

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

Julio PASCUAL Y VICENTE

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia  
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

### A. PROHIBICIÓN DE EXPLOTAR ABUSIVAMENTE UNA POSICIÓN DE DOMINIO

#### a) *Normativa*

La explotación abusiva de una posición dominante se prohíbe tanto por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) como por la Ley de Defensa de la Competencia española (LDC). El primero prohíbe esta conducta en su art. 82 (*ex 86*) y la segunda en su art. 6.

El art. 82 del TCE establece en su primer párrafo lo siguiente:

*Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.*

Seguidamente y con fines explicativos, el texto del art. 82 incorpora una lista abierta de supuestos constitutivos de abuso desde una posición de dominio en el mercado. Continúa, en este sentido, el art. 82:

*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según*

*los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Por su parte, el art. 6 de la LDC, cuyo título es «Abuso de posición dominante», en la redacción resultante de la modificación introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, prohíbe en su párrafo 1:

*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 puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*<sup>1</sup>.

Con anterioridad a la Ley 52/1999, el párrafo 1 del art. 6 de la LDC sólo contenía la prohibición ahora señalada en el apartado a), lo que la hacía textualmente equivalente a la prohibición del art. 82 del TCE. Ahora el art. 6 de la Ley española ha incorporado, también como prohibición, la explotación abusiva de la situación de dependencia, que figuraba con anterioridad y sigue figurando ahora como prohibición específica de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Ciertamente, la inclusión del *abuso de posición de dependencia* entre las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia sólo puede entenderse como una modalidad de conducta abusiva de posición de dominio, pues no otra cosa cabe deducir de su inclusión en el art. 6 de la LDC que, como se dijo antes, lleva por título, precisamente: «Abuso de posición dominante»<sup>2</sup>.

En el texto del art. 6 de la LDC española, a imitación del art. 82 del TCE, también figura una lista abierta de supuestos que serían constitutivos de abuso llevados a cabo desde una posición de dominio en el mercado. El apartado 2 de dicho art. 6 dice, en este sentido, lo siguiente:

*El abuso podrá consistir, en particular, en:*

- a) *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativas.*
- b) *La limitación de la producción o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*
- c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

<sup>1</sup> El párrafo 1.b) del art. 6 de la LDC española concluye señalando que: «Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares».

<sup>2</sup> La explotación de la situación de dependencia económica era en nuestra legislación antes de la reforma, y sigue siéndolo después de la misma, una figura típica de la legislación de competencia desleal recogida en el art. 16 de la LCD. Es más, en la Disposición Adicional tercera de la Ley 52/1999 comentada se modifica dicho art. 16 de la LCD, añadiendo dos nuevos supuestos al mismo y precisando la figura de la explotación de dependencia económica en los mismos términos con que aparece definida en la nueva redacción del art. 6 de la LDC. Pero lo ocurrido después de la reforma es que ha pasado a estar también tipificada como una conducta abusiva de posición dominante prohibida por el art. 6 de la LDC.

d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de los contratos.*

f) *La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación 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*<sup>3</sup>.

Dejando aparte la anomalía de haber incorporado al art. 6 de nuestra LDC la prohibición expresa de explotar la situación de dependencia económica, el paralelismo entre el tratamiento dado a la prohibición en el Tratado de la Comunidad Europea y en nuestra Ley de Defensa de la Competencia es pleno, por lo que respecta a la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado, como se desprende del análisis de los textos respectivos, art. 82 del TCE y art. 6 de la LDC.

Así, el ámbito material de la prohibición en ambas normas es idéntico (el abuso de una posición de dominio) y únicamente es distinto el ámbito geográfico que es *el mercado común o una parte sustancial del mismo*, para el TCE, y *todo o parte del mercado nacional*, para la LDC.

## b) *Objeto y aplicación de la prohibición*

El art. 6 de la LDC y el art. 82 del TCE prohíben la explotación abusiva de una posición de dominio o, en otras palabras, el *abuso* de una posición dominante en el mercado, pero no la posición de dominio en sí. Tampoco prohíben la creación de una posición dominante mediante concentración o de cualquier otro modo.

La situación descrita para la Comunidad Europea y España difiere de la norteamericana *Sherman Act*, cuya sección 2 prohíbe la *monopolización* y la *tentativa de monopolización*<sup>4</sup>, diferencia debida a la diversidad

<sup>3</sup> Como puede apreciarse, comparando las aquí reproducidas listas explicativas del art. 82 del Tratado y del art. 6 de nuestra Ley, el contenido de ambas es prácticamente idéntico, con excepción del punto c) del art. 6 de la LDC, que es genuino, y los puntos f) y g), que en la redacción original de la LDC no figuraban y que han sido incorporados a su art. 6 tras la reforma de la misma que se hace mediante la Ley 52/1999.

<sup>4</sup> La sección 2 de la *Sherman Act* dice textualmente: «Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine, o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras,

de orígenes de la legislación europea de defensa de la competencia y de la legislación *antitrust* norteamericana<sup>5</sup>.

La prohibición contenida en el art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea es incondicional y surte efecto sin que sea necesaria una decisión previa<sup>6</sup>, por lo que es susceptible de ser aplicada directamente por los jueces nacionales, que pueden verificar si las condiciones para su aplicación se dan y deducir, si es el caso, las consecuencias derivadas en el Derecho interno<sup>7</sup>. Es decir, por ser parte del TCE, goza de la denominada *aplicabilidad directa*<sup>8</sup>.

### c) *Generalidad e irrevocabilidad de la prohibición*

La prohibición del art. 6 de la LDC es general para todos los operadores económicos, privados o públicos, cualquiera que sea el medio por el que la posición de dominio haya sido alcanzada, afectando incluso a quienes disfruten de una posición de dominio en el mercado que haya sido otorgada por el Estado. En efecto, el apartado 3 del art. 6 de la LDC especifica que «se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal», generalidad que el Tratado de la Comunidad Europea incorpora también, aunque en su art. 86 (*ex* 90).

será considerado culpable de una falta, y convicto de la misma será penado con una multa (...) o con prisión hasta un año o con ambas penas a discreción del Tribunal».

<sup>5</sup> Ciertamente, el rigor de la *Sherman Act*, en esta materia como en otras, se ha venido moderando, a lo largo de su más de un centenar de años de existencia desde su promulgación en 1890, mediante la aplicación de la *rule of reason* por los jueces norteamericanos, siendo ilustrativo a este respecto constatar cómo uno de los organismos antitrust de los Estados Unidos, la *Federal Trade Commission*, interpretando actualmente la Jurisprudencia, concreta en su vigente *Manual de operaciones* la prohibición de alcanzar o mantener una posición de dominio en el mercado de la *Sherman Act* a cuando se hace «por medios ilícitos». En Europa la legislación de defensa de la competencia aparece más tarde, como Alemania como país pionero, que dicta en 1923 una *Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico* que, frente al norteamericano principio de la prohibición, instauro el principio del abuso, es decir, no se prohíbe la posición de dominio, sino sólo el abuso que se haga de al misma. Este enfoque es el que luego habría de incorporarse al Tratado de la Comunidad Europea del que pasa a la Ley de Defensa de la Competencia española de 1989, con un art. 6 entonces fiel trasunto del art. 86 del Tratado (actual 82). Véase, en este sentido, J. PASCUAL Y VICENTE, «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», en *Gaceta Jurídica y de Defensa de la Competencia*, núm. 207, mayo-junio 2000, pp. 11-12.

<sup>6</sup> Art. 1 del Reglamento 17. Véase M. WAELBROECK y A. MIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, tomo I, Barcelona, Bosch, 1998, p. 298.

<sup>7</sup> Sentencias *BRT-SABAM I* (30 de enero de 1974), *BRT-SABAM II* (21 de marzo de 1974) y *Ahmed Saeed* (11 de abril de 1989).

<sup>8</sup> La aplicabilidad directa constituye un mecanismo del que se dota a ciertas normas comunitarias, por el cual éstas son de aplicación en cada uno de los Estados miembros, sin necesidad de que exista ninguna norma nacional al efecto. Así, las normas comunitarias se aplican en los Estados miembros como si de una norma interna propia se tratara. Esta característica la posee tanto el TCE como los Reglamentos que lo desarrollan, en virtud del art. 189 del mismo que establece: «Tendrá carácter general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros».

Además de la *generalidad*, otro rasgo que caracteriza a la prohibición de la explotación abusiva de una posición de dominio en España y en la Comunidad Europea es la de la *irrevocabilidad*. Es decir, frente a la posibilidad que el TCE y la LDC conceden para la aplicación de exenciones a las conductas colusorias prohibidas por sus respectivos arts. 81 y 1, las conductas abusivas de una posición de dominio no admiten exención alguna en la normativa europea ni en la española. Aquí no caben, por eso, exenciones plurales, de carácter legal o reglamentario, por categorías; ni tampoco autorizaciones singulares, contrariamente a como, en determinadas condiciones, sí se pueden otorgar a ciertas conductas colusorias.

#### d) *Elementos de la prohibición*

Los elementos de la prohibición son tres, tanto en el art. 82 del TCE como en el art. 6 de la LDC: 1) existencia de una posición de dominio; 2) comportamiento abusivo, y 3) afectación al mercado.

La normativa europea y la española no aportan precisiones sobre estos tres elementos, por lo que ha sido sobre todo la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo (TJE) y, en España, la del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) las que han configurado el contenido y el alcance de los mismos, que serán seguidamente analizados.

### B. LA POSICIÓN DE DOMINIO

#### a) *Concepto*

El art. 82 del TCE no define la posición de dominio. El Tratado CECA, en su art. 66, señala que la posición dominante es la que *sustrae de la competencia efectiva* a la empresa que la ostenta. La LDC nada dice al respecto.

En el proceso de ir concretando en el ámbito de la Comunidad Europea el concepto de posición dominante pueden distinguirse varios hitos.

El primero es el *Memorandum* de la Comisión sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1 de diciembre de 1965<sup>9</sup>, en el que se afirmaba: «La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico; es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible»<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> «Le problème des concentrations dans le marché commun», *Etudes, Série Concurrence*, núm. 3, 3.ª parte, Bruxelles, 1966.

<sup>10</sup> Véase A. PASCUAL SEQUEROS, «Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, septiembre-octubre 2000, p. 94.

El TJE, inicialmente inspirado sobre todo en el apartado 2 del art. 66 del Tratado CECA, dijo en la Sentencia *Sirena* de 18 de febrero de 1971 que una empresa se encuentra en posición dominante cuando «tiene la facultad de oponerse al mantenimiento de la competencia efectiva» en el mercado. Lo mismo sostuvo unos meses más tarde en la Sentencia *Deutsche Grammophon* de 8 de junio de 1971.

Sin embargo, poco después, la Comisión, en su Decisión *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971, consideró que las empresas están en posición dominante: «cuando tienen una posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia que les permita actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores».

En esta misma dirección se pronuncia años después el TJE en la Sentencia *Metro-SABA I* de 25 de octubre de 1977. En su Sentencia *United Brands* de 14 de julio de 1978, el TJE eclécticamente combinó su definición de la Sentencia *Sirena* con la definición de la Comisión en la Decisión *Continental Can* y, un año más tarde, la Sentencia *Hoffman-La Roche* de 13 de febrero de 1979 afirmaba que una posición de dominio era:

*Una posición de fuerza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, frente a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores.*

Posteriormente el Tribunal de Justicia Europeo se ha venido pronunciando en la misma dirección en numerosas Sentencias.

La Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 incorpora la doctrina de la Sentencia *Hoffmann-La Roche* y, en su punto 10, define la posición dominante como aquella que permite al que la ostenta «comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores».

En España, el TDC ha venido incorporando explícitamente en algunas de sus Resoluciones recientes esta consolidada doctrina comunitaria sobre el concepto de la posición dominante. A efectos de dejar referencia de este proceso, es obligado hacer referencia a sus siguientes tres Resoluciones de 1999: *Aluminios Navarra* de 10 de mayo, *Electra Avellana* de 7 de julio y *Bacardí* de 30 de septiembre. Esta última precisaba:

*Se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.*

De análoga manera lo ha seguido diciendo el TDC en sus Resoluciones posteriores.

Es de destacar que, en el proceso de creación doctrinal sobre el concepto de posición dominante, el elemento que se ha ido decantando como

la clave definitoria es la *independencia de comportamiento* en el mercado. Sólo desde una relativa independencia de comportamiento respecto de competidores, proveedores y clientes resultará hacedera una posición de dominio en el mercado, mientras que sin esa independencia, aunque la empresa abarque gran parte de dicho mercado, no podrá actuar en él al margen de las leyes de la oferta y la demanda, y el precio o cualquier otra característica del producto vendrán determinados por las fuerzas del mercado.

## b) *Identificación*

Las autoridades comunitarias, en la aplicación del art. 82 del Tratado a los casos concretos, utilizan diversos enfoques para identificar la existencia de una posición dominante. En general, parten de un análisis estructural del mercado y de la posición en el mismo de la empresa considerada. En ocasiones, además estudian el comportamiento de la empresa en cuestión y el de sus competidores. Ocasionalmente, se analiza también la posible dependencia en que se encuentra la víctima del supuesto abuso respecto de la empresa investigada. El primero es un análisis que se lleva a cabo normalmente en todos los casos, mientras que el segundo y el tercero son habitualmente complementarios del primero<sup>11</sup>. Seguidamente se comentarán brevemente estos tres métodos de aproximación para determinar la existencia de una posición de dominio.

Son los criterios estructurales generalmente los que proporcionan a la Comisión y al TJE los primeros instrumentos de análisis para determinar si una empresa ostenta una posición dominante. Ya en 1978, el Tribunal de Justicia Europeo, en la Sentencia *United Brands*, había declarado que la investigación sobre si una empresa está en posición dominante «debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y, después, la situación competencial en dicho mercado». Y el Tribunal añadía que: «La existencia de una posición dominante resulta en general de la reunión de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes». Los factores de estructura que el TJE considera relevantes para el análisis son los siguientes: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y, en lo relativo a factores de situación competencial en el mercado, la Sentencia señala que hay que tener en cuenta los siguientes: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

Por lo que respecta al análisis de los comportamientos, cabe decir que desde tan temprana fecha como 1965, en que hace público su *Memo-randum* sobre el problema de las concentraciones en el mercado común, la Comisión atribuye al comportamiento de la empresa y de sus competidores una importancia de primer orden para dilucidar si existe una

<sup>11</sup> Véase M. WAELEBROECK y A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 308.

posición de dominio. Es en términos de *comportamiento en el mercado*, principalmente por la capacidad de la empresa de ejercer una influencia en el mismo, como la Comisión definía allí la *posición de dominio*<sup>12</sup>. La Comisión hizo uso de esta interpretación en su Decisión *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971. El TDC, por su parte, no dejó de atribuir importancia a los factores de comportamiento cuando, no obstante afirmar la necesidad de examinar la situación concurrencial en el mercado, señalaba que «al hacerlo, puede ser útil eventualmente el tomar en consideración hechos evocados a título de comportamientos abusivos sin que al hacerlo haya de reconocérseles necesariamente ese carácter». Y en la Sentencia *Hoffman-La Roche*, el TJE se reafirma en el reconocimiento de la importancia de los criterios conductistas al señalar que la posición dominante «no excluye que se dé una cierta competencia, pero coloca a la empresa que se beneficia de ella en condiciones si no de decidir, por lo menos de influir notablemente sobre las condiciones en que la referida competencia se desarrolla y, en cualquier caso, de *comportarse* [la cursiva es nuestra] en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante lo cual, esta actitud le perjudique»<sup>13</sup>. En todo caso, los criterios de comportamiento se aplican para confirmar las conclusiones derivadas del análisis estructural y para completar éstas cuando no resultan concluyentes.

En cuanto al análisis de dependencia, la Comisión Europea ha utilizado en diversas ocasiones el concepto de *dependencia económica* en expedientes incoados por el art. 82 del Tratado para caracterizar como tal al vínculo entre dos empresas cuando una de ellas se presenta como el *contratante obligatorio* de la otra. Así, entre otras, en la Decisión *General Motors* de 19 de diciembre de 1974, la Comisión consideró que esta empresa disponía en Bélgica de una posición dominante al estar cualquier importador paralelo belga obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que el vehículo importado pueda circular en Bélgica<sup>14</sup>. En el mismo sentido se pronunció el TJE en la Sentencia *British Leyland* de 11 de noviembre de 1986.

En España, la ya comentada reciente modificación del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, llevada a cabo mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, ha situado en primera fila esta modalidad de análisis.

## C. EL ABUSO

### a) *Concepto*

El TCE y la LDC no definen el abuso que prohíben, sin embargo, en sus arts. 82 y 6, respectivamente. Ha sido el TJE mediante sus Sentencias

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>13</sup> M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 318.

<sup>14</sup> El mercado relevante definido por la Comisión fue, en este caso, el de «los certificados de conformidad para vehículos General Motors importados paralelamente en Bélgica».



quien ha precisando el concepto. Ya en la Sentencia *Continental Can* de 21 de febrero de 1973, asignó al abuso un concepto objetivo, considerando innecesaria la existencia de una relación causal entre la posición dominante y el abuso. La misma posición fue mantenida en la Sentencia *Hoffman-La Roche* de 13 de febrero de 1979. La doctrina inherente a esta concepción objetiva es que el comportamiento de una empresa dominante puede ser contrario al art. 82 aunque no suponga el ejercicio del poder económico que le da su posición de dominio. Es decir, según esta doctrina, para poder imputar abuso de posición de dominio no es necesario que la empresa dominante aproveche que lo es para practicar una conducta explotativa que sería imposible en otro caso, sino que bastaría con que la empresa dominante llevara a cabo una conducta, inocua en otro caso, pero que resultara explotativa desde su posición de dominio. Es el sentido de la declaración contenida en la Sentencia *Hoffman-La Roche*, cuando se refiere al abuso que se da cuando «una empresa dominante, que recurre a métodos diferentes de los que rigen una competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia». En el mismo sentido se pronuncia también el TJE en su Sentencia *L'Oreal* de 11 de diciembre de 1980 y otras posteriores. La doctrina que de esta posición del TDC se deriva es que numerosas conductas, que serán consideradas como normales si las adopta una empresa cualquiera en el mercado, pueden resultar prohibidas para una empresa dominante.

Pero, el que se asigne un concepto objetivo al abuso no excluye que sea considerado como tal también el que sea fruto de la relación de causalidad apuntada. Es decir, no es necesario que haya una relación causal para que exista abuso de posición dominante, mas cabe que exista el abuso también cuando se explota causalmente la posición de dominio.

Por lo que respecta a la posición del TDC en esta materia, su Resolución *Revisión/Telefónica* de 8 de marzo de 2000 implica la completa asimilación de la doctrina jurisprudencial comunitaria descrita en el acervo del órgano administrativo español. Así, de modo más claro a cómo antes lo había hecho, expresamente el TDC declara, citando la doctrina de la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, que el abuso, con independencia de la forma de adopte, «es un concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado».

#### b) *Responsabilidad de la empresa dominante*

De la concepción objetiva del abuso se deriva como consecuencia necesaria la idea de que una empresa dominante tiene, por serlo, una especial responsabilidad en su comportamiento, a la que son ajenas las empresas no dominantes. Es ésta una doctrina muy asentada en la Juris-

prudencia comunitaria. Así, en la Sentencia *Michelin* de 1981, donde el TJE estableció que a la empresa que ostenta una posición dominante le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas de competencia en el mercado, o en una de las más recientes tomas de posición de los órganos jurisdiccionales comunitarios, cual es la declaración del Tribunal de Primera Instancia (TPI) en su Sentencia *Irish Sugar* de 7 de octubre de 1999 donde se precisa que a la empresa en posición dominante «le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común».

La Comisión Europea, en su Decisión *Copa del Mundo de Futbol 1998* de 20 de julio de 1999, señaló que esta responsabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias que reflejen una situación de debilidad competitiva en el caso concreto, lo que exige examinar el grado de dominación de las partes y cualquier peculiaridad específica del mercado que pueda afectar a la situación concreta de la competencia en el mismo. De este planteamiento se deriva que cuanto más débil sea la competencia en un mercado, una responsabilidad mayor corresponderá asumir a la empresa dominante <sup>15</sup>.

En España, el TDC ha dejado constancia de esta doctrina en diversas Resoluciones recientes. Así, por ejemplo, en sus Resoluciones *Airtel/Telefónica* de 26 de febrero de 1999, *Polvorines* de 26 de enero de 2000, *Gas Sabadell* de 14 de febrero de 2000 y *Retevisión/Telefónica* de 8 de marzo de 2000.

Particular interés tiene la doctrina de esta última sobre una manifestación concreta de esta responsabilidad de las empresas dominantes: la obligación que tienen de seguir manteniendo una actitud competitiva en el mercado. El TDC declara así en la Resolución *Retevisión/Telefónica* «la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia». Esta idea refresca el debate sobre cuál es la actitud exigible a las empresas con posición dominante. En esta perspectiva se tiene en cuenta particularmente que la competencia puede verse debilitada meramente por permanecer pasiva, anestesiando su afán de superación, la empresa dominante ante las acciones del resto de los operadores en el mercado. En esta Resolución se hace una advertencia a las empresas con una posición de dominio para que sigan comportándose con espíritu empresarial, tratando de superarse a sí mismas y a los competidores. No se trata de un enfoque nuevo, por otra parte. Como en tantos temas, el TJE en época temprana había lanzado ya las ideas seminales. En efecto, en la Sentencia *United Brands* de 14 de febrero de 1976 había afirmado que la existencia de una posición dominante no puede privar a la empresa que la ostenta del derecho de preservar sus propios intereses comerciales cuando éstos

<sup>15</sup> A. PASCUAL SEQUEROS, *op. cit.*, pp. 102-103.

son atacados y que es preciso concederle, en una medida razonable, la facultad de realizar los actos que juzga apropiados con miras a proteger dichos intereses, advirtiendo, eso sí, que tales comportamientos no se pueden admitir cuando tienen por objeto el reforzar la posición dominante y abusar de ella.

### c) *Comportamientos objetivamente justificables de la empresa dominante*

En la Sentencia *United Brands*, el TJE utiliza por primera vez el término de *lo razonable* como baremo para medir la licitud de los actos de la empresa dominante. Es decir, se advierte que ésta debe reaccionar ante sus competidores para proteger sus intereses particulares siempre que sea razonable hacerlo, y lo será cuando su comportamiento no implique reforzar la posición de dominio que esta empresa tiene en el mercado o no abuse de otro modo de su posición de dominio. Esta doctrina es recogida también por el TPI en su reciente Sentencia *Irish Sugar* de 7 de octubre de 1999. Como se ha hecho notar, «las empresas con posición dominante tienen que mantener un difícil equilibrio, conjugando la obligación de ser competitivas en el mercado con un especial cuidado a fin de evitar la restricción de una competencia que por su presencia ya puede verse limitada»<sup>16</sup>.

El TDC, en su Resolución *Retevisión/Telefónica*, distingue en la empresa dominante los comportamientos lícitos, que son los que pueden considerarse propios del espíritu competitivo que se espera de ella, y los comportamientos ilícitos, que son los que falsean la competencia en el mercado, y señala como clave para determinar la licitud de la conducta el que ésta tenga una *justificación objetiva*. Posteriormente, en su Resolución *Gas Sabadell* de 14 de febrero de 2000, el TDC ha vuelto a precisar que «hay abuso cuando se impone una condición que no es objetivamente necesaria».

Como A. PASCUAL SEQUEROS ha señalado acertadamente, «la falta de justificación objetiva es una característica propia de las conductas abusivas y una de las razones fundamentales para considerar a éstas contrarias a la competencia», observando que ya la Ley 110/1963, antecesora de la actual Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, afirmaba expresamente que, para que hubiera abuso, era necesario que la conducta no estuviera fundamentada en razones objetivas<sup>17</sup>.

## D. EL MERCADO RELEVANTE

### a) *Concepto*

El mercado afectado por el comportamiento objeto de interés se conoce, indistintamente, por *mercado relevante*, *mercado en causa* o *mercado*

<sup>16</sup> A. PASCUAL SEQUEROS, *op. cit.*, p. 102.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

*pertinente*. Se trata, en definitiva, del mercado «a tener en cuenta». El punto de partida de todo análisis de competencia y, como es natural, del correspondiente a una conducta presuntamente abusiva de posición de dominio es la definición del mercado relevante, que ha de ser contemplado desde la doble perspectiva del producto y del espacio, lo que se traduce en dos distintas consideraciones del mismo: por una parte, el *mercado de producto*, que habrá que delimitar por el conjunto de productos que se integran en él, y, por otra, el *mercado geográfico*, configurado por los territorios que son partes del mismo.

La delimitación del mercado relevante ha de hacerse tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta. En lo que concierne a la demanda, los productos integrantes en el mismo deben ser sustituibles desde la perspectiva del consumidor. Del lado de la oferta, se tendrán que considerar las empresas que produzcan o puedan fácilmente producir el producto considerado. En el mercado relevante se consideran habitualmente comprendidas a las empresas que producen efectivamente los bienes o servicios (vendedoras efectivas) y a las empresas que pueden rápidamente modificar sus líneas de producción para proveer los productos de referencia si el precio es suficientemente atractivo (vendedoras potenciales). Que la delimitación del mercado relevante sea muy amplia o muy estrecha produce desiguales resultados en el análisis de competencia que se lleve a cabo. Así, una definición amplia o demasiado estrecha del mercado conducen, respectivamente, a una subestimación o a una sobreestimación de las cuotas de mercado de las empresas y de la tasa de concentración que hay en dicho mercado.

## b) *Definición*

La Comisión, en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997, considera que las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en materia de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial, las cuales inciden de modo diferente en cuanto a eficacia e inmediatez en sus respectivos comportamientos.

La *sustituibilidad de la demanda* es, en opinión de la Comisión, el medio más inmediato y eficaz de condicionar el comportamiento del suministrador de un determinado producto, especialmente en materia de precios, ya que las empresas se verán impedidas de influir en las condiciones de venta reinantes si los clientes pueden fácilmente recurrir a productos sustitutivos o a suministradores situados en otro lugar. Por eso, para definir un mercado habrán de identificarse las fuentes alternativas reales de suministro, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores.

Las presiones derivadas de la *sustituibilidad de la oferta* considera la Comisión que son, en principio, menos inmediatas y lo mismo ocurre

con las presiones de la *competencia potencial*, por lo que otorga a estos elementos una importancia menor y un tratamiento distinto que a la sustituibilidad de la demanda.

En la Comunicación de diciembre de 1997, la Comisión también precisa los elementos que considera pertinentes para definir un mercado. En cuanto al mercado de producto, son, en primer lugar, las características y utilidades previstas, cuyo análisis permite acotar el ámbito de los productos sustitutivos. Pero como la intercambiabilidad de funciones y la similitud de características pueden no constituir en sí criterios suficientes, ya que las reacciones de los consumidores a una variación de los precios relativos pueden deberse también a otros factores, al análisis previo se añade la consideración de otros elementos, como son comportamientos sustitutivos anteriores ante variaciones de los precios relativos, utilización de ensayos cuantitativos del tipo de modelos de elasticidad y elasticidad cruzada de la demanda con respecto de los precios<sup>18</sup>, análisis de series temporales de precios y de relaciones de causalidad entre éstos, o estudios de mercado aportados por las empresas que, en el caso de bienes de consumo, permitan revelar las preferencias de los consumidores o usuarios. Finalmente, la Comisión considera, cuando procede, los obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, los cuales pueden ser de muy distinto origen, como impedimentos reglamentarios o barreras técnicas, económicas o financieras asociadas.

En cuanto a los elementos que la Comisión considera pertinentes para definir un mercado geográfico, la Comunicación referida señala primeramente las características básicas de la demanda, que pueden en sí mismas determinar la extensión del mercado geográfico. Eventualmente, también utilizará elementos de prueba de desvíos de pedidos a otras zonas en el pasado, se analizará la localización geográfica de las compras por parte de los consumidores o se tendrán en cuenta los flujos comerciales y se examinarán las barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas de otras zonas.

## 2. ABUSO EN UN MERCADO CONEXO

### A. MERCADOS CONEXOS

Hasta ahora, cuando se ha hecho referencia al abuso de posición de dominio por parte de una empresa, siempre ha sido con relación a un

<sup>18</sup> La elasticidad cruzada de la demanda es un instrumento que el análisis económico proporciona para estimar la intercambiabilidad o sustituibilidad entre dos productos que pertenecen a un mismo mercado relevante. Se define como el cociente de variaciones relativas de la demanda de cada uno de ellos al variar el precio del otro y mide el desplazamiento que experimenta la demanda de uno al variar el precio del otro, de tal modo que cuanto mayor sea este desplazamiento ante una pequeña variación del precio, mayor será esa elasticidad y, en consecuencia, la sustituibilidad entre los dos productos.

mercado en el que la empresa en cuestión ostenta la posición dominante y en el que se producen todos los efectos de la explotación abusiva de la misma. Pero en la realidad puede acontecer que una empresa con posición de dominio en un mercado se aproveche de la misma para tratar de producir efectos en otro mercado relacionado. Es a estas situaciones a las que se refiere la conocida como *doctrina de los mercados conexos*, que ha ido configurándose a partir de la orientación seguida en sus Sentencias por el Tribunal de Justicia Europeo y determina en qué circunstancias es abusiva la conducta de una empresa dominante en un mercado cuando su actuación produce efectos en un mercado conexo.

## B. CONDUCTAS ABUSIVAS EN MERCADOS CONEXOS

El TJE, en la citada Sentencia *Commercial Solvents* de 1974, había declarado abusiva la negativa de suministro del productor dominante de aminobutanol a una empresa con la que competía en el mercado conexo de un medicamento antituberculoso para cuya fabricación se utilizaba como materia prima el aminobutanol.

La Comisión, por su parte, en su Decisión *ECS/AZCO* de 14 de diciembre de 1985, declaró que la empresa *AZCO*, dominante en el mercado de los peróxidos orgánicos, había abusado de su posición dominante en este mercado al tratar de eliminar a la empresa *ECS* del mercado conexo de los aditivos para harina, en el que esta última había intentado entrar, criterio luego confirmado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 3 de julio de 1991. En la Decisión *BPB Industries* de 5 de diciembre de 1988, confirmada por las Sentencias de 1 de abril de 1993 (del Tribunal de Primera Instancia) y de 6 de abril de 1995 (del Tribunal de Justicia), se declaró aplicable el art. 86 del Tratado a una conducta de una empresa dominante en el mercado de planchas de yeso consistente en conceder una ventaja en el mercado conexo del yeso a quienes sólo a ella le compraban las planchas.

En todos estos casos, la empresa dominante se proponía extender a otro conexo la posición dominante que ostentaba en un mercado o consolidar su posición de dominio en un mercado mediante acciones en otro conexo.

El TDC, por su parte, acaba de dictar dos Resoluciones ilustrativas al respecto, que posteriormente serán comentadas como representativas de su más reciente doctrina en materia de abuso de posición dominante en mercados conexos. Una es la Resolución *TUBOGÁS/REPSOL* de 7 de marzo de 2002 y la otra, la Resolución *Tabacalera/Mc Lane* de 24 de abril de 2002.

### C. EL CASO PARTICULAR DE LAS *ESSENTIAL FACILITIES*

Un caso particular de explotación abusiva en mercado conexo de una posición de dominio se produce cuando una empresa dominante en un mercado dispone en exclusiva de un servicio que es esencial para poder actuar en un mercado conexo y niega su utilización a un competidor.

La Comisión Europea aplicó esta doctrina a las conductas de ciertas compañías aéreas dominantes, que consideró anticompetitivas porque habían negado a nuevos operadores en el mercado el acceso a sus sistemas de reserva o la conexión con sus líneas (Decisiones *London European c. Sabena*<sup>19</sup> y *British Midland c. Air Lingus*<sup>20</sup>).

En 1993, la Comisión aplicó la doctrina de las *facilidades esenciales* en la Decisión *B & I Line PLC c. Sealink Harbours, Ltd., and Sealink Stena, Ltd.*, de 21 de diciembre, donde estableció que una empresa de transporte portuario que dispone en exclusiva de ciertas instalaciones imprescindibles para el mismo abusa de su posición de dominio en el mercado si sólo permite el uso de esas instalaciones a otras empresas de transporte portuario en condiciones abusivas, como resultó serlo al ofrecer el uso únicamente en horarios no comerciales. Textualmente, la Decisión precisaba:

*Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce un infracción del art. 86 (actual art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea) cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia.*

Por otra parte, la doctrina de las *essential facilities* es incorporada por la Comisión en su Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia en los acuerdos de acceso en las telecomunicaciones<sup>21</sup>, estableciendo las siguientes condiciones para su aplicación: 1) El acceso a la infraestructura ha de ser esencial para competir. 2) La infraestructura debe tener capacidad suficiente para ofrecer el acceso a terceros. 3) El titular de la infraestructura, mediante su negativa de acceso, debe haber impedido la aparición o el desarrollo de competidores. 4) La empresa que solicite el acceso a la infraestructura debe pagar un precio razonable y no discriminatorio a su titular. 5) No ha de haber una razón justificada para la denegación del acceso a la infraestructura.

<sup>19</sup> DOCE, núm. L 317 (1988).

<sup>20</sup> DOCE, núm. L 96 (1992).

<sup>21</sup> DOCE, núm. C 265/2 (1998).

El Tribunal de Justicia Europeo, por su parte, podría considerarse que aplicó por primera vez esta doctrina en la ya citada Sentencia *Comercial Solvents* (1974), en la que, tras examinar la negativa de un fabricante de determinados medicamentos y de una materia prima indispensable para elaborar éstos a suministrar dicha materia prima a otros fabricantes de los mismos medicamentos, consideró que tal negativa de suministro constituía un abuso de posición dominante al darse las siguientes circunstancias: 1) La negativa de suministro provocaba un perjuicio en las condiciones de competencia del mercado de fabricación de medicamentos. 2) El negado servicio de suministro de la materia prima no suponía ninguna dificultad para su fabricante. 3) No había razones que justificaran la negativa.

Entre otros casos que también jalonan la doctrina comunitaria de las *essential facilities*, cabe destacar los siguientes: el caso *Decca Navigation System* (1989), en el cual se declaró el abuso de posición dominante de esta empresa por no informar de los cambios de las señales electrónicas producidas por sus equipos de navegación marítima; el caso *Magill* (1991), en el que se declaró que tres compañías de televisión habían abusado de su posición dominante al negar los detalles de su programación a un editor de guías de programas de televisión que competía con las guías editadas por las propias cadenas de televisión; el caso *ITT/Promedia/Belgacom* (1997), en donde se declaró abusiva la negativa por la empresa telefónica dominante de proporcionar información a un nuevo competidor en el mercado conexo de las guías telefónicas.

El más reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia Europeo a propósito de la doctrina de las *essential facilities* ha sido en la Sentencia *Oscar Bronner* de 26 de noviembre de 1998. En la misma, el Tribunal de Justicia Europeo responde a una cuestión prejudicial, presentada por un tribunal austriaco, sobre si la negativa a distribuir un periódico competidor de la única empresa editora de Austria que dispone de una red de suministro de prensa a domicilio constituye un abuso de posición de dominio según la legislación comunitaria. El Tribunal de Justicia Europeo consideró que habrían de concurrir los siguientes tres requisitos para que estuviera justificada la obligación de la empresa dominante a ofrecer el acceso de sus servicios a un competidor: 1) Que la negativa implique la eliminación de toda competencia en el mercado de referencia. 2) Que la negativa no tenga ninguna justificación objetiva. 3) Que el acceso sea imprescindible para el desarrollo de las actividades del competidor solicitante. El Tribunal consideró en este caso que únicamente de existir obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que hicieran imposibles las actividades del competidor, y además si no hubiera otra alternativa real o potencial al citado reparto a domicilio para vender periódicos, estaría justificada la imposición de conceder acceso a la red de distribución del operador dominante, circunstancias que no parecían concurrir en el caso referenciado, por lo que Tribunal declaró como no acreditado el supuesto abuso de posición dominante en relación con el cual era requerido.



#### D. CONDUCTAS QUE NO EXTIENDEN O CONSOLIDAN EL DOMINIO EN EL MERCADO CONEXO

La cuestión se presenta más resbaladiza cuando no resulte probado que la empresa encausada se propone extender a un mercado que no domina el dominio de que dispone en otro mercado conexo, o cuando la conducta probada de la empresa dominante en un mercado no esté acreditado que sirva para consolidar su dominio en otro mercado conexo.

El asunto *Tetra Pak II* es ilustrativo al respecto. La Comisión, en su Decisión de 24 de julio de 1991, condenó a esta empresa, dominante en el mercado del envasado aséptico de alimentos líquidos, por precios predatorios practicados en el mercado del envasado no aséptico, al considerar que Tetra Pak gozaba en este último mercado de una posición «preeminente», aunque sin llegar a declarar que fuera dominante. La relación existente entre ambos mercados y el hecho de que la empresa pudiera financiar las ventas a pérdida de los envases no asépticos con los beneficios obtenidos en los envases asépticos llevaron a considerar a la Comisión que la conducta de Tetra Pak en el mercado del envasado no aséptico infringía el art. 86 del Tratado. En Sentencia de 6 de octubre de 1994, el Tribunal de Primera Instancia confirmó el criterio de la Comisión y señaló:

*Las prácticas llevadas a cabo por Tetra Pak en los mercados (de envases) no asépticos pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 86 del Tratado, sin que sea necesario demostrar la existencia de una posición dominante (...), en la medida en que la preeminencia de esta empresa en los mercados (de envases) no asépticos, combinada con la conexión existente entre dichos mercados y los mercados (de envases) asépticos, confiere a Tetra Pak una independencia de comportamiento frente a los demás operadores económicos presentes en los mercados (de envases) no asépticos que puede justificar su responsabilidad particular, con arreglo al art. 86, en el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada en estos mercados.*

Esta posición del Tribunal de Primera Instancia, que confirmaba la condena de Tetra Pak por la Comisión, en aplicación del art. 86 del Tratado, sin haber declarado la posición dominante de esta empresa en el mercado de los envases no asépticos, sino meramente considerando que tenía una posición «preeminente» en el mismo, ha sido severamente discutida por varios autores, que consideran que, al ignorar el Tratado el concepto de posición «preeminente» o «casi dominante», el mismo sólo limita la libertad de las empresas cuando existe previamente posición dominante en el mercado conexo o se puede alcanzar mediante la conducta probada<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Vid. M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *op. cit.*, pp. 372-374; L. SANFILIPPO, «Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets and Application of Article 86», *European Business Law Review*,

Como perspicazmente hacen notar WAELBROECK y FRIGNANI, el Tribunal de Justicia Europeo, en su Sentencia de 14 de noviembre de 1996 sobre el asunto Tetra Pak, ha tenido en cuenta en cierta medida estas objeciones. En efecto, el Tribunal ha señalado que la aplicación del art. 86 a una conducta en un mercado distinto del dominado sólo será justificable en presencia de «circunstancias especiales» —dadas en este caso, a juicio del Tribunal— que prueben que la empresa encausada goza de una libertad de acción que no tienen sus competidores en este mercado distinto<sup>23</sup>.

En definitiva, un abuso en un mercado distinto del dominado sólo ha de ser tomado en consideración desde la perspectiva del art. 82 del TCE (o del art. 6 de la LDC) si presenta una conexión con la posición dominante, bien porque ostente esta posición también en el segundo mercado y la conducta constituya una explotación de la misma, o porque conduzca a alcanzarla o, en su caso, a reforzarla<sup>24</sup>.

### 3. DOCTRINA DEL TDC SOBRE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS CONEXOS

No ha tenido el TDC muchas oportunidades en su historia de casi cuarenta años de pronunciarse sobre conductas anticompetitivas que hayan significado el abuso en un mercado por parte de una empresa dominante en otro mercado conexo con el primero. Las oportunidades han sido más bien escasas y se han presentado recientemente. De las mismas, destacan dos que acaban de producirse. La primera ha tenido como protagonista de la conducta declarada abusiva en el mercado conexo de revisión periódica de instalaciones a Repsol Butano, S. A., que ostenta una posición de dominio en el mercado principal del suministro de gas butano. En la segunda, la protagonista de la infracción de la LDC ha sido la empresa Tabacalera, S. A., que, siendo dominante en el mercado de fabricación de labores de tabaco en la Península y Baleares y en el mercado conexo de distribución mayorista de dichas labores en el mismo ámbito geográfico, ha aprovechado la posición dominante en el primer mercado, donde ostenta todavía el monopolio legal de fabricación, para conservar su posición de dominio en el segundo mercado después de que el legislador decidiera retirarle el monopolio legal que durante muchos años le había permitido disfrutar. Seguidamente se ofrece una breve descripción de estas recientes Resoluciones del TDC, dictadas ambas en el primer trimestre de 2002.

---

1995, p. 71; N. LEVY, «Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?», *European Competition Law Review*, 1995, p. 104.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>24</sup> *Vid.*, en este sentido, H. E. AKYÜREK-KIEVITS, *Nota sobre la Sentencia «Michelin, Social Economische Wetgeving»*, 1984, pp. 737-741.

#### A. RESOLUCIÓN *TUBOGÁS/REPSOL*

El TDC, en la Resolución *TUBOGÁS/REPSOL* de 7 de marzo de 2002, declara acreditada la realización por parte de Repsol Butano, S. A., de una conducta prohibida por el art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la explotación abusiva de la información que posee como empresa suministradora de gas en beneficio de sus Servicios Oficiales que revisan las instalaciones, que prestan este servicio en régimen de franquicia.

El Tribunal ha considerado que Repsol Butano, S. A., ostenta una posición dominante en el mercado de la distribución de gases licuados de petróleo y que es receptor de la información que deben transmitirle todos los usuarios sobre las fechas en que realizan las revisiones periódicas que, por motivos de seguridad, impone la legislación vigente. En el mercado conexo de servicios de revisiones periódicas obligatorias, la franquicia Servicio Oficial Repsol Butano, S. A., de la que Repsol Butano, S. A., es franquiciador, cuenta con 388 empresas distribuidas por todo el país, recibiendo por ello un canon de franquicia que se establece sobre el importe de las revisiones realizadas por las empresas franquiciadas.

La información sobre este mercado, de la que es depositaria la empresa Repsol Butano, S. A., por disposición legal, resulta de importancia estratégica para las empresas que ofrecen los servicios de revisión, ya que no sólo proporciona el censo de usuarios, sino que permite ofrecer el servicio a cada cliente precisamente en el momento en que lo necesita. Dicha información sólo está disponible para las empresas franquiciadas por Repsol Butano, S. A., que gozan así de una ventaja sustancial sobre sus competidores, que sólo disponen del censo de usuarios a los que han realizado una instalación inicial o a los que han revisado su instalación recientemente.

En estas condiciones, el Tribunal ha estimado que Repsol Butano, S. A., al ignorar desde su posición dominante en el mercado de la distribución la solicitud que otras empresas de revisión le hicieron de esa información estratégica sólo disponible para ella y su red de franquicias, ha cometido un abuso de posición dominante prohibido por el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

#### B. RESOLUCIÓN *MC LANE/TABACALERA*

En su Resolución *TABACALERA/MC LANE* de 24 de abril de 2002, el TDC declara la comisión por parte de Tabacalera, S. A., de una conducta abusiva de posición dominante prohibida por el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en haber negado injustificadamente el suministro de sus labores de tabaco a la empresa Mc Lane España, S. A.,

para su posterior distribución mayorista, actividad para la que esta última había obtenido la licencia administrativa correspondiente.

Resultó acreditado que Tabacalera, S. A., ostentaba en la fecha de autos una posición de dominio en los dos mercados conexos de fabricación y distribución mayorista de labores de tabaco en el territorio peninsular y balear, disponiendo del monopolio de fabricación y siendo el único distribuidor mayorista que operaba de hecho en dicho mercado.

El Tribunal consideró que la negativa de Tabacalera, S. A., a suministrar a Mc Lane España, S. A., sus propias marcas de labores de tabaco, para que ésta posteriormente distribuyera al por mayor las mismas, estaba impidiendo la entrada de nuevos operadores en este mercado de distribución y significaba por parte de Tabacalera, S. A., un aprovechamiento de su posición de dominio en el mercado de fabricación con el fin de impermeabilizar la posición dominante de que también disponía en el mercado de distribución.

Esta conducta, según el TDC consideró, constituye una explotación abusiva de posición de dominio por parte de Tabacalera, S. A., prohibida por el art. 6 de la LDC, en este caso además precisada en el párrafo 2.c) de dicho artículo de la Ley.

Por lo que se refiere a la modalidad y alcance de esta conducta de Tabacalera, S. A., el TDC ha considerado muy grave la misma porque ha implicado una obstrucción efectiva por parte de Tabacalera, S. A., al proceso de liberalización del mercado de distribución mayorista de labores de tabaco querido por el legislador, hasta el punto de haber logrado impedir que todavía no exista competencia en este mercado de distribución mayorista. En la Resolución del TDC se destaca esta cuestión con las siguientes palabras:

*En cuanto a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, se impone reputar como de muy grave la conducta de TABACALERA, y de consecuencias determinantes para que aún no exista competencia en el mercado de distribución mayorista de labores de tabaco como ha querido el legislador. No resulta ocioso insistir en la gravedad que tiene una conducta como la que aquí se declara que ha practicado TABACALERA, consistente en aferrarse mediante prácticas ilegales a la condición de monopolista que antes la Ley le otorgaba y que después le retiró. Esta conducta significa una obstrucción inadmisibles a un proceso de liberalización que el legislador ha querido.*

En esta Resolución el TDC recoge una alegación de Tabacalera, S. A., mediante la que esta compañía pretende justificar su negativa de suministro a otra empresa invocando «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» que consagra la Constitución Española en su art. 38. Es ésta una cuestión de gran interés porque ciertamente el ámbito de libertad de empresa que para ser desarrollada en el marco de la economía de mercado garantiza la Constitución de modo expreso ha de impedir cualquier tipo de decisiones de los poderes públicos que

vulnere ese espacio de libertad reconocido. Pero el espacio de libertad que un sistema de economía de mercado implica no equivale a un ámbito de autonomía ilimitada para las personas y empresas, sino, muy al contrario, es un espacio normado en el que la autonomía de la voluntad queda sometida al imperio de la ley, aunque ésta haya de constreñirse fundamentalmente a establecer las reglas de juego y hacerlas cumplir, tratando de impedir al propio tiempo cualquier acción que impida al propio mercado funcionar.

La mencionada alegación de Tabacalera, S. A., ofrece al TDC la oportunidad, que no desaprovecha, de hacer una declaración al respecto que, por su interés, merece ser reproducida. Dice así el TDC:

*En cuanto a que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que consagra la Constitución Española ampare una ilimitada libertad de contratación, como argumenta TABACALERA, resulta bien lejano de la realidad. Por lo que respecta al Derecho de la competencia, al que se refiere este expediente, bastaría señalar que gran parte de su contenido consiste precisamente en prohibiciones limitativas de la libre contratación, en beneficio del mercado, para cuyo correcto funcionamiento es imprescindible que la libre competencia sea salvaguardada de las conductas de los operadores económicos que la perturben o que pretendan perturbarla porque, cuando la competencia se destruye o se aquieta, el mercado deja de funcionar adecuadamente y ya no puede cumplir bien sus funciones entre las que destaca el asignar óptimamente los siempre escasos recursos de la sociedad. Es precisamente la consagración constitucional de la economía de mercado lo que justifica la represión desde los poderes públicos de las conductas que atentan contra la libre competencia, en perjuicio frecuentemente de la libre contratación.*

El TDC intima a Tabacalera, S. A. (a Altadis, S. A., nuevo nombre de la antigua empresa tabaquera), para que cese en esa conducta y, si Mc Lane España, S. A., lo desea, proceda a efectuar los suministros pedidos en condiciones no discriminatorias, así como para que en lo sucesivo se abstenga de conductas semejantes.

Además le impone la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en la Sección de Economía de dos diarios de circulación nacional de entre los cinco de mayor tirada.

Finalmente, el TDC sanciona a Altadis, S. A., con una multa de tres millones de euros y le impone multas coercitivas para el caso en que retrasare el cumplimiento de su obligación de suministro y de cada una de sus obligaciones de publicar la parte dispositiva de la Resolución.

