

EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS CONEXOS: EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Jaime FOLGUERA CRESPO
Alfonso GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ
Abogados. Uría & Menéndez

1. INTRODUCCIÓN

La noción jurídica de abuso en (o desde) mercados conexos hace referencia a una situación económica —no infrecuente en la práctica— caracterizada por la existencia de una empresa que ostenta una posición dominante sobre un mercado relevante determinado y que pretende proyectar o extender su poder de mercado sobre un mercado relevante distinto pero próximo o vecino (*i. e.*, conexo) al dominado.

El abuso en mercados conexos constituye una noción genérica que puede revestir diversas formas o modalidades específicas, de las cuales la más típica y conocida es la venta vinculada o condicionada de bienes y servicios distintos, expresamente proscrita en el art. 6.2.e) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). En este supuesto, la empresa trataría de extender al mercado vecino su poder en el dominado mediante la venta conjunta de ambos bienes o servicios, utilizando así el producto dominado como “palanca” competitiva a efectos de mejorar su posición comercial en el segundo mercado. Sin embargo, la práctica *antitrust* revela otras modalidades distintas, tal y como se verá a continuación.

El abuso en mercados conexos suele participar simultáneamente de la doble tipología —de explotación y de exclusión— tradicionalmente aplicada a las prácticas abusivas. Se consideran abusos de explotación aquellos que van directamente encaminados a capturar rentas monopolísticas en detrimento de los compradores (o, en su caso, de los proveedores), tales como la imposición de precios excesivos, la limitación injustificada de la producción o la ralentización del proceso de innovación tecnológica por parte de la empresa dominante. Por su parte, se consideran abusos de exclusión los que se dirigen directamente a dañar o incluso expulsar

a competidores actuales o potenciales, tales como la aplicación de precios predatorios o discriminatorios o el cierre de mercado mediante la vinculación exclusiva de clientes a largo plazo.

El abuso en mercados conexos, sin embargo, suele presentar una naturaleza híbrida y contener elementos de explotación y de exclusión. Así, por ejemplo, las ventas vinculadas dañan simultáneamente a compradores y competidores, pues fuerzan a los primeros a adquirir productos que pueden no desear (*i. e.*, los pertenecientes al mercado conexo) mientras que limitan la capacidad de los segundos para comercializar sus bienes y servicios en el mercado vecino. Análogamente, la ejecución de represalias comerciales en el mercado dominado contra los clientes que contratan en el mercado vecino con un competidor de la empresa dominante presentan naturaleza bifronte, pues dañan por igual a clientes y competidores en el mercado conexo. Por el contrario, la negativa a suministrar un insumo esencial a una empresa que lo utilizará para competir con la empresa dominante en un mercado descendente tiene carácter sustancialmente de exclusión, y sólo indirectamente de explotación, al privar a los consumidores de una fuente alternativa de suministro en el mercado vecino.

En el presente artículo se recordarán sucintamente las líneas básicas de la jurisprudencia comunitaria en relación con el abuso en mercados conexos, para posteriormente analizar en más detalle la doctrina de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) al respecto, deteniéndose en algunas Resoluciones recientes de interés.

2. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Según jurisprudencia comunitaria reiterada, el abuso prohibido por el art. 82 del Tratado CE debe tener un determinado vínculo con el mercado donde la empresa que comete la conducta abusiva ostenta su posición de dominio, esto es, una cierta conexión entre posición de dominio y abuso. Sin embargo, dicho vínculo no ha de ser necesariamente inmediato, de manera que bien el abuso, bien su efecto anticompetitivo pueden tener lugar en mercados vecinos al de dominio pero distintos de éste. En este sentido, cabe distinguir los siguientes modelos según la naturaleza del vínculo entre dominio, abuso y efectos:

A. VÍNCULO INMEDIATO (COINCIDENCIA EN EL MISMO MERCADO RELEVANTE)

Constituye el modelo más sencillo y consiste en la coincidencia en el mismo mercado relevante de la posición de dominio, del abuso y de los efectos anticompetitivos de dicho abuso. Éste sería, por ejemplo, el caso de una empresa dominante en el mercado del producto A que aplica precios considerados como excesivamente elevados a sus clientes o que

aplica precios predatorios con objeto de dificultar o impedir la actividad de sus competidores en el mercado del producto A. Este modelo no se refiere por hipótesis al escenario de mercados vecinos o conexos.

B. VÍNCULO NO INMEDIATO (DISTINCIÓN ENTRE MERCADO DE DOMINIO Y MERCADOS VECINOS O CONEXOS)

Se trata del modelo de interés a los efectos del presente artículo, por cuanto que todas sus variantes parten de la distinción entre un mercado en el que una empresa ostenta una posición dominante (el mercado dominado) y un mercado vecino o conexo en el que la empresa puede no ser dominante, pero en el cual la empresa se comporta abusivamente y/o en el que se despliegan restricciones de la competencia procedentes de la conducta comercial de tal empresa. Dentro de este modelo general, pueden distinguirse a su vez las siguientes variantes:

a) *Efectos restrictivos en el mercado vecino*

Una primera variante es cuando el abuso se produce en el mercado dominado pero sus efectos tienen lugar en el mercado vecino, en el que la empresa puede no ser dominante. Así, por ejemplo, una empresa que domina el mercado del producto A (utilizado como insumo necesario para fabricar un segundo producto B) niega su suministro a los productores de B para proteger las actividades de una filial que también fabrica el producto B y que compite directamente con los operadores a los que se niega el suministro de A¹. En este caso, el dominio y el abuso (*i. e.*, negativa a suministrar el producto A) tienen lugar en un mismo mercado relevante (el del producto A), pero sus efectos restrictivos ocurren en el mercado vecino (el del producto B), por cuanto que se dificulta o impide la actividad de competidores en dicho mercado². Éste es igualmente el modelo aplicable cuando la empresa en causa deniega el acceso a terceros a una infraestructura o activo que aquélla controla y que resulta esencial para que tales terceros operen en un mercado determinado, en posible competencia con la empresa titular de la infraestructura o activo o con las filiales de aquélla³.

¹ Ver SSTICE en los asuntos 6 y 7/73, *Commercial Solvents vs. Comisión* (Rec., 1974, p. 223), y 311/84, *Télémarketing* (Rec., 1985, p. 3261).

² Conceptualmente, se produciría la misma situación si en lugar de una negativa de venta del producto A a los competidores de la filial se produce una discriminación de aquéllos respecto de ésta, por ejemplo, ofreciéndoles el producto en condiciones menos favorables (*i. e.*, en precio, rapidez de entrega, etc.) que las aplicadas a la filial.

³ Este tipo de situaciones se conocen habitualmente como la negativa de acceso a recursos esenciales (*essential facilities*), que como se ve no es sino una modalidad específica y extrema del abuso en mercados conexos.

b) *Abuso en el mercado vecino*

Una segunda variante del modelo anterior es cuando la conducta abusiva tiene lugar en el mercado vecino, pero sus efectos se despliegan en el mercado dominado, reforzando así la posición dominante de la empresa en cuestión. Éste sería el caso de una empresa que actúa en el mercado B (donde puede no ser dominante) y ofrece mejores condiciones de suministro a clientes que también lo sean del producto A (en cuyo mercado sí es dominante), penalizando, por tanto, a aquellos que contraten con competidores de la empresa dominante en el mercado del producto A⁴. Este tipo de conducta supone tanto una discriminación entre clientes en el mercado vecino como un efecto de exclusión en el mercado dominado, pues dificulta la actividad comercial de competidores en dicho mercado.

Una situación similar sería el ofrecimiento de precios injustificadamente reducidos (predatorios) en el producto B a los clientes de competidores de la empresa dominante en el mercado del producto A, con el objeto de captar dichos clientes y así excluir a los competidores en el mercado dominado⁵.

En estos supuestos, el abuso tiene lugar en un mercado distinto del dominado (el del producto B), pero sus efectos se producen en el mercado dominado, por cuanto que el comportamiento tiene como objetivo o resultado fortalecer la posición de dominio en el mercado del producto A y dificultar la actividad de los competidores de la empresa en dicho mercado.

Conviene hacer notar que la práctica ofrece también ejemplos de modelos mixtos entre *a)* y *b)*, donde el efecto anticompetitivo del abuso puede hacerse notar tanto en el mercado dominado como en el no dominado. Un ejemplo clásico es el de las ventas vinculadas o subordinadas de productos dominados y no dominados, donde una empresa con posición de dominio en el mercado del producto A hace condicional su venta a que sus clientes adquieran también de la misma empresa (o de una filial) el producto B, en cuyo mercado puede no tener una posición de dominio⁶. El abuso tiene lugar en el mercado dominado del producto A (por cuanto que la empresa impone restricciones al suministro de tal producto), pero sus efectos anticompetitivos se despliegan tanto en dicho mercado del producto A (ya que los clientes ven dificultado el libre acceso al producto A: abuso de explotación) como en el mercado del producto B (los suministradores de B y competidores de la empresa en dicho mer-

⁴ Ver STPI en el asunto T-65/89, *BPB Industries y British Gypsum vs. Comisión* (Rec., 1993, p. II-389).

⁵ Ver STJCE en el asunto C-62/82, *AKZO vs. Comisión* (Rec., 1991, p. I-3359).

⁶ Ver SSTPI en los asuntos T-30/89, *Hilti vs. Comisión* (Rec., 1991, p. II-1439), y T-83/91, *Tetra Pak vs. Comisión* (Tetra Pak II) (Rec., 1994, p. II-755), confirmado este último en apelación por STJCE en asunto C-33/94P (Rec., 1996, p. I-5951).

cado experimentan dificultades para competir: abuso de exclusión)⁷. La empresa dominante utiliza, pues, su posición en el mercado dominado para captar clientes en el mercado vecino no dominado, extendiendo o deslizando su dominio de un mercado a otro.

c) *Abuso y efectos restrictivos en el mercado vecino*

Existe una última variante donde el vínculo entre dominio, abuso y efecto puede ser aún más indirecto o difuso, en el sentido de que tanto abuso como efecto anticompetitivo se producen en un mercado distinto del dominado⁸. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que esta situación sólo puede dar lugar a una infracción de las normas de competencia en circunstancias muy excepcionales, dado que es necesario que exista una conexión o vinculación estructural estrecha y directa entre el mercado dominado y el no dominado (donde la conducta presuntamente abusiva y sus efectos tienen lugar)⁹.

3. LA DOCTRINA DEL TDC

En varias de sus Resoluciones, el TDC se ha ocupado de la aplicación del art. 6 LDC en un contexto de mercados conexos. Como se verá seguidamente, en la mayoría de las ocasiones se ha seguido el patrón tradicional comunitario, constatándose primero la existencia de dominancia en un determinado mercado y verificándose después la realización de una conducta abusiva y/o la emergencia de efectos restrictivos en el mercado vecino. Sin embargo, en otros casos el TDC ha seguido una interpretación novedosa de la doctrina de los mercados conexos, aplicándola no a la comprobación del elemento abusivo, sino a la propia declaración de dominancia en el mercado conexo.

En cuanto a los casos en que el TDC ha seguido la jurisprudencia comunitaria tradicional, pueden citarse los que siguen:

A. RTDC FUNERARIAS MADRID 3¹⁰

En este asunto, una empresa que ostentaba una posición monopolista en el mercado de prestación de servicios de cementerio actuaba igualmente en el mercado conexo y recientemente liberalizado de la prestación

⁷ Otra posible modalidad de abuso dentro de este mismo modelo y con un efecto económico similar sería ofrecer mejores condiciones en el suministro del producto A a aquellos clientes que adquieran también el producto B (y peores condiciones a los que únicamente adquieran el producto dominado).

⁸ Ver STPI y STJCE en asunto *Tetra Pak II*, *op. cit.*

⁹ STJCE en asunto C-33/94P, *Tetra Pak vs. Comisión*, *op. cit.*

¹⁰ RTDC de 9 de octubre de 2001, Exp. 502/00.

de servicios funerarios, en la que competía con otros operadores. El TDC resolvió que la empresa dominante había infringido el art. 6 LDC, pues aplicaba condiciones comerciales distintas a sus clientes en el mercado dominado, en función de si habían contratado o no sus servicios en el mercado conexo; en concreto, los clientes que habían acudido a un competidor en el mercado vecino de los servicios funerarios obtenían un trato comercial más desfavorable a la hora de contratar del monopolista el servicio del mercado dominado.

Como puede observarse, el abuso de posición dominante objeto de este caso revestía la forma de prácticas comerciales discriminatorias prohibidas por el art. 6.2.e) LDC. Dicho abuso tenía lugar en el mercado dominado (pues las condiciones discriminatorias se imponían a la hora de contratar los servicios de cementerio), pero sus efectos se desplegaban tanto en dicho mercado (dado que se imponían indebidamente trabas a ciertos clientes que deseaban acceder al servicio dominado) como en el mercado vecino (pues tales trabas no eran sino una represalia a los clientes que habían contratado con los competidores, erosionando la posición de éstos en el mercado de los servicios funerarios mediante la disuasión *ex post* a sus clientes). Se trata, por tanto, de un ejemplo de modelo mixto entre las variantes a) y b), mencionado más arriba.

B. RTDC TUBOGAS/REPSOL ¹¹

En este caso, la empresa en causa ostentaba una posición dominante en el mercado del suministro de gases licuados del petróleo. La empresa no operaba como tal en el mercado conexo y descendente de la prestación de servicios de revisiones periódicas de instalaciones, sino que lo hacía un conjunto de franquiciados de la empresa dominante (denominado “servicio oficial”), que competían con terceras empresas independientes. En cuanto suministrador de gas, la empresa dominante obtenía de sus clientes determinada información relativa a las necesidades de revisión periódica de aparatos, que facilitaba únicamente a su “servicio oficial” y no a los competidores independientes.

El TDC, citando explícitamente varios precedentes comunitarios en materia de mercados conexos ¹², resolvió que la empresa investigada había infringido el art. 6 LDC, pues había denegado a los competidores de sus franquiciados el acceso a información esencial para poder competir en el mercado vecino de la prestación de servicios de revisión. La Resolución aclara expresamente que el supuesto enjuiciado consistía en la denegación injustificada de acceso a recursos o instalaciones esenciales —en este caso la información obtenida de los clientes en el mercado del suministro del gas, necesaria para competir en el mercado vecino de las revisiones—,

¹¹ RTDC de 7 de marzo de 2002, Exp. 513/01.

¹² FD 9.º

cuyo carácter abusivo había sido reiteradamente declarado en Derecho comunitario.

Así pues, el abuso considerado en Tubogas/Repsol tiene lugar en el mercado dominado (pues consiste en la denegación del acceso a una información obtenida como consecuencia del suministro del gas), pero despliega sus efectos en el mercado vecino de las inspecciones, pues confiere una ventaja competitiva sustancial a las empresas franquiciadas del operador dominante¹³.

C. RTDC IASIST/3M¹⁴

Esta Resolución analizó la actuación de una empresa que ostentaba una posición de dominio en el mercado de los llamados “agrupadores hospitalarios” (sistemas complejos sobre una aplicación informática cuyo objeto es agrupar y clasificar a los pacientes de un hospital con arreglo a los rasgos de su patología). Los agrupadores son un componente imprescindible de los llamados “analizadores”, consistentes en programas informáticos de gestión hospitalaria que se alimentan de los datos suministrados por los agrupadores. La empresa en causa comercializaba un producto complejo que incorporaba ambos sistemas (*i. e.*, agrupador y analizador), aunque también suministraba separadamente sus agrupadores a terceras empresas que comercializaban analizadores y que combinaban éstos con los agrupadores. Estas terceras empresas dependían del suministro del agrupador para poder competir en el mercado descendente y conexo de la venta de analizadores combinados con agrupadores.

La empresa dominante en el mercado de los agrupadores interrumpió sus relaciones comerciales con uno de los terceros que comercializaba analizadores, nombrando a otro agente comercial para la distribución de sus productos. A partir de ese momento, la empresa investigada puso diferentes trabas al suministro del producto dominado, limitando las posibilidades de la denunciante a la hora de competir en el suministro a hospitales de analizadores combinados con agrupadores. En este mercado, la empresa dominante competía (a través de su nuevo agente) con la entidad denunciante.

El TDC invocó expresamente la doctrina de los mercados conexos, indicando que si bien el agrupador de la empresa dominante no era estrictamente imprescindible para que la denunciada pudiera competir en el mercado descendente (pues existían otros agrupadores en el mercado), la actuación de la empresa investigada en el mercado del suministro de

¹³ Se trata, por tanto, de la variante (a) del modelo (i), descrito *supra*. Resulta de interés que el TDC rechazara el argumento de la empresa dominante según el cual ésta no actuaba (ni directamente ni a través de empresas filiales) en el mercado vecino, pues quienes operaban en aquél eran terceras empresas con las que había suscrito un contrato de franquicia.

¹⁴ RTDC de 5 de abril de 2002, Exp. 517/01.

los agrupadores tenía una influencia importante en el mercado descendente, habida cuenta de la estrecha conexión funcional entre ambos. En otros términos, las prácticas restrictivas o excluyentes realizadas en el mercado de los agrupadores distorsionaban las condiciones de competencia en el mercado vecino de los analizadores combinados con agrupadores, lo que resultaba suficiente para declarar la existencia de un abuso de posición dominante.

Se trata, por tanto, del mismo modelo de abuso considerado en Tubogas/Repsol [*i. e.*, variante *a) supra*], pues la conducta abusiva tiene lugar en el mercado dominado (*i. e.*, limitación injustificada de las condiciones de suministro en el mercado de los agrupadores), pero despliega sus efectos en el mercado vecino de los analizadores, al distorsionar las condiciones de competencia en el mismo y discriminar a un competidor en beneficio de las propias actividades aguas debajo —a través de su nuevo agente— del operador dominante ¹⁵.

D. RTDC McLANE/TABACALERA ¹⁶

Los hechos de este asunto son sencillos. Tabacalera, a la que se consideró dominante en el mercado de la fabricación de labores de tabaco, se negó a suministrar los productos por ella fabricados a McLane, un competidor de Tabacalera en el mercado descendente de la distribución mayorista de labores de tabaco. Tabacalera denegó el suministro aduciendo que tenía su propia red de distribución y que no necesitaba nuevos distribuidores.

El TDC invocó de nuevo de forma explícita la doctrina de los mercados conexos para concluir que *«una empresa dominante de un mercado primario (el de fabricación, en el presente caso) que se niega a suministrar mercancías o servicios en un mercado secundario (el de distribución mayorista en este expediente) con la finalidad de reservárselo, explota su posición dominante de manera abusiva»* y que *«la doctrina de que constituye un abuso de posición dominante el negar algo necesario, cualquiera de esto sea, a un competidor en un mercado conexo, cuando se dispone en el primero de posición de dominio, goza de amplísimo respaldo jurisprudencial»* (FD 25.º).

Como peculiaridad de esta Resolución, procede señalar que el TDC se preocupó de declarar la posición dominante de Tabacalera en ambos mercados (fabricación y distribución mayorista) ¹⁷, a pesar de que, como se ha dicho, la doctrina de los mercados conexos sólo requiere probar la dominancia en uno de ellos.

¹⁵ De hecho, el TDC cita expresamente *Tubogas/Repsol* para fundamentar su razonamiento (FD 4.º), si bien no entendió (como en el precedente citado) que se tratara de un supuesto de acceso a recursos esenciales.

¹⁶ RTDC de 24 de abril de 2002, Exp. 486/00.

¹⁷ FD 22.º

E. RTDC INTERNAUTAS/TELEFÓNICA¹⁸

En esta Resolución se analizó la conducta del grupo Telefónica en relación con el acceso por sus competidores al bucle local del abonado de la propia red básica de Telefónica, a efectos de que aquéllos pudieran prestar servicios ADSL de acceso a Internet. Los mercados considerados relevantes por el TDC eran el de la propia red de telefonía fija (sobre el cual Telefónica de España ostentaba una posición dominante) y el de la prestación de servicios ADSL de acceso a Internet (en el que el grupo Telefónica operaba a través de su filial Telefónica Data).

Las conductas analizadas se referían a las condiciones de acceso al bucle local que había aplicado Telefónica de España a Telefónica Data y los competidores de ésta. Según se desprende de la Resolución comentada, el grupo Telefónica concedió una ventaja temporal a su filial, dándole acceso al bucle local antes que al resto de sus competidores.

El TDC aplicó —aunque sin citarla expresamente— la doctrina Tubogas/Repsol y concluyó que la empresa en causa había cometido un abuso de discriminación en el mercado dominado (la red básica de telefonía, que se consideró un recurso esencial) cuyos efectos de produjeron en el mercado conexo de la prestación de servicios ADSL de acceso a Internet¹⁹.

F. RTDC EMPRESAS ELECTRICIDAD²⁰

En este asunto se analizó la conducta de Iberdrola, empresa en posición dominante en el mercado de la distribución de electricidad en la ciudad de Albacete, en relación con el mercado conexo de la prestación de servicios de reparación de averías de las instalaciones particulares de los clientes. En concreto, Iberdrola celebró un acuerdo con seis empresas instaladoras independientes por el cual Iberdrola recomendaría a sus clientes alguna de las empresas instaladoras, según un turno rotatorio establecido al efecto.

El TDC consideró que la cuestión correspondía a un modelo típico de mercados conexos, por cuanto que la empresa investigada ostentaba una posición dominante en el mercado ascendente de la distribución de electricidad pero los eventuales efectos anticompetitivos se producirían en el mercado descendente y estrechamente vinculado de la prestación de servicios de reparación de averías en instalaciones eléctricas domésticas²¹. La siguiente cuestión era determinar si la conducta en causa (*i. e.*,

¹⁸ RTDC de 29 de abril de 2002, Exp. 518/01.

¹⁹ Se trataba una vez de la misma variante (a) del modelo (i) descrito *supra*, consistente en la aplicación de condiciones discriminatorias en el mercado dominado cuyos efectos de despliegan en el mercado conexo.

²⁰ RTDC de 5 de marzo de 2003, Exp. 533/02.

²¹ FD 3.º

la recomendación por Iberdrola a sus clientes de seis empresas concretas y el establecimiento de un turno rotatorio entre ellas) constituía un abuso de posición dominante.

El Pliego de Concreción de Hechos del Servicio concluía la existencia de abuso, basándose en la línea doctrinal tradicional del TDC en supuestos similares. En efecto, el Servicio entendió que la posición dominante de Iberdrola en el mercado ascendente y la información privilegiada de la que disponía en relación con los clientes que sufrían averías en sus domicilios hacían que su recomendación de instaladores concretos (y la transmisión a éstos de dicha información privilegiada) desplegara un efecto distorsionador y excluyente en el mercado conexo de las reparaciones de averías en instalaciones domésticas a favor de los instaladores recomendados y en detrimento de sus competidores, que veían seriamente limitadas su posibilidades de acceso al mercado vecino.

No obstante, el TDC entendió que la conducta de Iberdrola no constituía una conducta abusiva, por cuanto que no se daban las “*circunstancias muy particulares*” que podían justificar la aplicación de la doctrina del abuso en mercados conexos²². Aunque el razonamiento no es del todo diáfano, parece que el TDC desestimó la existencia de abuso sobre la base de que el acuerdo de Iberdrola con los instaladores recomendados se refería fundamentalmente a la reparación de averías que eran de cuenta de Iberdrola y no del cliente, de manera que para estas últimas Iberdrola no ofrecía al usuario la posibilidad de contratar el servicio, sino que se limitaba a informarle de la existencia de un instalador, siendo el usuario libre para contactarle o para llamar a otro instalador competidor²³.

G. RTDC FARMACÉUTICOS FORMULISTAS²⁴

En esta Resolución el TDC revocó un acuerdo de archivo adoptado por el Servicio en relación con la supuesta negativa de suministro por parte de un determinado laboratorio a las farmacias de un principio activo necesario para elaborar ciertas especialidades farmacéuticas. El TDC entendió que procedía continuar la investigación por cuanto que las prác-

²² La mención de las «circunstancias muy particulares» en *Empresas Electricidad* parece referirse al asunto *Tetra Pak II*, ya citado. En este asunto, la referencia a las «circunstancias muy excepcionales» del Tribunal de Primera Instancia y del propio Tribunal de Justicia se enmarcaban en el contexto del modelo más difuso e indirecto de abuso en mercados conexos, en que tanto la práctica abusiva como los efectos restrictivos tienen lugar en el mercado vecino y no en el dominado [variante (c) *supra*], razón por la cual se dijo en las Sentencias comunitarias que la infracción del art. 82 del Tratado CE sólo procedía en circunstancias muy específicas (*i. e.*, la muy estrecha relación económica entre mercado dominado y vecino). El modelo analizado por el TDC en *Empresas Electricidad* parece ser igualmente difuso, pues no consta que Iberdrola realizara conducta alguna en el mercado ascendente y dominado de la distribución de electricidad ni que se desplegara efecto restrictivo alguno en dicho mercado.

²³ Nótese, no obstante, que la Resolución cuenta con dos Votos Particulares disidentes que propugnan la existencia de abuso.

²⁴ RTDC de 22 de mayo de 2003, Exp. R. 551/02.

ticas denunciadas eran muy similares a los hechos de la Sentencia Comercial Solvents del Tribunal de Justicia, consistentes en la negativa de un fabricante de determinados medicamentos y de una materia prima indispensable para elaborar éstos a suministrar dicha materia prima a otro fabricante de medicamentos competidores²⁵.

Procede ahora referirse a las Resoluciones en las que el TDC ha seguido una aplicación más novedosa de la doctrina de los mercados conexos, refiriéndola no a la declaración de abuso, sino al establecimiento de posición dominante en el mercado vecino. Se trata de las Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural.

H. RTDC GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN²⁶

En este asunto, una empresa considerada dominante en los mercados del suministro de gas natural e inspección de instalaciones de gas en la ciudad de León no actuaba en el mercado conexo de la colocación de instalaciones externas de gas en los domicilios, en el que operaban empresas instaladoras independientes de la empresa dominante. No obstante, ésta seleccionaba a algunas de ellas como “empresas colaboradoras”, a las que imponía una serie de requisitos (tales como la observancia de un precio para la prestación del servicio de colocación de instalaciones y de un reparto zonal entre los instaladores) y que recomendaba a los clientes finales (*i. e.*, comunidades de propietarios) mediante las oportunas cartas de presentación.

El TDC invocó la doctrina de los mercados conexos en los términos siguientes:

«El análisis de una posible infracción exige establecer si Gas Castilla ostenta posición de dominio en el mercado relevante. Este aspecto fue ya tratado por el Tribunal en su Resolución de 14 de enero de 1999 (Expte. R 302/98) en la que se puso de relieve que, aun cuando resulta evidente que Gas Natural no ostenta posición de dominio en el mercado de la colocación de las instalaciones externas de gas en las viviendas de León, sí ostenta una posición dominante en otros mercados muy relacionados, como son el de la distribución de gas natural y el de la inspección de las mencionadas instalaciones. El Tribunal acudió, pues, a la doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados; no se trata, en consecuencia, en contra de lo que afirma Gas Castilla, de una extensión analógica del concepto, en el sentido jurídico que la Real Academia de la Lengua Española atribuye al término —método por el que una regla de ley o de derecho se extiende a campos no comprendidos en ella—, sino una interpretación económica del hecho de que la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado puede traducirse en un dominio de otro en el que la presencia de esa empresa es, cuantitativa o cualitati-

²⁵ FD 7.º

²⁶ RTDC de 5 de enero de 2001, Exp. 482/00.

vamente, diferente. Existe, pues, un auténtico dominio en el segundo mercado, y *no una interpretación analógica de la Ley, en el sentido de que la figura jurídica de abuso de posición de dominio se aplique a situaciones en las que no existe tal posición de dominio. En este sentido debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de 14 de noviembre de 1996, al Asunto C-333/94 P Tetra Pak Internacional contra Comisión (...)*» (FD 4.º, subrayado añadido).

El TDC concluyó que el reparto geográfico zonal entre empresas colaboradoras constituía una práctica contraria al art. 6 LDC.

La lectura de los párrafos transcritos indica con claridad que el TDC aplicó la doctrina del abuso en mercados conexos no en sede de constatación del abuso, sino de la declaración de dominancia en el mercado vecino, mediante una proyección automática de la posición dominante desde el mercado ascendente al mercado descendente o conexo ²⁷.

Por otro lado, no se oculta que el supuesto de hecho analizado resulta muy similar al de la Resolución Empresas Electricidad, si bien el razonamiento jurídico fue muy diferente, puesto que, como ya se ha visto, en este último caso: *a)* el TDC aplicó la doctrina de los mercados conexos a la verificación de abuso y no a la declaración de dominancia en el mercado vecino; *b)* el TDC concluyó que la recomendación de empresas instaladoras “colaboradoras” y asignación de un reparto de turnos entre ellas no constituía una práctica abusiva por no darse las «circunstancias excepcionales» exigidas por el Tribunal de Justicia en Tetra Pak II.

I. RTDC IBERIA ²⁸

En este asunto, el mercado relevante considerado era el de la intermediación de billetes para transporte aéreo, en el que operaban las agencias de viajes que venden billetes de Iberia y de otras líneas aéreas ²⁹. El TDC consideró que Iberia ostentaba una posición dominante en el mercado del transporte aéreo —ascendente respecto del mercado relevante y estrechamente vinculado con éste— estimando de nuevo que dicha posición dominante se trasmitía o proyectaba aguas debajo *de forma automática* al mercado de la intermediación, en el que, por tanto, se declaró la dominancia de la empresa:

«El Tribunal comparte la exposición unánime de las partes y del Servicio en el sentido de que, en el caso presente, el mercado en cuestión es el de

²⁷ En cuanto a la cita del asunto *Tetra Pak II*, ya se ha indicado más arriba que este precedente permite aplicar la doctrina del abuso en mercados conexos, en circunstancias excepcionales, en el supuesto más difuso o indirecto de vínculo entre dominancia y abuso (*i. e.*, cuando tanto el abuso como los efectos del mismo se producían en el mercado vecino). No obstante, en *Tetra Pak II* se utilizó la doctrina de los mercados conexos para constatar el abuso en el mercado vecino, no para declarar la dominancia en el mismo.

²⁸ RTDC de 1 de abril de 2002, Exp. 514/02.

²⁹ FD 2.º

la intermediación de los billetes de transporte aéreo; en él aparecen unos oferentes de intermediación, que son las agencias emisoras; unos demandantes de intermediación, las compañías aéreas; se negocia una determinada mercancía, la propia intermediación, y se alcanza un precio de equilibrio, la comisión que remunera dicha intermediación. (...)

El mercado de la intermediación de los billetes es conceptualmente distinto (...) del mercado de transporte aéreo, en el que los oferentes son las compañías de transporte aéreo, los demandantes son los propios pasajeros, la mercancía negociada son los servicios de transporte y el precio es el del billete. No obstante, el billete de avión constituye el insumo productivo fundamental en el negocio de intermediación que realizan las agencias, de tal forma que ambos mercados se encuentran estrechamente relacionados y la posición de dominio que pudiera ostentar una empresa en el mercado de transporte aéreo, al suponer un elevado grado de control sobre ese insumo esencial, se trasmite al mercado de intermediación de los billetes (...).

La posición de dominio en el mercado de transporte aéreo nacional se proyecta sobre el mercado de la intermediación de billetes aéreos, ya que los billetes emitidos por la compañía Iberia constituyen el insumo productivo fundamental con el que han de trabajar las agencias emisoras de billetes de avión»³⁰ (subrayado añadido).

J. RTDC FAVI/NATURGAS³¹

En esta Resolución, y citando Iberia, el TDC aplicó el mismo análisis y consideró que la empresa denunciada era dominante en el mercado de las revisiones de las instalaciones de gas natural en razón exclusivamente de su posición de dominio en los mercados ascendentes del suministro de gas natural y de la inspección de instalaciones:

«De estos dos hechos surge una clara posición de dominio en el mercado de la inspección de instalaciones que la misma Naturgas (AH 12.2) no discute. ¿Repercute esa posición de dominio en el mercado de la inspección sobre el mercado de las revisiones?»

El Tribunal tuvo ocasión de analizar una situación similar con motivo del Expte. 513/01 Tubogas/Repsol, expediente en el que Repsol Butano ostentaba una posición de dominio en el mercado del suministro de gas butano y otorgaba ciertas ventajas a las empresas por ella franquiciadas en el mercado de las revisiones periódicas (FD 5.º). En aquella ocasión, el Tribunal estimó que, dada la íntima relación entre ambos mercados, que en el caso analizado se manifestaba, entre otras cosas, en la amplia base de datos sobre los consumidores de que disponía la empresa suministradora, la posición de dominio en el mercado de suministro repercutía sobre el de las revisiones periódicas (FD 9.º). En otras palabras, la citada Resolución entendió que la doctrina de los mercados conexos, tal y como ha sido utilizada por las autoridades comunitarias en los casos Magill (1991), Decca Navigation System (1989) o IRT/Promedia/Belgacom, resultaba plenamente aplicable al caso.

³⁰ FFDD 2.º y 3.º

³¹ RTDC de 18 de diciembre de 2002, Exp. 530/01.

(...) *Con independencia de que esa conducta sea abusiva o no (aspecto que se trata en el FD 1.2), la ligazón entre ambas actividades resulta clara de los datos del expediente y puede hablarse con corrección y en el sentido del FD 4.º de la Resolución de 1 de abril de 2002, del Expte. 514/01, Iberia de que la posición de dominio en el mercado del suministro se proyecta sobre el de revisión.*

Por tanto, de acuerdo con lo señalado por FAVI en el argumento reseñado en el AH 13.1 y en contra de lo señalado por Naturgas en el AH 12.2, el Tribunal entiende que esa última empresa ostenta una posición de dominio en el mercado de la revisión de instalaciones, conexo con el del suministro de gas»³² (subrayado añadido)³³.

K. RTDC GAS NATURAL³⁴

En este asunto la empresa Gas Natural Castilla y León ostentaba una posición dominante en el mercado del suministro de gas natural en Ponferrada, así como en el de las instalaciones comunitarias (no individuales) receptoras de gas en dicho municipio, al haber obtenido la correspondiente concesión administrativa. La empresa subcontrató con determinadas empresas terceras la construcción de tales instalaciones comunitarias. Gas Natural Castilla y León realizó posteriormente una oferta comercial en la que ofrecía a las comunidades de vecinos la construcción y revisión de las instalaciones individuales (y no sólo comunitarias).

El TDC consideró que la situación analizada era la misma que en la Resolución Gas Natural Castilla y León, por lo que aplicó el mismo razonamiento en términos cuasi literales:

«En este sentido, la situación es idéntica a la del Expte. 482/00 Gas Natural Castilla y León, en el que el Tribunal acudió a la doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados, siendo una interpretación jurídica del hecho de que la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado puede traducirse en un dominio de otro en el que la presencia de esa empresa

³² FD 1.º 1. La cita de la Resolución *Tubogas/Repsol* no parece del todo correcta, pues, como ya ha sido indicado, el análisis del TDC en este asunto fue distinto: en efecto, el TDC no declaró la dominancia de la empresa encausada en el mercado relevante a partir de su posición de dominio en un mercado ascendente, sino que, sin extender la dominancia, constató que la empresa había cometido un abuso en el mercado relevante desde su posición de dominio en el referido mercado ascendente. Parece que habría sido más ajustada la cita al precedente *Gas Natural Castilla y León*, ya comentado, no sólo por la similitud de los hechos analizados, sino por el razonamiento jurídico seguido.

³³ Se observa que la conclusión alcanzada por el TDC en *FAVI/Naturgas* diverge de una Resolución de 1998 (RTDC de 18 de junio de 1998, *Gas Natural Castilla y León*, Exp. R. 304/98) en la que se había alcanzado justamente la conclusión contraria: el TDC negó la dominancia de la empresa en el mercado de la revisión de las instalaciones de gas a pesar de ostentar una posición dominante en “otros mercados muy próximos”, precisamente los de la distribución de gas y de la inspección de instalaciones.

³⁴ RTDC de 14 de enero de 2003, Exp. 540/02.

es, cuantitativa o cualitativamente, diferente. *En este sentido debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 14 de noviembre de 1996, al Asunto C-333/94 P Tetra Pak Internacional contra Comisión (...)*» (FD 6.º, subrayado añadido).

Como puede verse, la doctrina tradicional y la más novedosa de la “proyección automática del dominio” se alternan sucesivamente en las más recientes Resoluciones del TDC. Así, la primera aparece en Resoluciones como Tubogas/Repsol y Empresas Electricidad, mientras la segunda es visible en Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural. Curiosamente, y junto a Tubogas/Repsol, la Resolución Empresas Electricidad cita expresamente el Expediente 482/00, Gas Natural Castilla y León, que, como se ha visto, es justamente un ejemplo de la referida línea doctrinal novedosa, que sigue la tesis de la proyección automática del dominio al mercado vecino y que supone la aplicación de la doctrina de los mercados conexos a la declaración de dominancia en vez de a la constatación del abuso³⁵.

4. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, la novedosa doctrina articulada por el TDC en sus Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural dimana de una interpretación cuestionable de la teoría del abuso en mercados conexos, tal y como ha sido establecida en Derecho comunitario.

En efecto, y como dijimos en la Introducción, dicha teoría descansa en la intención de la empresa dominante de proyectar o extender su poder de mercado hacia un mercado relevante vecino al dominado. Pero dicha proyección se debe realizar necesariamente mediante la realización de una determinada conducta abusiva, bien en el mercado dominado, bien en el conexo. En otros términos, *la proyección del dominio es simplemente el resultado que se persigue con la concreta conducta*: es claro que tal resultado puede conseguirse en algunos supuestos (por ejemplo, si con la práctica se logra expulsar definitivamente al único competidor existente en el mercado vecino), pero en la mayoría de los casos la conducta abusiva no conferirá una situación dominante en el mercado conexo, sino que simplemente ocasionará un daño a los demás competidores pero sin por ello conferir a la empresa autora una posición de dominio que adquiriría *ex novo* en tal mercado.

Bajo esta óptica, sostener que la doctrina de los mercados conexos significa que la empresa que es dominante en un determinado mercado lo es también necesariamente en los mercados vecinos al dominado (pues no otra cosa supone la tesis de la “proyección automática del dominio”),

³⁵ FD 3.º De hecho, la Resolución *Empresas Electricidad* tiene un Voto Particular disidente que considera que el dominio en el mercado de la distribución de electricidad se proyectaba al mercado descendente de la reparación de averías eléctricas. Curiosamente, uno de los Vocales que emitieron este Voto Particular era el Ponente de la Resolución *Tubogas/Repsol*.

y, por tanto, considerar aquella doctrina como un criterio del test de dominancia y no de la constatación del abuso, no parece conforme con los precedentes comunitarios reseñados ni probablemente tampoco con una aplicación estricta del art. 6 LDC.

Conceptualmente, la línea doctrinal contenida en Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural parece enlazar con el criterio de dominancia basado en el grado de integración vertical de la empresa, empleado por el TDC en diversas ocasiones. En efecto, en muchas de sus Resoluciones del TDC ha mencionado el grado de integración vertical de una empresa determinada como factor relevante para concluir la existencia de posición dominante en el mercado relevante, de manera que la presencia de la empresa (o de empresas de su grupo económico) en mercados ascendentes o descendentes respecto del mercado relevante ha sido tomada expresamente en consideración por el TDC a los efectos de declarar la dominancia en este último mercado³⁶.

Como puede observarse, la doctrina contenida en las cuatro Resoluciones citadas no es sino una aplicación especialmente intensa del criterio de la integración vertical, pues se basa en la declaración de la dominancia de una empresa en un determinado mercado relevante exclusivamente por el hecho de que tal empresa ostentaba una posición de dominio en un mercado conexo (ascendente o descendente) y estrechamente relacionado con el mercado de referencia.

En fin, y a modo de conclusión, puede sostenerse que la doctrina del abuso en mercados conexos cuenta con un sólido respaldo en la práctica de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia. En general, el TDC ha seguido el patrón tradicional de Derecho comunitario, consistente en declarar primero la existencia de posición dominante en un mercado determinado y en aplicar después la doctrina de los mercados conexos al verificar la concurrencia de abuso, comprobando que bien éste bien

³⁶ RTDC de 5 de mayo de 1999, *Eléctrica Curós*, Exp. 431/98, FD 5.º, en la que, para declarar la dominancia de una distribuidora eléctrica regional con una cuota de mercado del 66,5 por 100, el TDC señaló que «sobre todo [...] pertenece al grupo Endesa, líder de la generación y distribución de energía eléctrica en España [...] Dicho grupo presenta un notable grado de integración vertical», confirmada expresamente en este punto por SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2002, recurso 512/1999, FD 7.º En una situación fáctica similar, la RTDC de 7 de julio de 1999, *Electra Avellana*, Exp. 441/98, FD 3.º, sostuvo que «en el presente caso, es evidente que la importancia y el grado de integración vertical del grupo empresarial denunciado perfilan una estructura empresarial poderosa, monopolista de la producción de energía en el mercado relevante». En la RTDC de 9 de octubre de 2001, *Funerarias Madrid 3*, Exp. 502/00, FD 2.º, el TDC se apoyó en la posición dominante de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid en el mercado de la prestación de servicios funerarios propiamente dichos para declarar igualmente su dominancia en el mercado descendente y conexo de los servicios de cementerio. En la RTDC de 16 de febrero de 1999, *Tabacos de Canarias*, Exp. 375/96, FD 2.º, el TDC mencionó el hecho de que la empresa encausada fuera la única verticalmente integrada en los mercados de la fabricación y la distribución como uno de los criterios que fundaban la declaración de dominancia. En la RTDC de 30 de septiembre de 1999 *Bacardí*, Exp. R. 362/99, FD 7.º, el TDC mencionó expresamente el grado de integración vertical como criterio relevante a efectos de determinar la eventual dominancia, y la RTDC de 24 de abril de 2002, *McLane/Tabacalera*, Exp. 486/00, FD 18.º, fue específicamente empleado para constatar la posición dominante de la empresa en causa.

y, por tanto, considerar aquella doctrina como un criterio del test de dominancia y no de la constatación del abuso, no parece conforme con los precedentes comunitarios reseñados ni probablemente tampoco con una aplicación estricta del art. 6 LDC.

Conceptualmente, la línea doctrinal contenida en Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural parece enlazar con el criterio de dominancia basado en el grado de integración vertical de la empresa, empleado por el TDC en diversas ocasiones. En efecto, en muchas de sus Resoluciones del TDC ha mencionado el grado de integración vertical de una empresa determinada como factor relevante para concluir la existencia de posición dominante en el mercado relevante, de manera que la presencia de la empresa (o de empresas de su grupo económico) en mercados ascendentes o descendentes respecto del mercado relevante ha sido tomada expresamente en consideración por el TDC a los efectos de declarar la dominancia en este último mercado³⁶.

Como puede observarse, la doctrina contenida en las cuatro Resoluciones citadas no es sino una aplicación especialmente intensa del criterio de la integración vertical, pues se basa en la declaración de la dominancia de una empresa en un determinado mercado relevante exclusivamente por el hecho de que tal empresa ostentaba una posición de dominio en un mercado conexo (ascendente o descendente) y estrechamente relacionado con el mercado de referencia.

En fin, y a modo de conclusión, puede sostenerse que la doctrina del abuso en mercados conexos cuenta con un sólido respaldo en la práctica de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia. En general, el TDC ha seguido el patrón tradicional de Derecho comunitario, consistente en declarar primero la existencia de posición dominante en un mercado determinado y en aplicar después la doctrina de los mercados conexos al verificar la concurrencia de abuso, comprobando que bien éste bien

³⁶ RTDC de 5 de mayo de 1999, *Eléctrica Curós*, Exp. 431/98, FD 5.º, en la que, para declarar la dominancia de una distribuidora eléctrica regional con una cuota de mercado del 66,5 por 100, el TDC señaló que «sobre todo [...] pertenece al grupo Endesa, líder de la generación y distribución de energía eléctrica en España [...] Dicho grupo presenta un notable grado de integración vertical», confirmada expresamente en este punto por SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2002, recurso 512/1999, FD 7.º En una situación fáctica similar, la RTDC de 7 de julio de 1999, *Electra Avellana*, Exp. 441/98, FD 3.º, sostuvo que «en el presente caso, es evidente que la importancia y el grado de integración vertical del grupo empresarial denunciado perfilan una estructura empresarial poderosa, monopolista de la producción de energía en el mercado relevante». En la RTDC de 9 de octubre de 2001, *Funerarias Madrid 3*, Exp. 502/00, FD 2.º, el TDC se apoyó en la posición dominante de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid en el mercado de la prestación de servicios funerarios propiamente dichos para declarar igualmente su dominancia en el mercado descendente y conexo de los servicios de cementerio. En la RTDC de 16 de febrero de 1999, *Tabacos de Canarias*, Exp. 375/96, FD 2.º, el TDC mencionó el hecho de que la empresa encausada fuera la única verticalmente integrada en los mercados de la fabricación y la distribución como uno de los criterios que fundaban la declaración de dominancia. En la RTDC de 30 de septiembre de 1999 *Bacardí*, Exp. R. 362/99, FD 7.º, el TDC mencionó expresamente el grado de integración vertical como criterio relevante a efectos de determinar la eventual dominancia, y la RTDC de 24 de abril de 2002, *McLane/Tabacalera*, Exp. 486/00, FD 18.º, fue específicamente empleado para constatar la posición dominante de la empresa en causa.

