 de marzo de 1989 y el 31 de diciembre de 1990, la subordinación de la celebración del contrato de alquiler con opción de compra a los usuarios de los equipos Sistema Multilíneas Teide 3/6/2 a la efectiva compra de los mismos.

Otras muchas resoluciones hacen mención a diversas prácticas que no tienen un concreto acomodo en los tipos del artículo 6.2. LDC y que incurren, no obstante, en explotación abusiva de la posición de dominio, prohibida con carácter general en el apartado 1 de dicho precepto. Me referiré, brevemente, a algunas de dichas prácticas de especial significación en las más recientes resoluciones del TDC.

La Resolución de 30 de diciembre de 1991, General Electric, considera abuso de posición de dominio la actuación de General Electric consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de un nuevo competidor mediante una campaña masiva de ventas para la sustitución de unas bombas de cobalto por otras que distribuía aquella empresa, ofreciendo la recompra de los aparatos usados a un precio anormalmente alto, y no sólo por asegurarse la venta, sino, además, el servicio post-venta futuro. También la Resolución de 26 de febrero de 1999, Airtel-Telefónica, se ocupa de sancionar la conducta consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado, en este caso de Airtel, por parte de Telefónica Servicios Móviles, S. A., y Telefónica de España, S. A., mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva y retribuciones muy superiores con los distribuidores y sus agentes, contratar con Telyco para facilitar la obtención por aquéllos de la retribución por volumen y contratar como distribuidor con Telefónica de España. La Resolución estima que Telefónica, que ostentaba el monopolio del servicio de telefonía fija, lo traslada, en lo que se refiere a la distribución, a un mercado vecino como es el de la telefonía móvil, coadyuvando a reforzar la posición de dominio que, en este último, ostenta TSM, coincidiendo también con el comienzo de la actividad de Airtel TSM y Telefónica, como empresas dominantes en el mercado de telefonía móvil y en el vecino de la telefonía fija, tienen una especial responsabilidad respecto de los efectos que el conjunto de exclusivas tenían o podían tener en un mercado en el que el nivel de competencia estaba debilitado tanto por su posición dominante en el mismo, como por el hecho de haber sido recientemente abierto a la competencia y estar el segundo operador iniciando sus actividades. Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso

que se produzca en términos absolutos un «*cierre del mercado*», continúa la Resolución, siendo suficiente una obstaculización lo bastante intensa para la entrada en el mismo de un nuevo operador, especialmente cuando se trata de mercados que, como el considerado en este expediente, presentan en su origen un nivel de competencia muy debilitado.

Por Resolución de 5 de mayo de 1999, Eléctrica Curós, el TDC aprecia abuso de posición dominante en la conducta de Hidroeléctrica de l'Empordà, S. A., consistente en la realización de una campaña promocional, en la localidad de Santa Pau, en la que regalaba a los abonados de su competidora que cambiaran de suministrador de energía eléctrica electrodomésticos de elevado valor para así eliminar o al menos reducir sustancialmente a su competidor. Merece destacarse del análisis de la conducta examinada las consideraciones que contiene la indicada Resolución respecto de que, si bien las prácticas predatorias se refieren por lo general a predación basada en precios, también existen otros tipos de predación como los que utilizan la publicidad y las promociones selectivas, discriminando entre clientes a fin de reducir su coste, con intención de eliminar a un competidor. También se argumenta que para que tenga éxito una estrategia predatoria es elemento clave la existencia de barreras de entrada al mercado, ya que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de ventas monopolísticas, puesto que éstas atraerán a otros competidores. El sector eléctrico, caracterizado por una normativa que imposibilita la entrada de nuevos competidores, hace factible la práctica predatoria llevada a cabo por quien ostenta posición de dominio en el mercado de referencia teniendo dimensión económica y capacidad financiera suficiente, máxime teniendo en cuenta la reducida dimensión del competidor.

La Resolución dictada en el asunto Interflora⁶³ declara acreditada la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 LDC atribuida a Fleurop-Inteflora España, S. A., consistente en imponer determinadas cláusulas en el contrato comercial Interflora a sus afiliados, sean o no accionistas, por las que se obligan a no prestar servicios que no hayan sido previamente aprobados por Interflora y a no ejercer actividades que hagan competencia a los servicios prestados por la red Interflora ni a ejecutar órdenes de establecimientos no incorporados a dicha red, siendo todo ello motivo de Resolución del contrato. El Tribunal, antes de llegar a la anterior conclusión, analiza si el contrato Comercial Interflora es un contrato de franquicia de servicios amparado por el Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión, lo cual rechaza, toda vez que, por un lado, el «*Know-how*» que comunica es mínimo, pero además las cláusulas contractuales no cumplen con los requisitos previstos en el Reglamento para gozar de la exención, puesto que no estarían cubiertos por el artículo 3 del mismo, ya que el hecho de que los floristas afiliados a Interflora ejecuten encargos que provengan de otros clientes o redes no perjudica el normal funcionamiento de Inteflora ni permite

⁶³ Resolución de 19 de julio de 1999.

a los competidores beneficiarse de la reputación ni de la mecánica de cobros y pagos de la red Interflora. Mas toda esta argumentación se hace a mayor abundamiento, ya que la conducta abusiva de Interflora en modo alguno puede ser legítima por el hecho de realizarse en el marco de un contrato de franquicia, ya que una exención del artículo 5 LDC no excluiría la aplicación del artículo 6.

6. MODIFICACIÓN Y ADICIONES INTRODUCIDAS EN EL ARTÍCULO 6 LDC POR LEY 52/1999

Para los que hemos seguido día a día el Anteproyecto, posterior Proyecto, con sus preceptivos informes, y su tramitación parlamentaria⁶⁴, nos ha sorprendido el que en el último momento se aprobara por la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda, actuando con competencia legislativa plena, las enmiendas 79 y 80 del Grupo Catalán Convergencia i Unió⁶⁵ que van a incorporar modificaciones sustanciales en el artículo 6 LDC que traslada al mismo el artículo cuarto de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1999, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

El apartado 1 de dicho artículo 6 se modifica para colocar al mismo nivel de prohibición del abuso de posición de dominio, la prohibición de la explotación abusiva de dependencia económica. Así, el artículo 6.1 queda con la siguiente redacción:

«Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

- a) *De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*
- b) *De la situación de dependencia económica en la que pueden encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos actuales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.»*

Con esta sorprendente incorporación, nuestro Derecho interno de competencia se aparta del seguimiento casi literal que venía haciendo del modelo del Derecho comunitario europeo, que no contempla expresamente la explotación abusiva de la dependencia económica como una práctica prohibida diferenciada del abuso de posición dominante, y de la mayoría de los ordenamientos sobre la materia de los países miembros de la Unión Europea, a excepción de Francia, en cuya legislación se tipi-

⁶⁴ Ver al respecto, F. URÍA FERNÁNDEZ, «Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia», y mi trabajo «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de Ley de reforma parcial», ambos publicados en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, diciembre 1999.

⁶⁵ Ver *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 783, 1999, p. 23201.

fica, junto con la prohibición de abuso de posición dominante, la de explotación de dependencia económica⁶⁶.

La incorporación de última hora de esta práctica determina que, pese a su importancia, para nada se aluda ni justifique en la Exposición de Motivos de la Ley 22/1999. Ante esta situación, y en averiguación de la motivación y finalidad de la norma, no nos queda otro recurso que el acudir al *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Y aquí tampoco paran las sorpresas porque resulta que el Parlamentario que interviene por el Grupo enmendante comienza por reconocer: «*En cuanto a nuestras enmiendas 79 y 80, aunque su inclusión en el texto puede ser discutible —cabrían argumentos para introducirlas en algún otro texto vigente como puede ser la Ley de Comercio—, creemos que no está de más incluirlas en este texto.*» Lo primero, pues, que se comprueba es que ni el proponente está convencido de la conveniencia de su inclusión en la LDC. A continuación se afirma que «*estas enmiendas, además de dejar claro que existe la conocida noción elemental en derecho de la competencia del abuso de posición dominante, introducen la noción de dependencia económica que tiene de criticable lo mismo que cualquier concepto jurídico indeterminado.*» Resulta de por sí curioso que al abuso de posición de dominio se la califique de elemental cuando tantas horas viene ocupando a Tribunales y estudiosos su delimitación, y son manifiestas las dificultades que ello comporta, y que la noción de dependencia económica que se trata de incorporar sólo tenga de criticable su calificación como concepto jurídico indeterminado.

Estas enmiendas son defendidas también por el representante del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria⁶⁷. Rechazadas por el Grupo Parlamentario Popular, por entender que «*la explotación de posición de dependencia ya se recoge convenientemente en la Ley de Competencia Desleal, precisamente como supuesto de deslealtad, que encuentra su cauce de Resolución a través de la jurisdicción civil, por lo que creemos que su inclusión en la Ley de Defensa de la Competencia es innecesaria y llevaría a los órganos de defensa de la competencia a revisar casos en los que no existe una verdadera afectación del interés público, sino una mera afectación de intereses privados*»⁶⁸. Sometidas a votación las citadas enmiendas son aprobadas por 20 votos a favor, produciéndose 21 abstenciones⁶⁹.

Mas no sólo se modifica el artículo 6.1, sino que, también como consecuencia de las enmiendas aprobadas, se incorporan dos nuevas letras f) y g) al apartado 2 del mismo precepto para tipificar expresamente como conductas abusivas:

«f) *La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación*

⁶⁶ Artículo 8 de la Ordenanza núm. 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, relativa a la libertad de precios y de la competencia.

⁶⁷ Ver el *Diario de Sesiones* citado, p. 23202.

⁶⁸ *Diario de Sesiones* citado, p. 23209.

⁶⁹ Ver p. 23212.

mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.»

Estas prácticas, aunque criticables, son propias de relaciones jurídico-privadas y, por tanto, ajenas al ámbito de protección de intereses públicos de los que se ocupa la LDC. De afectarse el interés público por la generalización o dimensión de aquellas prácticas, ello sólo sería posible desde una posición de dominio de la que se abusa y, por tanto, perseguibles por los órganos de defensa de la competencia desde tal perspectiva, sin que se precisase de la tipificación expresa que ahora se hace y que sólo puede llevar a confusiones.

Pero menos se comprende el que la propia Ley 52/1999, de 28 de diciembre, modifique también el artículo 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para introducir en la nueva redacción que se da a sus apartados 2 y 3 las conductas que, en términos idénticos, se introducen en el artículo 6.1 y 2 LDC antes analizado⁷⁰.

Es evidente la falta de rigor legislativo que pone de manifiesto esta doble conceptualización de una misma conducta literalmente descrita como contraria a las normas de competencia y a la normativa de la competencia desleal. Su tipificación expresa en el artículo 6 LDC, y más concretamente en las nuevas letras *f*) y *g*) del apartado 2, serán un semillero de problemas y confusiones. No podrá olvidarse en cualquier caso que la Ley de Defensa de la Competencia tiene por objetivo el garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, defendiéndose intereses privados sólo en la medida en que coincidan éstos con el público, pues aquéllos tienen su sede de protección en vía jurisdiccional a través de las posibilidades que brindan otras Leyes, especialmente la Ley de Competencia Desleal. Por ello, los órganos de defensa de la competencia deberán rechazar las denuncias de estas prácticas que no alcancen a comprometer al interés público de defensa de la competencia. Acorde con este criterio, la propia Ley 52/1999 modifica el artículo 7 LDC para reforzar la idea de que por los órganos de defensa de la competencia sólo se perseguirán los actos de competencia desleal si los mismos distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado y esa disfunción es tan grave como para que afecte al interés público. Por ello, la explotación de dependencia económica ya tenía protección en la LDC siempre que la práctica fuera de dimensión suficiente para comprometer el interés público. Difícilmente tendrán esta consideración las prácticas que ahora se incluyen en el artículo 6.2.*f*) y *g*) LDC.

⁷⁰ Disposición Adicional tercera.

Siguiendo esta línea de protección de intereses públicos, en el supuesto de las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC, si por su escasa importancia no son capaces de afectar de modo significativo a la competencia, podrán los órganos encargados de su defensa decidir no perseguirlas, tal como habilita el apartado 3 del mismo, sin que ello suponga que los intereses privados queden desprotegidos ni los derechos de sus titulares insatisfechos, ya que, en todo caso, podrán acudir a la vía jurisdiccional de conformidad con el artículo 15.2 LCD⁷¹.

Las reacciones que está produciendo la nueva redacción del artículo 6 LDC son de crítica generalizada, que en algunos casos ya se ha hecho pública⁷².

7. TRANSCENDENCIA DE LA STC DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999

Después de diez años de vigencia de la LDC y cuando se tramitaba en el Parlamento su reforma, el Tribunal Constitucional resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra aquella⁷³ por Sentencia de 11 de noviembre de 1999. No voy a comentar aquí esta Sentencia, lo cual excede con mucho de los límites de este trabajo. Pero, no obstante, vengo obligado a llamar la atención sobre las implicaciones que la misma va a traer al tema objeto de estudio.

La STC, si bien señala que la legislación sobre defensa de la competencia está reservada al Estado, precisa que las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de comercio exterior son también competentes en aquellas actividades ejecutivas que tengan que realizarse en su territorio y no afecten al mercado. Se reconoce, pues, que la legislación en materia de competencia podrá ser aplicada tanto por los órganos estatales como por los autonómicos que al efecto se creen, dependiendo de que la práctica prohibida afecte al territorio de una Comunidad Autónoma, al nacional o supracomunitario. Podrá acontecer con relativa frecuencia que el mercado geográfico relevante, sin alcanzar dimensión nacional, supere el territorio de una Comunidad Autónoma. Pero, además, en materia de derecho de la competencia no es tarea fácil ni pacífica la delimitación del mercado relevante, alcanzando aún mayor dificultad si cabe en los supuestos de abuso de posición de dominio. ¿Qué ocurrirá en el caso de que los órganos de defensa de la competencia

⁷¹ Ver más en extenso mi criterio al respecto en «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de Competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO, 1998, pp. 215 ss. También sobre la misma materia A. PETITBÓ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la Competencia por Órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO, 1999, pp. 25 ss.

⁷² J. PASCUAL Y VICENTE, *op. cit.*; Intervenciones de C. GINER PARREÑO y la mía propia en *Mesa Redonda: La Reforma de la LDC*, Universidad Carlos III de Madrid, 20 de enero de 2000.

⁷³ Recursos de Inconstitucionalidad acumulados 2009/1989 y 2027/1989 promovidos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña.

estatales y autonómicos en base a criterios dispares en la delimitación del mercado decidan incoar expedientes paralelos? ¿Cómo se va a mantener un criterio uniforme en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia? El TC, consciente de estos problemas, establece en su Sentencia que corresponde al Estado, en virtud de sus competencias normativas, la articulación de los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y el establecimiento de los criterios de conexión pertinentes, así como los mecanismos de colaboración e información recíprocos.

Para dar cumplimiento a la STC, la Ley 52/1999 establece, en su Disposición Adicional segunda, que con anterioridad al 1 de octubre de 2000 el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por el que se establezcan los criterios de conexión determinantes de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las dificultades prácticas que esta tarea conlleva se perciben de gran y grave magnitud. Pero si los problemas no se resuelven de forma adecuada podríamos encontrarnos con una nueva Babel de competencias que conllevaría a la ineficaz persecución de las prácticas contrarias a la libre competencia ⁷⁴.

⁷⁴ Ver al respecto el interesante artículo de C. M. PRESEDO, «Babel de Competencias», publicado en el diario ABC, 16 de febrero de 2000, p. 26.

