

**LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE UNA
POSICIÓN DOMINANTE
(ARTS. 82 TCE Y 6 LEDC)**

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO: LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA	12
I) NOCIÓN DE COMPETENCIA	12
A) noción de competencia en el lenguaje común	12
B) noción jurídica de competencia	13
a) presupuestos jurídicos de la competencia	13
b) Límites de la competencia	17
c) libertad, igualdad, propiedad y competencia	18
C) noción económica de competencia	22
a) significado económico del término competencia	22
b) competencia perfecta, competencia imperfecta y monopolio	26
c) competencia potencial y competencia eficaz	28
i) Los mercados disputables o la competencia potencial	28
ii) La idea de la «workable competition»	29
D) noción comunitaria de competencia	34
II) OBJETIVOS DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA	38
A) funciones de la competencia	39
a) funciones jurídico-políticas de la competencia:	39
i) Descentralización económica y la redistribución de la riqueza	39
ii) Salvaguarda de la libertad económica individual y de la igualdad	43
b) función económica: la realización de la eficiencia	45
B) carácter instrumental de la competencia en el ámbito europeo	48
C) otros objetivos de la política de la competencia	51
D) especial referencia a la función integradora de la competencia en el mercado común	52
E) política de la competencia y balance de objetivos	56
III) SISTEMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	60
A) clases de sistemas	60
a) sistemas BÁSICOS o puros	61
i) El sistema de prohibición	61
ii) el sistema de abuso	63
b) sistemas mixtos o complejos	66
B) sistema del tratado de roma	69
a) el sistema de “prohibición” del artículo 81 TCE	71
b) el sistema de “abuso” del artículo 82 TCE	72
c) dinámica del sistema comunitario: relación entre los principios de prohibición y abuso	73
C) especial referencia al sistema del artículo 82 TCE: su arquitectura	75
 CAPÍTULO SEGUNDO: LOS ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 82 TCE	78
I) EL ARTÍCULO 2 DE LA SHERMAN ACT: LA IDEA DE ABUSO O MONOPOLIZACIÓN EN EL ÁMBITO AMERICANO	79
A) importancia	79
B) tratamiento del abuso en ámbito americano	80
a) significado del término «monopolización» del artículo 2 de la sherman act	80
b) objeto y límites de la idea de «monopolización» en el ámbito americano: la eficiencia y el abuso	83
C) remedios contra la monopolización	85
D) otras concepciones marginales de la «monopolización»	85
E) conclusión	86
II) EL ARTÍCULO 66 DE LA CECA	87
III) la ley alemana de practicas limitativas de la competencia de 27 de julio de 1957	94
A) importancia	94
B) antecedentes: de la libertad de carteles a la prohibición, pasando por el control de abusos	94
C) una solución conciliadora: el sistema ecléctico de 1957	97
D) la explotación abusiva de una posición de dominio en la ley alemana de 27 de julio de 1957	101
E) conclusión	104
IV) LAS ORDENANZAS FRANCESAS	105
 CAPÍTULO TERCERO: EL SUJETO DOMINANTE	109
I) NOCIÓN DE EMPRESA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 82 TCE	109
A) noción funcional	110
B) personalidad, y forma de la entidad calificada como “empresa”	112
C) carácter económico de la conducta o actividad	114
D) las entidades públicas como empresa	116
E) los grupos de sociedades como empresas	122
II) NOCIÓN DE EMPRESA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 6 LEDC	127

A)	noción funcional.	127
B)	los sujetos públicos como empresa.	128
	i) Control de la actividad normativa.	129
	ii) Control de la actividad no normativa.	131
C)	los monopolios legales.	138
D)	unidad y pluralidad de empresas: la posición de dominio colectiva.	141
CAPÍTULO CUARTO: EL MERCADO RELEVANTE		142
I)	EL MERCADO RELEVANTE.	142
II)	DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.	147
	A) principios básicos: la sustituibilidad.	147
	B) medición de la intercambiabilidad.	149
III)	EL FACTOR FUNCIONAL: EL MERCADO DE PRODUCTO.	150
	A) Noción de mercado de producto.	150
	B) delimitación del producto relevante.	151
	a) criterio de identidad o similitud. problemática.	151
	b) criterio de la intercambiabilidad.	153
	i) Sustituibilidad en el lado de la demanda.	156
	• Características del producto.	159
	• Uso o destino del producto.	161
	• El precio.	163
	• Los criterios cuantitativos. La elasticidad cruzada de la demanda.	163
	• Otros criterios.	167
	ii) Sustituibilidad en el lado de la oferta.	169
IV)	EL FACTOR ESPACIO: EL MERCADO GEOGRÁFICO.	173
	A) definición del área geográfica relevante.	174
	a) noción de mercado geográfico.	174
	b) delimitación del área geográfica relevante.	175
	i) Extensión de la actividad o de la conducta.	175
	ii) Delimitación de áreas competitivas homogéneas.	176
	• Distribución de las cuotas y los precios.	179
	• Sustituibilidad geográfica.	180
	– La sustituibilidad geográfica desde el lado de la demanda.	180
	– La sustituibilidad geográfica desde el lado de la oferta.	182
	B) definición de la sustancialidad del mercado geográfico delimitado.	185
	• Cuando la posición de dominio alcanza a una vasta superficie del Mercado Común.	186
	• Cuando la posición de dominio abarca sólo a un pequeño Estado.	187
	• Cuando la posición de dominio abarca sólo una parte del territorio de un Estado.	187
	C) la dimensión supracomunitaria.	188
V)	LOS FACTORES TEMPORAL Y NORMATIVO.	190
	A) el factor tiempo.	190
	B) el factor administración o normativo.	193
VI)	mercados relevantes especiales.	195
	A) los mercados primario-secundario.	196
	B) las cadenas de sustitución.	197
	a) cadenas de sustitución geográfica.	197
	b) cadenas de sustitución funcional.	198
	C) los grupos de productos.	199
VII)	VALOR RELATIVO DE LA DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.	200
VIII)	EL MERCADO RELEVANTE EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.	203
CAPÍTULO QUINTO: LA POSICIÓN DE DOMINIO		211
I)	NOCIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO.	212
	A) antecedentes.	212
	B) definición comunitaria general de posición de dominio en el artículo 82 TCE.	214
	a) doctrina de la comisión.	214
	b) doctrina del tribunal de justicia.	216
	c) doctrina comunitaria.	218
	i) Necesidad de definir un mercado relevante.	218
	ii) Criterios de definición de la posición dominante.	219
	iii) Consecuencias de la definición comunitaria.	222
II)	EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO.	222
	A) causas del poder de monopolio: las barreras a la entrada.	223
	B) método y criterios de valoración.	233
	a) los monopolios legales.	234
	b) análisis estructural.	235

i)	Cuota de mercado.....	236
•	El cálculo de la cuota.....	236
•	Tamaño de la cuota y su valor.....	237
•	El criterio temporal.....	242
•	Las barreras a la entrada.....	244
ii)	La estructura de la empresa.....	244
c)	el análisis de comportamiento y resultados.....	247
i)	El comportamiento: la estrategia de mercado.....	247
ii)	Los resultados.....	248
C)	las situaciones de dependencia económica.....	250
a)	las situaciones de dependencia económica. teoría del contratante obligatorio.....	250
b)	las «essential facilities».....	256
III)	NOCIÓN Y EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.	262
A)	noción de posición dominante.....	262
B)	métodos y criterios de evaluación de la posición de dominio.....	264
C)	la situación de dependencia económica.....	267
IV)	LA POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA.	269
A)	supuestos fundados sobre relaciones entre la matriz y sus filiales.....	272
B)	supuestos fundados sobre un acuerdo o una práctica concertada.....	276
C)	supuestos derivados de las particulares características estructurales del mercado relevante.....	286
CAPÍTULO SEXTO: LA AFECTACIÓN AL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS.		302
I)	FUNCIÓN Y TRASFONDO DE LA CLÁUSULA DE AFECTACIÓN AL COMERCIO INTRACOMUNITARIO.	303
II)	SIGNIFICADO Y ALCANCE DE SUS TÉRMINOS.	305
A)	«..., en la medida en que ...»: la regla de mínimos.....	306
B)	«... que pueda afectar ...».....	310
a)	sentido de la afectación.....	310
b)	Carácter cualitativo de la afectación.....	312
c)	«afectación al comercio» y «afectación a la competencia».....	315
d)	afectación potencial e indirecta.....	317
e)	constatación de la afectación.....	318
C)	«... al comercio ...».....	319
D)	«... entre los estados miembros, ...».....	321
III)	LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA Y LA CLÁUSULA INTERCOMUNITARIA.	325
CAPÍTULO SÉPTIMO: LA «EXPLOTACIÓN ABUSIVA» I: NOCIÓN GENÉRICA		327
I)	NOCIÓN GENÉRICA DE «EXPLOTACIÓN ABUSIVA»	331
A)	el abuso en el lenguaje común y en el jurídico.....	331
a)	el abuso en el lenguaje común.....	331
b)	el abuso del derecho.....	332
B)	la noción genérica de «explotación abusiva» en la doctrina comunitaria.....	336
a)	propuestas de la doctrina.....	336
b)	doctrina de las autoridades comunitarias.....	338
i)	Primeros posicionamientos teóricos de la Comisión.....	338
•	Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965.....	339
•	Primer informe sobre la política de la competencia de 1972.....	340
ii)	La noción genérica en la doctrina del Tribunal de Justicia.....	341
•	Precedentes.....	341
•	United Brands (1978).....	342
II)	EL ABUSO DESDE EL PUNTO DE VISTA FINAL.	344
A)	Razones que justifican la posición de dominio.....	344
a)	un comportamiento contrario a los objetivos del Tratado.....	344
b)	libertad económica, orden público económico y abuso.....	346
B)	el abuso como comportamiento contrario a los objetivos del artículo 82 TCe.....	350
a)	razones que justifican la posición de dominio.....	351
b)	estas razones como límite interno a su ejercicio.....	352
i)	Límites internos a la excepcional libertad económica que otorga la posición de dominio.....	352
ii)	Interpretación flexible de estos límites.....	356
c)	problemática que plantea la eficiencia económica como límite.....	358
i)	La operatividad de la eficiencia como criterio.....	358
ii)	La eficiencia como barrera de entrada.....	360
C)	importancia de la interpretación teleológica.....	363
III)	RASGOS GENERALES DE LA «EXPLOTACIÓN ABUSIVA».	363
A)	desde el punto de vista de la estructura, un presupuesto: la posición de dominio.....	364
B)	desde el punto de vista del comportamiento, una conducta en la que se instrumentalice el abuso: «... se ejercita la posición de dominio ...».....	366

a)	un presupuesto: el ejercicio de la libertad económica.....	366
b)	sólo la explotación abusiva está prohibida.....	370
c)	valoración de la conducta.....	373
i)	Valoración objetiva: los rasgos objetivos del acto y sus resultados.....	374
•	La voluntad del autor en la valoración objetiva.....	375
•	El carácter objetivo del abuso en la praxis de las autoridades antimonopolio.....	378
ii)	Importancia de las circunstancias.....	381
C)	desde el punto de vista del resultado: «... para la obtención de ventajas [...] que no se habrían podido tener de haber reinado una competencia efectiva».....	385
a)	«... la obtención de ventajas [...] que no habrían podido tener en una situación de competencia efectiva».....	385
i)	«... para la obtención de ventajas ...».....	385
ii)	Injustificada.....	388
iii)	«... que no habrían podido tener de haber reinado una competencia efectiva.».....	388
b)	«... frente a los competidores, actuales o potenciales, a los proveedores o a los usuarios.».....	389
i)	Un daño.....	389
ii)	No justificado.....	390
iii)	A los otros agentes del mercado. Los sujetos pasivos del abuso.....	391
iv)	La lesión al interés general, la lesión al interés particular y la legitimación actora.....	391
CAPÍTULO OCTAVO: LA CUESTIÓN DEL VÍNCULO. RESPONSABILIDAD CUALIFICADA DE LA EMPRESA DOMINANTE. ... 398		
I)	LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.....	398
A)	tipos de Vínculo.....	399
B)	valoración de la doctrina.....	401
C)	el vínculo causal en los distintos conceptos de abuso:.....	401
a)	la causalidad en las interpretaciones restrictiva y formal.....	401
b)	la causalidad en la interpretación extensiva. doctrina de las autoridades comunitarias.....	403
i)	Continental Can (1973): ¿Negación del vínculo?.....	403
ii)	United Brands (1978): Regreso a la causalidad.....	406
iii)	Hoffmann La Roche (1979), AKZO (1991) y DLG (1994): ¿En qué medida?.....	407
D)	el vínculo causal en el artículo 6 ledc.....	409
II)	EL ABUSO Y EL MERCADO DOMINADO. LOS MERCADOS CONEXOS.....	411
A)	posibles tipos de relación.....	414
B)	el abuso íntegramente en el mercado dominado.....	415
C)	el abuso sólo parcialmente en el mercado dominado.....	415
a)	el abuso con efectos en un mercado distinto del dominado.....	416
b)	el abuso en mercado distinto con efectos en el mercado dominado.....	417
D)	el abuso íntegramente en un mercado distinto del dominado.....	420
a)	en un mercado distinto, pero vinculado al dominado.....	420
b)	en un mercado distinto y desvinculado del dominado.....	423
E)	los mercados vinculados en el artículo 6 ledc.....	427
III)	LA CUESTIÓN DEL VÍNCULO.....	429
IV)	RESPONSABILIDAD CUALIFICADA DE LAS EMPRESAS EN POSICIÓN DE DOMINIO:.....	431
CAPÍTULO NOVENO: LA «EXPLOTACIÓN ABUSIVA» II: NOCIONES RESTRICTIVA Y EXTENSIVA 438		
I)	INTERPRETACIONES HISTÓRICA Y LITERAL.....	439
A)	tesis restrictiva: la protección directa de los intereses de clientes y proveedores.....	440
B)	la jurisprudencia y la tesis restrictiva.....	441
a)	actitud general de la jurisprudencia frente al abuso explotativo.....	442
b)	incursiones de la jurisprudencia comunitaria en el abuso explotativo.....	445
i)	Incursiones generales.....	445
ii)	Incursiones específicas.....	446
•	El abuso por precios inequitativos.....	446
•	El abuso por condiciones inequitativas.....	451
•	El abuso por contratos ligados.....	453
•	El abuso por discriminación.....	454
•	El abuso de derechos de propiedad industrial e intelectual.....	455
C)	bases argumentales: las interpretaciones histórica y literal.....	456
a)	interpretación literal.....	456
b)	interpretación histórico-comparada.....	462
D)	crítica.....	466
II)	INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA Y FINALISTA.....	468
A)	tesis sistemático-finalista: la protección indirecta a través de la defensa de las estructuras competitivas.....	468
B)	la jurisprudencia y las tesis estructuralistas (1973-1995).....	471
C)	bases argumentales de las interpretaciones teleológica y finalista.....	478
a)	interpretación finalista.....	478
b)	interpretación sistemática.....	479

D)	crítica:	482
CAPÍTULO DÉCIMO: LA «EXPLOTACIÓN ABUSIVA» III: NOCIÓN INTEGRADORA.....		491
I)	INTERPRETACIÓN NATURAL DEL ARTÍCULO 82 TCE	491
II)	TIPOS DE ABUSO: ABUSOS EXPLOTATIVOS Y ANTICOMPETITIVOS	493
A)	tipos de abuso	493
a)	tipos generales	493
b)	clasificaciones y terminología.....	494
B)	protección directa y protección indirecta	496
III)	EL ABUSO ANTICOMPETITIVO: LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL ARTÍCULO 82 TCE	497
A)	el recurso a medios anormales	497
B)	principal criterio delimitador de conductas: existencia de una justificación objetiva.....	501
C)	el juicio de razonabilidad de la restricción estructural	506
D)	el problema de la restricción estructural que afecta a los últimos competidores.....	508
E)	la cuestión de la amplitud del concepto de restricción de la competencia y el abuso.....	510
IV)	EL ABUSO EXPLOTATIVO: NECESIDAD, DIFICULTAD Y DISCRECIÓN	512
A)	necesidad de control del ejercicio frente a clientes y proveedores de la excepcional libertad que otorga la posición de dominio	512
B)	peligros de la inquisitorialidad y el intervencionismo como límites del abuso explotativo	515
C)	confianza en la discreción judicial	520
V)	RELACIÓN ENTRE AMBOS TIPOS DE ABUSO: COMPLEMENTACIÓN Y PRELACIÓN	522
A)	los abusos explotativos y los abusos anticompetitivos no son incompatibles	522
B)	los abusos explotativos y los anticompetitivos son complementarios.....	523
a)	complementariedad.....	523
b)	prelación	525
C)	abuso explotativo y protección del consumidor en la comunidad europea	528
VI)	LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.....	530
VII)	LA REFORMA DEL ARTÍCULO 6 LEDC Y LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA	547
CAPÍTULO UNDÉCIMO: JURISPRUDENCIA, BIBLIOGRAFÍA		556

INTRODUCCIÓN

El sistema de defensa de la competencia definido por el Tratado se edifica sobre dos preceptos fundamentales que constituyen los pilares básicos del sistema: una norma de prohibición de cárteles, el artículo 81 TCE; y una norma de prohibición de abusos, el artículo 82 TCE. Aunque ambas normas van orientadas a la defensa de la competencia, cada una de ellas actúa desde ángulos distintos.

El artículo 81 TCE es una norma de prevención que quiere evitar la concentración de poder de mercado prohibiendo que los agentes se pongan de acuerdo para restringir la competencia. Su objetivo fundamental es pues evitar la formación de monopolios colusorios. En cambio, el artículo 82 TCE es ante todo una norma de reparación: no prohíbe la posición de dominio, pero sujeta su ejercicio al control de abusos. Reconoce que pueden existir y se pueden adquirir posiciones de dominio legítimas en el mercado, para prohibir después que se ejercite abusivamente el poder dominante que deparan. Mientras el art. 81 TCE procura ante todo la dispersión del poder de mercado para que exista competencia; el art. 82 TCE pretende principalmente sujetar el ejercicio del poder dominante a la ley de la competencia, cuando la desconcentración no es posible o conveniente. Se trata pues de dos instrumentos complementarios establecidos para garantizar un régimen de competencia efectiva y no falseada en el Mercado común.

Tras una etapa inicial de práctica inaplicación, el artículo 82 TCE (antiguo artículo 86) ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia. La realidad de los mercados se afana en demostrar que

las normas anticártel no son suficientes y que la formación de núcleos de poder dominante es cada vez más importante y difícil de combatir. Aunque en general el mejor modo de lograr unos resultados competitivos es procurar una dispersión suficiente del poder de mercado, la realidad demuestra que no siempre es posible o conveniente atacar las formaciones de poder dominante, ya sea porque vienen amparadas por una norma (lo que frecuentemente esconde la captura del regulador por el regulado), pensemos, por ejemplo, en el monopolio de farmacias; ya sea porque surgen como una consecuencia más o menos normal del sistema de mercado, como es el caso de Microsoft; ya sea porque hay situaciones en las que otra solución resulta muy difícil o imposible, como ocurre con ciertos paralelismos oligopolistas (basta recordar el problema del precio de los carburantes), con el poder que adquieren ciertas empresas por el control de recursos esenciales (como autopistas o redes de distribución eléctrica), o con los monopolios naturales.

Ante esta situación son cada vez más frecuentes las voces de consumidores, proveedores y competidores, principalmente la pequeña y la mediana empresa, o del mismo Estado, preocupado por la economía, que reclaman un mayor control del poder económico de las empresas dominantes. Ello se ha traducido en un claro y progresivo incremento de los casos de abuso de posición dominante que se sustancian ante las autoridades antimonopolio; en la tendencia expansiva de la doctrina del abuso de posición de dominio; y, en algunas legislaciones como la nuestra, incluso, en la introducción de nuevos y discutidos supuestos en las normas antiabuso. Sin olvidar la importancia esencial de las normativas anticártel, todo ello no hace sino descubrir la imperiosa necesidad de profundizar en el estudio de las normas antiabuso como instrumentos de control del poder económico dominante en el mercado.

Es dentro de esta preocupación que debe enmarcarse este trabajo, cuya orientación se debe en buena medida a las sugerencias surgidas del Tribunal Español de Defensa de la Competencia. Desde que en 1979 la profesora Vilá Costa publicara su excelente

monografía sobre el abuso de posición dominante, faltan en nuestra doctrina trabajos monográficos que aborden los artículos 82 TCE y 6 LEDC. Por otro lado, la mayor parte de los estudios precedentes han centrado su atención fundamentalmente en los problemas del «mercado relevante» y de la «posición de dominio»; pero, desde los trabajos de los profesores Dubois (1968) y Joliet (1970), son pocos los que han entrado en el estudio directo del significado del término «explotación abusiva», segunda noción básica de las normas antiabuso.

Por ser los artículos 82 TCE y 6 LEDC dos normas puntuales integradas en sendos sistemas de defensa de la competencia, se ha comenzado este trabajo estudiando desde distintos ángulos la noción de competencia, los objetivos que persigue su protección con especial referencia a las particularidades europeas, así como el sistema ideado por el Tratado para su defensa (capítulo primero). A la comprensión de este sistema y de las normas que nos ocupan contribuye el análisis de los antecedentes que precedieron al artículo 82 TCE y ante los que se definieron los redactores del Tratado (capítulo segundo). Aunque estos primeros capítulos pudieran parecer un trámite, son, sin embargo, muy importantes para comprender el sentido de fondo de las normas que nos ocupan, y, sobre todo, para determinar los posibles significados de los términos «explotación abusiva de una posición dominante». Desde este marco general, se entra en el estudio de los términos típicos fundamentales de las normas antiabuso. En una primera parte, se comienza por el significado del término «empresa» en los artículos que tratamos, que es básicamente el mismo que en el control de cárteles (capítulo tercero). Se pasa después a estudiar la definición de «mercado relevante», paso previo a la determinación de la posición dominante en la doctrina de las autoridades antimonopolio comunitarias y española. Ello lleva a estudiar su método de delimitación y a exponer la problemática que plantea (capítulo cuarto). Se continúa con el análisis del término «posición dominante», lo que obliga a estudiar la cuestión de su

evaluación y el problema de las situaciones de dependencia económica, y también el difícil supuesto de la posición de dominio colectiva (capítulo quinto). Se dedica también un capítulo al análisis de la cláusula intracomunitaria del artículo 82 TCE (capítulo sexto).

Y, en una segunda parte, se entra en el estudio del significado del segundo término típico fundamental de las normas de control de abusos: «la explotación abusiva». La importancia de este término se advierte en la práctica de las autoridades antimonopolio comunitarias, principalmente después de *Continental Can (1978)*, y, sobre todo, españolas, fundamentalmente después de la Resolución *Pompas fúnebres Baix Llobregat (1995)*, cuya doctrina descubre la tensión interpretativa en torno a los dos posibles sentidos básicos de este término. Para ello, se comienza con el análisis de la noción genérica ofrecida inicialmente por las autoridades comunitarias, cuyo significado es, a nuestro juicio, generalmente admitido (capítulo séptimo), y se continúa con una especial referencia a la cuestión del vínculo entre posición de dominio y explotación abusiva, así como al problema de los mercados conexos y de la especial responsabilidad de la empresa dominante que plantea (capítulo octavo). Se pasa después a estudiar desde las interpretaciones restrictiva y extensiva, los dos posibles sentidos (el qué y el a quién) del término «explotación abusiva», así como el distinto acogimiento que han tenido en las autoridades comunitarias (capítulo noveno). Y se acaba este trabajo con el planteamiento de una solución integradora acorde con los objetivos del Tratado, solución que, a nuestro juicio, ha sido acogida por la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia en sus últimas resoluciones (capítulo décimo).

Puesto que el artículo 6 LEDC reproduce sustancialmente la prohibición de explotación abusiva de una posición dominante en los mismos términos que el art. 82 TCE, este trabajo comienza estudiando la norma antiabuso comunitaria para, siguiendo el principio de aproximación recogido por el Tribunal de Defensa de la

Competencia en *Talleres Muñoz (1993)*¹, estudiar después desde esta base el significado del artículo 6 LEDC. En el análisis de la norma española se ha prestando particular atención, claro está, a las especialidades que las nociones típicas y la misma norma antiabuso adquieren en el sistema de defensa de la competencia español, encuadrado en un ordenamiento jurídico completo y cerrado. De otra parte, este trabajo no ha querido tampoco ser meramente teórico ni sólo expositivo. El estudio de las distintas cuestiones que plantean estas normas ha procurado ser crítico, y basarse, dentro de lo posible, en el análisis de los casos y en la doctrina emanada principalmente de las autoridades comunitarias y del Tribunal de Defensa de la Competencia de las que se ofrecen abundantes citas. Con ello, se ha querido continuar el trabajo iniciado en nuestra doctrina por la profesora Vilá Costa, y avivar la discusión patria sobre las distintas cuestiones que plantean nuestras normas antiabuso.

Jaume Pellisé Capell

Barcelona a 22 de febrero de 2001

¹ . Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de febrero de 1993, as. A 36/92, *Talleres Muñoz*.

CAPÍTULO PRIMERO:

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por ser los artículos 82 TCE y 6 LEDC parte básica de un sistema de defensa de la competencia comunitario, antes de entrar en el estudio directo de ambas normas, interesa tratar algunas cuestiones de defensa de la competencia útiles para la comprensión de algunos de los problemas que plantean las normas antiabuso.

I) NOCIÓN DE COMPETENCIA.**A) NOCIÓN DE COMPETENCIA EN EL LENGUAJE COMÚN.**

El *Diccionario de la Real Academia Española* define la *competencia* como «disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa» u «oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa»; y la acción de competir como «contender dos o más personas entre sí aspirando una y otra con empeño a una misma cosa»². Se trata de una definición genérica de competencia que con vocación de universalidad pretende abarcar la totalidad de manifestaciones de ese fenómeno natural al que llamamos competencia, llegando, según el viejo imperativo socrático, a su misma esencia.

². Edición de 1982.

La competencia debe diferenciarse de la *concurrencia*. Según el mismo diccionario, la *concurrencia* es «1. La junta de varias personas en un lugar. //2. Acaecimiento o concurso de varios sucesos o cosas en un mismo tiempo»; o, dicho de otro modo, se concurre (concurrir) cuando se juntan «en un mismo lugar o tiempo diferentes personas, sucesos o cosas»³. Vemos entonces que la *concurrencia*, aunque sólo sea potencial, debe existir antes que la *competencia*; si no hay *concurrencia*, no puede haber *competencia*, pues un sólo sujeto no puede competir consigo mismo. La *competencia* incorpora sobre la *concurrencia* un plus de rivalidad, es una forma cualificada de *concurrencia*. La *concurrencia* se da simplemente cuando varios sujetos se juntan en un mismo lugar o tiempo; y la *competencia* aparece en un segundo momento, cuando estos sujetos disputan o contienden sobre alguna cosa, u opositan o rivalizan entre sí para obtener la misma cosa. Esta distinción, a la que volveremos más adelante, tiene, como veremos, gran trascendencia en el campo económico y jurídico⁴.

B) NOCIÓN JURÍDICA DE COMPETENCIA.

A) PRESUPUESTOS JURÍDICOS DE LA COMPETENCIA.

Desde el punto de vista jurídico, la libertad de *competencia*, traslación jurídica del término «*competencia económica*», no es sino el fruto del reconocimiento por el Derecho de un derecho, una libertad

³. *Ibíd.*

⁴. En el ámbito jurídico, la distinción entre *concurrencia* y *competencia* es recogida por MANUEL BROSETA PONT en su *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, págs. 119 y 120. Ver también *Constitución económica y Derecho de la competencia*, 1987 de FONT GALAN (págs. 21 a 23, nota primera).

y una igualdad a los agentes que podríamos considerar los elementos jurídicos constitutivos de la competencia⁵:

1. *El derecho de propiedad privada*⁶ y del consecuente derecho que asiste a toda persona a actuar al servicio de sus intereses particulares⁷, ya sea desde el lado de la oferta, ya desde el de la demanda. El ánimo de lucro,

⁵. Véase, por ejemplo, MARIO ROTONDI: «Aviamento y concurrencia desleal» *Revista jurídica de Catalunya* 128 (1957), págs. 128 y 129. JOAQUIN GARRIGUES: *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1964; págs. 12 y 13, y en *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Séptima edición, Madrid: Imprenta Aguirre, 1976, págs 223. GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Madrid: Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1984, pág. 359. GALAN CORONA: «La reforma de la ley alemana contra restricciones de competencia de 4 de agosto de 1973», *RDM*, 1974, págs. 116 a 125. BROSETA: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid: Tecnos, 1991, pág. 120. VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Tomo I, volumen II. Barcelona: ed. Bosch, 1991, también recogiendo esta distinción en «Poderes públicos y Derecho de la competencia» 583 *RGD* 3313, 3321 (1993).; pág. 1054 y 1055. MASSAGUER FUENTES, José: "Aproximación sistemática general al Derecho de la Competencia y de los bienes inmateriales" en *I RGD* 247 (1990), pág. 247. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: "Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación", en *Revista General del Derecho*, de abril de 1993, págs. 3380 y 3384.

⁶. BURNINGHAM/ y otros: *Economía*, op. cit. pág. 51. Hemos recogido la triple distinción propuesta por BURNINGHAM, porque de un modo u otros los distintos principios y derechos que integran el cuadro institucional básico del sistema capitalista se pueden reconducir a una de estas tres instituciones. Así las libertades que se reconoce a los agentes en orden a la actividad productiva se pueden reconducir al principio de la libertad de empresa y los relativos a la actividad de consumo se pueden reconducir al de la libertad de elección de los consumidores, sin olvidar, claro está, todo el entramado de derechos y libertades que configuran la institución de la propiedad privada. Ver JACQUEMIN/TULKENS que señalan como notas básicas, además de la propiedad privada, la libertad de contratar, la libertad de trabajo y la libertad de empresas, entendida esta última como la libertad de emprender cualquier actividad productiva con los riesgos y peligros que entraña (JACQUEMIN/TULKENS: *Fondements d'économie politique* (deuxième édition), Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1986, pág. 18); y CASAS PARDO señala además de la propiedad privada, la libertad de empresa entendida como la libertad de los individuos para iniciar o disolver cualquier tipo de empresa o negocio, la existencia de mercados libres y competitivos, y la libertad de los individuos de elegir, tanto en lo referente a los bienes que quieren consumir como en el trabajo que quieren realizar y lugar en que quieren hacerlo (*Economía*, op. cit. pág. 30). De los distintos autores se desprende que lo fundamental en el sistema capitalista o de mercado es el reconocimiento de *la propiedad privada y la libertad* de los individuos de elegir su trabajo, de definir su posición en el sistema productivo y de elegir los bienes que desean consumir.

⁷. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: «Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación», en *Revista General del Derecho*, de abril de 1993, pág. 3380, citando a FIKENSTCHER: *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlin, 1958, págs. 32-33 y 207 y ss.

entendido en su más amplio sentido⁸, y la maximización de la utilidad son el combustible mismo de la competencia⁹.

2. *La libertad económica de los agentes*, que comprende la *libertad* de los individuos de *elegir*, en su faceta de productores en el mercado, la actividad económica que prefieran (incluida la libertad de abandonarla), y de *determinar las condiciones* de desarrollo de esa actividad del modo que estimen más conveniente; y/o en su faceta de consumidores, *la libertad de elegir* la oferta que entiendan que mejor ha de satisfacer sus deseos o necesidades¹⁰. De este modo, la libertad económica se presenta como un derecho de todo ciudadano a concurrir y competir con otros dedicados a la misma actividad¹¹.

3. *La igualdad formal de todos ante la Ley*, y la consecuente *igualdad de todos ante la competencia* (la ley del mercado). Significa que el Derecho reconoce a los agentes en el desarrollo de su libertad económica un tratamiento substancialmente igual¹², de tal modo que cualquiera de ellos podrá esperar que las reglas de competencia establecidos para todos sean eficaces frente a cualquier agente, pudiendo cualquier de ellos pretender en interés propio la observancia también por los otros de las reglas y límites impuestos por la Ley¹³. De ahí que cuando uno o varios agentes infringen las reglas de la competencia (usando medios desleales o torcidos, estableciendo barreras artificiales a la competencia, o

⁸. Aquí entenderíamos que incluye la pluralidad de objetivos, no sólo económicos, que puede perseguir una empresa, pues en cualquier caso pueden ser un incentivo suficiente para centrar su interés.

⁹. CASAS PARDO: *Curso de economía*. Madrid, 1981, pág.

¹⁰. Ver nota supra.

¹¹. MASSAGUER: «Aproximación sistemática general al Derecho de la Competencia y de los bienes inmateriales» RGD, vol. I, nº 544, 545, de 1990, pág. 247.

¹². CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: *Ibidem*.

¹³. MARIO ROTONDI: «Aviamento y competencia desleal» en *Revista jurídica de Catalunya* de 1957, pág. 129.

abusando de su posición de dominio de hecho o de derecho para imponer su voluntad al competidor, ya sea proveedor, consumidor o competidor interno), se rompe el principio de igualdad de los competidores, quiebra la competencia, y aparece el monopolio y sus resultados. Por ello, el Derecho de la competencia quiere salvaguardar la igualdad formal y, en la medida de lo conveniente, también la igualdad material entre los competidores oferentes en la fuerza de la oferta, entre los demandantes en la de la demanda, y entre éstos y aquéllos en los intercambios¹⁴.

No obstante, esta noción jurídica de competencia, que define la competencia económica como libertad de competencia, tiene el defecto de no reflejar o no tener suficientemente en cuenta la eficiencia económica como objetivo (hoy se entiende que principal¹⁵) de la misma. De ahí que el término libertad de competencia se usa con frecuencia como sinónimo de competencia estructural o de mantenimiento de una cierta atomicidad; así, por ejemplo, cuando se señala que el TCE prefiere la eficiencia a la libertad de competencia con las exenciones previstas en el artículo 81.3 TCE.

¹⁴. Véase JOAQUIN GARRIGUES: *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1964; pág. 12. FONT GALAN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, pág. 123. En este sentido GIESRCH, después de diferenciar entre la libertad *formal* de obrar y la libertad *material* de decidir, recordaba que «quien carece de poder no es libre a pesar de todas las libertades formales que le puedan ser concedidas; sólo quien tiene poder puede utilizar las oportunidades que la libertad formal le garantiza» (CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA - *Ibidem*, pág. 3384- citando a H. GIERSCH: *Allgemeine Wirtschaftspolitik*, vol. I, Wiesbaden, 1961, pág. 74.). Una excesiva desigualdad entre los competidores puede reducir a la mera formalidad los derechos y libertades de los agentes

¹⁵. WILLIAM F. BAXTER: «Responding to the Reaction: the Draftsman's View», en *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics* American, American Bar Association, 1984, págs. 305 y ss., espec. 306-307. Otros autores cits. infra.

B) LÍMITES DE LA COMPETENCIA.

La libertad de competencia no es una libertad absoluta sino una libertad *sub lege* sujeta a límites internos y externos. En efecto, la libertad de competencia de los agentes y, con ella, sus presupuestos o elementos constitutivos (el derecho de propiedad y de actuar al servicio de los propios intereses, la libertad económica de los agentes, y la igualdad) están, de un lado sujetos a los *límites externos* determinados al menos por la libertad de competencia de los otros agentes, esto es, la necesidad de reconocer a los demás al menos una libertad igual¹⁶; y a los *límites internos* o de orden público determinados por la función social que el Ordenamiento jurídico le atribuye¹⁷.

Ello no significa empero que la libertad de competencia se conceda a los agentes para la sola realización de la función social que el Ordenamiento le atribuye, sino que se les concede para la realización de sus legítimos intereses particulares, pero con el límite interno de que su ejercicio deberá ser conforme con la función social asignada por la Ley a la libertad de competencia. Así, por ejemplo, aunque queden en el campo de la libertad económica y del derecho a perseguir el propio interés, no podría usarse la libertad económica para restringir la de los otros agentes, o para establecer pactos encaminados a eliminar la competencia, o, en el caso de que se gozase de una posición de dominio en el mercado, para someter a clientes y proveedores a precios o condiciones abusivos; o tampoco para exigir el restablecimiento o el aseguramiento a toda costa de una igualdad material, cuando ello hubiera de resultar más en

¹⁶. MARIO ROTONDI: Ídem, pág. 128.

¹⁷. Véase VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Tomo I, volumen II. Barcelona: ed. Bosch, 1991; pág. 1055.

un perjuicio que en una ganancia para la sociedad (por ejemplo, porque, por tratarse de un monopolio natural, de esta actuación resultaría más una pérdida de eficiencia económica que una ganancia para la sociedad, si es ésta la primera función que le asigna el ordenamiento jurídico, como hoy se entiende generalmente. En todos estos casos, aunque se estén ejerciendo libertades y derechos que quedan en el marco de la libertad de competencia, habrá en realidad una desviación de instrumentos jurídicos ante la que el Derecho no puede permanecer indiferente. Deberá por tanto desestimar la pretensión igualadora y corregir o, si procede, compensar el ejercicio de la libertad económica¹⁸. En cualquier caso deberá ser la Jurisprudencia la que, mediante el método del «grupos de casos» vaya aclarando esta zona de oscuridad, pues el Derecho de la competencia no es de forma general un derecho de tipificación, como el Derecho sancionador administrativo o el penal, sino un Derecho de principios por ser Derecho privado¹⁹.

C) LIBERTAD, IGUALDAD, PROPIEDAD Y COMPETENCIA.

Si la competencia económica es la pugna o concurrencia entre agentes para la consecución en el mercado de unos mismos bienes económicos limitados²⁰, se manifiesta en los intercambios y de bienes y servicios en una triple relación competitiva. Primero, entre los distintos productores (fuerza de la oferta) para poder

¹⁸. Véase JOAQUIN GARRIGUES: Ídem, págs. 12 y 13; y también a VICENT CHULIÁ: Ibídem. Véase ampliamente sobre el ejercicio abusivo o antisocial de la libertad de empresa FONT GALÁN: *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, espec. págs. 212 y ss.

¹⁹. VICENT CHULIÁ: Ibídem.

²⁰. Véase, por ejemplo, MASSAGUER: "Aproximación sistemática general al Derecho de la Competencia y de los bienes inmateriales" en RGD, vol. I, nº 544, 545, de 1990, pág. 246.

colocar mejor que los otros oferentes su producción en el mercado (competencia interior de la oferta). Segundo, también entre los consumidores (fuerza de la demanda) para mejor satisfacer su demanda (competencia interior de la demanda). Y, tercero, se establece también una relación competitiva exterior o de intercambio entre la fuerzas de la oferta y la demanda para retener los segundos y captar los primeros el mayor número posible de votos monetarios del sistema⁽²¹⁾⁽²²⁾ (competencia exterior o entre fuerzas).

Cuando la relación de intercambio se produce con igual competencia en ambas fuerzas, se dice que la competencia es bilateral o plena; y, cuando sólo la hay en una, se dice que la competencia es unilateral. Esto último ocurre cuando por las causas que sean (naturales o artificiales) se reduce la competencia en una de las dos fuerzas y hay exceso o escasez del bien intercambiado. Si la competencia se reduce del lado de la demanda y hay exceso de oferta, la competencia tiende a centrarse sólo en el lado de la oferta, en la que los productores pugnarán para colocar toda su producción, mientras que la competencia disminuirá entre los demandantes, que no tendrán dificultad para hacerse con un bien que pueden encontrar en abundancia en el mercado. Y, viceversa, si

²¹. Véase MARIO ROTONDI: "Aviamento y concurrencia desleal" en *Revista jurídica de Catalunya* de 1957, pág. 124.

²². Un ejemplo de relación competitiva exterior desigual bien conocida y que hace necesaria la intervención correctora o compensadora del Estado es la que se establece entre los mercados agrario e industrial. En efecto, sucede que, como la industria agraria tiene una estructura de competencia pura en la que los oferentes son precio-aceptantes sin poder alguno sobre el precio, y la segunda presenta una estructura de competencia imperfecta, en la que los oferentes son precio-oferentes; se da una relación competitiva exterior desigual en la que ambas partes no tienen igual poder de mercado, pues mientras una parte carece de él, la otra lo tiene en buena medida. El resultado es un traspaso de rentas de la industria agraria a la industrial, que el Estado ha de compensar o corregir mediante la concesión de subvenciones (redistributivas) y la regulación.

la competencia se reduce del lado de la oferta y es por ello insuficiente, la concurrencia tiende a unilateralizarse en el lado de la demanda. Entonces serán los consumidores quienes más deberán competir para hacerse con un bien que se sabe particularmente escaso. En el primer caso la relación competitiva de intercambio se decantará en favor de la fuerza de la demanda que, no teniendo dificultad para hacerse con un bien que sabe concurrido y abundante, impondrá el precio. En el segundo, en cambio, se decantará en favor de la fuerza de la oferta que, sabedora de lo concurrido de la demanda, impondrá a cambio del producto el pago de un precio elevado. Sólo cuando exista equilibrio entre la oferta y la demanda, la presión competitiva será equivalente en ambas fuerzas y la relación competitiva de intercambio será equilibrada y bilateralizada, alcanzándose un precio razonable de equilibrio²³.

Vemos pues que el resultado del juego competitivo es el producto de la interacción dinámica de tres relaciones competitivas: la que se establece dentro de la fuerza de la demanda entre los demandantes, la que se establece dentro de la fuerza de la oferta entre los oferentes, y la que se establece entre los miembros de ambas fuerzas en el intercambio. Interesa tener presente este juego competitivo que los economistas formulan y cuantifican matemáticamente²⁴, porque de él depende la libertad la igualdad y la normal realización de los intereses privados de los agentes en el mercado.

En efecto, si el grado de competencia interior de ambas fuerzas es equivalente, la libertad de contratar y la contractual de ambas partes en el intercambio será

²³. Véase MARIO ROTONDI: Ídem, pág. 125.

²⁴. Véase a CASAS PARDO: *Curso de Economía*, Madrid, 1981, págs. 129 y ss. Y 151 y ss.; SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, 72 y ss.

plena y equivalente, sin otros límites que los impuestos por sus respectivas competencias interiores. Si, por el contrario, en un lado del mercado existe una presión normal y en el otro no hay ninguna (la desigualdad es absoluta), entonces la parte dominante tendrá plena libertad de contratar y contractual. En cambio, la parte dominada carecerá de toda libertad de contratar, pues sólo tendrá una opción, y carecerá también de toda libertad contractual, pues no tendrá fuerza alguna sobre el precio. Y si, en cambio, en un lado la competencia interior es mayor que en el otro, la parte en mejor posición competitiva tendrá mayor libertad de contratar y contractual que la parte en peor posición competitiva, pero ambas tendrán, aunque desigual, libertad de contratar y contractual. Vemos pues que una mayor o menor igualdad de posiciones competitivas de las partes es requisito de su libertad de contratar y contractual. De ahí se desprende que sin igualdad no hay libertad y sin libertad no hay igualdad. La igualdad, como la libertad, es a la vez presupuesto y consecuencia de la competencia, pues es a la vez fruto de la equivalencia de las competencias interiores de las fuerzas y condición de la exterior. Y por ello también de la eficiencia, y de la normal satisfacción de los intereses particulares de los agentes.

En fin, démonos cuenta que la ausencia de competencia, además de reducir o eliminar la libertad, quiebra también la igualdad, porque hace que los agentes no estén sometidos a la ley del mercado de igual forma. Quiebra así el principio de igualdad ante la Ley. Si una empresa logra erigir un monopolio sobre una parte del mercado, los agentes que queden en el ámbito de esa empresa no estarán sujetos a la misma ley del mercado que los que, por quedar fuera de ese ámbito, están sujetos a

una competencia normal, pues en el primer caso la ley del mercado será la dictada por el monopolio, y en el segundo la dictada por la competencia, lo cual, como hemos visto, no es lo mismo.

C) *NOCIÓN ECONÓMICA DE COMPETENCIA.*

A) SIGNIFICADO ECONÓMICO DEL TÉRMINO COMPETENCIA.

El término competencia es un término polisémico al que los economistas atribuyen pluralidad de significados²⁵. Sin embargo, desde un punto de vista general, los economistas distinguen en él dos significados principales, que son de la máxima importancia para saber cuándo unas empresas compiten con otras y en qué sentido lo hacen²⁶: una que pone su énfasis en la estructura del mercado, y otra que lo pone en la conducta de los agentes²⁷. En su primera acepción, el término competencia es usado en sentido técnico para referirse *al nivel de competitividad de la estructura de mercado*²⁸. La competencia estructural viene determinada por condiciones externas a las empresas, tales como el número de empresas, la homogeneidad de los productos, el

²⁵. Vid. supra.

²⁶. Esta doble distinción es de la máxima importancia para la comprensión del Derecho de la Competencia. El no diferenciar claramente estas dos acepciones ha causado en ocasiones la confusión en las discusiones políticas (SCHERER: *Industrial Market Estructure and Economic Performance*, op. cit pág. 10).

²⁷. Se trata de una distinción consolidada en la ciencia económica. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Estructure and Economic Performance*, ya cit. págs. 14 Y SS.; SAMUELSON/NORDHAUS: Ídem, págs 609 y 57; o a LIPSEY, RICHARD G. /CHRISTAL, ALEC K.: *Introducción a la economía política*. Barcelona: Vicens Vives, 1999, pág. 307 y ss; SELDOM, Arthur /PENNANCE, F.G.: *Diccionario de economía*, Barcelona: Oikos-Tau, 1968, págs 131 y ss. Y, si se quiere un análisis histórico o más profundo del tema, siguiendo a SCHERER, puede acudirse a STIGLER, George J.: *Perfect Competition, Historically Contemplated*, Journal of Political Economy 65 (February 1957) págs. 1-17; CLARK, J. M.: *Competition as a Dinamic Process*, capítulos 2 y 3, Washington D.C.: Brookings Institution, 1961; y McNULTY, Paul J.: *Economic Theory and the Meaning of Competition*, Quaterly Journal of Economics 82 (November, 1968), 639-56.

²⁸. En esta acepción la competencia es vista como una relación (de poder) entre una pluralidad de empresarios en el marco de un mercado determinado (STRAUSS, W.: *Das Wettbewerbsrecht in Jugoslawien. Eine entwicklungsgeschichtliche und systematische Darstellung mit Hinweisen auf das deutsche Recht*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1970, págs. 3 y 4.)

grado de información o la movilidad de los recursos²⁹. En este sentido, lo relevante es el tipo de mercado en el que operan las empresas, y se hace referencia, no a la rivalidad existente entre ellas, sino al grado de *poder de mercado* que detentan³⁰: a mayor poder de mercado, menor competencia, y, viceversa, a mayor competencia menor poder de mercado. Para este significado, la competencia es el reverso del poder de mercado. Entonces se dice que la competencia es pura o perfecta cuando las empresas carecen de todo poder de mercado; y se dice que es imperfecta, cuando lo tienen en alguna medida; y se habla de monopolio cuando es completo³¹.

En su segunda acepción, en cambio, el término competencia es usado para referirse al grado de comportamiento competitivo de las empresas³². La competencia como rivalidad se refiere a las políticas que las empresas adoptan unas respecto de las otras³³. Para este significado, lo relevante es el tipo de comportamiento de las empresas individuales, y se hace referencia, no al grado de su poder de mercado, sino a la rivalidad que existe entre ellas³⁴. De este modo, el término competencia se aproxima al significado que se le atribuye en el lenguaje común⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾ y también al que le dan los hombres de negocios cuando hablan de

²⁹. JAQUEMIN: *Economie industrielle Européenne*. Paris, Dupond 1975, págs. 285 y ss., y «The criterion of economic performance in the Antitrust Policies of the United States and the European Economic Community», CMLR, 1970, pág. 205; y FONTAINE, M.: «Regulación de acuerdos entre empresas y modelos de competencia en el sector privado», en *Les Ententes et le Marché Commun*, Paris: Dalloz, 1966, pág. 49.

³⁰. LIPSEY/CHRISTAL: *Ibidem*, op. cit. pág. 307. En el mismo sentido se manifiestan los demás autores

³¹. ARTHUR SELDOM/F.G. PENNANCE: *Diccionario de economía* (Barcelona: Oikos-Tau S.A., 1968), págs. 131 y ss.

³². Aquí la competencia es entendida como un proceso o contienda por el que varios individuos luchan para conseguir la misma meta al mismo tiempo (W. STRAUSS: *Ibidem*.)

³³. JAQUEMIN: *Ibidem*; FONTAINE: *Ibidem*.

³⁴. LIPSEY/CHRISTAL: *Ibidem*. En el mismo sentido se manifiestan los demás autores.

³⁵. Es decir, a lo que comúnmente se entiende por competencia en el lenguaje común o estándar. Vid. *supra*.

³⁶. ARTHUR SELDOM/F.G. PENNANCE: *Diccionario de economía* (Barcelona: Oikos-Tau S.A., 1968), págs. 131 y ss.

competencia³⁷. La esencia de la competencia entendida como rivalidad reside en una pugna consciente que sostienen las empresas enfrentadas para alcanzar posiciones potenciales que saben incompatibles³⁸.

La competencia referida a las situaciones de mercado comprende sólo adaptaciones impersonales a las circunstancias; en cambio, entendida como actividad, es decir, referida a la conducta de los agentes, es estrictamente personal³⁹. Un ejemplo de estructura de mercado competitiva sin rivalidad la podemos encontrar en el mercado del trigo: entre un agricultor productor de trigo en Valladolid y otro que lo produzca en Teruel no habrá rivalidad alguna, ni siquiera se conocerán; sin embargo, el mercado del trigo es un mercado fuertemente competitivo, próximo a la competencia perfecta (aunque presente algunos fallos), pues los productores carecen de poder de mercado, no tienen individualmente poder alguno sobre el precio. Al contrario, un ejemplo de fuerte rivalidad en una estructura de mercado poco competitiva nos la ofrece el mercado del automóvil: entre las distintas empresas del sector del automóvil existe una fuerte rivalidad; pero en cambio la estructura de ese mercado es escasamente competitiva, pues las empresas del automóvil tienen un importante poder de mercado fundado en la diferenciación de los productos y un reducido número de agentes⁴⁰.

Y todavía se suele atribuir un tercer significado al término competencia. En un sentido funcional, que ve la competencia como un proceso ordenador de las actividades económicas de los sujetos⁴¹, se entiende por competencia aquel proceso social, en

³⁷. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, op. cit. pág. 10.

³⁸. SCHERER/ROSS: *Ibidem*.

³⁹. *Ibidem*.

⁴⁰. SCHERER/ROSS: *Ibidem*; LIPSEY/CHRISTAL: *Ídem*, op. cit. pág. 308.

virtud del cual las actividades que tienen éxito otorgan una mayor fuerza a las empresas, y aquellas que no lo tienen las debilitan o arruinan. Es este tercer sentido el relevante en los debates políticos sobre la conveniencia de una economía competitiva⁴².

Vemos entonces que, en esencia, en su acepción técnica, la competencia es entendida desde el punto de vista de la estructural, como ausencia de poder de mercado; desde el punto de vista del comportamiento, como rivalidad; y desde el del resultado, como un proceso continuo de selección de los mejores.

Esta distinción semántica es importante porque está en la base del método con el que las autoridades antimonopolio suelen encarar el estudio o análisis de las distintas situaciones competitivas que se les plantean. Este suele atender a tres criterios: el estructural, el de comportamiento y el de resultado⁴³. Sin embargo, la variedad semántica del término competencia no se agota con el sustantivo básico, sino que adquiere significados más precisos en función de las distintas adjetivaciones que, de forma tácita o explícita (más la primera que la segunda) y con fuerte carga semántica y jurídica, lo suelen acompañar en los textos legales, jurisprudenciales o doctrinales. Interesa pues conocer, aunque sea

⁴¹. W. STRAUSS: *Ibidem*.

⁴². ARTHUR SELDOM/F.G. PENNANCE: *Diccionario de economía* (Barcelona: Oikos-Tau S.A., 1968), págs. 133 y 134.

⁴³. Ver mas extensamente M. FONTAINE: *Regulación de los acuerdos entre empresas y modelos de competencia en el sector privado en Les ententes et le marché commun*, Dalloz 1966, p. 49. ALEX JACQUEMIN: *Economie industrielle Européenne*. Paris: ed. Dupond, 1975; o en *The criterion o economic performance in the Antitrust Policies of the US and the EEC*. CMLR, 1970, pág. 205; o *Economía industrial*, Barcelona, 1982, pág. 11. BERTHOLD GOLDMAN: *Derecho comercial europeo*. Madrid, 1984, pág. 361. Goldman subraya la gran utilidad de estos conceptos en orden a la apreciación de la situación competencial en un mercado. BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: *Economía*, op. cit. págs. 191 y ss. Estos autores señalan que la existencia de un nexo causal entre la estructura de un mercado y el comportamiento de las empresas, así como el objetivo básico de éstas de obtener los máximos beneficios, son elementos comunes a todos los modelos de mercado y que explican también las distintas formas de competencia.

brevemente, qué cargas de significado aportan los adjetivos que más frecuentemente lo acompañan, ya que estos definen distintas tipologías, cuya comprensión es importante para entender los textos en que se encuentra, y el tema que nos ocupa.

B) COMPETENCIA PERFECTA, COMPETENCIA IMPERFECTA Y MONOPOLIO.

Se considera que hay competencia perfecta cuando en un mercado la demanda y la oferta están atomizadas, los productos son homogéneos, no hay barreras a la entrada o salida, y existe plena transparencia⁴⁴. Los economistas se han sentido siempre atraídos por este modelo pues, si se dieran estas condiciones, existiría una perfecta descentralización económica, ningún agente tendría poder sobre el precio, todos serían precio aceptantes⁴⁵. Sería el mercado el que de forma impersonal establecería el precio competitivo y llevaría el sistema hacia la perfecta eficiencia⁴⁶. Se produciría entonces lo que el consumidor quiere al menor precio posible. Además, el mercado se regularía y equilibraría a sí mismo, alcanzando plenamente las funciones de la competencia sin necesidad de dirección externa⁴⁷.

⁴⁴. JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*, Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980, pág. 12. Aunque normalmente se apuntan todos estos requisitos para que exista competencia perfecta, el menos importante de estos presupuestos es la transparencia pues su ausencia no afecta necesariamente a las conclusiones del modelo de la competencia pura o perfecta. Se dice que hay competencia pura y que los agentes son también precio-aceptantes, cuando haya atomicidad en los agentes y homogeneidad de productos (SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin, 1990, págs. 17-18).

⁴⁵. SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, págs. 50 y ss., 575 y ss. LIPSEY, Richard G. /CHRISTAL, ALEC K.: *Introducción a la economía política*. Barcelona: Vicens Vives, 1999, pág. 415. JACQUEMIN: *Economía industrial*, Barcelona, 1982, pág. 13. SCHERER/ROSS: *Ídem*, pág. 52.

⁴⁶. *Ídem*.

⁴⁷. *Ídem*.

Sin embargo, aunque hay algunos mercados que se aproximan al modelo de competencia perfecta, la realidad de los mercados es la competencia imperfecta⁴⁸. Es más, hoy se duda incluso de que la competencia perfecta sea siempre un modelo deseable⁴⁹. Se da la competencia imperfecta cuando, por fallar alguno o algunos de los requisitos estructurales que definen la competencia perfecta, los agentes adquieren poder de mercado y pueden así ejercer algún control sobre el precio⁵⁰. Cuando falta la atomicidad, aparece la competencia oligopolista; y, cuando falta la homogeneidad de los productos, se da la competencia monopolista⁵¹. Si faltan ambos, se está ante un oligopolio diferenciado⁵². El oligopolio se caracteriza por ser una situación de mercado en la que existen unos pocos agentes, lo que crea una situación de interdependencia e incertidumbre que genera rivalidad entre ellos⁵³. Ante esta situación, los oligopolistas pueden reaccionar de dos modos: compitiendo para captar el favor de la demanda, o unificando sus conductas para monopolizar conjuntamente el mercado⁵⁴.

Y, si se llega al extremo de que existe un sólo oferente o un grupo actuando al unísono, aparece el monopolio, que es el extremo opuesto a la competencia

⁴⁸. ROBINSON, J.: *The Economics of Imperfect Competition*, London, 1934, a quien se atribuye el mérito de demostrar la irrealidad de la competencia perfecta. SAMUELSON/NORDHAUS: *Ibidem*; LIPSEY/CHRISTAL: *Ibidem*; JACQUEMIN: *Ídem*, págs. 11 y ss. SCHERER/ROSS: *Ídem*, págs. 29 y ss.

⁴⁹. CLARK, MAURICE: *Toward a Concept of Workable competition*, 30 *American Economic Review*, june 1940; SCHUMPETER, P: *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper and Row, 1962. SAMUELSON/NORDHAUS: *Ídem*, pág. 656.

⁵⁰. SAMUELSON/NORDHAUS: *Ídem*, pág. 609, LIPSEY/CHRISTAL: *Ídem*, pág. 348, WONNACOTT, Paul /WONNACOTT, Ronald: *Economía*, Madrid: McGraw-Hill, 1992, 57. SCHERER/ROSS: *Ídem*, pág. 17.

⁵¹. SCHERER/ROSS: *Ídem*, págs. 16 y 17.

⁵². SCHERER/ROSS: *Ibidem*.

⁵³. SCHERER/ROSS: *Ídem*, págs. 199 y ss.

⁵⁴. *Ibidem*.

perfecta y da al monopolista pleno poder de mercado⁵⁵. Los efectos del monopolio son bien conocidos: el monopolista tiende a reducir la producción y aumentar el precio, generando ineficiencia⁵⁶.

C) COMPETENCIA POTENCIAL Y COMPETENCIA EFICAZ.

Una vez se reconoce que la realidad de los mercados es la competencia imperfecta y que la competencia perfecta es sólo un modelo abstracto e ideal no siempre deseable; surge la cuestión de decidir en qué medida el ideal competitivo sigue siendo válido como prescripción para la política económica, o, dicho de otro modo, cuánta competencia y de qué tipo resulta deseable. Aparecen así las nociones de competencia efectiva y competencia potencial, en torno a las que gira actualmente la valoración de las situaciones competitivas que se dan en los mercados reales.

i) Los mercados disputables o la competencia potencial.

Enfatizando el aspecto dinámico de la competencia, apareció, a principios de los 80, la *teoría de los mercados disputables* de BAUMOL⁵⁷. Según este autor, como la vida real no es estática sino dinámica, la competencia debe ser concebida más como un proceso que como un estado. Entonces, desde una perspectiva dinámica, para que exista una competencia efectiva; en ciertas condiciones, lo decisivo no es que actualmente exista atonicidad, sino que lo verdaderamente importante es que haya movilidad de los factores. Cuando no haya barreras a

⁵⁵. SCHERER/ROSS: Ídem, págs. 16 y 17.

⁵⁶ . Ídem.

⁵⁷. Esta teoría ha sido desarrollada recientemente por WILLIAN J. BAUMOL, JOHN C. PANZAR y ROBERT D. WILLIG en *Contestable Markets and the theory of industry Structure*, Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982; y por BAILEY: «Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy», 71 *American Economics Review* 178 (1981), págs. 178 a 183.

la libre entrada y salida de empresas de la industria (la entrada sea libre y la salida no implique pérdidas), aunque falte la atomicidad, la o las empresas existentes en esa industria se verán empujadas a la eficiencia por la competencia potencial de otras posibles empresas del mismo modo que si hubiese competencia perfecta. En tales casos, la única o las pocas empresas actualmente existentes, aunque técnicamente sean un monopolio o un oligopolio, no podrán comportarse como tales elevando el precio y contrayendo la producción, porque de hacerlo así pronto entrarían nuevas empresas en la industria y, al aumentar la cantidad ofertada (y la competencia), harían descender el precio. Por ejemplo, en el caso de que hubiera una sólo compañía aérea que hiciera el puente Madrid-Barcelona, de no existir barreras de ninguna clase al establecimiento de nuevas compañías, dicha compañía no podría cargar precios excesivos porque, en caso contrario, otras compañías se introducirían atraídas por los beneficios y harían bajar los precios. De este modo, un mercado perfectamente contestable no necesita ser perfectamente competitivo, el requisito de la atomicidad no necesita ser actual, basta con que sea potencial. La movilidad de los factores suple la falta de atomicidad actual, pues en los mercados disputables la competencia potencial fuerza a las empresas a comportarse como si tuviesen competencia actual⁵⁸.

ii) La idea de la «workable competition».

Ya durante los años cuarenta y cincuenta se inició una corriente de investigación orientada a la consecución de un concepto de competencia más operativo,

⁵⁸. WHISH: *Competition Law*, London: Butterworths, 1993, págs 11-12. Ver también ed. ant. págs. 15-16; WONNACOTT, Paul /WONNACOTT, Ronald: *Economía*, Madrid: MacGraw-Hill, 1992, págs. 571 y 572.

«la workable competition»⁵⁹. Se comprendió que la competencia perfecta era un modelo irreal, y que, por ello, no podía ofrecer criterios lo suficientemente fiables o absolutos como para valorar las condiciones del mundo real. Había llegado la hora de desacralizar el ideal de la competencia perfecta para dejar paso a una concepción de la competencia más próxima a la realidad⁶⁰. En esta línea, el profesor CLARK sostuvo que la competencia tiene que ser concebida de forma dinámica⁶¹ y estar más referida a los resultados que de ella se derivan que a específicas estructuras de mercado⁶²; lo importante, más que el cumplimiento de los requisitos de la competencia perfecta, es que los precios, la cantidad y la calidad de los productos sean verdaderamente satisfactorios: lo que importa es que la competencia sea efectiva, que funcione⁶³.

⁵⁹. Concepto acuñado en 1940 por el economista norteamericano de la Universidad de Columbia MAURICE CLARK (1884, 1963), en su obra «Toward a Concept of Workable Competition».

⁶⁰. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin, 1990.

⁶¹. Como ya observó CLARK y enfatizó BAUMOL, la competencia perfecta no ha existido ni puede existir nunca porque la vida es dinámica y la competencia perfecta es un estado; de ahí que deba concebirse como un proceso (cit. infra).

⁶². MAURICE CLARK: «Toward a Concept of Workable Competition». *American Economic Review* 30 (june de 1940); *Competition: Static Models and Dynamic Aspects*, *American Economic Review* (May 1955), y *Competition as a Dinamic Process*, especialmente capítulos 2 a 4. En el ámbito europeo, JACQUEMIN, refiriéndose a la concepción pragmática de la competencia (en la línea de CLARK) adoptada por las autoridades europeas, comenta que: «.. No se trata de materializar las condiciones de una competencia perfecta ni tampoco acercarse a ella pues, se admite incluso la existencia de posiciones dominantes. Se trata más bien de promover un proceso de rivalidad vinculado al mantenimiento de elecciones alternativas y a la posibilidad, a través de intercambios voluntarios, de orientar esos recursos desde usos de poca utilidad hacia otros que la tengan mayor. Esta competencia practicable, o sea la llamada "worcable competition" en el sentido en de CLARK, supone unas estructuras de mercado y unas conductas que salvaguardan la existencia de alternativas y promueven un clima de incertidumbre en el que juegan las fuerzas espontáneas del mercado, ya se trata de tecnologías, de formas de organización, de preferencia o de productos nuevos.» (*Economía Industrial*, op. cit. pág. 417).

⁶³. *Ibidem*. CLARK: *Ibidem*. En esta línea de revisión de las ideas clásicas de competencia, decía SCHUMPETER en 1962 que «.. lo que importa no es ese tipo de competencia, sino la competencia por un nuevo producto, una nueva tecnología, una nueva fuente de oferta, un nuevo tipo de organización la competencia que domina un coste decisivo a una ventaja cualitativa y que afecta, no al margen de los beneficios y a las producciones de las empresas existentes, sino a su fundamento y a su propia supervivencia. Este tipo de competencia es más efectiva que la otra, lo mismo que un bombardeo comparado con forzar una puerta, y es tan importante que hace que resulte indiferente el que la competencia, en el sentido ordinario, funcione con mayor o menor precisión» (JOSEPH SCHUMPETER: *Capitalism, Socialism and Democracy* -New York: Harper and Row, 1962), pág. 84). Dentro de esta misma corriente de pensamiento, el economista alemán WILHELM RÖPKE

El planteamiento de la competencia practicable, aunque más próximo a la realidad que la competencia perfecta, sin embargo, dejaba en el aire el nada desdeñable problema de determinar en base a qué criterios se ha de decidir si la competencia funciona (es suficiente, operativa o practicable) en un determinado mercado, o, dicho de otro modo, si la medida de la competencia es o no la adecuada⁶⁴.

En respuesta a esta cuestión han aparecido multitud de trabajos (a menudo contradictorios entre sí) en los que se proponían distintos criterios de carácter descriptivo sobre los que evaluar la efectividad de la competencia en un determinado mercado⁶⁵. No obstante, estos criterios tampoco llevan a una solución satisfactoria. Los criterios que se proponen son frecuentemente difíciles de cuantificar y manejar, y su

(1889, 1966), uno de los padres de la economía social de mercado (a la que en gran medida se debió el milagro alemán) y decidido defensor de la competencia, decía ya en 1937, en su obra *Introducción a la economía política* (publicada en castellano por Unión Editorial en Madrid, 1974), que «La concepción de una competencia "pura" o "perfecta" basada en un modelo matemático abstracto, que presupone condiciones de competencia que necesariamente han de quedar incumplidas a causa de la realidad dinámica de la vida económica debe ser sustituido por el concepto de una competencia "activa" o "eficiente" que subraye, como una de sus notas esenciales, la lucha constante de los productores por lograr el favor de los consumidores. En esta situación, unas veces un productor, otras otro, alcanzará la primacía sobre los demás, encontrándose así en una posición especial; pero ello no puede considerarse como una posición "monopolista", mientras los otros productores puedan colocarse a la altura del primero, disputándole su posición singular. En esta lucha constante en la que los productores miden sus fuerzas y en el incentivo que representa el alcanzar las ventajas pasajeras de ocupar el primer puesto, es donde radica la esencia de la competencia, que hace de ella una institución extraordinariamente provechosa. La posición de productor destacado no nos autoriza a hablar de un monopolio, porque es sólo pasajera y los seguidores pueden pisarle los talones, e incluso adelantarle. Por esta razón sería también inadmisibles atribuir al "monopolio" el progreso que nace de esta incesante perspectiva de alcanzar una primera posición en la producción. Más bien podemos hablar de un monopolio cuando desaparece la lucha por la primera posición, convirtiéndose ésta en permanente, lo que sin duda más frenará que estimulará el progreso. Si, en el caso de una nueva invención, el Estado se ve obligado a sancionar la posición destacada de un productor mediante el derecho que protege la propiedad industrial, en ello no sólo debe verse el justo reconocimiento de la propiedad intelectual, sino también un estímulo indispensable para nuevas invenciones. ...». De este modo, se considerará que hay una adecuada competencia cuando, con independencia de la estructura de mercado existente de la que se procuraran salvar sus ventajas, se dé una suficiente rivalidad independiente e interesada que sea síntoma de la inexistencia de un cierto poder monopolista.

⁶⁴. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance* (second edition), Boston/...: Houghton Mifflin Company, 1990; pág. 52 y ss. WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 11.

⁶⁵. La literatura en esta materia ha sido excelentemente recogida por SOSNICH, Stephen: «A Critique of Concepts of Workable Competition», 72 *Quarterly Journal of Economics*, 380 (august 1958), págs. 380 a 423. Ver SCHERER: Ídem, pág. 42, donde se ofrece un cuadro resumido de estos criterios.

valoración conjunta en muchas ocasiones exige decisiones de fuerte contenido subjetivo⁶⁶. En realidad, la experiencia demuestra que ni siquiera hay consenso sobre cuales son los criterios que definen un buen o un mal resultado⁶⁷. Su definición esconde a menudo difíciles juicios de valor de fuerte contenido axiológico⁶⁸.

Reconociendo el importante fondo subjetivo que acompaña la noción de competencia eficaz, el profesor MARKHAM propuso un criterio subjetivo general basado en el criterio de la de mejorabilidad:

«Una industria se habrá de considerar suficientemente competitiva, cuando, después de haber analizado cuidadosamente las características estructurales de su mercado y las fuerzas dinámicas que la conforman, se concluye que no hay claros indicios de que, a través de medidas de política pública, pueda conducirse esa industria hacia una situación que suponga más una mejora que una pérdida para la sociedad»⁶⁹.

Aunque el criterio de MARKHAM presenta los mismos problemas de medición y subjetividad que los mencionados criterios descriptivos, tiene para SCHERER el mérito de centrar la atención en el problema político de prescribir las medidas de acción adecuadas⁷⁰.

Todo ello viene a demostrar que, más allá de estas aproximaciones, resulta imposible determinar a priori un

⁶⁶. SCHERER/ROSS: Ídem, pág. 54.

⁶⁷. SCHERER/ROSS: Ídem, págs. 54-55. WHISH: Ídem, pág. 12.

⁶⁸. SCHERER/ROSS: Ídem, pág. 55. Por otra parte, ello no es en absoluto ajeno a la política antimonopolio que no existe en el vacío, sino que es una expresión de los valores y objetivos de la sociedad, y puede cambiar del mismo modo que el pensamiento político (WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, págs. 13, 16).

⁶⁹. MARKHAM, Jesse: «An Alternative Approach to the Concept of Workable Competition», 40 *American Economic Review*, 349 (junio, 1950), págs. 349 a 361.

criterio o un conjunto de criterios objetivos que permitan saber de forma general cuánta competencia es necesaria para alcanzar los resultados deseados; o una regla segura y rápida que permita decidir si una afección de la competencia es deseable o no⁷¹. Por tanto, los que busquen una regla precisa que permita orientar la política pública en la definición de la «workable competition», se verán decepcionados pues no hay ninguna, y las leyes antimonopolios sirven sólo como una primera aproximación⁷². En realidad, no puede darse una definición de «workable competition» fuera del sistema legal en el que se haya de enmarcar y del mercado al que haya de referirse⁷³.

Ciertamente, la realidad de los mercados es la competencia imperfecta. El modelo de la competencia perfecta presenta fallos y no siempre es deseable⁷⁴. Se observado también que los resultados no siempre van asociados estrechamente a la estructura, de hecho no se ha podido encontrar ninguna ley de hierro que establezca una relación entre la estructura y los resultados⁷⁵. Sin embargo, ello no significa que no existan importantes relaciones entre estructura y resultado⁷⁶, ni que, de modo general y salvando finos detalles, el modelo competitivo no produzca mejores respuestas a las demandas

⁷⁰. SCHERER: *Industrial Market Structure and Economic Performance* (second edition), Boston/...: Houghton Mifflin Company, 1980; pág. 44. Ver WHISH, cit. supra, *Ibíd.*

⁷¹. SCHERER/ROSS: *Ídem*, pág. 55.

⁷². *Ibíd.*

⁷³. Tim FRAZER: *Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America*, New York: St. Martin's Press, 1988, págs 6 y 7.

⁷⁴. SHUMPERTER, CLARK, ..., ya cits., ver nots. supra. SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, espec. págs. 725 y ss. JACQUEMIN, ALEX: *Economía industrial*, Barcelona, 1982, págs. 11 y ss. Ver más ampliamente SCHERER/ROSS: *Ídem*.

⁷⁵. SAMUELSON/NORDHAUS: *Ídem*, pág. 725. En torno a las dificultades que plantea definir esta relación, ver también SCHERER/ROSS: *Ídem*.

⁷⁶. SCHERER/ROSS: *Ídem*, pág. 447,

de los consumidores o no genere mejores incentivos para el uso frugal de los recursos que las situaciones de monopolio⁷⁷. No puede afirmarse que la noción de competencia eficaz haya relegado al olvido el modelo competitivo, sobre todo si se tienen en cuenta las dificultades que en muchas ocasiones plantea la definición de la «workable competition»⁷⁸.

D) NOCIÓN COMUNITARIA DE COMPETENCIA.

Debido a la gran dificultad, si no imposibilidad, que plantea la conceptualización del fenómeno de la competencia, al igual que el derecho *antitrust* americano y todos los ordenamientos *antitrust* por tratarse de un problema universal⁷⁹, los Derechos de la competencia comunitario y nacionales han renunciado a ofrecer con éxito un concepto unitario y cerrado de competencia⁸⁰, en favor de una conceptualización implícita, plural y flexible⁸¹. Es implícita porque el ordenamiento comunitario no define de forma expresa y decidida⁸² la competencia. Es plural, porque, de un lado, no hay una definición unitaria que de modo general pueda

⁷⁷. SCHERER/ROSS: Ídem, pág. 52.

⁷⁸. Ver SCHERER/ROSS: Ídem, pág. 52 y ss.

⁷⁹. BURST/KOVAR sostienen en este sentido que, al igual que la Ley francesa, el análisis del derecho comparado permite persuadirse de que ninguna legislación ofrece una definición precisa de esta noción, por tratarse de un concepto funcional (*Droit de la concurrence*, Paris: economique, 1981, pág. 241).

⁸⁰. Dice GALAN CORONA que ni la LPR (lo mismo puede decirse hoy de LDC y de la legislación comunitaria de la competencia), ni las restantes legislaciones protectoras de la libre competencia ofrencen una definición de la libre competencia (*El Derecho de la competencia en la CEE*, op. cit. págs. 34 y 35).

⁸¹. GOLDMAN: *Ibidem*, op. cit. págs. 360 y 361; GOMEZ SEGADE: "Panorámica del Derecho de la competencia en la CEE", en *Actas de Derecho Industrial*, t. V, 1978, Madrid, 1979, pág 73; FONT GALAN: *La libre competencia en la CEE*, op. cit. págs. 39 y ss.; FRIGNANY-WAELBROE: *Derecho europeo de la competencia*, Barcelona: Bosch, 1998, págs. 15; FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER: *Droit commercial européen*, Paris, 1978, págs. 49 y ss.; PLAISANT, R.: "L'interdiction des ententes. Article 85" en *Recueils pratiques du Droit des Affaires dans les Pays du Marché Commun*, III, *Pratiques commerciales*, vol. 7, Paris: Ed. Jupiter, abril 1976, núm. 25; GIDE LOYRETTE-NOUEL: *Le droit de la concurrence des communautés*, 3 edición, Paris, 1982, págs. 44 y 45; BRAUN-GLEISS-HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 1977, págs. 73 y ss.

ser aplicada sin variación a todos los preceptos, sino que más bien habrá de inferirse de cada precepto el concepto de competencia en el que piensa el legislador⁸³. Y ha de ser flexible porque el concepto a que se refiera cada norma habrá de poder considerarse en atención a las particulares circunstancias⁸⁴ de cada mercado en el que se estime la competencia⁸⁵.

Aunque los legisladores son conscientes de que la flexibilidad en el tratamiento conceptual de la competencia comporta inseguridad jurídica, pues resulta muy difícil a los agentes prever la competencia que las autoridades considerarán adecuada; han comprendido que la inseguridad jurídica que pueda derivarse de ello es un mal menor, preferible a las inapropiadas soluciones que se seguirían del exceso de rigidez de una conceptualización cerrada⁸⁶. Conscientes de la inabarcable realidad del fenómeno competencial, han entendido que un concepto unitario y cerrado, además de imposible, no es deseable⁸⁷; se ha entendido que, en aras de la eficacia de la ley, la conceptualización jurídica

⁸². GALAN CORONA: *Ibidem.*; en el mismo sentido los demás autores citados.

⁸³. En este sentido BAUR (JÜRGEN, F.) afirma que no es necesaria una definición unitaria de la competencia de aplicación a todos los preceptos, sino que lo importante es procurar determinar, a la vista de cada norma concreta, los aspectos y factores de la competencia económica que vienen en cuestión (*Der Tatbestandsmerkmal Wettbewerb*», ZHR 134, 1970, págs. 100-101 y 113). Piénsese que, al ser tan variada y plural la tipología de la competencia (cada uno de esos tipos podría ser susceptible de un definición propia), habrá de decidirse, a la vista de cada precepto, el tipo o los tipos competenciales en los que piensa el legislador. Vid también SANDROCK, Otto: *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München: Verlag C. H. Beck, 1968, págs. 81 y ss.

⁸⁴. Ver los elementos que integran la estructura de un mercado .

⁸⁵. GOLDMAN: *Ibidem*, op. cit. págs. 359 y 360. Dicen en este sentido BRUST/KOVAR que son las autoridades encargadas de aplicar las normas sobre competencia las que en cada caso deberán *elaborar* el concepto de competencia jurídicamente protegido, buscando para ello apoyos en ciertos términos del texto de que se trate (*Ibidem*, op. cit. pág. 241). En el mismo sentido FRAZEN señala que la workable competition no tiene un significado autónomo o independiente del marco legislativo en el que se considera y del mercado en el que se ha de valorar (FRAZEN, Tim: *Monopoly, Competition and the Law: the Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America*, New York: St. Martin's Press, 1988, págs. 6 y 7).

⁸⁶. GOLDMAN: *Ibidem*, op. cit. págs. 360 y 361.

⁸⁷. En este sentido pueden consultarse, además de BAUR y SANDROCK (vid. supra) y GALAN CORONA (op. cit. pág. 41), a FRAZER: *Ídem*, págs 6 y 7; KRAFT: *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, München-Berlin, 1963, pág. 187; BAUMBACH/HEFERMEHL: *Wettbewerbs und Warenreihenrecht*, München, 1983; ULMER/REIMER: *Das Recht des unlauteren*

del fenómeno competencial no ha de pasar de una aproximación básica, conscientemente autolimitada⁸⁸. Deberán ser las autoridades gubernativas competentes las que, dentro del marco determinado por el concepto legal básico de competencia, decidan la política competencial que estimen más oportuna a la coyuntura de cada momento; y las autoridades judiciales las que, en la aplicación de la ley al caso concreto que se les plantee, ponderen el concepto de competencia que estimen conveniente, atendidas las circunstancias concurrentes⁸⁹.

Pero flexibilidad no significa indeterminación ni arbitrariedad. Que el concepto de competencia se configure en nuestras legislaciones como un concepto flexible, no quiere decir que sea un concepto jurídico indeterminado, pues existe en el ámbito comunitario (también en el derecho de la competencia español) una voluntad de establecer una concepción básica de competencia, un marco de principios informadores, a los que habrán de ajustarse tanto las políticas de las autoridades como la discrecionalidad judicial⁹⁰.

El tratamiento flexible de la competencia en las normas comunitarias permite distintas aproximaciones a la operatividad de la competencia que van desde concepciones atomistas a eficientistas. Una primera noción de carácter atomista es la preocupada por la subsistencia en el mercado del mayor número posible de agentes económicos independientes, incapaces de prever el comportamiento de

Wettbewerbs, III, Deutschland, München-Köln, 1968, pág. 12; KÖNFLE: *Der Rechtsbegriff "wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1966, págs. 1 y ss

⁸⁸. FONT GALAN: *Ibidem*, op. cit. págs. 38 y ss.

⁸⁹. BURST/KOVAR, ya hemos indicado en nota anterior que, según estos autores, habrán de ser las autoridades, encargadas de aplicar la normativa de la competencia, las que en cada caso definan el concepto jurídicamente protegido (*Ibidem*, op. cit. pág. 241); BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 1977, pag. 73; vid. también en el mismo sentido la nota 3.

⁹⁰. En este sentido, a propósito del derecho de la competencia comunitario, FONT GALAN señala que «.. En realidad, más que un concepto relativo (flexible) de competencia, lo que establece el TCEE es una concepción determinada de la misma, con una evidente función informadora en cuanto se refiere a la actuación de las autoridades comunitarias.» (*La libre competencia en la CEE*, op. cit. pág. 40).

los demás y de tener influencia sobre el mercado. Encuentra su fundamento en el artículo 81.1 TCE o en la aplicación que las autoridades comunitarias han hecho en algún momento del artículo 82 TCE sobre la base de la doctrina de *Continental Can (1973)*⁹¹. Y una segunda noción de carácter eficientista, más centrada en el resultado que en la estructura, admite que la pérdida de independencia o la disminución del número no siempre es contraria a la competencia. Incluso se admite que puede ayudar a reforzarla, como cuando varias empresas pequeñas unen sus fuerzas para hacer frente a la competencia de las grandes. Se comprende que a veces la competencia puede ser más intensa en el seno de un oligopolio de empresas eficaces que entre una multitud de empresas pequeñas y poco preparadas. Esta segunda concepción encuentra su fundamento en la combinación de los principios de prohibición (art. 81 TCE) y abuso (art. 82 TCE), en la prohibición atenuada del artículo 81.1 TCE por una posible regla de la razón, en la posibilidad de exención que permite el artículo 81.3 TCE, en las múltiples exenciones concedidas y especialmente en las reglamentaciones y comunicaciones relativas a los acuerdos de cooperación y especialización, o en el artículo 82 TCE donde los redactores del Tratado demostraron no querer imponer una estructura atomizada al admitir las posiciones dominantes. Hoy la práctica comunitaria parece ir orientada a buscar un compromiso eficiente entre estas dos nociones.

El Tribunal de Justicia avaló estos planteamientos en la sentencias *Comptoir Carbonier de la Ruhr (1962)* y *Metro/Saba (1977)*⁹². En *Comptoir Carbonier de la Ruhr*

⁹¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215.

⁹². Interpretando estas sentencias en este sentido, WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 29.

(1962) el Tribunal señaló que «... de las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 66 CECA del Tratado CECA resulta que no existe oposición a la formación de grandes unidades de producción o venta características del mercado del acero, a condición del que el régimen de competencia imperfecta que se deriva sirva a los fines del Tratado y salvaguarde plenamente en este mercado la dosis de competencia indispensable para que sea respetada la exigencia del artículo 2»⁹³. Y en *Metro/Saba* (1977) señala que «... el requisito contenido en los artículos 3 y 85 (actual 81) TCE de que la competencia no sea falseada, implica la existencia en el mercado de una competencia eficaz, esto es, el grado de competencia necesario para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del Tratado, y, en particular, la formación de un mercado común único que cumpla las condiciones propias de un mercado interior». Y a continuación el Tribunal añade que de acuerdo con lo anterior, «... la naturaleza y la intensidad de la competencia pueden variar en función de los productos o servicios de que se trate y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados (del mercado relevante)»⁹⁴.

II) OBJETIVOS DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El TCE desea un sistema económico fundado sobre los principios de mercado abierto y de libre competencia (artículos 2 y 4 (antiguo 3A) TCE, para lo cual establece

⁹³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1962, as. 13/60, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, Rec. 165.

⁹⁴. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, as. 26/76, *Metro c SABA I*, Rec. 1875, consid. 65.

en su artículo 3, g TCE que «..., la acción de la Comunidad Implicará, en las condiciones y según los ritmos previstos en el presente Tratado: ... g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, ...». Cabe preguntarse entonces cuáles son las funciones de la competencia y cuáles los objetivos perseguidos por la política antimonopolio.

A) *FUNCIONES DE LA COMPETENCIA.*

Los autores señalan que la competencia como base ordenadora del sistema económico de mercado, cumple tres funciones que constituyen a la vez los objetivos centrales de la defensa de la competencia: descentralización del poder económico, salvaguarda de la libertad económica individual y la igualdad de los agentes, y realización de la eficiencia económica.

A) *FUNCIONES JURÍDICO-POLÍTICAS DE LA COMPETENCIA:*

En el orden jurídico-político, la competencia cumple dos funciones que tradicionalmente han sido las más relevantes en el debate político sobre la conveniencia o no de defender y promover la competencia.

i) Descentralización económica y la redistribución de la riqueza.

Una primera función que se reconoce a la competencia es la dispersión del poder económico y la redistribución de la riqueza⁹⁵. Se espera que la competencia adecue el orden económico al político, llevando la democracia al mercado: la libertad de competencia dispersará el poder económico y la riqueza

⁹⁵. WHISH: *Competition Law*, London: Butterworths, 1993, pág. 13

entre los agentes del mercado del mismo modo que el principio de la soberanía popular y sus instituciones derivadas llevan el poder político a los ciudadanos⁹⁶.

Esto es posible porque permite resolver el problema económico de forma mecánica e impersonal a través de la interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda en el mercado, sin que sea necesaria una dirección centralizada en un poder público o privado. Ello permite sustituir la autoritaria mano del Estado o la privada de los empresarios por la fuerza imparcial de la competencia⁹⁷ que hará que los agentes económicos en la búsqueda egoísta de su propio interés privado, alcancen el interés público, el bien común, mejor que si se lo propusieran conscientemente⁹⁸. Son las fuerzas del mercado, la «mano invisible» de que hablaba ADAM SMITH, las que determinan las magnitudes económicas relevantes conduciéndolas hacia el equilibrio y la máxima eficiencia⁹⁹.

⁹⁶. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: "Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación", en *Revista General del Derecho*, de abril de 1993, pág. 3384. Esta idea, muy importante en los argumentos populistas, nace en el orden económico de una desconfianza en el poder económico, paralela a la que se da en el orden político respecto del poder político (ya observa MONTESQUIEU que quien tiene poder tiene una natural tendencia a abusar de él).

⁹⁷. Véase SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin, 1990, pág. 18. JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; págs. 413 y 414.

⁹⁸. Nos referimos aquí al principio de la mano invisible que sentó SMITZ, Adam: *La riqueza de las naciones (1776)*. Decía este clásico que «Todo individuo trata de emplear su capital del tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente ni trata de promover el interés público ni sabe cuánto lo está promoviendo. Lo único que busca es su propia seguridad, sólo su propia ganancia. Y al hacerlo una *mano invisible* le lleva a promover un fin que no estaba en sus intenciones. Al buscar su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo.» Es decir, según el principio de la mano invisible todo individuo, al buscar egoístamente su sólo interés personal, guiado por una mano invisible, actúa logrando lo mejor para todos. Por ello, en un mundo tan perfecto toda interferencia del Estado en la libre competencia, por pequeña que ésta sea, resultará con casi total seguridad perjudicial.

⁹⁹. SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, págs. 50 y ss. Ahora bien, como también subraya el mismo autor, los dos siglos transcurridos desde el nacimiento de esta doctrina han permitido descubrir que en algunos aspectos choca con la realidad, se ha descubierto que el mercado «a veces nos abandona», que existen «fallos del mercado», los más

Este enfoque se funda en la desconfianza hacia las grandes agrupaciones de capital. Considera que la desaparición de la competencia y la consiguiente concentración de poder en una o unas pocas manos¹⁰⁰, puede desbordar las relaciones de mercado y dar lugar al nacimiento de un poder externo a él, capaz de mediatizar las leyes del mercado en su provecho. Esto se considera particularmente grave cuando se trata además de un poder privado, porque, a diferencia del poder público del que cabe esperar que con mayor o menor acierto intentará perseguir el interés común, éste sólo procurará su interés privado, a costa del de los otros agentes. Perseguir el interés particular no es en si mismo ilegítimo¹⁰¹; pero, y aquí está el peligro, si no hay competencia, la «mano invisible» (que no existirá o estará muy debilitada por el poder de dominio) no moverá esa realización egoísta del propio interés hacia el interés general¹⁰². Por ello, la competencia es vista también como el fundamento económico de la democracia política. Se entiende que no es posible una verdadera democracia sin un cierto equilibrio económico de sus

importantes son la existencia de imperfecciones en la competencia (ausencia de competencia perfecta en la economía real y la presencia de externalidades (Ibídem. op. cit. pág. 55).

¹⁰⁰. Manos públicas o privadas, para el pensamiento liberal preocupado por la función política descentralizadora de la competencia, el Estado debe limitarse a trazar el marco en el que se desarrollará la actividad económica y reservarse el papel de árbitro, eludiendo en lo posible la actuación directa, pues sólo así podrá ejercer con neutralidad sus funciones arbitrales y evitar verse implicado en los resultados económicos (véase FIKENSTCHER: «Las tres funciones del control de la economía», en 171 Revista de Derecho Mercantil 482 (enero-marzo Madrid), 1984, pág. 482) .

¹⁰¹. Al contrario es perfectamente legítimo, la propiedad privada y la búsqueda del propio interés en competencia con los otros agentes es uno de los fundamentos de la competencia. Véase JACQUEMIN/TURKEY: *Fondaments d'économie politique* (deuxième édition), Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1986, pág. 18. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: "Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación", en Revista General del Derecho, de abril de 1993, pág. 3380. CASAS PARDO: *Curso de economía*, Madrid, 1981, pág. 30. FIKENTSCHER: Ibídem. págs. 32-33, 207 y ss.

¹⁰². JACQUEMIN: Ibídem.

partícipes⁽¹⁰³⁾⁽¹⁰⁴⁾. De ahí, que el poder político, en ocasiones, pueda tener interés en disolver o someter a control tales agrupaciones de poder, incluso en el caso de que ello pudiere comportar una pérdida de eficiencia económica. En ese caso, las ventajas políticas y sociales resultantes se juzgan mejores que las ventajas económicas sacrificadas¹⁰⁵.

El objetivo descentralizador se presenta de forma general y en abstracto como la consecución de la dispersión de todo poder económico, ya sea público o privado; sin embargo, en la realidad dentro del objetivo descentralizador caben orientaciones distintas, de diferentes intensidades, e incluso antagónicas. Así, por ejemplo, mientras unos autores ven la competencia como una salvaguarda frente a la intromisión del poder público en la economía¹⁰⁶, otros ven la competencia como un instrumento de política económica en manos del poder público¹⁰⁷. O, mientras unos opinan que el Estado debe

¹⁰³. Véase, por ejemplo, FIKENSTCHER: "Las tres funciones del control de la economía", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 171, enero-marzo, Madrid, 1984, pág. 480 y ss. EDWARDS: *Big Business and the Policy Competition*; Cléveland 1956, pág. 4; o a SCHMIDT *Wettbewerbspolitik in den USA*", en H. COX y otros, *Handbuch des Wettbewerbs*, München, 1981, págs. 533 a 556.

¹⁰⁴. Nótese que la democracia económica, entendida como descentralización del poder económico, y la política entendida como descentralización del poder político o de su fundamento, participan de una misma esencia: la dispersión del poder en el cuerpo social o en el mercado. En efecto, del mismo modo que en la democracia política tal como la concibió Rousseau, el poder político no lo detenta en exclusiva ningún ciudadano y a la vez todos lo tienen todo, porque reside en el todo del cuerpo social del que participan todos; en la democracia económica de la competencia ningún agente tendrá la totalidad del poder económico, pero a la vez lo tendrá todo, porque al no tenerlo ninguno lo tienen todos, pues descansa en la fuerza impersonal de la competencia, que, querida por el cuerpo social, lo ejerce, con imparcialidad y eficiencia, en el interés del todo que es a la vez el de todos.

¹⁰⁵. JACQUEMIN: *Ibidem*.

¹⁰⁶. Por ejemplo, HAYECK: *The road to Serfdom*, Chicago, 1994, o HOPPMANN, E./ MESTMÄCHER, E.J.: *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1974, pág. 7

¹⁰⁷. Véase recalcando esta distinción a JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; págs. 18 y 413: en

velar para que la estructura del mercado se aproxime lo más posible a las condiciones de la competencia perfecta en una perspectiva a corto o medio plazo¹⁰⁸; otros, en cambio, piensan que, una vez salvaguardados los intereses del consumidor, la acción del Estado debe ser mínima, centrada preferentemente en los actos colusorios y no tanto en las concentraciones, y observar el horizonte económico a largo plazo⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾.

ii) Salvaguarda de la libertad económica individual y de la igualdad.

Una segunda función política, directamente ligada a la dispersión del poder económico, es la protección de la libertad y la igualdad de los agentes en el mercado. Si no hay barreras a la entrada de nuevas empresas en una industria, o, mejor, si se cumplen los requisitos de la competencia perfecta, los agentes son libres e iguales a la hora de elegir y decidir la actividad económica¹¹¹ que prefieren. En ello no están

Europa la competencia se ha visto tradicionalmente con mayor relativismo que en EEUU: «... La competencia, se aduce, es un medio entre otros y su mantenimiento reglamentario no queda justificado más que en la medida en que permite alcanzar los objetivos de una forma más "eficaz" de lo que sería posible, valiéndose de instrumentos alternativos de control tales como la concertación o la reglamentación directa ejercida por el Estado».

¹⁰⁸. Así LA HARVARD SCHOOL en su extensa y conocida literatura antitrust de la New Deal.

¹⁰⁹. Así BORK, Robert: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, London: The University of Chicago Press, 1976; o POSNER, Richard: «The Chicago School of Antitrust Analysis» 127 *University of Pennsylvania Law Review*, 925 a 948 (1979), o *Antitrust Law*, Chicago: University Chicago Press, 1976. BAXTER, William F.: «Responding to the Reaction: the Draftsman's View», en *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics* American Bar Association, 1984, pág. 305., pág. 73.

¹¹⁰. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: *Ibidem*, pág. 3383.

¹¹¹. El término actividad económica lo entendemos en sentido amplio como alcanzando a cualquier tipo de actividad con trascendencia económica, esto es, desde la elección y ejercicio de una profesión u oficio, hasta el establecimiento de una relación económica o la realización de un contrato o la determinación de su contenido, aunque en este último caso lo más probable es que el precio sea el

sujetos a otros límites que los impuestos por su talento, habilidades o por su capacidad de reunir la suma necesaria de capital, que no puede ser muy alta si partimos del supuesto de que no hay barreras graves a la entrada¹¹².

La consecución de esta función interesa sobre todo a los pequeñas y medianas empresas y también a los consumidores en general que se sienten amenazados por las grandes agrupaciones de poder económico¹¹³. Todos esperan que las autoridades garanticen la libre competencia. La pequeña y la mediana empresa quiere que todos tengan abiertas sus posibilidades de éxito¹¹⁴. Y los consumidores reclaman protección, no en el sentido técnico de maximización del bienestar del consumidor, sino en el sentido más específico de protección frente a los monopolios y a las ententes¹¹⁵. Desde esta perspectiva, en ocasiones, la protección de los competidores se ha llegado a presentar incluso como más importante que la misma promoción del proceso competitivo¹¹⁶.

competitivo. En competencia perfecta, como nadie tiene poder de mercado, todos los agentes son iguales.

¹¹². Véase SCHERER/ROSS: *Ibidem*.

¹¹³. WHISH: *Ídem*, págs. 13 y 14.

¹¹⁴. WHISH: *Ídem*, pág. 14. Se quiere libertad económica e igualdad de oportunidades.

¹¹⁵. WHISH: *Ídem*, pág. 13. Se pide la defensa de su libertad económica y de sus intereses, que pueden ser anulados por la pérdida de su poder de negociación frente a las grandes agrupaciones económicas. La protección del consumidor ocupa también un plano destacado en la normativa y en la práctica antimonopolio comunitaria. Así, por ejemplo, el artículo 81.3 TCE menciona expresamente como condición de exención de acuerdos que «... reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante ...». O también las autoridades comunitarias invocan también con frecuencia el argumento de permitir a los consumidores abastecerse a los mejores precios en la Comunidad para justificar la protección concedida a la competencia *intra brand* y a las importaciones paralelas, lo que no significa, claro está, que se obligue siempre a las empresas a vender al más bajo precio posible. Con todo, aunque el interés del consumidor debe ser tomado en consideración a la hora de aplicar las normas sobre defensa de la competencia, ello no implica que la protección de los consumidores constituya siempre, a corto plazo, el único objetivo, o incluso el principal, de la política de la competencia (WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, págs. 27 y 28).

¹¹⁶. Véase con esta observación JACQUEMIN: *Ídem*, pág. 414.

Estos planteamientos fueron durante muchos años particularmente importantes en EEUU¹¹⁷; y también lo han sido en el ámbito de los países de la Comunidad, donde se han puesto frecuentemente en práctica no sólo mediante leyes contra la competencia desleal, sino también mediante otras medidas relativas a la libertad contractual, la libertad de comercio y la reglamentación de los precios¹¹⁸.

Los excesos realizados en la aplicación de los objetivos políticos fueron criticados durante los años 80 por la *Chicago School*¹¹⁹. Se observó que en ocasiones la salvaguarda artificial de la atomización evita la depuración darwiniana de los ineficientes, y se acaba traduciendo en una pérdida general de bienestar para los consumidores¹²⁰. En la defensa de la competencia, no debe ser tan importante la protección de los competidores como la protección del proceso competitivo y su fruto, la eficiencia¹²¹.

B) FUNCIÓN ECONÓMICA: LA REALIZACIÓN DE LA EFICIENCIA.

Y el tercer objetivo perseguido por la defensa de la competencia, y en el que se centra la preocupación

¹¹⁷. KIETZ, A.T.: *An Introduction to the Antitrust Law*, 1951, págs. 37 a 39. Véase, por ejemplo, la *Miller-Tydings Act de 1937*.

¹¹⁸. JACQUEMIN: *Ibidem*. Véase respecto a la protección de la pequeña mediana empresa, el *IX Informe sobre la política de la competencia*, pág. 11, y el *XI Informe sobre la política de la competencia*, pág. 15.

¹¹⁹. Autores ya citados supra.

¹²⁰. WHISH: *Ídem*, pág. 14.

¹²¹. WILLIAM F. BAXTER: «Responding to the Reaction: the Draftsman's View», en *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics* American Bar Association, 1984, págs. 305 y ss., espec. 306-307. Desde su experiencia en el *Department of Justice* el profesor BAXTER ve en la consecución de la eficiencia económica un criterio mucho más claro, objetivo y manejable que los objetivos no eficientistas. Otros autores vid nota supra. Ver también SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, págs. 717 y ss.

de los economistas¹²², es la consecución de la eficiencia, la satisfacción óptima del consumidor. Si la competencia es entendida como una forma de organización económica, cuya función consiste en disciplinar a los agentes económicos para que suministren los bienes y servicios que demanda el mercado a bajo precio y en abundancia¹²³, el mérito de la competencia perfecta, como forma de organización económica, está en que realiza la asignación de recursos más eficiente que pueda obtenerse a través del sistema económico de mercado¹²⁴. Esto es así porque, al producirse en competencia perfecta los bienes que el mercado demanda al más bajo precio posible (lo que significa que todas las pérdidas innecesarias han sido eliminadas), no puede encontrarse otra forma de reorganizar la producción y la distribución que mejore la satisfacción de todo el mundo, o dicho de otro modo, ningún individuo puede mejorar su bienestar sin empeorar el de algún otro¹²⁵. La realización de la eficiencia económica incluye también la llamada *función selectiva* de

¹²². BAXTER, BORK, POSNER, LANDES, etc. vid nots. supra.

¹²³. SAMUELSON/NORDHAUS: Ídem, pág. 51 y ss.

¹²⁴. CASAS PARDO: *Curso de economía*, op. cit., págs. 521 y 522; SAMUELSON/NORDHAUS: Ídem, págs. 575 y ss.; WONNACOTT/WONNACOTT: *Economía*, págs. 501 y ss.; etc.

¹²⁵. SAMUELSON/NORDHAUS: Ídem. op. cit. págs. 583 y ss.; en el mismo sentido los demás autores mencionados. Ahora bien, una cosa es el óptimo económico y otra muy distinta el óptimo social. La competencia perfecta alcanza el primero, pero no tiene por qué llevar necesariamente al segundo (WONNACOTT/WONNACOTT: Ídem. op. cit. págs. 590 y ss.). Esto es así porque, como explican muy bien WONNACOTT/WONNACOTT (Ídem, op. cit. págs. 509 y ss.), si bien la eficiencia se alcanza desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, considerada como un todo, a nivel individual, puede haber muchas formas de distribuir la renta, todas ellas eficientes desde el conjunto de la sociedad, pero algunas de ellas injustas desde el punto de vista individual, por lo que será una decisión política y no económica la que decidirá cual de esas formas de distribución de la renta será la óptima socialmente hablando. Piénsese que existen importantes influencias ajenas al mercado que determinan la distribución de la renta resultante; la distribución de la renta depende notablemente de factores como la distribución inicial de la propiedad, las capacidades adquiridas o heredadas, de la suerte o de la presencia o ausencia de discriminación racial o sexual. Señala SAMUELSON/NORDHAUS que, para que un mercado perfectamente competitivo puede ser catalogado como socialmente óptimo, deben cumplirse tres requisitos. En primer lugar, aunque sea redundante decirlo, en el mercado no debe haber ninguna imperfección, es decir, ningún productor ha de ser capaz de incidir por la vía que sea sobre el precio del producto. En segundo lugar, no deben haber efectos-difusión ni externalidades, es decir, ninguna empresa debe imponer ni dar coste o beneficios social sin que la parte afectada reciba una compensación a cambio. Y, en tercer lugar, la distribución de la riqueza entre los individuos de la sociedad, debe hacerse conforme a los conceptos de justicia de esa sociedad.

la competencia, por la que ésta actúa como un proceso darwiniano de selección, en virtud del cual las actividades que tienen éxito otorgan una mayor fuerza a las empresas y las que nos la tienen las debilitan o arruinan. Se espera que la competencia depure las empresas ineficientes y deje sólo las más preparadas y eficaces¹²⁶.

Recientemente en el ámbito americano se ha señalado que el único objetivo que ha de perseguir la política *antitrust* es el bienestar del consumidor a través de la consecución de la eficiencia¹²⁷. Estos planteamientos han marcado de forma importante la orientación de la política *antitrust* americana desde los años 80¹²⁸.

¹²⁶. Véase FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; págs. 26 y 27. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: "Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación", en *Revista General del Derecho*, de abril de 1993, pág. 3381. En este sentido señala JACQUEMIN, recogiendo las enseñanzas de GALBRAITH y SHUMPERTER, que, sin perjuicio de todas las matizaciones que proceden (aspecto especialmente enfatizado por JACQUEMIN, «La tecnología y la multiplicación de las economías de escala crearían un conflicto entre un proceso competitivo basado en la coexistencia de múltiples operadores independientes de talla reducida y la eficiencia que requiere la existencia de empresas de grandes dimensiones que controlen y planifiquen las fuerzas del mercado» (JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; pág. 415 y 416).

¹²⁷. WHISH: *Competition Law*, London: Butterworths, 1993, págs. 18. SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, págs. 725 y ss. ELLIG, GEROME: "Untwisting de Strands of Chicago Antitrust", en *The Antitrust Bulletin*, vol. xxxviii, n° 4, winter, 1992, págs. 872 a 873. MAY, James: «The Role of the States in the first century of the Sherman Act and de large picture of Antitrust History» 59, issue 1 *The Antitrust Law Journal* (1990), pág. 95. BAXTER: «Responding to the Reaction: the Draftsman's View», en *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics* American, American Bar Association, 1984, págs. 305 y ss.

¹²⁸. BIANCHI: "Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européenne (Y)" en *Revue de économie industrielle*, n° 60 segon trimestre de 1992, pág. 13. PITOFSKY: "Antitrust Policy in de Clinton Administration", en *The Antitrust Law Journal*, vol. 62, issue n° 1, summer 1993, pág. 218. CISE, Van: "Antitrust past-present-future" vol. xxxv, n° 4 *The Antitrust Bulletin* (winter 1990), pág. 994 a 997. De hecho estas ideas, que constituyeron una verdadera revolución en el ámbito americano, comenzaron a llegar a los tribunales ya durante la segunda mitad de la década de los setenta (ELLIG: *Ibidem*, pág. 864); pero no se adoptarán de forma plena hasta la administración Regan (WHISH: *Ibidem*), en que en los órganos administrativos y judiciales antitrust llegarán técnicos formados en la Escuela de Chicago (BIANCHI: *Ídem*, pág. 13, y VAN CISE: *Ibidem*). BAXTER, William F.: *Ídem*, 305. En la práctica

B) *CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO EUROPEO.*

Estas son las funciones propias de la competencia y las que la justifican como base del sistema de libre mercado. Sin embargo, en el ámbito europeo donde el Estado juega un importante papel directivo de la actividad económica¹²⁹, el ideal de la libre empresa¹³⁰ ha pasado a ser en mayor medida que en los EEUU¹³¹ un mito que no responde a la realidad de unas economías transformadas desde hace ya mucho tiempo en economías

esto no significaría, sin embargo, el abandono de toda preocupación política, pues la consecución de la eficiencia buscaría al mismo tiempo la protección de otros intereses sociales dignos de tutela: consumidores, pequeños comerciantes y agricultores y los intereses generales de los ciudadanos: salud, cultura, horarios, etc. (VICENT CHULIÀ: «Poderes públicos ...», cit. supra, pág. 3321.

¹²⁹. En Alemania, la intervención del Estado en la ordenación económica del mercado venía ya postulada por RÖPKE (padre de la economía social de mercado), bajo condición de que se ajustase al funcionamiento del mercado (*Die natürliche Wrdnung. Die neue Phase der wirtschaftspolitischen Diskussion*, Bern, vol. 2, 1948, p. 259), lo que fue seguido por los partidarios de la economía social de mercado (vid. WATRIN: «La evolución de los principios de la economía social de mercado», ponencia al Primer Simposio Internacional sobre Economía Social de Mercado, publicado por el Instituto de Dirección y de Organización de Empresas, en *Economía Social de Mercado*, pág. 134 y ss.). En esta misma dirección, el Consejo asesor del Ministerio Federal de Economía de la República Federal de Alemania en su dictamen formulado en 1979 decía abiertamente que el orden económico de mercado exige el Estado, el cual, de modo indeclinable, debe establecer una política orientada al mantenimiento y fortalecimiento de la competencia (Instituto de Dirección y Organización de Empresas, Madrid, 1979, págs. 19 y ss). En fin, existe en Alemania, al igual que en la generalidad de países industriales (incluido Estados Unidos -vid. SAMUELSON/NORDHAUS-), la convicción de que el Estado debe intervenir en el mercado y en el juego de la competencia estimulando sus funciones dinámicas (adaptación a las circunstancias y rápida asunción del progreso técnico) -vid. MARKET «Las nuevas tendencias de desarrollo en el Derecho alemán de la competencia», en *RDN*, número 112, págs. 261 y ss.). Hemos puesto el ejemplo alemán por su importante influencia en el la configuración del Derecho de la competencia comunitario; pero las mismas corrientes de pensamiento se desarrollan en las otras naciones europeas.

¹³⁰. A la primera postura frente al mercado también se la llama sistema de mercado puro, capitalismo puro, o de libre empresa. En las páginas siguientes usaremos indistintamente estos términos, y también los de mercado y competencia perfecta como sinónimos de éstos.

¹³¹. JACQUEMIN (op. cit. pág. 19). De todos modos no debe pensarse en absoluto que allí se postule el capitalismo puro, desde la revolución keynesiana esto no ocurre allí, ni siquiera en el plano de las ideas (al menos para las corrientes mayoritarias), significa que probablemente se tiene una mayor confianza en el mecanismo del mercado y en la competencia que en Europa; pero, por supuesto, siempre en el marco de un sistema mixto. En este sentido, por ejemplo, SAMUELSON/NORDHAUS dicen en el ámbito americano que «ambas mitades - el Estado y el Mercado- son esenciales. Dirigir una economía sin el Estado o sin el Mercado es como tratar de aplaudir con una sola mano» (*Economía*, op. cit. Pág. 62).

mixtas¹³². Incluso en el orden comunitario, de inspiración liberal, el *Primer informe sobre la política de la competencia* de la Comisión decía que «... Si bien el juego del mercado es un factor de progreso irremplazable, existen sin embargo situaciones en las que por sí solo, no permite alcanzar ciertas finalidades de desarrollo deseables dentro de los plazos aceptables o sin tensiones sociales intolerables. Cuando las decisiones espontáneas de las empresas no permitan introducir las adaptaciones necesarias de un modo natural y a un coste social aceptable, resulta entonces necesario proceder a intervenciones ... al objeto de orientar en el sentido de alcanzar un óptimo económico y social ...»¹³³. Y, aunque en la actualidad, en Europa, al igual que en los Estados Unidos, tras la crisis del Estado del bienestar, se ha tomado conciencia de las limitaciones del Estado en el manejo de la economía y se ha iniciado una tendencia a dar mayor importancia al mercado; casi nadie niega que el Estado debe continuar jugando un importante papel en la Economía¹³⁴.

¹³². JACQUEMIN: Ídem, pág. 19.

¹³³. *Primer Informe de la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas sobre la política de la competencia*, pág. 17.

¹³⁴. Este planteamiento tiene pese a su inspiración liberal claros reflejos en el Tratado que dejan margen a las Administraciones para la definición y conducción de políticas industriales, que quieren influir en el proceso económico para orientarlo hacia determinadas actividades. Así el Tratado no priva a los Estados miembros de toda posibilidad de intervención en política industrial: el artículo 103 -actual 99- les reconoce la competencia fundamental en política económica; el artículo 37 -actual 31- no exige la eliminación sino sólo la adecuación de los monopolios nacionales de carácter comercial; el artículo 90 -actual 86- reconoce el derecho de los Estados a tener empresas públicas, aunque sujetándolas en la medida definida a las reglas de la competencia; los artículos 92 y 94 -actuales 87 y 88- no prohíben radicalmente las ayudas públicas, sino que sólo las someten a control; y en un plano más general el artículo 222 reconoce el poder de los Estados miembros de nacionalizar sus industrias. Ello se compensa, sin embargo, por otras obligaciones impuestas a los Estados en política industrial, como la necesidad de respetar los intercambios comerciales intracomunitarios, o la aplicación que se ha hecho de los artículos 92 a 94 -actuales 87 y 88- que ha reducido la importancia de las ayudas públicas como instrumento de intervención. También la Comisión tiene algún instrumento de acción directa como el que le permite el artículo 85.3 TCE -actual 81.3 TCE- en la concesión de las exenciones (ver WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, págs. 15, 19-20). Sobre este punto el Tribunal de Justicia señalaba ya en la sentencia *Walt Wilhiem (1969)* que «... Si el

Como consecuencia de ello, en el ámbito comunitario, la competencia no es considerada como un fin en sí mismo, sino como un instrumento normativo en manos de las autoridades que ha de servir para alcanzar las funciones u objetivos que le encomienda el ordenamiento jurídico¹³⁵. Se otorga pues a la competencia un valor *instrumental*. Ello tiene dos importantes consecuencias. Primero, no se considera el único medio¹³⁶ existente para la consecución de los objetivos económicos y sociales a alcanzar, sino como un medio entre otros alternativos que, aunque esencial, podrá ser sacrificado cuando los otros medios se consideren más adecuados¹³⁷. Se le reconoce un valor propio y se la prefiere incluso por ser respetuosa con las libertades y juzgarse más eficiente, pero sólo en la medida en que logre los objetivos económicos y sociales deseados. Por ello, el mantenimiento de la competencia mediante medios institucionales (regulaciones,

Tratado tiende, en primer lugar, a eliminar las trabas a la libre circulación de mercancías en el mercado común y a afirmar y salvaguardar la unidad de ese mercado, permite también a las autoridades comunitarias ejercer una cierta acción positiva, aunque indirecta, con miras a promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, conforme al artículo 2 del Tratado.» (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, *Walt Wilhelm*, Rec. 1). A parte de en los ya citados informes I y IX sobre política de la competencia, la Comisión reiteró esta idea en el *XIV Informe sobre la política de la competencia de 1984*, donde señala que aunque se reconozcan a la competencia efectos beneficiosos y aunque contribuya a la realización del mercado común, «ello no significa que el mercado tenga que constituir en todos los casos el modo exclusivo de regulación de la actividad económica: la evolución espontánea de las fuerzas del mercado podría en ciertos casos reducir o incluso suprimir la competencia. La política de competencia debe buscar un equilibrio para el libre juego del mercado, ajustado cuando sea necesario por intervenciones selectivas, asegure el mantenimiento de una competencia no falseada».

¹³⁵. GOLDMAN: *Ibidem*, op. cit. pág. 361. FONT GALAN: *El Derecho de la competencia en la CEE*, op. cit. pág. 39. JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*, Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980, pág. 18.

¹³⁶. Como observa JACQUEMIN, en mayor medida que en Estados Unidos, las virtudes de la competencia se ha visto en Europa tradicionalmente con cierto relativismo: la competencia -se ha dicho- es sólo un medio más entre otros, cuyo mantenimiento mediante actuaciones de la autoridad se justifica sólo en la medida en que permita alcanzar los objetivos fijados de un modo más "eficaz", que el que se conseguiría con otros medios alternativos tales como la concertación o la reglamentación directa por la autoridad. Este valor relativo que se concede en Europa a la competencia, se deja ver en el contenido que se da a la política europea de la competencia y al reducido espacio que ocupa junto a otras políticas (*Ibidem*, op. cit. pág. 18).

¹³⁷. JACQUEMIN: *Ídem*.

intervenciones de la autoridad, etc.) se justifica «sólo en la medida en que ésta permita alcanzar los objetivos fijados de un modo más eficaz, de lo que sería posible con instrumentos alternativos¹³⁸. Y, segundo, en ocasiones es utilizada para la consecución de fines distintos de las funciones que son propias de la competencia.

C) *OTROS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA.*

Las funciones clásicas que realiza la competencia como base del sistema de mercado son la descentralización económica, la salvaguarda de la libertad económica y la realización de la eficiencia. Sin embargo, las legislaciones antimonopolio también pueden ser usadas como instrumento para la consecución de otros objetivos¹³⁹, sobre todo en periodos de crisis económica¹⁴⁰. Así en ocasiones detrás de ciertas decisiones se encuentran objetivos de política de empleo o de desarrollo regional¹⁴¹; a veces el control de concentraciones ha servido para evitar la adquisición de empresas domésticas por extraños; en otras ocasiones se ha usado como instrumento de control de la inflación; o

¹³⁸. JACQUEMIN: *Economía industrial*, op. cit. pág. 413. GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Ed. Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1984, pág. 359.

¹³⁹. WHISH: *Ídem*, pág. 14. Ver VICENT CHULIÁ, cit. supra, 3322.

¹⁴⁰. WAELBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, pág. 17, 18. Ello no significa sin embargo que una crisis económica pueda ser causa que justifique la no aplicación del Derecho de la competencia. A lo sumo podrá tenerse en cuenta a la hora de fijar la multa correspondiente, pero no exonerará la aplicación de las prohibiciones del Tratado (decisión de 12 de diciembre de 1978, *Ceruse*, DOCE L 21/16 de 30 de enero de 1979, punto 38). También en EEUU a veces se ha tenido en cuenta situaciones de crisis económicas a la hora de aplicar la legislación *antitrust* (MARQUES MENDES, M.: *Antitrust in a World of Interrelated Economics: The Interplay Between Antitrust and Trade Policy in the US and the EEC*, Bruxelles: Ed. Univ. de Brux, 1988, págs. 13 a 15).

¹⁴¹. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, as. 26/76, *Metro c. SABA*, Rec. 1875, consid. 43, el Tribunal consideró que el mantenimiento del empleo puede ser considerado en épocas de crisis como un factor que justifica la concesión de una exención en virtud del artículo 81.3 TCE.

también recientemente se ha usado para resolver situaciones de desigual poder de negociación¹⁴².

Esta pluralidad de objetivos que se atribuye a la política de la competencia ha sido también en Europa frecuentemente criticada, porque dificulta en la práctica una aplicación coherente y previsible de la política de la competencia, que debería centrarse sólo en asegurar el funcionamiento competitivo del mercado interior¹⁴³.

D) *ESPECIAL REFERENCIA A LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO COMÚN.*

En el Mercado común que, a diferencia de otros mercados ya plenamente integrados¹⁴⁴, es un mercado en formación, la competencia ha cumplido otra importante función político-económica: la de integrar o realizar el Mercado único¹⁴⁵. La importancia de este objetivo de ha visto además acentuada desde que el Acta Única Europea programó la realización del mercado interior para 31 de diciembre de 1992¹⁴⁶.

Es cierto que la competencia cumple siempre y en todo mercado (consolidado o no) una función integradora, pues, al evitar la formación de monopolios, excluye la

¹⁴². WHISH: Ídem, pág. 14. En el derecho de la competencia español véase, por ejemplo, respecto de los dos últimos objetivos la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 1999, as. 394; *Telefónica-Ibertex*.

¹⁴³. GUAL, Jordi: «Perspectivas de la política de la competencia en al Unión Europea», 206 GJ 95 (marzo/abril 2000). Ver también WHISH: Ídem, págs. 9 y ss. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, págs. 24 y ss. En el ámbito americano, BAXTER, cit. supra.

¹⁴⁴. Lo que no impide que dentro de estos mercados puedan darse intentos de segmentación de carácter regional, a veces sobre la base de regulaciones públicas. Ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de enero de 1997, *Instituto Catalán de Inspección y control*, as. r 173/96.

¹⁴⁵. FERNÁNDEZ LERGA: *Derecho de la Competencia*, Pamplona: edit. Aranzadi, 1994, pág. 42. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 28.

¹⁴⁶. WAELBROECK/FRIGNANI: *Derecho de la competencia europeo*, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 24.

posibilidad de que se fragmente en pequeños submercados; pero esta función, que podríamos calificar como una función normal¹⁴⁷ de la competencia, cobra una particular importancia en el ámbito comunitario. Al tratarse de un mercado en formación o, si se quiere, de reciente y aún vulnerable realización, la preocupación por derribar las barreras territoriales (normal y especialmente nacionales) a la competencia, o por evitar que por acción pública o privada se restauren las ya superadas, es mayor que en los mercados consolidados. Téngase en cuenta que la misma integración europea es un proceso en desarrollo, no suficientemente consolidado y todavía de resultado incierto en algunos aspectos¹⁴⁸; y que la realización del mercado único es uno de los instrumentos más importantes de realización de los objetivos del artículo 2 TCE y de la integración económica y política europea. Las autoridades comunitarias son perfectamente conscientes de que sólo si se evita la tabicación de los mercados nacionales evitando la creación de barreras públicas o privadas a la competencia, podrá lograrse la efectividad de las cuatro libertades fundamentales: libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales¹⁴⁹.

No es por ello extraño, que la preocupación integradora haya impregnado en buena medida la

¹⁴⁷. En cuanto es una de sus funciones esenciales, evitar la formación de monopolios ya sean de base funcional, ya de base territorial.

¹⁴⁸. Es dudoso que la integración esté consolidada en el plano político, económico e ideológico, sobre todo en la conciencia de los ciudadanos. Basta recordar las dificultades que la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992) ha presentado en algunos países europeos, o las reticencias que las opiniones públicas nacionales demuestran a la integración europea, sobre todo en momentos de crisis. De hecho, la falta de conciencia europea de los ciudadanos de la Unión sigue siendo una importante barrera cultural a la competencia, pues no es difícil comprobar que la preferencia por lo "nacional" (de cada país miembro) frente a lo "extranjero" (del resto de los países miembros) marca un buen número de decisiones económicas, sobre todo de consumo.

¹⁴⁹. FERNÁNDEZ LERGA: *Ibídem*.

interpretación y aplicación del Derecho de defensa de la competencia comunitario en general¹⁵⁰, y la del artículo 82 TCE en particular, que es el que ahora nos interesa. Así, respecto del artículo 82 TCE, la Comisión señaló ya en el *Memorandum sobre el problema de las concentraciones en el Mercado Común de 1965* que el abuso es «... un comportamiento objetivamente culpable respecto de los objetivos del Tratado ...»¹⁵¹. Y los órganos de defensa de la competencia han confirmado, con su práctica y doctrina, que uno de los objetivos del artículo 82 TCE es el integrador, esto es, evitar que las empresas en posición de dominio puedan tabicar el Mercado Común abusando de su posición¹⁵². En efecto, si se siguen las distintas decisiones comunitarias dadas en aplicación del artículo 82 TCE, pronto se descubre que la preocupación por superar las segmentaciones geográficas es capital y, en cierto modo, una constante de la práctica comunitaria manifestada, por ejemplo, en una fuerte preocupación estructuralista en la interpretación y aplicación de la

¹⁵⁰. Como señalan CHILD/BELLAMY, «... la interpretación de los artículos 85 (actual 81) al 94 (actual 89) está fuertemente influenciada por la necesidad de alcanzar los objetivos generales del Tratado [la integración económica primero, y la política después]». Téngase en cuenta que, como ya hemos señalado más arriba, el TCE quiere crear un verdadero Mercado Común en el que los bienes, servicios, trabajo y capitales puedan circular a través de la Comunidad, al menos tan libremente dentro de los territorios de los Estados miembros (los antiguos mercados nacionales que se fusionan ahora en el Mercado Único) (artículo 14. 2 -antes 7A2-TUE). No se olvide, por otra parte, que, cuando una barrera a la competencia esconde una connotación nacional o regional, reviste en el ámbito comunitario una especial antijuridicidad, pues, además de oponerse al objetivo integrador comunitario, choca con el principio fundamental de la no discriminación por razón de nacionalidad del artículo 7 TCE. (CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 25, 26. Para la última parte, véase también la pág. 30).

¹⁵¹. *Memorandum sobre el problema de las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965* (Communauté économique européenne, collection «Études», série Concurrence, n° 3, documento 8182/1/VII/1966/5, págs. 25-26, n° 25.

¹⁵². *Continental Can (1973), United Brands (1978), Hoffmann La Roche (1979), ... ya cits.*

norma antiabuso¹⁵³. Esto es además particularmente cierto cuando tienen por efecto aislar un país o una región de la Comunidad de la competencia general¹⁵⁴.

Esta preocupación ha sido tan importante que en ocasiones la práctica comunitaria ha visto el artículo 82 TCE más como un instrumento orientado a evitar que las empresas en posición de dominio se sirvan de esa posición para mantener o fortalecer su monopolio en todo o en parte del Mercado común, que como un instrumento para abusar de sus clientes y proveedores¹⁵⁵. No obstante, una

¹⁵³. Comentando la doctrina de *Continental Can* (1973), que en sus líneas básicas se afirma y mantiene hasta nuestros días (OMMESLAGHE, Van /DE WALLE DE GHELCKE, Van: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1973 - février 1982)*, 1 y 2 RMC (1984), pág. 458. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 547 y 550. Véase también en «El abuso en la jurisprudencia comunitaria», pág., «La consolidación de la doctrina del abuso anticompetitivo», pág.) FOCSANEANU, bajo el título «Interprétation ou herméneutique, señalaba en su día que «L'emploi du terme "heméneutique" dans le titre de cet article en relève pas de la recherche du mot rare ou inhabituel. Il exprime la conviction de l'auteur que, dans l'application des articles 85 et 86 du Traité, la Cour de Luxembourg s'est, plus d'une fois, éloignée des règles classiques d'interprétation, pour se laisser guider par la fois, éloignée des règles classiques d'interprétation, pour se laisser guider par la foi de l'intégration européenne. ...» (FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'heméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 33). Y VAN OMMESLAGHE señalaba «Dans son interprétation des concepts relatifs á l'article 86, la Cour de justice reste plus fidèle que jamais à l'interprétation téléologique du Traité: elle se fonde d'avantage sur les objectifs poursuivis par le Traité que sur l'analyse des termes utilisés et élabore un droit très largement prétorien et jurisprudentiel avec audace certaine: il faut condamner les comportements qui sont de nature à faire obstacle à l'instauration d'un marché commun unique entre les Etats membres au-delà des considerations proprement juridiques.» (VAN OMMESLAGHE/VAN DE WALLE DE GHELCKE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1973 - février 1982)*, en RMC, n° 1 y 2 de 1984, pág. 435.)

¹⁵⁴. La tabicación de Mercado Común adquiere una especial relevancia, cuando reviste connotaciones territoriales y nacionales, pues superar los antiguos mercados nacionales para alcanzar un mercado común igual al interior de cualquiera de los Estados miembros, es precisamente un objetivo-medio prioritario de la Comunidad Europea y de la Unión.

¹⁵⁵. Tanto es así que la práctica comunitaria parece haber pasado de un preocupación centrada en la protección directa de clientes y proveedores «... no sólo alcanza a las practicas que pueden causar

vez el Mercado Común sea una realidad integrada e incuestionada (si es que ello no ha sucedido aún) y por tanto la preocupación por ver paralizada o retroceder la integración europea, se haya atenuado; cabe esperar que la práctica comunitaria entrará en una fase de madurez en la que el objetivo integrador, al igual que en los demás mercados integrados, se ponderará junto a los demás objetivos de defensa de la competencia, y en especial con el de la consecución de la eficiencia, sin ningún otro valor añadido. Esto hará posible un importante giro en la interpretación y aplicación del Derecho de la competencia en general y del artículo 82 TCE en particular.

E) *POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y BALANCE DE OBJETIVOS.*

Hemos visto cuáles son las funciones propias de la competencia. Si la competencia fuera perfecta, todas ellas se realizarían, al menos en la teoría, de forma completa, simultánea y sin defecto; pero, como en la realidad de los mercados la competencia perfecta no existe ni puede existir¹⁵⁶, su realización será imperfecta o incompleta y frecuentemente contrapuesta, de modo que la realización de un objetivo exigirá la disminución o el sacrificio de otro. Este es el caso, por ejemplo, de los monopolios naturales exigidos por las economías de escala, en los que el tamaño mínimo eficiente se sitúa a un nivel que no permite la existencia de más de una o unas pocas empresas. En este caso, se habrá de decidir si se priman los objetivos

un perjuicio directo a los consumidores, sino también aquéllas que lo perjudican lesionando la competencia subsistente ...» a que la explotación abusiva alcance *fundamentalmente* a las prácticas que lo perjudican indirectamente lesionando la competencia subsistente (Ibídem).

¹⁵⁶. ROBINSON, J.: *The Economics of Imperfect Competition*, London, 1934. Víd *supra* «competencia perfecta, competencia imperfecta».

políticos o los económicos, pues no es posible la completa y simultánea realización de ambos. O, por ejemplo, es también el caso, aunque inverso, en que se prefiere la variedad de bienes a la mayor eficiencia que traería la producción de un sólo bien homogéneo. Es el dilema que hace difícil controlar la competencia monopolística¹⁵⁷. Aunque de muy diferentes formas y en distintos grados, este tipo de disyuntivas frecuentemente suelen ser ineludibles en los mercados reales¹⁵⁸.

Por ello, no es extraño que, a la hora de establecer la legislación antimonopolios o de interpretarla y aplicarla, se plantee, primero al legislador y después a las autoridades *antitrust* encargadas de llevarla a la práctica, el problema de fijar de forma más o menos decidida qué bienes jurídicos o intereses se quiere proteger y en qué orden. De esta forma se impone la necesidad de realizar un difícil balance jurídico de fuerte contenido político y económico.

Ciertamente, la fijación de los intereses a proteger en materia de libre competencia es un problema difícil, porque se trata de una opción que aunque en un principio pudiera parecer de carácter meramente técnico, en realidad, entra en el campo de los valores e hilvana

¹⁵⁷. El problema de la valoración de la eficiencia en la competencia monopolística, como el de la publicidad, es una cuestión abierta en la ciencia económica. Ello hace que ningún economista se haya planteado seriamente la necesidad establecer una amplia regulación de las empresas que actúan en competencia monopolística. El monopolio fundado en la diferenciación, aunque sea subjetiva, de los productos es uno de los más difíciles de atacar o condenar, pues, aunque a menudo suponen una infrutilización o derroche de recursos (por ejemplo, el exceso de publicidad) se reconoce que, en cierto modo, obedecen a los deseos y gustos, innatos o creados, de los consumidores. Véase, entre otros, CASAS PARDO: *Curso de Economía*, Madrid, 1986, págs. 546 y ss. WONNACOTT, Paul /WONNACOTT, Ronald: *Economía*, Madrid: MacGraw-Hill, 1992, pág. 571. SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, pág. 650.

¹⁵⁸. Véase JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; págs. 415 y 416.

distintas concepciones ideológicas, escondiendo graves problemas de definición de la misión del Estado e, incluso, del Derecho como ordenador de la Economía¹⁵⁹. Toda decisión en esta materia choca con tres graves problemas que tradicionalmente han dividido a políticos, juristas y economistas: la determinación de las funciones de la competencia que se quiere proteger y promover; el orden en que se protegerán en caso de colisión; y la definición de la competencia como un fin en sí mismo o como un mero instrumento¹⁶⁰. Sin embargo, no por difícil deja de ser ineludible.

Quizás por ello, los ordenamientos *antitrust* suelen reservar de forma más o menos consciente, el suficiente grado de indeterminación y flexibilidad en su construcción y redacción, como para permitir a los órganos encargados de la defensa de la competencia decidir, a la vista de la política económica de cada momento y de las circunstancias del caso concreto que se les plantee, el orden en que cada bien jurídico deberá ser atendido¹⁶¹. Con ello parece descubrirse que la decisión a priori, general y absoluta, si no es imposible, al menos, no es deseada o considerada conveniente¹⁶² por el legislador o por los órganos *antitrust*. Con todo, ello no obsta, como efectivamente sucede, que de la construcción y redacción de los textos

¹⁵⁹. WHISH: Ídem, pág. 13. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin, 1993, págs. 54-55.

¹⁶⁰. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: "Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación", en *Revista General del Derecho*, de abril de 1993, pág. 3389.

¹⁶¹. WAELBROECK/FRIGNANI: *Derecho europeo de la Competencia*, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 15. WHISH: Ídem, pág. 15.

¹⁶². Esto se ha de entender de forma diacrónica, desde una perspectiva temporal, y también en la dificultad de prever desde una norma general excesivamente cerrada la inmensa pluralidad y movilidad de las posibles situaciones reales. En realidad no es un problema distinto del de la conceptualización jurídica de la competencia.

legales o del seguimiento de la práctica jurisprudencial se desprenda la preferencia más o menos intensa y continuada del legislador o de los tribunales por unas funciones u otras¹⁶³.

No es difícil descubrir como este conflicto de ideas e intereses subyace en los distintos sistemas de defensa de la competencia que encontramos en el Derecho comparado, donde se observa que la respuesta dada a las cuestiones planteadas determina en buena medida la opción legislativa por un sistema u otro, su concreción, y su interpretación y aplicación¹⁶⁴. Así, por ejemplo, el giro dado durante los años ochenta en el ámbito americano desvela un cambio en la jerarquía de intereses o bienes jurídicos protegidos. Se ha pasado de considerar las funciones políticas como primer bien jurídico protegido, manifestada en la preocupación estructuralista que entiende que la eficiencia se consigue a través de la salvaguarda de las funciones políticas, de la estructura, a considerar la eficiencia económica como directo y principal bien jurídico protegido aun incluso a costa de la estructura¹⁶⁵. La preocupación por las funciones políticas de la competencia fue también muy viva e importante en el Derecho de la competencia alemán de la segunda posguerra e influyó fuertemente en la Escuela de Friburgo y, a través de ella, en la Ley alemana de prácticas restrictivas de la competencia de 1957, aunque

¹⁶³. Así el problema de la definición del orden de las funciones u objetivos entra en el problema de la definición misma del concepto central del ordenamiento antitrust: el concepto de competencia, que pronto veremos.

¹⁶⁴. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: Ídem, pág. 3390. En este sentido, observan estos autores que este conflicto de intereses subyacentes se demuestra por «... la influencia comprobada que las alteraciones experimentadas por la opinión pública ejercen sobre el cambio y de desarrollo de los ordenamientos jurídicos».

¹⁶⁵. Véanse «Los antecedentes del artículo 82 TCE». En la misma línea CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: Ibídem, pág. 3390, notas 40 y 41, donde aporta también abundante bibliografía al respecto.

después se templara por la reacción del empresariado alemán¹⁶⁶. Al contrario, la preocupación por la eficiencia se adivina, por ejemplo, en los artículos 81.3 TCE y 82 TCE. Es bien sabido que los redactores del Tratado, preocupados por la competencia internacional y los retos del Mercado Común, querían favorecer la creación de empresas bien organizadas, de dimensiones óptimas para el nuevo mercado y capaces de hacer frente a la competencia internacional proveniente de EEUU y Japón¹⁶⁷; pero también lo es que, como se descubrió en *Continental Can* (1973)¹⁶⁸, llegados a cierto punto, esta preocupación pronto debió compatibilizarse con la necesidad de evitar que por la vía de las concentraciones se falseara la competencia en el Mercado común, lo cual se tradujo, a efectos de la doctrina y práctica comunitaria, en una nueva preocupación estructuralista¹⁶⁹.

III) SISTEMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

A) CLASES DE SISTEMAS.

En el estudio académico de los sistemas de defensa de la competencia, se diferencia entre sistemas básicos y complejos.

¹⁶⁶. Véanse también, en este mismo trabajo, «Los antecedentes del artículo 82», pág. En la misma línea también CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: Ídem, pág. 3390, nota 43, donde aporta abundante bibliografía.

¹⁶⁷. Véase FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 27.

¹⁶⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215.

¹⁶⁹. Aquí se han de citar los considerandos oportunos de *Continental Can* (1973), algún informe de la comisión y algún autor que esta conocida nueva tendencia, y citar por fin a CHILD/BELLAMY que dice que esta doctrina se ha mantenido hasta la actualidad.

A) SISTEMAS BÁSICOS O PUROS.

Los autores, después de contrastar los distintos modelos de legislaciones *antitrust* existentes, han diferenciado dos sistemas básicos de tratamiento de las posiciones de dominio, que vienen definidos por cuatro rasgos interrelacionados entre sí¹⁷⁰:

i) El sistema de prohibición¹⁷¹

Parte del principio de que *toda restricción de la competencia está prohibida*; salvo que su licitud sea declarada por la autoridad competente, en virtud de una decisión individual, o que la exención opere de forma general por estar prevista en la Ley (*de iure*) o por ser fruto de una interpretación jurisprudencial, según los casos¹⁷².

Su fundamento teórico-económico último arranca del ideal de la competencia perfecta y de la consecuente convicción de que sólo una buena competencia estructural garantizará la máxima eficiencia, y, por tanto, el bienestar del consumidor¹⁷³. Por otra parte, la voluntad de asegurar la dispersión del poder de

¹⁷⁰. Decimos «básicos», porque, como enseguida veremos, los sistemas mixtos que se dan en la realidad no son sino combinaciones de ambos sistemas.

¹⁷¹. También llamado de protección a priori o indirecta.

¹⁷². MEERSCH/WAELBROECK/PLOUVIER/VANDERSANDEN: *Droit des communnautés européennes*. Les Nouvelles. Bruxelles: Larcier, 1969; pág. 812; FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 93. GÓMEZ SEGADÉ: "Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE", en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo V, Madrid, 1978; pág. 71 y ss.

¹⁷³. No olvidemos que el objetivo económico de la eficiencia es tan importante que, sobretodo en el ámbito americano donde desde los años 80 se ha convertido en el eje central de la «rule of reason», muchos autores opinan que debe ser el único objetivo de toda política antimonopolio (vid. JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; pág. 415)

mercado, y la igualdad de oportunidades (argumentos políticos clásicos en favor de la competencia) están también fuertemente implicadas¹⁷⁴. Sus mejores apoyos sociales residen en las pequeñas y medianas empresas y en el público en general que como consumidor se siente desprotegido, y desconfía de las grandes empresas y agrupaciones de capital¹⁷⁵.

Desde esta perspectiva, la atención del Derecho *antitrust* se ha de centrar en la protección de la competencia estructural. La competencia se basta a sí misma para lograr el mejor trato y la máxima eficiencia. Los consumidores serán objeto de protección *antitrust* sólo indirectamente a través de la defensa de la estructura competitiva. Los órganos *antitrust* pueden y deben permanecer perfectamente indiferentes al modo cómo se ejerza el poder de mercado (que nunca será dominante) frente a cliente y proveedores, no tendrán que preocuparse por los resultados, pues la fuerza impersonal de la competencia será suficiente para corregir cualquier práctica contraria a aquéllos¹⁷⁶.

¹⁷⁴. Vid. JACQUEMIN: *Ibidem*. SCHERER: *Industrial Market Structure and Economic Performance* (second edition), Boston/: Houghton Mifflin Company, 1980; pág. 12 y ss.

¹⁷⁵. Sabido es el temor que la sociedad americana que demandó la Sherman Act sentía por los trust, así como la fuerza que los argumentos y demandas populistas tuvieron en el auge *antitrust* de la New Deal (Véase, entre otros, a CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: "Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación", en *Revista General del Derecho*, de abril de 1993, pág. 3348; VILLEGAS CAYON: *Monopolio y competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos, base de la libertad económicas*. Madrid: Librería jurídica Villegas, 1970; págs. 11 y 12. GILSTRA: *Competition Law in Western Europe and the USA*, Denver (Netherlands)-Boston (USA): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, vol. A", págs. 15, 26 y 27. GOYDER: *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge-Londo-New York: Cambridge University Press, 1980; pág. 15.). BAIN: «Industrial Concentration and Antitrust Policy», en WILLIAMSON, H.F.: *The Growth of the American Economy*, 2ª de., New York, 1951, págs. 613 a 630. Véase también a SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999.

¹⁷⁶. JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 247 y ss.

No es por ello extraño que se faculte a las autoridades encargadas de la defensa de la competencia para corregir las conductas que tiendan a restringir la competencia, y, si estas medidas se demuestran insuficientes, se les permita adoptar incluso medidas de desconcentración, a fin de asegurar el grado suficiente de competencia estructural. En cambio, no se considera necesario que tengan facultades para reglamentar o corregir directamente el ejercicio del poder de mercado frente a clientes y proveedores¹⁷⁷.

El sistema de defensa de la competencia americano de los años 40-50 estuvo muy próximo al sistema de prohibición puro¹⁷⁸. Aquella experiencia descubrió sin embargo las limitaciones del sistema. Las autoridades *antitrust*, aunque estaban investidas de fuertes poderes, frecuentemente hacían un uso reducido de sus facultades de control *a priori*, quedando después vacío el control *a posteriori*. El rigor estructuralista se descubría en cierta forma contrario a sus mismos fines, pues retraía la eficiencia y en buena medida la presión del mercado, determinada por una esforzada competencia. Y, en fin, se olvidaba en general que los oligopolios pueden presentar los mismos inconvenientes que los monopolios¹⁷⁹.

ii) el sistema de abuso¹⁸⁰.

Parte del principio de que toda restricción es lícita; salvo que su ilicitud sea declarada por la

¹⁷⁷. JOLIET: *Ibidem*.

¹⁷⁸. Puede verse un tratamiento más extenso del sistema americano de prohibición en «los antecedentes del artículo 82».

¹⁷⁹. JOLIET: "Monopolization et abus de position dominante". Rev: RTDE, 1969, pág. 678.

¹⁸⁰. También llamado sistema de libertad, de control *a priori*, de protección directa o de reglamentación.

autoridad de control después de constatar que es abusiva¹⁸¹.

Se apoya en la convicción de que el poder de dominio o, incluso, el monopolio, no es malo en sí mismo, hasta puede ser beneficioso; lo único malo es el abuso de ese poder. Su base social ideológica descansa, sobre todo, en las grandes empresas y en aquéllos que entienden que lo que realmente interesa al consumidor es la realización de la máxima eficiencia económica, sea cual sea la estructura de mercado en que se alcance¹⁸².

En su forma extrema sostiene que las autoridades encargadas de defender la competencia deben centrarse en el modo como el poder de mercado (o de dominio) se ejerce frente a los que contratan con la empresa dominante y a los consumidores, y permanecer indiferente al modo como se adquiere. La finalidad del genuino sistema de abuso, no es mantener la competencia estructural, sino suplir su ausencia. Lo que importa no es cómo se ha adquirido el poder, sino cómo se ejerce; no su efecto sobre la estructura, sino sobre los

¹⁸¹. MEERSCH/WAELBROECK/PLOUVIER/VANDERSANDEN: *Ibidem*. FONT GALAN: *Ibidem*.

¹⁸². No en vano, el principio del abuso nació con toda su fuerza en un texto expreso en la caracterizada Alemania de 1923 (ver en «los antecedentes del artículo 82 TCE» la etapa del abuso en el Derecho alemán. No es casualidad tampoco que la fiebre estructuralista de la New Deal se viera atenuada (o desaparezca) en el ámbito americano, cuando comenzaron a cobrar fuerza las tesis shumperterianas y, sobretodo, cuando las tesis de la Escuela de Chicago llegan a los centros de decisión administrativos y judiciales (Entre otros, ELLIG: "Untwisting the strands of Chicago antitrust", en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXVII, nº 4, winter 1992, pag. 864. WHISH: *competition Law*, 2ª edition, London-Edinburgh: Butterworths, 1989, págs. 22 y 23.). Véase en este sentido también a SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999). En este sentido, señala VANDAMME que «para muchos agentes económicos existe siempre una contradicción entre las exigencias del desarrollo económico y los postulados de la política de la competencia. Las reglas de la competencia han sido vistas frecuentemente en el mundo industrial como un obstáculo a la iniciativa privada y como un freno a la realización de acuerdos considerados indispensables al desarrollo normal de los negocios o a la concentraciones y fusiones consideradas como necesarias para alcanzar la dimensión óptima»

resultados. Así clientes y proveedores devienen objeto de protección directa: cuando se lesionen injustificadamente sus intereses, se habrá producido un abuso, aunque no se haya restringido la competencia estructural.

Entonces, como resulta evidente que quien tiene poder tiende a abusar de él, se impone la necesidad de controlar directamente el ejercicio de ese poder de dominio, a fin de evitar que se use en detrimento de consumidores y proveedores. Para ello, se reconoce a las autoridades *antitrust* la facultad de controlar el ejercicio de ese poder con intervenciones activas y/o pasivas¹⁸³.

La legislación alemana de entreguerras estuvo muy próxima al sistema de abuso puro¹⁸⁴. Se ha observado que, si bien el sistema de abuso es más respetuoso con la libre actividad y pujanza empresarial que el de prohibición, lo cierto es que, si se lleva a sus últimas consecuencias puede convertirse en un régimen mucho más dirigista y, por tanto, menos respetuoso con la libertad de empresa que el régimen de prohibición. Por otra parte, la aplicación práctica del sistema de abuso, en donde quiera que se haya intentado, se ha demostrado siempre muy difícil¹⁸⁵.

Vemos entonces que, mientras el sistema de prohibición actúa *a priori*, evitando la aparición misma del poder dominante y, por tanto, de las condiciones que posibilitan el abuso; el sistema de abuso actúa *a posteriori*, reprimiendo no la posición de dominio, sino

(VANDAMME: "Stratégies de compétitivité et politique de concurrence", Revue du Marché Commun, n. 220 de octubre de 1978, pág. 431).

¹⁸³. JOLIET: *Ibidem*.

¹⁸⁴. El sistema alemán de abuso se trata más extensamente en «Los antecedentes del artículo 82 TCE».

¹⁸⁵. IMMENGA, U.: «A propos de l'évolution du Droit allemand des ententes», 3 Revue Internationale de Droit Économique, 431 (1994).

los posibles abusos. El primero se centra más (o sólo, en su forma extrema) en la estructura, y el segundo más (o sólo, en su forma extrema) en el resultado¹⁸⁶.

B) SISTEMAS MIXTOS O COMPLEJOS.

Los tipos básicos analizados son supuestos puros de laboratorio, útiles para la comprensión y análisis de las distintas legislaciones *antitrust*; pero muy difíciles de encontrar en la realidad. Los autores, después de estudiar las distintas legislaciones que ofrece el Derecho comparado, concluyen que lo que hay en la realidad legislativa y práctica son sistemas mixtos que, en mayor o menor medida, combinan de forma dinámica principios y elementos de ambos sistemas¹⁸⁷.

De un lado, los textos y frecuentemente las arquitecturas de las distintas legislaciones de la competencia suelen suponer un compromiso entre ambos sistemas. Y, de otro, no es nada extraño que la aplicación práctica que de ellas hacen las autoridades competentes, modifique su espíritu. Así sucede, por ejemplo, cuando un texto inspirado en el principio del abuso, es ampliamente interpretado según el principio de

¹⁸⁶. En buena medida, esto es lógico, pues, si uno centra sólo en el modo como se adquiere el poder o como se mantiene, entendiendo que la ausencia de éste llevará por sí misma a la eficiencia, es lógico que se despreocupe del modo como se ejercerá el poco poder resultante: la competencia ya lo controlará. En cambio, si se parte de la idea de que el poder de mercado no es malo en sí mismo, aunque llegue al monopolio, y, por tanto, no se controla el modo y la intención con que se alcanza y mantiene el poder, el control tiene que recaer necesariamente en el modo como se ejerza frente a los proveedores y los consumidores.

¹⁸⁷. MEERSCH/WAELBROECK/PLOUVIER/VANDERSANDEN: Ídem, pág. 812. FONT GALAN: Ibídem, pags. 93 y ss. GÓMEZ SEGADE: Ibídem. págs. 71 y ss. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: "Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación", en Revista General del Derecho, de abril de 1993, pág. 3391.

la prohibición, como se hace con el artículo 82 TCE¹⁸⁸; o, viceversa, cuando un texto inspirado en el principio de prohibición, es ampliamente interpretado según el principio de abuso, recibiendo las excepciones legales o jurisprudenciales una interpretación extensiva, como ocurre recientemente en el Derecho *antitrust* norteamericano¹⁸⁹. Ello no viene sino a reforzar también la ambivalencia de los sistemas mixtos. Se impone por tanto una doble aproximación, una al texto y a su arquitectura, y otra a su aplicación¹⁹⁰.

Se dice también que los sistemas mixtos que combinan ambos principios de forma *dinámica*, porque no suele ser extraño que dichas combinaciones varíen (ya sea por modificación del texto, ya por la interpretación) a lo largo del tiempo según las exigencias de las distintas coyunturas y políticas¹⁹¹.

¹⁸⁸. *Continental Can (1973)*: Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215. Ya coment.

¹⁸⁹. Así las sentencias *IBM* y *AT&T* terminadas con WILLIAM BAXTER en 1982, que inician una nueva tendencia en el Derecho antitrust americano.

¹⁹⁰. MEERSCH/WAELBROECK/PLOUVIER/VANDERSANDEN: Ídem, pág. 812.

¹⁹¹. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en los distintos puntos de inflexión que ha vivido el Derecho antitrust americano en sus cien años de vida: tras una primera etapa práctica inaplicación con escasas (1890 - 1904), y otra de tímida aplicación (1904 - 1911); con *Standar Oil* (1911) aparece el mecanismo de [la «rule of reason»] para paliar la rigidez de la prohibición del artículo 2 Sherman Act, se abre así una etapa de tolerancia que atenúa el principio de la prohibición y lo aproxima al de abuso; con la *New Deal* y su máximo exponente en *Alcoa* (1945) se abre una etapa de acción fuertemente inspirada en el principio de prohibición, aproximándose a un sistema de prohibición pura; y, por fin, en los años ochenta, con la revolución republicana y la irrupción de las ideas de la Escuela de Chicago, plasmadas jurisprudencialmente en *IBM* y *ITT* (ambos de 1982), se abre una nueva etapa de tolerancia en el artículo 2 Sherman Act que revisa el rigor prohibitivo anterior y parece caminar hacia un sistema de abuso, hasta el punto de pensarse en la necesidad de establecer una legislación controladora de abusos (véase el apartado donde se trata la evolución americana). También el Derecho de la competencia alemán ha vivido importantes oscilaciones, ya pasando de unos textos a otros, ya siguiendo las reformas de la ley alemana de 1957, ya la misma jurisprudencia (véase).

Puesto que los sistemas mixtos vienen definidos por combinaciones de elementos de los sistemas puros, pueden definirse atendiendo fundamentalmente a cuatro criterios o perspectivas. Primero se ha de atender a su filosofía y objetivos, definidos por los valores económicos o políticos del ordenamiento en que se inserta; los objetivos que se perseguían o persiguen preferentemente con el sistema establecido (sujetos protegidos, objeto u objetos, etc.); la relación que guarda con otras normas o conjuntos normativos fundamentales del orden jurídico en el que se inserta; etc. Segundo, conviene observar su arquitectura, viendo si hay una prohibición general de prácticas restrictivas, si se admite la posición de dominio y sólo se condena el abuso, si se combinan ambas y en que medida o según que criterio, si existen vías de exención o excepción a las prohibiciones, etc. Tercero, se debe seguir la letra para ver cuál es su redacción y cuáles los términos utilizados, así como su amplitud, etc. Y, cuarto, interesa saber también como ha sido interpretado y aplicado por los órganos de defensa de la competencia, cuál es el resultado y su convicción final, de abuso o de prohibición; etc.

Podría pensarse que entre estos distintos órdenes o niveles debería haber una relación lógica de implicación, de modo que el primero llevase al segundo, el segundo al tercero, y la interpretación y aplicación viniese determinada por todos ellos. Sin embargo, la realidad demuestra que esto no sucede así. La ruptura de la relación de implicación puede producirse en cualquier nivel y, por ello, el resultado final puede variar según el criterio conjunto que se siga. Así, una legislación puede parecer de prohibición por su arquitectura y letra, pero resultar de abuso por la interpretación y aplicación

que se hace de la misma¹⁹². De ahí, que toda calificación de un sistema debe realizarse sobre la ponderación conjunta de estos criterios, y ser consciente de que puede cambiar con el tiempo. Evidentemente, la ponderación conjunta no es fácil, pues difícil es ya la individual; pero sirva de guía metodológica para aproximarnos a la institución que nos ocupa.

Atendiendo al conjunto de estos criterios, entre los sistemas reales, podría hablarse de sistemas mixtos de abuso, cuando, en un momento dado, parecen ser dominados por el principio de abuso; de sistemas mixtos de prohibición, cuando, en un momento dado, parecen ser dominados por el principio de prohibición; y de sistemas mixtos ambivalentes, cuando, en un momento dado, parecen guiarse equilibradamente por ambos principios.

B) SISTEMA DEL TRATADO DE ROMA.

Si se observa el sistema general de defensa de la competencia establecido por los artículos 81 y 82 TCE, se verá que se trata de un sistema mixto que combina

¹⁹². Incluso la misma filosofía y objetivos pueden cambiar sin modificar la arquitectura o la letra. Un buen ejemplo nos lo ofrece el derecho antitrust americano que de poner la competencia por encima de la eficiencia en los años de la New Deal (recordemos que el juez WYZANSKI decía, en *United Shoe Machinery -1953-*, que la ley americana no permite que una empresa adquiera o mantenga el poder de mercado, ..., aunque ellos se quiera justificar con pretendidas ventajas sociales resultantes; y que HAND decía poco antes en *Alcoa -1945-* que la Sherman Acto no distingue entre buenos y malos trust, los condena todos -Para más extensión y concreción véase «El artículo 2 de la Sherman Act: la idea de abuso o monopolización en el ámbito americano» en los «los antecedentes del artículo 82 TCE» de esta tesis), pasa en los años 80 con la administración republicana a situar la eficiencia por encima de la competencia estructural (ELLIG: "Untwisting the strands of Chicago antitrust", en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXVII, n° 4, winter 1992; págs. 872 y 873. RODINO: "The future of Antitrust: ideology vs. Legislative intent", en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXV, n° 3, fall 1990; pág. 580. WHISH: *Competition Law*, second edition, London-Edinburgh: Butterworths, 1989; pág. 22). Véase también a SAMUELSON/NORDHAUS: *Ibidem*.

ideas y elementos de ambos principios. No es un sistema de prohibición puro, porque admite en el artículo 82 TCE posiciones de dominio que vienen definidas por una estructura de mercado, en la que la competencia estructural o no existe o está muy debilitada; no es tampoco un sistema de abuso puro, porque no toda limitación a la competencia estructural está permitida, el artículo 81 TCE establece una clara prohibición general de restricciones colusorias¹⁹³.

El sistema general mixto del Tratado de Roma se edifica sobre los artículos 81 y 82 TCE que, siendo las columnas básicas del sistema general conjunto, definen, a su vez, dos subsistemas¹⁹⁴ de defensa de la competencia de distinta inspiración y construcción¹⁹⁵.

En efecto, el Tratado de Roma no somete todas las prácticas competenciales¹⁹⁶ a idéntico régimen jurídico, sino que les da un trato diferenciado, según tengan un origen colusorio o no. Por ello, y sin perjuicio de la unidad que debe reconocerse al sistema comunitario de

¹⁹³. Véase a FONT GALAN: *Ibídem*, págs. 93 y 94.

¹⁹⁴. Realizamos esta distinción entre dos "subsistemas" para mejor comprender y operar con el sistema general. En cualquier caso, téngase en cuenta que estos dos subsistemas no son compartimentos estancos separados, sino que, por el contrario, hay entre ellos una fuerte interrelación que integra el sistema conjunto y una zona concurrencial.

¹⁹⁵. Véase entre otros a FONT GALAN: *Ibídem*, págs., entre otras, 93 y ss. GÓMEZ SEGADE: "Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE", en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo V, Madrid, 1978; págs. 71 y 72. ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, pág. 410.

¹⁹⁶. Entendemos por prácticas competenciales aquellas conductas realizadas por una o varias empresas en un mercado que, por sí mismas, por sus efectos sobre la estructura o por sus efectos frente a los proveedores y consumidores, merece una determinada valoración desde el punto de vista de la competencia. Son prácticas que, por sus efectos o por su origen, no son indiferentes al fenómeno de la competencia, y, por ello, merecen una determinada valoración económico-objetiva, desde la perspectiva de los otros agentes del mercado o del funcionamiento del mismo sistema económico.

defensa de la competencia¹⁹⁷, se ha de diferenciar un sistema de prohibición y un sistema de abuso.

A) EL SISTEMA DE "PROHIBICIÓN"¹⁹⁸ DEL ARTÍCULO 81 TCE.

A las prácticas colusorias, reguladas en el artículo 81 TCE, las somete a un sistema de prohibición atenuada por un mecanismo excepcionador. Así, primero, establece una regla general prohibitiva de prácticas colusorias (81.1 TCE); y, segundo, establece la nulidad de pleno derecho de los acuerdos o prácticas colusorias prohibidas (81.2 TCE), con lo que, consecuentemente con el principio de prohibición, se ataca (*a priori*) la raíz misma de la colusión y del poder así constituido. Pero, por si acaso, a continuación prevé un mecanismo de autorización de excepciones (81.3 TCE) que atenúa la rigidez de la prohibición general del 81.1 TCE.

El fundamento del sistema del artículo 81 TCE reside en la voluntad de salvaguardar un adecuado grado de competitividad en la estructura y de comportamiento competitivo en las empresas, como mecanismo óptimo de integración, selección y consecución de la eficiencia¹⁹⁹.

El subsistema del artículo 81 TCE está claramente inspirado en el principio de prohibición y parece, por

¹⁹⁷. En este punto el Tribunal de Justicia ha señalado con toda claridad en *Continental Can Company* (1973), que los artículos 85 y 86 (actuales 81 y 82) TCE, desde distintos planos, y en la consecución de los objetivos del Tratado, a saber el mantenimiento de una competencia efectiva, integran juntos el sistema unitario de defensa de la competencia del Tratado.

¹⁹⁸. Entrecorramos el término «prohibición», porque si las posibles excepciones del artículo 81.3 TCE son interpretadas y aplicadas de forma extensiva, pueden desvirtuar la prohibición general del artículo 81.1 TCE vaciándola de contenido y, con ello, el subsistema de este precepto.

¹⁹⁹. Esto debe conectarse con lo dicho en la base social e ideológica de los sistemas de prohibición pura y, sobretodo, con lo que pronto veremos a estudiar los principios, objetivos y bienes jurídicos protegidos por el Tratado de Roma

tanto, un sistema de protección indirecta; pero no se olvide que, si las exenciones del punto tercero se aplican e interpretan de forma extensiva, puede desvirtuarse su carácter y acabar convirtiéndose en la practica en un sistema mixto de abuso, ya que por esa vía puede vaciarse la prohibición general del punto primero.

B) EL SISTEMA DE "ABUSO" DEL ARTÍCULO 82 TCE²⁰⁰.

Y a las prácticas que tienen su origen en una situación fáctica o legal de posición de dominio, las somete a un sistema de abuso regulado en el artículo 82 TCE que admite la posición de dominio y su legítima explotación, pero prohíbe de forma absoluta abusar de ella. Obsérvese que, consecuentemente con el principio de abuso, en el sistema del artículo 82 TCE la prohibición (absoluta) se circunscribe a las practicas directas (la explotación abusiva), y no alcanza a las indirectas (aquélla o aquéllas en las que se funda la posición de dominio misma).

Sobre la base del reconocimiento de la realidad de la competencia imperfecta y de que el monopolio no es malo en sí mismo, el estatuto jurídico que el sistema del artículo 82 TCE establece para las posiciones de dominio, encuentra su fundamento en una doble necesidad. Primero, en la conveniencia de reconocer la existencia de los monopolios que, por estar amparados por una ley, no pueden o deben ser atacados (los legales y fiscales); y en la de dar reconocimiento legal a aquellos otros que, por razones económicas o de justicia, tampoco deben ser atacados (los

²⁰⁰. Entrecorramos el término «abuso», porque el término «explotación abusiva de una posición dominante» es probablemente lo suficientemente vago o lato como para permitir, como lo demuestra la práctica comunitaria, una amplia aplicación del principio prohibitivo que desvirtúe el sistema de abuso que parecieron haber querido los redactores del Tratado (ver la arquitectura y la letra en relación con los antecedentes).

naturales, los accidentales y los eficientes). Y, segundo, en la necesidad de someter a control las prácticas competenciales que se hagan desde esa posición de dominio²⁰¹.

C) DINÁMICA DEL SISTEMA COMUNITARIO: RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE PROHIBICIÓN Y ABUSO.

Ciertamente el sistema mixto de defensa de la competencia establecido por el Tratado de Roma se articula en dos subsistemas: el del artículo 81 TCE, inspirado en el principio de prohibición; y el del artículo 82 TCE, inspirado en el principio de abuso. Pero, ambos subsistemas están contruidos con tal flexibilidad que no es difícil que en su interpretación y aplicación practica se desplacen a sus principios contrarios. Este sería el caso de una amplia interpretación y aplicación del sistema de exenciones del artículo 81.3 TCE, que movería el sistema desde el principio de prohibición al del abuso; o el de una interpretación y aplicación extensiva del término «explotación abusiva» del artículo 82 TCE, que abarcado a restricciones estructurales de toda clase realizadas desde una posición de dominio, podría convertir en la práctica el subsistema de abuso en un sistema de prohibición.

Por tanto, por su letra y arquitectura, parece que el sistema general es un sistema mixto ambivalente, que integra dos subsistemas uno de prohibición y otro de abuso, según se esté ante prácticas colusorias o que tengan su origen en una posición de dominio. Pero, debe

²⁰¹. Esta necesidad de control a posteriori la ven los autores como una consecuencia perfectamente lógica que ha de seguir al reconocimiento de la posición de dominio, y es, por ello, la segunda razón de ser del artículo 82 TCE (la primera es reconocer las posiciones de dominio).

tenerse en cuenta que, tanto el sistema general, como cada uno de los subsistemas pueden desplazarse bien hacia el principio del abuso, bien hacia el de la prohibición, bien quedarse en un equilibrio entre ambos. El resultado final del sistema general (de abuso, de prohibición o ambivalente) dependerá fundamentalmente de la interpretación y aplicación que del juego entre estos principios hagan en los distintos niveles los órganos encargados de aplicarlo. Fijémonos que es, precisamente, sobre este juego de intereses contrapuestos y a la vez complementarios⁽²⁰²⁾⁽²⁰³⁾, sobre el que se edifica y sustenta el sistema comunitario. Su arquitectura y letra parecen voluntariamente diseñados, para dejar el más amplio margen posible al movimiento de esta relación dialéctica. Serán los órganos encargados de la defensa de la competencia, los que, atendidas las coyunturas y políticas económicas de cada momento, moverán (mediante la interpretación y la aplicación) esta relación hacia el equilibrio que requiera la realización de los objetivos del Tratado²⁰⁴.

²⁰². De un lado, sobre la convicción de que no hay nada como una buena competencia estructural para mover a los agentes hacia la eficiencia (tesis: arranca de la filosofía de la competencia perfecta), está la voluntad de asegurar la libertad económica y de proteger a los competidores y al público en general frente a las grandes agrupaciones de capital que quieren dominar el mercado (anulando la libertad de los otros agentes) para obtener después beneficios monopolísticos; y, de otro, sobre la convicción de que el monopolio no es malo en si mismo, sino que incluso puede ser beneficioso (antítesis: aunque comenzó ya con CLARK, estalla en los años cincuenta con las osadas teorías de SHUMPERTER), está la voluntad de no desincentivar el buen hacer empresarial castigando el éxito en la lucha competitiva, que, por la misma lógica del sistema de mercado, lleva hacia un sano (por qué no) crecimiento (adecuando su tamaño a lo que el mercado comunitario y, sobre todo, la competencia internacional requieren) y hacia la eficiencia (recuérdense las teorías shumpertarianas) (Véase en este sentido nuestra obra de próxima aparición).

²⁰³. Véase FONT GALÁN: *Ibidem*.

²⁰⁴. Ello se corresponde perfectamente con la comprensión del régimen comunitario de competencia como un régimen *activo*, previsto a un tiempo como *impulsor y canalizador* de la interpretación económica (VILÀ COSTA: "Las reglas generales de competencia en el Tratado

Ello tiene la virtud de conseguir un sistema completamente flexible capaz de adecuarse, en la consecución de los objetivos generales del Tratado (artículo 2 TCE), a las más variadas coyunturas y políticas económicas que se puedan diseñar y dar en cada momento²⁰⁵. El inconveniente de este sistema no es difícil de prever: una fuerte dosis de inseguridad jurídica, se trata de instrumentos normativos abiertos a amplias y variadas interpretaciones de muy difícil predicción²⁰⁶.

C) *ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DEL ARTÍCULO 82 TCE: SU ARQUITECTURA.*

Ya hemos estudiado los objetivos que definen las bases ideológicas o axiológicas del artículo 82 TCE, veamos ahora el segundo factor que, junto a los demás, ha de ayudarnos a comprender el sistema del artículo 82: su arquitectura.

De la construcción del artículo 82 TCE, se desprende que su arquitectura no obedece al principio de la prohibición, sino al principio del abuso. El artículo 82 TCE no prohíbe la posición de dominio, sino sólo abusar de ella.

Si de ahí extrajésemos la conclusión de que el legislador con esta decisión optó por someter las prácticas competenciales realizadas desde una posición de

Constitutivo de la CEE: su filosofía específica." en Revista del instituto europeo, n4 de 1976, pág. 351).

²⁰⁵. Los autores del Tratado fueron plenamente conscientes de las implicaciones del procesos de integración y de la necesidad de la conjunción armónica de todos los medios de acción; de las limitaciones de las palabras escritas y de la posibilidad y conveniencia de establecer únicamente las grandes líneas de actuación (VILÀ COSTA comentando el régimen de competencia del Tratado de Roma como medio de consecución de los objetivos expresados en el artículo 2 CEE: *Ibídem.*)

²⁰⁶. Véase FONT GALAN: *Ibídem*, págs. 93 y ss. GÓMEZ SEGADE: *Ibídem*, págs. 71 y 72.

dominio, a un sistema de abuso puro²⁰⁷; habríamos de concluir que el artículo 82 TCE es indiferente a la defensa de la competencia estructural y de los competidores presentes y potenciales, su única preocupación sería defender a los que contratan con la empresa dominante y, si se quiere, a los consumidores en general de posibles abusos realizados desde una posición dominante²⁰⁸.

Esta reflexión se apoya en la misma lógica histórica²⁰⁹ e interna del sistema. Ciertamente, toda la doctrina conviene en que el artículo 82 TCE no condena la posición de dominio, sino sólo el abuso⁽²¹⁰⁾⁽²¹¹⁾. Pero, si se admitiera que el artículo 82 TCE condena todas las conductas orientadas a aumentar o consolidar el poder de mercado dominante, sería muy difícil no tener que admitir que se condena la adquisición o el mantenimiento de la posición de dominio por sí misma. Y esto llevaría a confundir abuso y posición de dominio y a convertir el sistema de abuso en un sistema de prohibición²¹². Tengamos en cuenta, por otra parte, que como el artículo 82 TCE admite la posición de dominio que, como sabemos, puede

²⁰⁷. Esta voluntad de los redactores del Tratado de Roma parece clara si se contrasta la arquitectura y letra del artículo 82 TCE con los antecedentes del Tratado (Véase «Los antecedentes del artículo 82»)

²⁰⁸. Véase «el sistema de abuso o libertad».

²⁰⁹. Véase cómo nace el sistema del abuso en el Derecho alemán (en «antecedentes del artículo 82»).

²¹⁰. Ver por todos RICHEMONT: "Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante". Droit et affaires, Paris, 15-5-1970, pág. 16.

²¹¹. Así en *Michelín (1983)* el Tribunal de Justicia señala que «... la existencia de una posición de dominio no implica en sí misma ningún reproche para la empresa que la detenta ...» (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelín c. Comisión*, Rec. 3461. consid. 57). Respecto del Tribunal de Defensa de la Competencia ver por todas la resolución de 29 de julio de 1993, as. 329/1993, *Cofradía de pescadores de Cariño*.

²¹². JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 253. VAN OMMESLAGHE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome a travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1966 - février 1973)*, en RMC, n° 4 de 1973, pág. 565 y 572.

llegar hasta el monopolio, y en el monopolio, por definición, no hay competencia o la que queda es irrelevante; la conducta de la empresa no puede desarrollarse contra los competidores, pues éstos no existen, por lo que la explotación abusiva sólo puede desarrollarse frente a los proveedores o los consumidores, esto es, viene a suplir la falta de competencia²¹³.

Pero, repetimos, no se ha de olvidar que la arquitectura es sólo un elemento entre otros. Bien puede suceder que, pese a esta apariencia, los otros elementos (filosofía general y objetivos, letra, e interpretación y aplicación) lleven a un sistema de prohibición.

²¹³. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 157 y 158. CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Comission". Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972, pag. 294 y ss. RICHEMONT: Ibidem, págs. 15 y ss. Véase también a GOLDMAN: *Droit commercial européen*, troisième édition. Paris: Dalloz, 1975; pág. 427 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LOS ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 82 TCE

En la averiguación del recto sentido del artículo 82 TCE es importante analizar, aunque sea brevemente, los sistemas *antitrust* que le precedieron y sirvieron de orientación o, al menos de punto de referencia frente al que tomar posición. Ello ayudará a comprender de qué modo o, al menos, según qué modelo quisieron resolver los redactores del Tratado de Roma el control de las posiciones dominantes.

Al entrar sobre los antecedentes del artículo 82 TCE; la doctrina suele destacar cuatro legislaciones *antitrust* que conocían muy bien y tuvieron presentes los autores del Tratado de Roma a la hora de redactar la norma antiabuso del Tratado (ahora artículo 82) TCE²¹⁴: la legislación *antitrust* americana y su texto central, la Sherman Act de 1890; los principios rectores de la que habría de ser la Ley alemana contra las restricciones de la competencia de 27 de julio de 1957; y el tratamiento legislativo que se daba a la competencia en el Derecho

²¹⁴. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 158.

francés y, en especial, en la Ordenanza francesa de 30 de junio de 1945⁽²¹⁵⁾. También debe considerarse un antecedente de no poca importancia el artículo 66 CECA, que fue redactado por los mismos autores que el artículo 82 TCE²¹⁶.

I) EL ARTÍCULO 2 DE LA SHERMAN ACT: LA IDEA DE ABUSO O MONOPOLIZACIÓN EN EL ÁMBITO AMERICANO.

A) IMPORTANCIA.

La Sherman Act, que era bien conocida por los redactores del Tratado, fue un importante punto de referencia a la hora de configurar el sistema europeo de defensa de la competencia y, dentro de él, el artículo 82 TCE²¹⁷. Ello no es extraño, si se tiene en cuenta que en 1957 la tradición *antitrust* americana llevaba décadas de vida y había dado lugar a un inmenso corpus jurídico fruto del estudio y práctica de millares de juristas, magistrados y funcionarios; que este credo económico fue impuesto a Alemania y Japón por las fuerzas de ocupación que debían controlar las medidas de desconcentración y de descarterización; y que el pensamiento *antitrust* americano influyó en parte sobre el pensamiento de la

²¹⁵. Así, por ejemplo, señala PELLICER ZAMORA que, al igual que la mayor parte del Derecho comunitario de la competencia, los contenidos básicos de la teoría del abuso provienen de los derechos de la competencia alemán y francés, previamente existentes, con las lógicas peculiaridades que exige la existencia de un mercado multinacional (*Derecho comunitario de la competencia. Artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, Madrid: Trivium, 1982, -Política comunitaria europea-, XI, pág. 123)

²¹⁶. RICHEMONT: "Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante". *Droit et affaires*, Paris, 15-5-1970, pág. 483.

²¹⁷. FOCSANEANU: *Ibidem*.

Escuela de Friburgo, cuyo pensamiento se tradujo en la Ley alemana de 1957⁽²¹⁸⁾.

B) *TRATAMIENTO DEL ABUSO EN ÁMBITO AMERICANO.*

A) SIGNIFICADO DEL TÉRMINO «MONOPOLIZACIÓN» DEL ARTÍCULO 2 DE LA SHERMAN ACT.

Dice el párrafo 2 de Sherman Act:

«Monopolizing trade a felony; penalty.

Every person who shall *monopolize*, or attempt to *monopolize*, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.»²¹⁹.

El empleo del verbo «monopolizar» en el artículo 2 de la Sherman Act, indica que la monopolización consiste más en un comportamiento que en una situación de mercado dada. Este comportamiento podía alcanzar tres grados. Ser una conducta coercitiva u opresiva que no tuviera otro objeto (no puede explicarse de otro modo) que la de eliminar al contrario más débil²²⁰. Ser una conducta que, aunque en sí

²¹⁸. PELLICER VALERO: "Las prácticas abusivas de posición dominante", en Rev. RDM, 1967, n° 104, pág. 344.

²¹⁹. Este texto es traducido por PELLICER VALERO como «Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o entre en una combinación o una coalición con una u otras varias personas con el fin de monopolizar una parte cualquiera del tráfico o del comercio entre los diversos Estados o con los países extranjeros, será considerada como culpable de un delito y sobre declaración de su culpabilidad, condenada a una multa que no exceda de ..., o, a una pena de prisión de ... años como máximo, o a estas dos penas a la vez, a discreción del Tribunal.» (Ibídem).

²²⁰. Conductas tipificadas por el «Chief Justice» WHITE en la *Standar Oil (1911)*, en la formulación de lo que se vino a llamar la teoría

misma no fuera abusiva pues sería lícita si la realizara una empresa que no domina el mercado, tiende a perpetuar la posición de dominio de una determinada empresa debido a los obstáculos artificiales que erige²²¹. O, incluso, en el caso más extremo de *Alcoa (1945)*²²², ser una conducta que pudiera preverse razonablemente que habría de conducir a un monopolio, aunque fuera perfectamente legítima y fruto de una correcta diligencia empresarial²²³.

del abuso. En esta sentencia WHITE señaló, frente a la concentración movida por Standard Oil, que la concertación o la concentración de un poder de mercado no era en sí misma monopolización, sino sólo una presunción prima facie de ella; lo que determinaba la monopolización era el recurso a métodos coercitivos u opresivos de la libertad de los competidores (discriminaciones que obligaba a los competidores más débiles a integrarse, negativas de suministro, etc) – *Standard Oil of New Jersey v US*, 221 US, 221 US, 1, 75 (1911)–.

²²¹. Conductas tipificadas por el juez WYZANSKI en la sentencia *United Shoe Machinery (1953)*. Para WYZANSKI el criterio decisivo para apreciar la monopolización no es, como en *Alcoa* la simple voluntad o, incluso, conciencia de ir hacia el monopolio, sino el recurso a métodos, en cierto modo, desleales (en cuanto no lo son por sí mismos, sino sólo en el contexto en que son utilizados). WYZANSKI no sólo admitió, como en *Alcoa*, los monopolios económicamente inevitables, sobrevenidos al monopolista, sino también los monopolios alcanzados sólo por la mejor industria y laboriosidad del monopolista, sin haber recurrido a medios desleales erigidos de obstáculos artificiales a libre juego de la competencia. La *United Shoe Machinery* había alcanzado una clara posición de dominio en el mercado de las máquinas para la fabricación de calzado en Estados Unidos gracias a su mayor industria y laboriosidad. Sin embargo, una vez alcanzada esa posición inició una política orientada a limitar sin necesidad la libertad de sus competidores actuales o potenciales: sólo arrendaba las máquinas, para evitar las reventas y la aparición de un mercado paralelo de máquinas de segunda mano; sólo arrendaba las máquinas, si se contrataba su servicio de mantenimiento; y estableció discriminaciones de precios en función del grado de competencia que tuviera en los distintos mercados, cuanto mayor era la competencia menor era el precio – *United Shoe Machinery v. US*, 110 F. Supp. 295, 342 (D. Mass. 1953)–.

²²². Cit. infra.

²²³. En *Alcoa*, la única posición de dominio que se admite es la accidental, esto es, la sobrevenida al monopolio de forma más que involuntaria, inconsciente. El caso *Alcoa (1945)* es muy importante en la jurisprudencia americana. Fue el primer caso en atacar el poder de mercado de una empresa aislada y en el no se estuvo lejos de afirmar que la dimensión relativa de una empresa por sí misma puede constituir una infracción de la Sherman Act. Representó el máximo de la lucha estatal contra los monopolios y marcó una tendencia de los tribunales durante la New Deal a poner el énfasis más en la estructura que en la conducta (SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, duodécima edición, Madrid/ : MacGraw-Hill, 1988; pág.

Pero, en cualquier caso, en todas las conductas vistas, la monopolización consiste en un comportamiento frente a la competencia (no frente a los consumidores), un modo de adquirir o mantener el poder de mercado, un elemento de comportamiento que contribuye a transformar la posesión del poder de monopolio en una infracción a la Sherman Act²²⁴. Vemos entonces que lo decisivo para que un determinado comportamiento sea calificado como monopolización es que, en la interpretación más amplia de

721). Alcoa era una empresa que había alcanzado y mantenía una clara posición de dominio en el mercado (tenía de mercado del 90%) por medios o conductas que en sí mismos no eran desleales, pero que de facto actuaban como una barrera a la entrada de nuevos competidores: se avanzaba a los crecimientos de la demanda estableciendo nuevas fábricas, lo cual, unido a una política de precios bajos y a su mayor experiencia e implantación en el mercado, se traducían en una barrera de entrada para los nuevos competidores. Frente a ello, el juez HAND reaccionó con la máxima energía, sosteniendo que: 1) Sólo quedan fuera de la Sherman Act los monopolios accidentales, esto es, aquellos que, además de haber llegado a esa posición sólo en virtud de su mayor laboriosidad e industria, no han alcanzado el monopolio de forma deliberada o consciente, lo decisivo no es el tipo de conducta empleada, sino la búsqueda consciente del monopolio (habrá monopolización en el sentido del artículo 2 de la Sherman Act, cualquiera que sea el tipo de conducta de la empresa, si podía verse razonablemente que había de conducir al monopolio); 2) La conducta monopolizadora se ha de apreciar, no frente a los usuarios o consumidores, sino en relación a los competidores, por ello, quedará fuera de la Sherman Act, aunque una empresa demuestre la máxima eficiencia, los beneficios sociales que comporta y que no se aprovechó de su posición para obtener beneficios monopolísticos, porque, en palabras de HAND, la Sherman Act no distingue entre buenos y malos trust, sino que los condena todos, de lo contrario, las autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia se verían obligadas a vigilar la conducta de los monopolios y a intervenir cuando ésta se hiciera ineficiente o lesionara los intereses de los usuarios y consumidores, lo cual no parece ser la voluntad de la Sherman Act (*Aluminium Co. Of America v. US*, 148 F. 2d 416 (2d. Cir 1945)). El fallo de HAND se fundó en tres convicciones profundamente arraigadas en el mundo antitrust americano de la época: 1) Evitar pasar al control directo de la actividad empresarial del monopolio, lo cual repugna al espíritu liberal americano; 2) La honda convicción de que, se diga lo que se diga, la competencia siempre es más eficiente que el monopolio; 3) El ideal de evitar la impotencia del individuo aislado frente a las grandes agrupaciones de capital (SAMUELSON/NORDHAUS: *Ibidem*, pág. 725).

²²⁴. No se pase por alto este último predicado: es un elemento de comportamiento que contribuye a *transformar la posesión del poder de monopolio* (por tanto una determinada estructura) *en una infracción a la Sherman Act*.

Alcoa, sea idóneo para conducir a una posición de dominio.

B) OBJETO Y LÍMITES DE LA IDEA DE «MONOPOLIZACIÓN»
EN EL ÁMBITO AMERICANO: LA EFICIENCIA Y EL
ABUSO.

Cabe preguntarse entonces qué valor se da a la eficiencia y a la protección de los clientes y proveedores en la calificación de una conducta como monopolizadora o abusiva; o, dicho de otro modo, qué papel jugaba en este esquema la eficiencia como justificante exonerador del monopolio, qué ocurría con aquella conducta que, aunque idónea para conducir a la posición de dominio, reportaba sin embargo un mayor bienestar para los consumidores.

Como hemos visto, cuando el artículo 2 de la Sherman Act prohíbe la «monopolización», en el ámbito *antitrust* americano se entendía sólo referida al comportamiento de la empresa frente a la competencia. Al igual que HAND en el caso *Alcoa* (1945), WYZANSKI en *United Shoe Machinery* (1953) dejó clara esta cuestión: la ley americana no permite que una empresa consiga o mantenga el poder de mercado, mediante el recurso a prácticas que no sean económicamente inevitables (o involuntarias para HAND en *Alcoa*), aunque ello se quiera justificar con pretendidas ventajas sociales resultantes. Ello no significa, sin embargo, que se renuncie a alcanzar la máxima eficiencia, lo que ocurre es que se partía de una doble presunción. De un lado se presume que la adquisición de poder de monopolio por medios coercitivos, artificiales o simplemente de previsible resultado monopolizador, va acompañada de la intención de sacar provecho de ese poder. Y, de otro, había la profunda convicción de que una competencia estructural efectiva era el mejor medio para alcanzar la eficiencia y el consiguiente bien estar del consumidor, que se alcanzarían indirectamente con la

salvaguarda de una adecuada estructura competitiva. Además, se veía esta solución como la más (sino la única) respetuosa con la libertad de empresa, que se vería indebidamente restringida si se admitiera la reglamentación directa del ejercicio del poder de mercado, aunque sólo fuera el dominante²²⁵. En fin, se pretendía conseguir una economía que funcionase eficazmente sin necesidad de controles administrativos. Por ello, se entendía que, una vez el poder de monopolio había sido legalmente adquirido y mantenido, el juez no podía ir más allá y reglamentar la política comercial de la empresa frente a los consumidores. Cuando el poder de monopolio deviene lícito, el juez no podrá actuar en base al artículo 2 de la Sherman Act, aunque el monopolio use aburridamente su poder de mercado frente a los consumidores. En este sentido, el juez WYZANSKI, en *United Shoe Machinery (1953)*²²⁶, señalaba que admitir el control directo de los monopolistas frente a los

²²⁵. En este sentido señala HAND en *Alcoa (1945)* que «... Mucha gente cree que la posesión de un poder económico incontestado mata la iniciativa, desincentiva la previsión, deprime las energías; que la protección contra la competencia es un narcótico y que la lucha es un estímulo al progreso industrial; que el aguijón de una presión constante es necesaria para reaccionar contra una inevitable tendencia a dejar ir las cosas En cualquier caso el hecho de que un productor que controla el mercado nacional pruebe que sólo ha obtenido un beneficio normal, no demuestra que no hubiera podido obtener ese mismo beneficio a un precio más bajo. Sin duda se podría pensar que bastaría con condenar los monopolios que no han probado la mayor ingeniosidad, la adopción de toda economía posible, avanzado en toda mejora conveniente, estimulado la menor demanda. Ello podría ser, sin duda, un método de tratar el problema, aunque ello comportaría una vigilancia constante que los tribunales no están en condición de ejercer. De todos modos, este no es el método que el Congreso ha escogido; esto no ha aprobado los malos «trust» y condenado los malos, simplemente los ha prohibido todos» (US v. Aluminium Co. Of America, 148 F. 2d 416, 427 (2d. Cir. 1945). Y WYZANSKI sentenciaba en *United Shoe Machinery (1953)*, por el solo hecho de pensar en la posibilidad de controlar un precio, no cabía tal posibilidad sino se quería transformar en una suerte de comisión de control de precios (US v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295, 349 (D. Mass. 1953).

²²⁶. Sin duda WYZANSKY tendría en ese momento bien presente la tradición alemana del abuso y el artículo 66 del tratado CECA de 18 de abril de 1951.

consumidores equivaldría a convertirse en una especie de comisión de precios.

C) *REMEDIOS CONTRA LA MONOPOLIZACIÓN.*

Cuando la conducta de que se trate era calificada como monopolizadora, en función de los criterios vistos, los tribunales americanos podían reaccionar de dos modos. Mediante medidas de comportamiento, que permiten a los tribunales prohibir u ordenar el cese de la conducta que está en la base del poder de monopolio. O bien mediante medidas estructurales o de desconcentración. Cuando las medidas de comportamiento se descubran insuficientes para restablecer una situación de suficiente competencia, los tribunales podrán optar por acudir a medidas estructurales o de desconcentración, tanto si se trata de acuerdos, concentraciones o, simplemente, de empresas aisladas, es decir, de monopolios que no hayan sido fruto de un concierto o concentración de empresas preexistentes²²⁷.

Como se ha visto, la conducta monopolizadora transforma la posesión del poder de mercado en una infracción a la Sherman Act. En ambos casos, lo que se pretende es atacar la causa misma del poder de mercado.

D) *OTRAS CONCEPCIONES MARGINALES DE LA «MONOPOLIZACIÓN».*

Esta era la interpretación del término «monopolizar», que dominaba en la DOCTRINA e imperaba con mayor o menor rigor en la jurisprudencia. Sin embargo, poco antes de la doctrina sentada por WYZANSKI en *United Shoe Machinery*, el profesor LEVI había propuesto una interpretación del artículo 2, según la cual era posible establecer un control a posteriori de la conducta de la empresa

²²⁷. En el caso *Alcoa*, como se trataba de conductas que en sí mismas no eran reprobables, la acción de los tribunales se dirigió contra la estructura mediante medidas estructurales de desconcentración. En ese caso los remedios estructurales se consideraron una necesidad.

dominante frente a los consumidores, cuando el monopolio era legítimo. Sin embargo, en ese momento, las tesis del profesor LEVI no llegaron a cuajar en la doctrina y mucho menos en la jurisprudencia²²⁸.

E) *CONCLUSIÓN*.

Vemos entonces como, en el contexto *antitrust* americano de los años 40-50, pese a que se era consciente de la posibilidad de establecer un control a posteriori del poder de monopolio frente a los consumidores, se optó por una interpretación del artículo 2 de la Sherman Act que se centraba sólo en la adquisición y mantenimiento del poder de mercado, con posibilidad incluso de adoptar medidas de desconcentración; y rechazaba, por innecesaria²²⁹, la posibilidad de controlar el ejercicio a posteriori del poder de monopolio frente a consumidores y proveedores²³⁰.

²²⁸. El profesor LEVI fundó esta teoría sobre dos casos recientes, el asunto *Griffth* y el *Peyre* (LEVI: "A Two Level Anti-Monopoly Law», 47 *Northwestern University Law Review*, 1952, pág. 580). Sin embargo, dichas sentencias no quedan en realidad fuera de la línea jurisprudencial antes mencionada, pues, si se analizan en profundidad se observa que, aunque en un primer momento puedan parecer que condenan el mal uso del poder de mercado, lo que en realidad están condenando es una restricción embrionaria, esto es, una conducta que se piensa que acabará abocando a una restricción de la competencia, por ello, no es extraño que se acuda al artículo 5 de la Federal Trade Comission, que faculta a ésta para hacer cesar aquellas prácticas que pueden degenerar en una violación del artículo 2 de la Sherman Act.

²²⁹. Pues una conducta monopolizadora transformaba en ilegítimo el poder de dominio, aunque hubiera sido legítimamente adquirido.

²³⁰. Si se quiere un estudio más exhaustivo del término «monopolización» del artículo 2 de la Sherman Act, puede acudirse a JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; o, del mismo autor, su artículo "Monopolization et abus de position dominante", publicado en la Rev: RTDE, 1969; donde se trata extensamente esta cuestión. En España, también trata esta cuestión PELLICER ZAMORA en *Derecho comunitario de la competencia. Artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, Madrid: Trivium, 1982, (Política comunitaria europea), XI, págs. 124 y ss.

II) EL ARTÍCULO 66 DE LA CECA.

Otro importante antecedente que conocían bien los redactores del Tratado de Roma y que tuvieron presente, es el artículo 66 CECA²³¹. Sin embargo la redacción de ambos preceptos no es exactamente la misma, pese a que obedecen al mismo fin de evitar el abuso del poder de dominio. En efecto, si se contrastan ambas normas se observan notables diferencias.

Primero, mientras en el artículo 82 TCE no se regula ni dice nada sobre el modo de adquirir la posición de dominio, sino que se limitaron a admitirla y a condenar el abuso; el artículo 66 CECA regula con severidad y detalla uno de los modos típicos de adquirir la posición de dominio, las concentraciones, a las que somete a una autorización previa necesaria y reglada, no admitiendo las que confieran a los interesados

"..., el poder de:

- Determinar los precios, controlar o limitar la producción o la distribución u obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del mercado de tales productos, o
- Sustraerse a las normas sobre la competencia que resulten de la aplicación del presente Tratado, estableciendo, en particular, una posición artificialmente privilegiada, que implique una ventaja sustancial en el acceso a los abastecimientos o a los mercados. ...".

Con ello, la letra del artículo 66 CECA del Tratado de París, contrariamente a la del artículo 82 del Tratado de Roma, demuestra no ser completamente indiferente al modo como se adquiere la posición de dominio, y establece

²³¹. Tratado de París de 18 de abril de 1974 (C.E.C.A.).

explícitamente un mecanismo de control *a priori* del poder de dominio, al menos, para cuando se adquiriera por la vía de concentración económica, lo cual no significa que prohíba la posición de dominio, como lo demuestra la admisión de ésta en el 66.7 CECA²³².

Segundo, al tipificar la posición dominante, el legislador de la CECA, a diferencia de lo que hizo con el TCE, ve necesario hacer una referencia expresa a la falta de competencia estructural suficiente, cuando señala que "..., una posición dominante que las sustrae a una competencia [estructural] efectiva en una parte importante del Mercado Común, ..."; y, la diferencia claramente del abuso de esa posición, definido como una actuación con fines contrarios a los objetivos del tratado, cuando establece que "..., utilizan tal posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, ...". Vemos entonces que el artículo 66 CECA define con mayor detalle la posición de dominio y el abuso que el artículo 82 TCE, y que, por otra parte, no espera a que se produzca el efecto contrario a tales objetivos para apreciar el abuso, basta con comprobar el fin.

Y, tercero, para el caso de que se compruebe la existencia de un abuso de posición de dominio, el artículo 66.7 CECA, a diferencia del artículo 82 TCE que se limita a prohibir el abuso sin otra precisión, establece expresamente y de forma detallada, para el caso de que se desatiendan las recomendaciones (que en CECA son obligatorias), un severo régimen de control de la

²³². En este punto la CECA introdujo el control de concentraciones de forma original, pues en el tiempo de su redacción no había en las legislaciones nacionales europeas una norma equivalente que se preocupara de regular las concentraciones desde el punto de vista de la competencia (DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 119).

actividad de la empresa dominante, consistente en la reglamentación directa de precios y producción. Dice este precepto:

“Si la Alta Autoridad reconociese que empresas públicas o privadas, que tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia, una posición dominante que las sustrae a una competencia efectiva en una parte importante del Mercado Común, utilizan tal posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, les dirigirá cuantas recomendaciones fueren necesarias para conseguir que esa posición no sea utilizada para tales fines. De no aplicarse satisfactoriamente, en un plazo razonable, dichas recomendaciones, la Alta Autoridad, por medio de decisiones tomadas consultando al Gobierno interesado, fijará los precios y las condiciones de venta que deberá aplicar la empresa de que se trate, o establecerá programas de fabricación o programas de entrega que esta última deberá ejecutar, so pena de ...”

De este modo, cuando no es posible evitar la posición de dominio, la ausencia de competencia estructural suficiente, el legislador de la CECA establece una reglamentación de los precios y de la producción (mecanismos clásicos a través de los que se obtienen los precios monopolísticos) orientada a vaciar de contenido el monopolio. Decimos que es un sistema severo, porque limita la discrecionalidad al imponer necesariamente la reglamentación directa de los precios y la producción. En resumen, el artículo 66 CECA se diferencia del artículo 82 TCE en que, primero, hace una doble y explícita aproximación a la posición de dominio, una a priori, preventiva, orientada a evitar la desaparición de

la competencia estructural, para el caso de las concentraciones; y otra a posteriori consistente en prohibir ciertas conductas emanadas de una empresa o empresas que ocupan una posición de dominio²³³. Segundo, define con mayor extensión la posición de dominio y el abuso. Y, tercero, trata el abuso con mayor severidad, con una referencia explícita a la reglamentación. Parece pues que el tratamiento que de las posiciones de dominio establece el artículo 66 CECA es más riguroso o, al menos, más rígido que el del artículo 82²³⁴.

Cabe preguntarse entonces por qué esta distinta redacción si ambos preceptos obedecen al mismo objetivo de controlar el poder dominante; o, mejor, por qué los redactores del Tratado de Roma establecieron una redacción para el artículo 82 TCE distinta y menos severa que la establecida para el artículo 66 CECA.

Ciertamente, no puede decirse que los redactores del Tratado de Roma (1956) ignoraban el Tratado de París (1951), pues esencialmente eran los mismos, tenían que ser conscientes de las diferentes redacciones de ambos preceptos. La razón debe buscarse fundamentalmente en el hecho de que los dos tratados aparecieron en distintas circunstancias históricas, políticas y económicas; y a que ambos tienen también distintos objetos²³⁵. En efecto,

²³³. En la línea de la interpretación restrictiva, véase, por ejemplo, en este punto, a CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission". Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972, págs. 294 y ss.

²³⁴. RICHEMONT: "Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante". Droit et affaires, Paris, 15-5-1970, pág. 2.

²³⁵. En cierto modo esto lo corrobora la convergencia que, a medida que se han ido aproximando estas distintas circunstancias, se ha producido entre la interpretación de los preceptos y conceptos de ambos tratados. En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló en 1978, frente a la controversia sobre la tabicación o unidad de los distintos tratados, que el mercado común nuclear obedece a posiciones jurídicas que inspiran el Mercado Común general, puede afirmarse que los tratados se inspiran en una fuente común y que las normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea constituyen un modelo de referencia. Esto se ve todavía más claro después de la aprobación del Acta Única Europea (Véase

el Tratado de París, debido al momento y a las circunstancias en que apareció, estuvo fuertemente condicionado por la doctrina y jurisprudencia *antitrust* americana de la New Deal, que en ese momento estaba más que nunca bajo la estela de *Alcoa* (1945). A ello contribuyeron sin duda la tradición cartelizadora de los sectores del carbón y del acero que lo había llevado a una fuerte concentración durante los periodos bélicos y de entreguerras, sobre todo, en Alemania; y el importante papel que los grandes cárteles alemanes del carbón y del acero desempeñaron como desencadenantes de la Segunda Guerra Mundial; o la necesidad de las potencias occidentales de formar un bloque cohesionado frente al mundo soviético, que diera a un sector tan importante un tratamiento común²³⁶. Y también se ha de tener en cuenta la particular importancia de los mercados especiales que regulaban, pues el carbón y el acero eran hasta el final de la Segunda Guerra Mundial productos básicos de las industrias de transformación y transporte, con lo que el funcionamiento de esos mercados incidían fuertemente en toda la economía. Esto explica en buena medida el mayor rigor que el artículo 66 CECA aplica a las posiciones de dominio, decantándose, dentro del sistema mixto, más por la prohibición que por el abuso. De hecho, parece que los redactores de CECA pensaban más en el abuso como un instrumento para combatir las posiciones de dominio preexistentes, que como un mecanismo de control de

GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Ed. Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1984, págs. 334, 594 y 636 y ss.).

²³⁶. GOLDMAN/LYON CAEN: *Ibídem*, págs. 594, 595.

futuras posiciones de dominio, ya suficientemente desincentivadas²³⁷.

En cambio, cuando se aprobó el Tratado de Roma (1957), el clima de posguerra había remitido y dejado paso a la guerra fría. En este marco, se quería crear un mercado común cohesionado, en el que serían necesarias grandes empresas acordes con la dimensión del naciente mercado, y capaces de hacer frente a la creciente competencia internacional proveniente de EEUU y de Japón. Y, paralelamente, comenzaba ya a tomar fuerza una nueva corriente doctrinal, que, comenzada por CLARK y continuada por SCHUMPETER y GALBRAITH, reconocía que la realidad de los mercados es la competencia imperfecta y que el monopolio no es malo en sí mismo. Sin negar las virtudes de la competencia, se entendía que en ocasiones puede ser incluso el mejor camino hacia el progreso. Ello conectaba además con la relativización con la que tradicionalmente se había visto en Europa la competencia. El sistema del abuso era sin duda el que más se correspondía con la tradición europea²³⁸.

Todo ello permite concluir que los redactores de CECA, frente a los dos principales modelos *antitrust* conocidos en aquel momento (el sistema tradicional de abuso alemán de entreguerras y el sistema de prohibición americano y alemán de la posguerra); se decidieron por un sistema mixto de prohibición, en el sentido de pensar más en evitar la formación de posiciones de dominio que favorecerlas, y de tratar el control de abusos más como

²³⁷. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 19.

²³⁸. JOAQUIN GARRIGUES: *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1964; págs. 22 y ss. JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; pág. 18.

una situación anormal que normal²³⁹. La finalidad del artículo 66 CECA parecía más la de procurar una competencia estructural suficiente que la de establecer un control a posteriori de abusos; más la de proteger a los competidores e indirectamente a clientes y proveedores, que la de proteger directamente a éstos últimos. Esto parece demostrarlo el hecho del mayor rigor con que se trata el acceso a la posición de dominio, sobre todo por la vía de concentración; la mayor exhaustividad en las definiciones; y el severo régimen de control de abusos que establece de forma expresa.

En cambio, los redactores del Tratado de Roma se decantaron por establecer para las posiciones de dominio un sistema²⁴⁰ flexible, capaz de ser tolerante con el crecimiento empresarial. Ello, sobre la convicción²⁴¹ de que el poder de mercado, aunque llegue a ser dominante, no es malo en sí mismo, puede incluso ser beneficioso, lo reprobable es el mal uso (abuso) de ese poder. Por ello, la comparación de ambas normas antiabuso permite pensar que los redactores del artículo 82 TCE quisieron hacer recaer el centro de gravedad del precepto más sobre el abuso, que sobre el modo de adquirir la posición de dominio, y con ello haberse inspirado más en el principio del abuso que en el de la prohibición. La diferente redacción de ambos preceptos no parece que sea casual,

²³⁹. Parece que los redactores del Tratado pensaban más en luchar contra los abusos de las posiciones de dominio preexistentes que en los de las venideras por vía de concentraciones no sujetas al 66.1 a .6, de crecimiento interno o de nacionalización (DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 19. JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 218). .

²⁴⁰. Que al fin y al cabo no deja de ser un instrumento de política económica.

²⁴¹. Convicción fuertemente arraigada en la Europa continental, donde las virtudes de la competencia siempre se han visto con mayor relatividad que en EEUU y donde el sistema de abuso ha parecido ser el tradicionalmente dominante (JACQUEMIN, JOAQUIN GARRIGUES, vid supra).

sino que más bien parece descubrir una toma de posición²⁴² frente al sistema mixto CECA de tendencia prohibitiva, en favor de una mayor tolerancia con la posición de dominio.

III) LA LEY ALEMANA DE PRACTICAS LIMITATIVAS DE LA COMPETENCIA DE 27 DE JULIO DE 1957.

A) *IMPORTANCIA.*

Otra importante legislación *antitrust* sobre la que los autores convienen que influyó fuertemente en el artículo 82 TCE, es el Derecho de la Competencia alemán. Los autores suelen citar como antecedente la Ley de 27 de julio de 1957, que, aunque es posterior al Tratado de Roma 25 de marzo de 1957, los principios dominantes en la cultura que la determinaron influenciaron fuertemente en el Derecho de la competencia del Tratado de Roma²⁴³.

B) *ANTECEDENTES: DE LA LIBERTAD DE CARTELES A LA PROHIBICIÓN, PASANDO POR EL CONTROL DE ABUSOS.*

Antes de la Ley de practicas limitativas de la competencia de 1957, base del moderno Derecho de la Competencia alemán y, en buena medida también del europeo, la competencia recibió en Alemania tres tipos de tratamiento:

1. *La etapa de libertad de pactos:*

Hasta la Primera Guerra Mundial, rigió en Alemania el principio general de la libertad de pactos para cualquier tipo de acuerdo entre particulares, incluidas

²⁴². RICHEMONT: "Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante", en *Droit et affaires*, Paris, 15-5-1970, pág. 483.

²⁴³. PELLICER VALERO: "Las prácticas abusivas de posición dominante", en *Rev. RDM*, 1967, n° 104, pág. 347. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en *RMC*, n° 192 de janvier de 1976, pág. 158. .

las limitaciones contractuales a la competencia. No había para las ententes ninguna reglamentación específica²⁴⁴. En virtud de una decisión del *Reichsgericht* de 4 de febrero de 1887⁽²⁴⁵⁾ la jurisprudencia alemana estableció que las limitaciones contractuales a la competencia, y en especial los carteles, en base al principio de libertad de pactos, eran perfectamente válidos y no contravenían el principio de libertad de comercio²⁴⁶.

2. La etapa de control de abusos:

La primera regulación de las ententes industriales no llegará hasta el periodo de entreguerras, cuando el 2 de noviembre de 1923, se aprobó la Ley alemana sobre los carteles, llamada «*Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico*». Pero, como su nombre indica y en cierto modo cabía esperar, no contenía normas contra los carteles, sino que se limitaba a establecer un control a posteriori para evitar posibles abusos. En materia de competencia, la primera doctrina alemana pensaba que una prohibición absoluta de los cárteles habría sido inútil, pues se pensaba que sólo los habría empujado a adoptar formas verbales y tácitas incontrolables; de ahí que la Ley se limitara a imponer la forma escrita y a facultar al Ministerio de Economía para instar ante un Tribunal especial la anulación de los que se consideraran perjudiciales para la economía y el bienestar general. Se trataba de un sistema competencial

²⁴⁴. Señala en este sentido FIKENTSCHER que "Alemania se convirtió en el típico país de los cárteles y de la concentración económica, sin control alguno por parte del Estado, o incluso, en ocasiones, bedecida por éste, El Estado creyó estar en el deber de proteger la economía y fomentó las concentraciones. Finalmente, la economía alemana, así concentrada, se convirtió en un instrumento idóneo al servicio de la política del Estado. ..." (en FIKENTSCHER: «Las tres funciones del control de la economía» 171 *Revista de Derecho Mercantil* (enero-marzo, 1984), pág. 462).

²⁴⁵. RGZ, 38 S. 155.

²⁴⁶. RITTNER: *Wirtschaftsrecht*, Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979; pág. 1 a 3. EMMERICH: *Kartellrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 1982; pág. 1 y ss.

inspirado claramente en el principio del abuso. Podría decirse que la Alemania de entreguerras era el perfecto paradigma de sistema de abuso²⁴⁷. Sin embargo, este sistema se demostró poco operativo, las posibilidades de esta ley apenas fueron utilizadas, y los grandes carteles no sufrieron ninguna molestia seria⁽²⁴⁸⁾⁽²⁴⁹⁾.

3. *La etapa de la prohibición:*

Acabada la Segunda Guerra Mundial, los aliados impusieron a Alemania un rígida legislación *antitrust* fuertemente basada en el principio de prohibición, que trasladaba a Alemania sin modificación los principios *antitrust* americanos y toda la cultura jurídica que lo seguía²⁵⁰, rompiendo así con lo que había venido a ser la tradición alemana del abuso. Sin embargo, después del holocausto, despertada Alemania de la pesadilla de la guerra, las ordenanzas de la ocupación no fueron vistas como un instrumento provisional a soportar, sino como parte integrante del Derecho Alemán de la Competencia²⁵¹.

²⁴⁷. JOAQUIN GARRIGUES: *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1964; pág. 23 y ss.

²⁴⁸. En buena medida quizá, porque no había el caldo ideológico y político necesario para formar una verdadera voluntad de llevarla a la práctica. Puede decirse, como lo hace TOMASI (vid infra), que el control público sobre las posiciones de dominio quedó reducida sólo a la teoría; de hecho no comenzará un control serio hasta la ley de 1957.

²⁴⁹. RITTNER: Ídem, pág. 3 y ss. EMMERICH: Ibídem.

²⁵⁰. Así las ordenanzas militares de los ejércitos aliados en Alemania para la descartelización de la industria alemana, publicadas entre los años 1945 t 1947.

²⁵¹. Así, mientras después de la Primera Guerra Mundial el *Reichsgericht* rechazó el reconocimiento de la validez del derecho emanado de las potencias de ocupación (RGZ, 107 S. 173); el Tribunal Supremo Federal, declaró en varias ocasiones que las ordenanzas de ocupación sobre competencia formaban parte del derecho alemán de la competencia (la decisión de 5 de octubre de 1951, BGHZ 3S. 193 et Betriebsberater, 1951. S. 935). Paralelamente en esta ambiente tanto la DOCTRINA como la JURISPRUDENCIA se lanzaron a profundos estudios comparados del Derecho de la Competencia americano, las fuentes del derecho alemán de aquél entonces, que impregnaron fuertemente en la cultura jurídica alemana y que cristalizaron en la escuela neoliberal de Friburgo. Esto, por otra parte, es lógico si se sitúa en su contexto. Alemania, humillada, acababa de vivir el horror de la guerra y comenzaba a descubrir el horror de sus crímenes. No es por ello extraño que, comprendida la importancia que los grandes

C) *UNA SOLUCIÓN CONCILIADORA: EL SISTEMA ECLÉCTICO DE 1957.*

Con todo, una vez Alemania recobró su independencia, se comprendió la necesidad de establecer una nueva legislación alemana reguladora de la competencia, que, sustituyendo a las ordenanzas de ocupación, estableciera las bases del nuevo orden económico. Esta ley, que significó una de las reformas legislativas más importantes que ha vivido Alemania, fue vista desde el primer momento como la ley fundamental de la economía: habría de ser en el plano económico lo que la Constitución en el político²⁵².

No es por ello extraño que, dada su capital importancia en una potencia industrial como Alemania, se suscitara pronto un fuerte debate económico, social y político en torno a los principios que deberían configurarla⁽²⁵³⁾⁽²⁵⁴⁾. Este debate se polarizó en torno a

carteles jugaron en aquellos acontecimientos, se viera en el Derecho de la Competencia una garantía de que aquellos no volvería a pasar en el futuro. No en vano tenían y admiraban el paradigma americano de libertad: era posible ser una potencia económica libre sin hipotecar el poder económico en manos privadas. RITTNER: Ídem, págs. 6 y ss. EMMERICH: Ibídem.

²⁵². Esta convicción estaba profundamente arraigada en la cultura alemana de la época, que veían en ella la salvaguarda de las libertades económicas y de las políticas. Téngase en cuenta que, como ya hemos apuntado antes, los grandes cárteles alemanes de la posguerra fueron uno de los mejores instrumentos de dominio del nacionalsocialismo. Se trataba de grandes agrupaciones de poder económico privado, a las que bastó con sustituir los sujetos económicos que los regían por el del Estado nazi y ponerlos al servicio de su causa.

²⁵³. Véase KOENIGS, F.: "Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs" en NJW págs. 1014 y ss. SÄCKER, F.J.: *Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Küsseldorf, 1971, y «Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts», Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen - Zeitschrift für Strukturlehre der Einzelwirtschaften und für Einzelwirtschaftspolitik 193 (1971), págs. 193 y ss. HOPPMANN, E.: "Zum Schutzobjekt des GWB: Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion", en MESTMÄKER: *Wettbewerb als Aufgabe: Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Bad Homburg, 1968, págs. 61 a 104.

²⁵⁴. Las discusiones, doctrinales, sociales y parlamentarias que precedieron a la aprobación de esa ley fueron tan importantes, que,

dos frentes. De un lado estaba la Escuela neoliberal de Friburgo, partidaria del principio de prohibición. Tenía su máximo exponente en el profesor LUDWIG ERHARD, que en aquel entonces era ministro de economía y fue encargado de la redacción del proyecto de ley. La Escuela de Friburgo, fuertemente imbuida por la doctrina *antitrust* americana llegada con las ordenanzas de ocupación, postulaba el establecimiento de un orden competencial inspirado sobre el principio de prohibición, que habría de ser la base de un orden económico, social y político, que hiciera posible la realización de la dignidad humana y de la libertad, orden que sería el único capaz de realizar la máxima eficiencia y de obtener, por tanto, los máximos resultados económicos y sociales²⁵⁵. Y, de otro, estaba la industria alemana, partidaria del principio del abuso. Organizada en torno al poderoso *lobby Bundesverband der deutschen Industrie* (en ese momento el más representativo de la industria alemana), exigía la retirada del proyecto de ley neoliberal de la Escuela de Friburgo, y su sustitución por un texto inspirado en el principio tradicional del abuso, que limitara la intervención del Estado a la represión de los abusos.

En fin, se trataba de decidir si la nueva ley fundamental de la economía alemana habría de fundarse en el principio americano de prohibición, o, por el contrario, se edificaría sobre el principio tradicional del abuso.

una vez aprobada, uno de los comentaristas exclamó que la guerra de los siete años había terminado.

²⁵⁵. Nótese que se atribuía al Derecho de la Competencia finalidades extraeconómicas, al igual que en la cultura americana de la época, se daba al Derecho de la Competencia un fuerte contenido social y político, hasta el punto incluso de confiarle la salvaguarda de la dignidad humana.

La oposición al proyecto de ERHARD fue tan enconada, que el Gobierno federal optó por constituir un comité de trabajo que, integrado por representantes del Ministerio de Economía, del de Justicia y del BDI²⁵⁶, estableciera un texto consensuado²⁵⁷. El resultado fue una ley ecléctica que, aunque salvando los principios básicos del proyecto neoliberal de ERHARD, intentó establecer un sistema mixto que congeniara ambos principios, o, si se quiere, ambas épocas, la anterior y la posterior a la ocupación de Alemania: la Ley alemana contra las limitaciones²⁵⁸ de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) de 27 de julio de 1957, que en síntesis establecía el principio de prohibición para los acuerdos restrictivos y el principio del abuso para las posiciones de dominio. De hecho contenía todas las formas posibles de reglamentación: la prohibición absoluta, excepciones de pleno derecho, posibilidades de autorización y control exterior sólo contra los abusos²⁵⁹.

²⁵⁶ *Bundesverband der deutschen Industrie.*

²⁵⁷. Reforzado el gobierno después de las elecciones de 6 de setiembre de 1963, se constituyó una comisión a fin de negociar oficiosamente el contenido de la ley con las fuerzas económicas y sociales. Ésta llegó a un acuerdo sobre los puntos más polémicos en octubre de 1954, y el nuevo proyecto fue reenviado a la comisión de asuntos económicos del Parlamento en 1955, la cual, tras numerosas sesiones, lo envió al *Bundestag*, que lo adoptó en tercera lectura sin cambios importantes, y después al *Bundesrat* que lo aprobó el 19 de julio de 1957. Entendemos importante hacer referencia a estos datos, porque en cierto modo determinan el proceso de formación de la cultura antitrust alemana moderna, base importante del Tratado, en este proceso negociado de síntesis entre la tradición, la industria europea y la cultura antitrust americana. Es importante observar que las bases consensuadas fundamentales de la ley eran ya anteriores al Tratado de Roma.

²⁵⁸. Usamos expresamente el término limitaciones, porque es el que se usaba normalmente en el contexto de la ley; así JOAQUIN GARRIGUES: *Ibidem*. TOMASI: "La nouvelle loi allemande sur les cartels: Loi contre les limitations de la concurrence du 27 juillet 1957" RTDE, tome XI année 1958; págs. 36 y ss.

²⁵⁹. Véase por ejemplo RITTNER: *Wirtschaftsrecht*, Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979; pág. 9 y ss. EMMERICH: *Kartellrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 1982; pág. 1 y ss. GAMM, O.F. von: «Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung: Ein Beitrag zum Spannungsverhältnis von GWB und UWG» NJW, (1980), págs. 2489 y

En ella se ha de notar que, primero, como su nombre indica, ya no es una ley pensada sólo contra el abuso del poder de mercado, sino que primero está orientada a combatir las restricciones de la competencia. Segundo, en su redacción originaria, en materia de acuerdos restrictivos, conforme al principio de prohibición antes apuntado, partía de la regla general prohibitiva, pero, conforme a su carácter mixto, enseguida establecía una amplia lista de excepciones a las que la prohibición no se aplicaba, hasta el punto de aproximar el sistema más hacia el abuso que a la prohibición²⁶⁰. Tercero, que excepción hecha de la obligación de notificar del artículo 33, al igual que el Tratado de Roma, no contenía ningún tipo de previsión relativa al control de las concentraciones, dicho control se introduciría paulatinamente en las posteriores reformas de 1973 y 1980. Y, cuarto, pese a lo anterior, esta ley nació con la vocación de ser un exhaustivo código de defensa de la competencia, que, como tal, contemplara todo acto susceptible de afectar a la competencia; de ahí su longitud (109 artículos repartidos en 5 secciones)⁽²⁶¹⁾.

ss. MESTMÁKER, E.J.: «Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht», DB (1968), págs. 787 y ss. O. SCHLECHT: *Wettbewerb als ständige Aufgabe*, Tübingen, 1975, págs. 13 y ss. WÜRDINGER, H.: *Freiheit DER persönlichen Entfaltung: Kartell- und Wettbewerbsrecht*, Karlsruhe, 1953, pág. 9

²⁶⁰. Esta larga lista de excepciones, mucho mayor que la que contemplaba el proyecto originario de Friburgo, fue, junto a la limitación de los poderes de control de los monopolios, la principal modificación introducida por el BDI, y, en cierto modo, aunque respetó los principios esenciales del proyecto, desvirtuó el sistema prohibitivo al ser casi más importantes las excepciones que la regla general prohibitiva (FONT RIBAS: conversaciones).

²⁶¹. JOAQUIN GARRIGUES: *Ibidem*. RAYBOULD: *Comparative Law of Monopiles*, Londres: Graham and Troutman, 1994; pág. 347 y ss. VILÀ COSTA: *El «abuso de posición dominante» en la CEE*. Colección Cuadernos de administración pública, Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; pág. 247 y ss. PELLICER VALERO: "Las prácticas abusivas de posición dominante", en Rev. RDM, 1967, nº 104, pág. 347 y ss. VICENT CHULIÀ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Tomo I, volumen II. Barcelona: ed. Bosch, 1991; págs. 1108-1109. GALAN CORONA: "La reforma de la ley alemana contra restricciones de competencia de 4 de agosto de 1973", en RDM, 1974,

D) *LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE UNA POSICIÓN DE DOMINIO EN LA LEY ALEMANA DE 27 DE JULIO DE 1957.*

Después de establecer, como control *a priori*, una regla general prohibitiva de carteles en el párrafo 1 GWB, atenuada por un amplio juego de excepciones o posibles autorizaciones en los artículos siguientes; el párrafo 22 GWB prohibía, como mecanismo de control *a posteriori*, la explotación abusiva de una posición de dominio en la fijación de precios y de condiciones de venta.

Así el párrafo 22 GWB, tras definir la posición de dominio en sus puntos 1 y 2, establecía, en su punto 3, que había abuso en dos hipótesis:

- "1) Cuando [la/s empresa/s dominante/s] utilizan su posición en el mercado de forma abusiva imponiendo precios de compra o venta, o condiciones comerciales, con ocasión de la conclusión de los contratos; o,
- 2) Cuando, utilizando de manera abusiva su posición en el mercado, hacen depender la conclusión de contratos sobre mercancías o servicios de la adquisición por el cocontratante de otros artículos o servicios que, por sí mismos o por su uso comercial, no guardan relación con los primeros.

En la apreciación del abuso todas las circunstancias deben ser tomadas en consideración."

En el caso de que se apreciarse el abuso, la autoridad *antitrust* podía prohibir la práctica de que se tratara y

págs. 255 y ss. MARKET: "Las nuevas tendencias de desarrollo en el Derecho alemán de la competencia", en RDM, n° 111 de 1969, págs. 251 y ss. TOMASI: "La nouvelle loi allemande sur les cartels: Loi contre les limitations de la concurrence du 27 juillet 1957" RTDE, tome XI année 1958; págs. 35 y ss. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; págs. 11 y ss.

declarar nulos los contratos (punto 4)²⁶²; pero no podía ordenar conductas positivas al monopolio, ni disponer su disolución²⁶³. Y, en materia de concentraciones, la *GWB* se limitaba a establecer la obligación de declarar las concentraciones, cuando las empresas interesadas obtuvieran con ella una participación igual o superior al 20%, o cuando una de las empresas interesadas controlara, incluso antes de producirse la concentración, una cuota de mercado de esa magnitud (párrafo 23 *GWB*).

En el tratamiento que la *GWB* de 1957 da al abuso de posición de dominio, se ha de notar que la *GWB* (1957) no prohibía la posición de dominio por sí misma, y, excepto las prácticas colusorias que, con excepciones, prohibía de forma general, tampoco estaba demasiado interesada en el modo de adquirirla; lo único que prohibía era el abuso de esa posición. La síntesis que se operó en los años 50 entre la tradición de abuso alemana y la prohibitiva americana dio lugar a un sistema mixto, en el que las posiciones de dominio son tratadas según el principio del abuso. Se trata de un sistema diametralmente opuesto al americano de prohibición.

En efecto, a la *Sherman Act* y a la interpretación y aplicación que de ella hacía la jurisprudencia americana en aquellas fechas, le preocupaba sólo el modo de adquirir la posición de dominio y, prohibía, por tanto, las prácticas restrictivas que conducían a ella por el sólo hecho de ser idóneas para alcanzarla (*Alcoa*). Se pensaba que nadie adquiriría conscientemente una posición de dominio, si no era para abusar de ella (para

²⁶². En la primera redacción del artículo 22 *GWB*, los poderes de la Oficina Federal de Carteles se acababan aquí y no podía siquiera ordenar directamente conductas positivas, debía limitarse a prohibir las conductas que estimara abusivas. Esto variará en las reformas posteriores; pero no lo posibilidad de adoptar medidas de disolución del monopolio.

²⁶³. JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 163 a 165.

comportarse como un monopolista), la intención de abusar se presumía implícita en la práctica de adquisición o consolidación de la posición de dominio. Con ello, también se quería evitar el tener que reglamentar el poder de dominio que resultaría de ella. En cambio, la *GWB* de 1957, era indiferente a la posición de dominio y al modo de adquirirla, incluso en el caso de que se hiciera por la vía de concentración, sólo le preocupaba que pudiera abusarse de ella. Para el Derecho de la Competencia alemán la voluntad de adquirir una posición de dominio no implica la voluntad de abusar de él²⁶⁴. Por ello, se establecía un sistema de control a posteriori, consecuente con la idea de que una cosa es el monopolio, que no es malo en sí mismo y por tanto no estaba prohibido, y otra comportarse como un monopolista, que sí se prohibía. Puede decirse que, en el tratamiento de las posiciones de dominio, mientras el sistema americano del artículo 2 de la *Sherman Act* era un sistema de prohibición puro; el alemán del párrafo 22 *GWB* y siguientes era un sistema esencialmente de abuso. La *GWB* (1957) no establece una prohibición general de abuso susceptible de abarcar cualquier tipo de conducta, contractual o extracontractual, activa o pasiva²⁶⁵, sino que lo confinaba a los supuestos contractuales que contempla. Nótese que conductas típicamente

²⁶⁴. RAYBOULD: *Comparative Law of Monopiles*, Londres: Graham and Troutman, 1988 (incluida la revisión de 1994); pág. 360.

²⁶⁵. Esta modificación se introducirá en las posteriores reformas, especialmente en la reforma de 1973 (véase GALAN CORONA: "La reforma de la ley alemana contra restricciones de competencia de 4 de agosto de 1973", en *RDM*, 1974, págs. 255 y ss. VILÀ COSTA: *El «abuso de posición dominante» en la CEE*. Colección Cuadernos de Administración Pública, Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; pág. 248). El principal defecto de la primera redacción de la ley de prácticas limitativas de la competencia de 1957 fue precisamente esta el limitar el abuso a estos tipos específicos de conducta. Esto se modificó con la reforma de 1963 en que se configuró de forma general como cualquier tipo de comportamiento (JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 159 y ss.).

monopolísticas como la limitación de la producción o del progreso técnico, el voluntario exceso de capacidad para adelantarse a los crecimientos de la demanda, la imposición de restricciones en la distribución, el uso del poder de dominio que se tiene en un mercado para imponerse en otros, etc., no están cubiertas por el párrafo 22 GWB en su redacción originaria.

Y consecuentemente con el sistema del abuso, la GWB (1957) sólo concedía poderes a la autoridad *antitrust* para atacar *conductas*; pero no tenía poderes para actuar sobre la estructura misma del poder, no podía ordenar la disolución del monopolio. A diferencia del sistema de prohibición que, cuando juzgaba las medidas de conducta insuficientes, podía acudir a medidas estructurales descentralizadoras; el sistema de abuso alemán no preveía tal posibilidad²⁶⁶. Entonces, el eje central del sistema de control de las posiciones de dominio alemán de 1957 giraba en torno a la protección de los que contrataban con la empresa dominante, ya fueran clientes, ya proveedores. Si se admite la posición de dominio que puede llegar hasta el monopolio en el que no existe competencia, en ese caso, el control sólo puede versar sobre las conductas referidas a clientes y proveedores, y no frente a los competidores que no existen.

E) CONCLUSIÓN.

No parece que la protección de la competencia estructural fuera la principal preocupación del sistema de abuso alemán de 1957. Al contrario, conforme a la tradición alemana (el derecho civil y la ley de control de abusos de 1923), la protección de clientes y proveedores parecía ser el principal, sino el único, objeto de la norma antiabuso de la Ley de 1957. La idea del abuso

²⁶⁶. JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 163 y ss.

anticompetitivo irá desarrollándose paulatinamente en la práctica y en las reformas posteriores. La concentrada industria alemana logró imponer un sistema mixto de abuso, ampliamente tolerante con las posiciones de dominio, que restringía fuertemente los supuestos de abuso (los contractuales que contemplaba), y los mecanismos de actuación de la autoridad frente a los mismos, reducidos a la prohibición de conductas frente a los cocontratantes.

IV) LAS ORDENANZAS FRANCESAS.

La regulación expresa del abuso de posición de dominio como tal, tras un intento fallido en la reforma de 24 de junio de 1958, no llegaron a Francia hasta la Ley de 2 de julio de 1963 que introdujo la reglamentación de las posiciones de dominio. En 1957, la institución del abuso de posición de dominio no tenía en el Derecho Francés una regulación propia. Sin embargo, se obtenían resultados parecidos mediante la utilización de normas contenidas en el Código Penal de 1810, en el Derecho civil, y, principalmente, en las instrucciones sobre ententes y en la reglamentación de precios²⁶⁷. En efecto, ciertas conductas abusivas podían ser reprimidas desde el artículo 37 de la Ordenanza de 30 de junio de 1945, que diferenciaba tres supuestos de prácticas abusivas realizadas por un solo empresario: las negativas de venta, la discriminación en los precios o en las condiciones de venta y los contratos ligados. También desde la institución civil del abuso de derecho, que estaba ampliamente desarrollada en el Derecho Civil Francés. Y también desde el artículo 419 del Código penal que, después de la modificación de 3 de diciembre de 1926, castigaba las

²⁶⁷. PELLICER VALERO: "Las prácticas abusivas de posición dominante", en Rev. RDM, 1967, nº 104, págs. 354 y ss. BURST/KOVAR: *Droit de la concurrence*. París: *Económica*, 1981; pág. 283.

maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Sin embargo, la experiencia demostró pronto que ese texto era difícil de aplicar y fue manifiestamente ignorado por la administración y los tribunales²⁶⁸.

En fin, a falta de una regulación expresa de las posiciones de dominio, se acudía, con mayor o menor frecuencia y eficacia²⁶⁹, a normas dispersas por el ordenamiento, que, aunque en principio no estaban pensadas para ello, podían ser utilizadas para el control de abusos.

Todo ello descubre que la constitución de posiciones de dominio por una sola empresa²⁷⁰, no era una preocupación importante para el Derecho francés anterior al Tratado de Roma. Sólo parecía preocuparse, y no de forma directa hasta el punto de establecer una regulación expresa, por reprimir ciertas prácticas abusivas que pudieran realizarse desde esa posición. El monopolio no se veía como un mal, y en el caso de que se abusara del poder que concedía, el Derecho ya ofrecía mecanismos suficientes para corregir las prácticas abusivas²⁷¹. Esa parecía ser en esencia la filosofía imperante, en cuanto al tratamiento de las posiciones de dominio unilateralmente

²⁶⁸. *Ibidem*.

²⁶⁹. Más menor que mayor.

²⁷⁰. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que paralelamente se combatieran los carteles. Pero, también se ha de decir que en el Derecho francés de aquella época, pese a la obsesión reinante sobre los trust por influencia americana, no había una voluntad contra ellos tan fuerte como la existente en EEUU de la New Deal o en la Alemania de la posguerra, no era nada extraño que el propio Estado instara a la formación y seguimiento de acuerdos en buena medida restrictivos de la competencia; así, por ejemplo los decretos leyes que intentaron hacer obligatorias las ententes en las industrias de la seda y de la molinería, o la ley de 28 de febrero de 1948 que exigía a los armadores la conclusión de acuerdos de tráfico, amenazando en su defecto con imponer una coordinación forzada. Francia era un perfecto ejemplo europeo de la visión relativizada de las virtudes de la competencia.

²⁷¹. BURST/KOVAR : 285.

adquiridas, en la cultura *antitrust* francesa anterior al Tratado de Roma.

En resumen, en el momento de redactarse el Tratado de Roma (1957), había principalmente cuatro sistemas de defensa de la competencia y de tratamiento de las posiciones de dominio.

Un sistema de prohibición, el sistema americano que en el ámbito de la New Deal estaba fuertemente inspirado en el principio de prohibición. Éste llegó a prohibir la adquisición y mantenimiento de una posición de dominio (salvo las accidentales). Era indiferente al modo cómo se ejercía ese poder frente a clientes y proveedores o a sus resultados desde el punto de vista de la eficiencia; lo único que le interesaba era el modo como había sido adquirido y el modo como se mantenía. En el caso de que las actuaciones sobre las conductas resultaran insuficientes, preveía la posibilidad incluso de actuar directamente sobre la estructura con medidas de desconcentración.

Un sistema mixto de prohibición, el sistema CECA que se inspiraba en el principio de la prohibición para las colusiones y en el del abuso para las posiciones de dominio. No prohibía las posiciones de dominio en sí mismas, sino sólo su abuso; pero establecía un sistema de control rígido y severo que parecía más orientado a desincentivar o evitar las posiciones de dominio, que a favorecerlas o tolerarlas. Junto a una clara preocupación para evitar la formación de posiciones de dominio manifestada en el control preventivo de concentraciones (prohibidas en algunos casos) y en la referencia expresa a la falta de competencia efectiva; para el caso de abuso preveía expresamente la posibilidad de imponer una reglamentación directa de los precios y la producción.

Un sistema mixto de abuso, el sistema alemán establecido por la GWB de 1957. Es un sistema que funde la tradición de abuso alemana con la de prohibición americana en un pacto nacional entre los neoliberales y la industria alemana, e introduce un sistema mixto de abuso. Después de prohibir los acuerdos restrictivos con amplias excepciones y posibles autorizaciones, establece un régimen de abuso suave y tolerante con las posiciones de dominio. No prohíbe las posiciones de dominio en ningún caso, sino sólo su abuso en los supuestos contractuales taxativamente determinados en la ley. Contra el abuso sólo cabrán prohibiciones y declaraciones de nulidad, pero no cabrá imponer conductas positivas, ni, mucho menos, imponer medidas de desconcentración.

Y un sistema mixto informal de abuso. Era el sistema francés, que, aunque carecía de un tratamiento expreso para las posiciones de dominio, podía conseguirse, con mayor o menor eficacia, resultados similares a los del abuso aplicando normas dispersas en el Código Penal, Civil y en las legislaciones de carteles y precios. Por sus resultados parecía un sistema próximo al alemán.

CAPÍTULO TERCERO:

EL SUJETO DOMINANTE

El artículo 82 TCE y en parecidos términos el artículo 6 LEDC prohíben «... la explotación abusiva, *por parte de una o más empresas*, de una posición dominante ...». Interesa saber qué se entiende por «empresas» en ambas normas antiabuso.

I) NOCIÓN DE EMPRESA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 82 TCE.

Al igual que en el artículo 81 TCE, en el artículo 82, el Tratado de Roma no define el término «empresa». Nos preguntamos entonces cuál es el significado y alcance de este elemento típico del abuso de posición de dominio. Para ello habremos de acudir a la doctrina y a la Jurisprudencia.

El Tribunal de Primera Instancia señala en *Vetro* (1992) que «no existe razón alguna, jurídica o económica, para suponer que el término "empresa" que figura en el artículo 82 TCE tenga un significado distinto del que se le ha atribuido en el artículo 81 TCE.»²⁷²; de ahí que las precisiones hechas por la Doctrina y la Jurisprudencia

²⁷². Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, as. ac. T-68-77-78/89, *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión*, Rep. II-1403, consid. 358.

para éste, sean de forma general también válidas para aquél²⁷³.

A) NOCIÓN FUNCIONAL.

Preocupado por evitar que la Competencia sea falseada en el mercado interior (art. 3,g) , el Derecho de la competencia comunitario articula una noción funcional y heterodoxa de "empresa" que, con la función principal de delimitar su ámbito subjetivo de aplicación, busca ante todo, no un concepto jurídico acabado de empresa, sino sólo determinar los sujetos afectados por las prohibiciones contenidas en los artículos 81 y 82 TCE. Para ello se busca la máxima flexibilidad posible, a fin de posibilitar la adaptación y seguimiento de los textos legales de la variada y cambiante realidad económica que regulan²⁷⁴. Así, rompiendo los parámetros clásicos de las definiciones jurídicas de los ordenamientos nacionales²⁷⁵, el ordenamiento comunitario define la "empresa" (más desde una perspectiva económica que jurídica²⁷⁶) como toda entidad que, cualquiera que sea

²⁷³. En la doctrina, así En la doctrina, WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 246; o, en España, FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 256.

²⁷⁴. En este sentido, señala FONT GALAN que el término "empresa" en el ordenamiento jurídico comunitario, no es usado con un valor conceptual acabado que pretenda dar o partir de una definición jurídica de su esencia, sino que sólo es usado como «un dato o recurso técnico útil para delimitar, desde el punto de vista personal, el ámbito del Derecho de la Competencia europeo» (FONT GALAN: *Ibidem*. Pág. 60 y 62, también «El concepto de empresa relevante en el derecho de la competencia de la Comunidad Europea. Exposición crítica», 29 Not. CEE 41 (jun. 87). VICENT CHULIÀ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Tomo I, volumen II. Barcelona: ed. Bosch, 1991; pág. 1118. WHISH: *Ibidem*, pág. 214.

²⁷⁵. WAELBROECK/FRIGNANI: "Derecho Europeo de la Competencia", Tomo I, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 45.

²⁷⁶. Con ello se resuelve la vieja polémica entre el concepto jurídico y el económico de «empresa» en el Derecho de la competencia comunitario (véase VILÀ COSTA -*El «abuso de posición dominante» en la CEE*. Colección Cuadernos de

su forma o categoría jurídica, sea capaz de desarrollar algún tipo de actividad económica en los mercados de bienes y servicios⁽²⁷⁷⁾⁽²⁷⁸⁾.

Es importante observar que esta definición no se centra tanto en el dato jurídico de la personalidad, como en el dato de la naturaleza económica o comercial de la actividad en la que incurre la entidad de la que se trate.

administración pública, Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; págs. 95 y ss.-, que ya señalaba la mayor conveniencia de la tesis económica; o a GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 350) en favor de la tesis económica; aunque ello no significa que en el Derecho comunitario de la competencia se acoja una noción puramente económica de empresa, pues la jurisprudencia ofrece ejemplos en los que no se ha seguido la noción puramente económica (FONT GALAN: *Ibidem*, pág. 61).

²⁷⁷. Como observa WHISH, la Comisión acoge esta definición de carácter marcadamente funcional y económico en la decisión de 23 de abril de 1986, *Polypropylene*, DOCE L 230/1 de 18 de agosto. Véanse también las decisiones de 2 de agosto de 1989, *Mallas electrosoldadas*, DOCE L 260/1 de 6 de septiembre, de 21 de diciembre 1988, *PVC*, DOCE L 74/1 de 17 de marzo de 1989, de 21 de diciembre de 1988, *LdPE*, DOCE L 74/21; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, *K. Höfner y Elser/macroton*, Rec. I-2010. Se observa que el concepto de empresa contenido en el Derecho de la competencia comunitaria no debe confundirse con el de personalidad jurídica (y moral) o fiscal, sino que debe referirse a toda entidad que participe en actividades comerciales (WHISH: *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths, 1993, pág. 187; CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 74. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 351.473 y ss.). VAN BAEL/BELLIS: *Competition Law of the EEC*, Chicago: CCJ Editions Limited, 1987, pág. 19. GÓMEZ SEGADÉ: "Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE", en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo V, Madrid, 1978. CASES PALLARÉS, Luis: "La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia", 639 *Revista General del Derecho* 14368-9 (1997). También el Tribunal de Defensa de la Competencia deduce este concepto de la interpretación de las autoridades comunitarias (Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de marzo de 1998, as. 419/1997, *Cruz Roja Fuengirola*, fund. 2).

²⁷⁸. Este concepto funcional y flexible de empresa lo acoge la jurisprudencia comunitaria. Véanse, entre otras, las sentencias de 23 de abril de 1991, as. C-41/90 *Höfner y Eher*, Rep. I, pág. 1979; de 17 de febrero de 1993, as. C-159/91 y C-160/91 *Paucet y Pistre*, Rep. I-637; y de 19 de enero de 1994, asunto C-364/92, Rep. I-61.

B) *PERSONALIDAD, Y FORMA DE LA ENTIDAD CALIFICADA COMO "EMPRESA"*.

El Derecho de la competencia comunitario, y con él el artículo 82 TCE, rompiendo los esquemas jurídicos de los ordenamientos nacionales, se aplica a toda entidad, que, con personalidad física o jurídica, o simplemente con personalidad moral, o incluso sin ellas, realiza una actividad con fines económicos en el mercado²⁷⁹. El dato de la personalidad jurídica no aparece pues como un elemento esencial del concepto comunitario de empresa²⁸⁰. Ahora bien, ello no excusa que, para que esta entidad económica pueda ser calificada como "empresa" a los efectos del Derecho comunitario de la competencia, deba ser de algún modo capaz de sostener derechos y obligaciones, y económicamente autónoma, pues de otro modo no se entendería que pudiera actuar eficazmente en el mercado²⁸¹; pero sin que los requisitos de la personalidad y de la capacidad de obrar, tal como son definidos en los ordenamientos jurídicos internos, sean necesarios para la calificación de la entidad económica de que se trate como "empresa"²⁸².

Y, por supuesto, si la personalidad física o jurídica no es necesaria para calificar una entidad como empresa a los efectos del Derecho de la competencia

²⁷⁹. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ibídem*, ... cit. supra.

²⁸⁰. WHISH: *Ídem*, pág. 187. En este sentido se admite de forma general que las sociedades del derecho italiano, alemán o neerlandés son empresas a los efectos de la normativa antitrust comunitaria, pese a carecer de personalidad jurídica (WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, pág. 47).

²⁸¹. Así, observa FONT GALAN, que «la conclusión de "acuerdos (o contratos) entre empresas" (artículo 85.1 -actual 81.1-TCE), el establecimiento de relaciones comerciales con otras partes" (artículo 85.1,a -actual 81.1,a) y la imposición por una de estas partes de determinadas condiciones a los demás contratantes (artículo 86 -actual 82, a, b, c y d TCE) implica la existencia de capacidad de obrar por parte de los sujetos actuantes denominados empresas» (FONT GALAN: *Ibídem*, pág. 63).

²⁸². FONT GALAN: *Ibídem*, págs. 63 y ss. FRIGNANI/WAELEBROECK: *Ídem*, págs. 45, 46, y 43 ss.. Vid supra.

comunitario, todavía lo es menos la forma o la categoría jurídica que ésta pueda adoptar²⁸³. Por ello, en principio, el Derecho de la competencia comunitario es susceptible de ser aplicado a toda "empresa" incurso en actividades económicas en el mercado, sea cual sea la forma o categoría jurídica que esta pueda adoptar²⁸⁴. Así, por ejemplo, personas físicas, sociedades mercantiles y civiles, asociaciones profesionales, cooperativas agrícolas, comerciantes individuales, fundaciones y instituciones públicas, agrupaciones de interés económico etc. han sido consideradas empresas por las autoridades comunitarias²⁸⁵.

Con todo, esta flexibilidad en la determinación del infractor de la norma de defensa de la competencia comunitario, como es lógico, no excluye la necesidad de determinar una persona física o jurídica, responsable en último término de la actividad de la entidad económica infractora, sobre la que deberán hacerse efectivas las obligaciones impuestas por las reglas comunitarias de la competencia y las eventuales sanciones que puedan seguir a su infracción²⁸⁶, pues una cosa es calificar a una entidad como empresa a fin de delimitar responsabilidades, y otra distinta es hacer efectivas las oportunas consecuencias jurídicas.

²⁸³. FONT GALAN: *Ibidem*, pág. 64. WHISH: *Ibidem*, pág. 214. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ibidem*, pág. 351 y 407. FRIGNANI/WAELBROECK: *Ibidem*.

²⁸⁴. *Ídem*.

²⁸⁵. Véase CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992, págs. 73-74; y FONT GALAN: *Ibidem*. GÓMEZ SEGADE: "Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE", en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo V, Madrid, 1978; pág. 74. FRIGNANI/WAELBROECK: *Ídem*, pág. 45.

²⁸⁶. FONT GALAN :*Ibidem*, pág. 65. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*, pág. 74. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ibidem*, pág. 351.

C) CARÁCTER ECONÓMICO DE LA CONDUCTA O ACTIVIDAD.

Entonces lo decisivo para que una determinada entidad sea calificada como "empresa" por el Derecho comunitario de la competencia, es que desarrolle algún tipo de actividad económica o comercial²⁸⁷ en el mercado, susceptible de afectar a la competencia²⁸⁸. Ello ocurrirá cuando la entidad se dedique a alguna actividad de producción o distribución de bienes o servicios en el mercado²⁸⁹.

Este criterio es además interpretado en el Derecho de la competencia comunitario, de forma amplia y flexible. Así, no es necesario que se trate de una actividad formal y principal, pues las autoridades comunitarias, a la hora de decidir si una determinada entidad puede ser calificada como empresa, no atienden tanto al objeto formal de su actividad, como a si su actividad de hecho es económica o no, aunque sea de forma

²⁸⁷. Entendida como intercambio económico, así CJCE [10 de diciembre de 1968 (*Comisión c. República italiana*, 7/68), Rec. 1968.619.

²⁸⁸. FONT GALAN: "La reforma de la ley alemana contra restricciones de competencia de 4 de agosto de 1973", en RDM, 1974, págs. 73 y ss. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992, pág. 74. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 351. VICENT CHULIÀ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Tomo I, volumen II. Barcelona: ed. Bosch, 1991; pág. 1118. FRIGNANI/WAELBROECK: Ídem, pág. 46. Nótese que, como observa FONT GALAN, es precisamente la posibilidad de que esa actividad económica afecte a la competencia, la que explica la calificación de la entidad como "empresa" y la aplicación del Derecho de la Competencia.

²⁸⁹. Con las lógicas excepciones de orden público y social; así no se entenderá por actividad económica o comercial a los efectos del Derecho de la competencia comunitario, las relaciones laborales dependientes y su gestión por los sindicatos (Véase a este respecto GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, págs. 352-353). Tampoco se han considerado empresas a las Cajas de Seguro de Enfermedad y Vejez de afiliación obligatoria que, sin finalidad lucrativa sino meramente social, se limitan a aplicar la ley sin poder incidir sobre el importe de las cotizaciones, la utilización de los fondos y la determinación del nivel de prestaciones (Sentencia de 17 de febrero de 1993, as. ac. C 159-160/91, *Poucet y Pistre*, Rec. I-637, considerandos 13 y 18). Etc. FRIGNANI/WAELBROECK: Ídem pág. 46.

incidental o marginal, y a si afecta de facto a la competencia²⁹⁰. Tampoco exigen que esa actividad para ser comercial esté animada por el ánimo de lucro, bastará con que se trate de una actividad de producción o distribución de bienes y servicios²⁹¹ y se preste normalmente contra remuneración²⁹². Ello explica que asociaciones benéficas o instituciones religiosas hayan sido consideradas "empresas" por haber realizado actividades económicas de forma ocasional²⁹³.

Y, por otra parte, en esta misma línea de dilatación del campo subjetivo de aplicación de las normas de la competencia comunitarias, el objeto de la actividad económica de la entidad enjuiciada, esto es, los «bienes» y «servicios» producidos o distribuidos, han sido también interpretados latamente por los órganos comunitarios. Tanto es así que la naturaleza del «bien»²⁹⁴ o «servicio» producido o intercambiado, en principio, no ofrece mejor criterio de calificación que el estatuto jurídico de la entidad²⁹⁵. Así, de forma general, por «bienes» y

²⁹⁰. FONT GALAN: Ídem, pág. 74. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, 351-2.

²⁹¹. FONT GALAN: Ibídem, pág. 74. CHILD/BELLAMY: Ibídem, pág. 74. GÓMEZ SEGADÉ: "Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE", en Actas de Derecho Industrial, Tomo V, Madrid, 1978; pág. 74. WHISH: Ídem, 188. Para FRIGNANI/WAELBROECK, aunque no es necesario el ánimo de lucro, sí debe tratarse de una actividad no gratuita, prestada contra remuneración, que, no obstante, no tiene por que proceder directamente de quien entrega el bien o presta el servicio (FRIGNANI/WAELBROECK: Ídem, págs. 46 y 49).

²⁹². El término remuneración se interpreta de forma amplio y no es necesario que proceda directamente de la parte que recibe el bien o servicio (WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 49).

²⁹³. FONT GALAN: Ibídem, págs. 74-75. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ibídem, pág. 352. Véase la abundante casuística de la Jurisprudencia comunitaria.

²⁹⁴. De hecho, el concepto de «bien» ha sido interpretado de forma tan amplia por los órganos comunitarios de la competencia, que abarca a todo bien material o inmaterial susceptible de valoración económica. Véase nota siguiente.

²⁹⁵. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ibídem, pág. 353. FONT GALAN: Ibídem, págs. 76 y ss. De todos modos, véase también en este punto la amplia casuística Jurisprudencial que existe. Véase también FRIGNANI/WAELBROECK: Ídem, págs. 46 y ss.

«servicios» se entiende, a los efectos del Derecho comunitario de la competencia, todo aquello susceptible de cambio por una contraprestación evaluable económicamente²⁹⁶.

D) *LAS ENTIDADES PÚBLICAS COMO EMPRESA.*

Hemos visto que el artículo 82 TCE, al igual que el artículo 81 TCE, se aplica a toda entidad (unidad económica) que realiza una actividad económica en el mercado susceptible de afectar a la competencia, sea cual sea su forma o categoría jurídica. De ahí se siguen cuestiones que por su importancia merecen un tratamiento expreso.

Primero, cabe preguntarse si también los entes públicos pueden ser considerados "empresa" a los efectos del Derecho de la competencia comunitario, y, por tanto, si éstos pueden estar en posición de dominio en el mercado e incurrir en un abuso de esa posición según el artículo 82 TCE.

Aunque todavía no es una cuestión resuelta ni pacífica²⁹⁷, en la actualidad se adivina una tendencia en

²⁹⁶. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ibidem*, pág. 352, véase la ya citada CJCE [10 de diciembre de 1968 (*Comisión c. República italiana*, Rec. 1968.619).

²⁹⁷. Véase CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 73 y ss; también GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; págs. 353 y ss., especialmente la pág. 354. WHISH: *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths, 1993, pág. 330. En este sentido se suelen presentar como sentencias divergentes, de un lado, en contra, las sentencias de 4 mayo de 1988, as. 30/87 *Corinne Bodson v. Pompas Fúnebres des Regions Libérées SA*, Rec. 2479, donde no se apreció acuerdo entre municipios franceses actuando como autoridad pública y y empresas concesionarias de servicios públicos; *Poucet y Pistre*, ya cit., donde se concluyó que los servicios regionales de la Seguridad Social no eran empresas. *Höfner and Elser*, ya cit., donde el Tribunal llegó a la conclusión de que la Oficina de Empleo Federal Alemana era una empresa en cuando suministraba servicios al mercado; y de 10 de diciembre de 1991, as. C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielle SpA*, Rec. I-5889, donde se consideró el Puerto de Genova una empresa; y, sobre todo, la de 19 de enero de 1994, as. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft v*

las autoridades comunitarias a considerar que hay una "empresa" aun cuando quien realiza la actividad económica o comercial en el mercado es un organismo de la administración pública o aun cuando ésta no dé lugar a una contraprestación²⁹⁸. Ello sería una consecuencia lógica del concepto funcional de empresa acogido en la doctrina comunitaria, en el que lo esencial para determinar si un sujeto puede ser o no autor de las conductas tipificadas en los artículos 81 y 82 TCE es su intervención como operador en el mercado, y no el título o personificación con que lo hace²⁹⁹. Sin perjuicio de los problemas que ello plantea³⁰⁰, únicamente quedarían excluidas del concepto de empresa y, por tanto, del ámbito de aplicación del artículo 82 TCE los organismos o entes cuyas actividades son típicamente el ejercicio de prerrogativas del poder público y no presentan un carácter económico que justifique la aplicación de las reglas del Tratado³⁰¹. Está claro que la actividad

Eurocontrol, Rec. I-43, donde frente a la solución negativa de las autoridades inglesas el Tribunal en casación parece trazar una línea divisoria entre el ejercicio de prerrogativas públicas, en las que los entes públicos no serían considerados empresas, y el desarrollo de actividades empresariales, en la que pueden serlo.

²⁹⁸. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ibidem*; pág. 408. Véase así la decisión de la Comisión de 1 de agosto de 1999, *Servicios de correo rápido en España*, DOCE L 233/19 de 28 de agosto de 1990; y la sentencia de 23 de abril de 1991, *K. Höfner et Elser/Macroton*, cit. supra. Véase también WHISH: *Ídem*, pág. 331, 332. BERENGUER FUSTER, LUIS: "Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la LDC" D-29 GJCE, 172 (septiembre 1998). CASES PALLARÉS: *Ibidem*.

²⁹⁹. Véase BERENGUER FUSTER: *Ídem*, pág. 172..

³⁰⁰. Así ocurre, por ejemplo en el caso en que la Administración en la realización de algunas actividades económicas como operador en el mercado recurre a reglamentaciones obligatorias para los usuarios.. BERENGUER FUSTER: *Ídem*, pág. 173. WAELBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, pág. 51.

³⁰¹. Interpretación de la jurisprudencia comunitaria realizada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en base a la sentencia *SAT/Eurocontrol (1994)*, cit. Supra, (Resol. Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, fund. 3.2 *in fine*). Solución también defendida por BERENGUER FUSTER: *Ídem*, 148 y ss. BERENGUER FUSTER / GINER PARREÑO: «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia» Derecho de los negocios, 29 y ss. (marzo 2000). Véase también WHISH comentado la jurisprudencia contradictoria recogida en nota anterior

legislativa y reglamentaria como tal es una prerrogativa pública que queda fuera del ámbito del artículo 82 TCE, sin perjuicio de que, cuando resulta en la concesión de derechos exclusivos o especiales a una empresa, pueda aplicarse el artículo 86 TCE³⁰². El criterio delimitador se situaría pues en la naturaleza propiamente administrativa o comercial de la actividad³⁰³.

Ello puede exigir incluso un análisis más profundo de la naturaleza de determinadas actividades de los entes públicos para ver si se ocultan bajo la apariencia de prerrogativas públicas verdaderas actividades económicas³⁰⁴. Sería una doctrina del «levantamiento del velo» aplicada al control de ciertas actuaciones de la Administración en el mercado³⁰⁵. Cabe encontrar un referente en la jurisprudencia comunitaria³⁰⁶, donde el Tribunal consideró que la cesión a *British Telecommunications* de la facultad de adoptar disposiciones relativas a la fijación de tarifas de precios y otras modalidades de prestaciones que ofrecía a los usuarios, no tenían carácter regulador y, por lo tanto, eran consideradas actividad empresarial y quedaban sometidas por ello al artículo 82 TCE³⁰⁷.

Pero, en cualquier caso, en virtud del artículo 86 TCE, las empresas públicas, aquellas a las que los Estados conceden derechos especiales o exclusivos, las encargadas de la gestión de servicios de interés

(Ídem, pág. 189). WHISH Ve además esta opinión en línea con la que sostiene la Comisión en *Aluminium Products OJ (1985) L92/1*.

³⁰². WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem. 367.

³⁰³. Véase BERENGUER FUSTER: Ídem, espec. págs. 171 y ss.

³⁰⁴. Ver en el Derecho de la competencia español BERENGUER FUSTER: Ídem, pág. 174.

³⁰⁵. BERENGUER FUSTER: Ídem, pág. 172, 176. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 51.

³⁰⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1985, as. C-41/83 *Italia c. Comisión*, considerandos 19 y 20.

³⁰⁷. Recogiendo esta sentencia en el mismo sentido BERENGUER FUSTER: *Ibidem*, y WAELBROECK/FRIGNANI: *Ibidem*, también pág. 367.

económico general, o las que tengan el carácter de monopolio fiscal, tienen la consideración de "empresas" y, por tanto, también quedan sujetas a las normas sobre competencia del Tratado, en la medida que realicen actividades económicas o comerciales en el mercado y aun en el caso de que éstas tengan la consideración de servicio público³⁰⁸. No se olvide que el artículo 86.1 TCE obliga a los Estados a no adoptar ni mantener ninguna medida que pueda posibilitar a tales empresas escapar de las prohibiciones de los artículos 81 y 82 TCE o que las incite a actuar en contra de tales artículos, de modo que los Estados no pueden conceder inmunidad a las empresas respecto de las normas de la competencia, salvo con los límites expresados en el artículo 86.2 TCE³⁰⁹.

Y, segundo, también cabe preguntarse en qué medida se aplica el Derecho de la competencia comunitario a estas empresas. La respuesta la ofrece el mismo artículo 86.2 TCE, cuando, después de someter las empresas

³⁰⁸. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 76, 524 y 730 y ss. FONT GALAN CORONA: "La reforma de la ley alemana contra restricciones de competencia de 4 de agosto de 1973", en RDM, 1974, págs. 77-78. WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 330 y ss.

³⁰⁹. CHILD/BELLAMY: Ídem, pág. 731; WHISH: Ibídem, pág. 246 y 330 y ss. Ello se fundamenta en el artículo 5.2 del Tratado que obliga a los Estados a abstenerse de cualquier actuación que pueda contravenir la consecución de los objetivos del Tratado, entre los que se ha de contar el artículo 3,g) que quiere el establecimiento «de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior». Según el Tribunal de Justicia, el artículo 86 -antiguo artículo 90- en realidad no es sino una aplicación particular del principio general contenido en el artículo 10 -antiguo art. 5- del Tratado de Roma. Véanse la sentencia de 16 de noviembre de 1977, asunto 13/77, *INNO c. ATAB*, Rep. I-2115, 2146, donde el Tribunal señala que «Los Estados miembros no pueden promulgar disposiciones que permitan a las empresas privadas eludir las limitaciones impuestas por los artículos 85 -actual 81- TCE a 94 -actual 89- del TCE» (2144-5); o la sentencia de 6 de julio de 1982, as. ac. 188-190/80, *Francia, Italia Reino Unido c. Comisión*, Rep. 2545.). De esta doctrina se desprende que una norma interna no puede amparar conductas o situaciones de entidades contrarias a la libre competencia comunitaria, por lo que difícilmente podrá alegarse que quedan protegidas por el amparo legal. Véase

encargadas de la gestión de servicios públicos y que tengan el carácter de monopolio fiscal a las normas de la competencia, señala que estas normas sólo se aplicarán en la medida en que ello no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada; pero, estableciendo, con todo, que los intercambios (la competencia) no podrán quedar afectados en tal forma que sean contrarios a los intereses de la Comunidad. Se ha de señalar que esta posible vía de inmunidad ha sido objeto de una severa interpretación restrictiva de la Comisión y del Tribunal de Justicia³¹⁰, hasta el punto que la alegación y prueba de la excepción a la aplicación de las normas sobre competencia del tratado a tales empresas es tan difícil que hasta el momento ninguna empresa ha logrado alegarla con éxito. No basta con alegar que las normas de la competencia del Tratado de Roma dificultan la realización del servicio de interés general o del monopolio fiscal o hacen su funcionamiento más complejo, es necesario que la imposibiliten³¹¹. Y, además, ni esta alegación surtirá efecto, si su admisión ha de provocar una distorsión en la competencia que sea gravemente contraria a los intereses de la Comunidad³¹².

Por tanto, toda entidad pública, o privada por encargo o concesión pública, que realice una actividad económica o comercial en los mercados de bienes o servicios que pueda afectar a los intercambios (y con ellos a la competencia), aunque sea un servicio público, será susceptible de ser calificada, por razón de esa

³¹⁰. WHISH: *Ibídem*, pág. 247.

³¹¹. CHILD/BELLAMY: *Ibídem*, págs. 739-740.

³¹². CHILD/BELLAMY: *Ibídem*, pág. 741. De hecho, el TRIBUNAL DE JUSTICIA y la COMISIÓN están reduciendo tanto la aplicación de esta cláusula de inmunidad,, que su supervivencia es hoy incierta (GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ibídem*, pág. 408).

actividad, como "empresa" a los efectos de la aplicación del artículo 82 TCE y de las restantes reglas sobre competencia del Tratado, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte. El hecho de que la ausencia de competencia en el mercado relevante sea consecuencia o sea facilitada por disposiciones legislativas no impide en modo alguno la aplicación del artículo 82 TCE, que puede ser aplicado también a los monopolios legales³¹³. Aunque el artículo 82 TCE va dirigido a las empresas, el Tratado obliga a los Estados a no adoptar o mantener en vigor medida alguna en contra de este precepto o de su eficacia (art. 86.1 TCE)³¹⁴. Es más, los Estados miembros no pueden conceder a sus empresas inmunidad respecto a la prohibición contenida en el artículo 82, por lo que incluso puede decirse que el artículo 82 TCE prohíbe el abuso, aunque éste resulte de una disposición de la legislación nacional³¹⁵. Y, si se trata de una empresa que tiene encomendada la gestión de servicios de interés económico general o que tenga la consideración de monopolio fiscal (art. 86.2 TCE), le será igualmente aplicable el artículo 82 TCE en la medida que no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ella encomendada³¹⁶. Luego una "empresa" pública puede estar en posición de dominio y explotarla abusivamente, y, con ello, provocar la aplicación del artículo 82 TCE, siempre que, cuando se trate de uno de los supuestos previstos en el artículo 86.2 TCE, ello no

³¹³. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*, pág. 525. WHISH: *Ibidem*.

³¹⁴. Sentencias de 3 de octubre de 1985, as. 311/84, *Centre Belge d'Etudes de Marché Telemarketing v. CLT*, Rep. 3261; de 13 de noviembre de 1975, as. 26/75, *General Motors v. Comisión*, Rep. 1367; de 20 de marzo de 1985, as. 41/83, *Italia v. Comisión*, Rep. 873; de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, *British Leyland v. Comisión*, Rep. 3263. CHILD/BELLAMY: *Ídem*, pág. 525. WHISH: *Ídem*, págs. 246, 331.

³¹⁵. *INNO c. ATAB (1977)*: *ibidem*, cit. *supra*. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*. WHISH: *Ibidem*.

³¹⁶. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*. WHISH: *Ibidem*.

impida la realización de la misión específica que tiene encomendada.

Todo ello debe situarse además en el marco de una doble tendencia interpretativa extensiva de los órganos comunitarios que, de una parte, tiende a aumentar el campo de los sujetos públicos susceptibles de ser calificados como "empresa", pudiendo alcanzar incluso a las administraciones públicas cuando actúan como oferentes y demandantes de bienes y servicios en el mercado. Y, de otro, tiende a reducir al mínimo de la inexistencia (a derogar) la posibilidad de la inmunidad contemplada en el artículo 86.2 TCE.

E) LOS GRUPOS DE SOCIEDADES COMO EMPRESAS.

Un problema distinto es el tratamiento de los grupos de sociedades como empresa en el Derecho de la competencia comunitario y, en particular, en el artículo 82 TCE.

Se trata de una cuestión que puede afectar de forma muy importante a la definición de la posición de dominio y al tratamiento subjetivo del abuso. A parte de que la consideración de un grupo de sociedades como una sola empresa supone la inaplicación del artículo 81.1 TCE a los acuerdos establecidos entre ellas³¹⁷, primero, la consideración de los grupos de sociedades como una misma empresa permite a las autoridades comunitarias tener en cuenta la potencia de otras sociedades que forman parte del grupo, a efectos de valorar su posición de dominio o sus posibilidades financieras a la hora de fijar la caución en garantía del pago de la multa³¹⁸. En segundo

³¹⁷. Ver sentencias *infra*.

³¹⁸. Así lo hizo la Comisión en el asunto *Transocean marine Paint Association*, donde tuvo en cuenta el poco peso de unos productores de pintura internacionales asociados a dos de sus miembros para conceder la exención solicitada (Decisión de 21 de diciembre de 1973, *Transocean II*, DOCE L 19/18). Y también el

lugar, permite aplicar el artículo 82 TCE al grupo en su conjunto, aunque la sociedad que haya realizado el abuso en el Mercado común no sea la misma que ostenta la posición de dominio³¹⁹. Ello permite dirigir las decisiones o imponer las multas no sólo a las sociedades que han participado directamente en la decisión, sino también a las otras sociedades del grupo que la han facilitado o que pudiendo hacerlo no se han opuesto³²⁰. Y también permite extender la responsabilidad a sociedades del grupo establecidas fuera del Mercado común por infracciones realizadas por sus sociedades filiales dentro de la Comunidad, sin tener que recurrir a la problemática teoría de los «efectos»³²¹.

En la aplicación del Derecho de la competencia, tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión consideran que un grupo de sociedades constituyen una misma empresa, cuando éstas definen una unidad económica en el mercado³²². Y la unidad económica viene definida, no por

Tribunal de Justicia en *Suiker Union (1975)* a la hora de valorar la posición de dominio de la encausada tuvo en cuenta junto a su producción la de las otras dos sociedades sobre las que ésta ejercía un control (Sentencia de 16 de diciembre de 1975, as. ac. 40-48-50-54-56-11-113-114/73, *Suiker Unie y otros*, Rec. 1663, considerandos 376-382). También las sentencias de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes Funebres*, as. 30/87, consid. 20; y de 27 de abril de 1994, as. C-397/92, *Ayuntamiento de Almedo*, Rec. I-1477, consid. 41 y 42. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 63, en base a las sentencias citadas *infra*.

³¹⁹. Así *Continental Can (1973)* o *ZOJA (1974)*. FRIGNANI/WAELBROECK: *Ibidem*.

³²⁰. Decisión de 25 de noviembre de 1980, *Johnson & Johnson*, DOCE L 377/16 de 31 de diciembre; sentencia de 7 de junio de 1983, as. ac. 100-103/80, *Musique Diffusion Française* (sentencia «Pioneer»), Rec. 1825, de ahí se desprende que en el ámbito de los acuerdos de distribución que hay una responsabilidad de que no se afecte la competencia en el mercado. WAELBROECK/FRIGNANI: *Ibidem*. WHISH: Ídem, pág. 190.

³²¹. Sentencias de 14 de julio de 1972, as. ac. 48-57/64, *ACNA, Cassella, ICI, Ciba Geigy*, Rec. 619; y de 21/2/1973, as. 6/72 *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión* (1973). WAELBROECK/FRIGNANI: *Ibidem*. WHISH: *Ibidem*.

³²². Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, as. 22/71, *Beguelin*, Rec. 949, considerandos 7 y 9; 14 de julio de 1972, *ACNA y otros*, ya cit. *Supra*, consid. consid. 133 y 135; de 6 marzo de 1974, as. 6-7/73, *Commercial Solvents*, Rec. 223, consid. 41, ver con especialmente la decisión e la Comisión de 14 de diciembre de 1972 recaída en este asunto; de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, ya cit., consid. 15; de 31 de octubre de 1974, as. 15/74, *Centrafarm c. Sterling*, consid. 41, y as. 16/74, *Centrafarm c. Winthrop*, Rec. 1147, consid. 32; de 4 de mayo de 1988, as. 30/87, *Bodson c. Pompas funebres*,

el dato de la personalidad³²³, sino por la ausencia de autonomía de unas sociedades en la determinación de su actuación en el mercado³²⁴. En la medida que una sociedad sea autónoma en la definición de su actuación en el mercado, se alejará de su integración en el grupo; y en la medida en qué esté sometida a un control efectivo se integrará en el mismo. La dependencia o subordinación o, su contrario, la autonomía de decisión se descubre así el criterio esencial en el que se centran las autoridades comunitarias para calificar un grupo de sociedades como una misma empresa o como distintas empresas³²⁵.

En la realidad de los mercados en los distintos grupos y también entre las empresas de un mismo grupo suelen existir distintos tipos y grados de autonomía o control. El problema se centra entonces en determinar bajo qué condiciones las autoridades comunitarias van a considerar que el grado de control o autonomía existente en un grupo es suficiente para considerarlo o no como una misma empresa. Para ello se suele atender a factores tales como la importancia de la participación en el capital social que una empresa sobre otra, la composición de los consejos de administración, o el modo como una empresa influencia a otra y el alcance con que la filial

ya cit., consid. 19; de 12 de julio de 1984, as. 179/83, *Hydrotherm*, Rec. 2999, consid. 11; y en materia de ayudas, sentencia de 14 de noviembre de 1984, as. 323/82, *Interfills*, Rec. 1809. Ver más extensamente WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 55. WHISH: Ídem, págs. 190, 212. En la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, ver, por ejemplo, resolución de 29 de septiembre de 1999, as. 442/98, *Eléctrica del Llémana*, fund. 3.

³²³. Para las autoridades comunitarias el término empresa es sinónimo de unidad económica, aunque esta unidad esté integrada por dos o más personas físicas o jurídicas (Sentencia de 12 de julio de 1984, as. 170/83, *Hydrotherm*, Rep. 2999, 3016; Comisión, decisión de 18 de junio de 1969, *Christian & Nielsen*, DOCE L 156/12.)

³²⁴. Ídem. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, págs. 353 y ss., espec. 356. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem. 55 y ss. WHISH: Ibídem.

³²⁵. WHISH: Ídem, pág. 213.

sigue las instrucciones de la matriz³²⁶. Se trata, no obstante, de una cuestión de hecho que se habrá de valorar en cada caso en atención al conjunto de condiciones y circunstancias concurrentes³²⁷.

Con todo, las autoridades comunitarias hasta el presente, a la hora de definir un grupo, no han atendido tanto al dato de la situación formal de dependencia como a si se ha producido o no un ejercicio efectivo del poder de control. No parece que les importe tanto la subordinación formal como la material³²⁸. Así, aunque la detentación por una sociedad de la totalidad o casi totalidad del capital social de otra permite presumir un control efectivo³²⁹, para el Tribunal de Justicia la simple participación mayoritaria no basta, es necesario además que la filial siga esencialmente las instrucciones de la matriz³³⁰. La constancia del control efectivo es particularmente importante cuando se trata de capital estatal. Aunque la totalidad del capital de dos empresas pertenezca al Estado, sólo se considerarán una misma empresa, si no son administradas autónomamente³³¹.

³²⁶. Véase sobre esta cuestión la sentencia de 25 de octubre de 1983, as. 107/82, *AEG-Telefunken*, Rec. 3151. WHISH: Ídem., pág. 213.

³²⁷. Ver WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 59. Así, entre otras, decisión de 18 de junio de 1969, *Christian & Nielsen*, cit. supra.

³²⁸. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, pág. 357. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, págs. 59 y ss.

³²⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, as. 107/82, *AEG-Telefunken*, consid. 50; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, *BPB Industries*, Rec. II-392, considerando 149. WAELBROECK/FRIGNANI: Ibídem.

³³⁰. Sentencias de 14 de julio de 1972, as. 48/69, *ICI*, consid. 133; 31 de octubre de 1974, as. 15/74, *Centrafarm c. Sterling*, consid. 41, y as. 16/74, *Centrafarm c. Winthrop*, consid. 32; de 4 de mayo de 1988, as. 30/87, *Bodson c. Pompas funebres*, consid. 19. Sobre este punto hay división entre los abogados generales. Para WARNER en *CIC* debe presumirse el control cuando hay participaciones mayoritarias (La misma opinión parece acoger WHISH -Ídem, pág. 213); en cambio, para DARMON en los asuntos *Orken* y *Solvay* no debe haber tal presunción. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 59. Ver también GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, espec. pág. 357.

³³¹. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 60.

Las autoridades comunitarias prestan también atención al grado de dependencia para ventilar las posibles responsabilidades dentro del grupo por la infracciones cometidas. Aunque decidir si el abuso cometido por una filial puede ser imputado a la matriz es también una cuestión de hecho que debe ser valorada en cada caso³³², se adivinan algunas tendencias en las autoridades comunitarias. Así, en principio, cuando la filial dependiente ha cometido la infracción siguiendo netamente las instrucciones de la matriz, la Comisión tiende a imputar la responsabilidad a la matriz y exonera a la filial ejecutora o que ha desempeñado un papel meramente secundario³³³. En el caso de que no se haya acreditado totalmente el protagonismo de la matriz, ésta puede ser sancionada solidariamente con la filial, si conociéndolo no hizo nada para impedir la infracción³³⁴. Y, si la filial comete la infracción ignorándolo la matriz o en contra de su voluntad, la Comisión tiende a imputar la responsabilidad sólo a la filial³³⁵. Esto último es posible precisamente porque hasta el momento no parece interesar tanto a las autoridades comunitarias el vínculo formal de control como que éste se ejercite de forma efectiva. Para las autoridades comunitarias la

³³². CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 526, 672.

³³³. La Comisión ha aplicado esta regla en múltiples ocasiones, por ejemplo, en las decisiones de 6 de agosto de 1984, *Re Zinc Producer's Group*, DOCE L 220/27 de 17 de agosto; de 14 de diciembre de 1985, *ECS-AKZO*, DOCE L 374/1 de 31 de diciembre p. 90; de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, DOCE L 65/19 de 11 de marzo de 1988, p. 54; y de 23 de julio de 1984, *Vidrio Plano en el Benelux*, DOCE L 212/13 de 8 de agosto, p. 54.

³³⁴. Decisiones *Vidrio Plano en el Benelux*, cit. supra, núm. 54; y de 25 de noviembre de 1980, *Johnson & Johnson*, cit. supra.

³³⁵. Decisiones de 5 de octubre de 1983, *Deutsche Philips GmbH*, DOCE L 293/40 de 20 de octubre; de 1 de diciembre de 1976, *Miller International*, DOCE L 357/1 de 29 de diciembre; de 7 de octubre de 1981, *Michelín Países Bajos*, DOCE L 353/33 de 9 de diciembre; de 7 de diciembre de 1982, *National Panasonic*, DOCE L 354/28 de 16 de diciembre; y de de 23 de diciembre de 1977, *BMW Belgium*, DOCE L 46/23 de 17 de febrero de 1978, p. 26. Véase más extensamente sobre esta tendencia de las autoridades comunitarias a WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, págs. 61-62.

relación de dependencia que existe entre la filial y la matriz no excluye ni una diversidad de conducta, ni siquiera una diversidad de intereses entre ambas sociedades³³⁶.

II) NOCIÓN DE EMPRESA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.

A) NOCIÓN FUNCIONAL.

Entiende el Tribunal de Defensa de la Competencia que la misma interpretación extensiva del concepto de empresa realizada por las autoridades comunitarias en la solución de los artículos 81 y 82 TCE, es válida también para el Derecho de la competencia español³³⁷. En nuestro Derecho de la competencia y, en particular en el artículo 6 LEDC, el término empresa comprende también «... cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico y de la forma de financiación de dicha entidad.»³³⁸. Para el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque el artículo 1 LEDC, a diferencia del artículo 81 TCE y del artículo 6 LEDC, no usa el término «empresas» o «asociaciones de empresas» para definir el sujeto de las restricciones colusorias; «[n]o existen razones para que la interpretación a la que haya de llegar en Derecho español difiera de la solución dada en el Derecho comunitario.»³³⁹.

³³⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1979, as. acs. 32-36-82/78, *BMW Belgium*, Rec. 2435, consid. 24.

³³⁷. Resol. Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de marzo de 1998, as. 419/1997, *Cruz Roja de Fuengirola*, consid. 2, donde se trataba de aplicar los artículos 1 y 6 LEDC a determinadas actuaciones de la Cruz Roja y del Ayuntamiento de Fuengirola.

³³⁸. *Ibidem*.

³³⁹. *Ibidem*.

B) *LOS SUJETOS PÚBLICOS COMO EMPRESA.*

No obstante lo anterior, la solución no es nada fácil cuando de lo que se trata es de aplicar el Derecho de la competencia a las administraciones y entidades públicas. Ello no es extraño pues se ha de aplicar a las administraciones públicas normas pensadas originariamente para las empresas. Se trata sin duda de una de las cuestiones más vivas y debatidas en Derecho de la competencia³⁴⁰; pero a la vez también más ineludible. Sobre todo, si se tiene en cuenta la frecuente aparición del sector público en el mercado, el carácter supralegal que cada vez más se reconoce a las normas de la competencia en el marco comunitario³⁴¹, y la consecuente tendencia de las autoridades encargadas de su defensa a dilatar el concepto de empresa hasta alcanzar a los entes públicos³⁴².

Es en este contexto que el Tribunal de Defensa de la Competencia tiende también a extender las normas *antitrust* a la actuación de las administraciones públicas³⁴³.

³⁴⁰. BERENGUER FUSTER: "Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la LDC" D-29 GJCE, 149 (septiembre 1998). Esta misma dificultad la reconoce el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Cruz Roja de Fuengirola*, cit. *supra*, consid. 1

³⁴¹. A parte de los argumentos en este sentido que derivan del Derecho comunitario, el Tribunal Constitucional entronca el mandato de defensa de la competencia directamente con el artículo 38 de la Constitución, entre otras, en la sent. de 1 de julio de 1986: «El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta (art. 38 CE, inciso segundo) por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo de la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.».

³⁴². Respecto a las autoridades comunitarias vid. *supra*. Tendencia reconocida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resol. De 2 de septiembre de 1994, as. 310/1992, *Retransmisión TV fútbol extranjero*, o en *Cruz Roja Fuengirola*, cit. *supra*, consid. 1.

³⁴³. En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia, antes de fijar un criterio delimitador señala en *EMORVISA*, con ocasión de enjuiciar desde el punto de vista del Derecho de la competencia unas actividades económicas desarrolladas por las corporaciones locales, que a) La Defensa de la

Entonces, el problema se centra en determinar cuál es el alcance de esa extensión y, consecuentemente, cuáles son los límites del control *antitrust* que habrá de ejercer el Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la actuación de las administraciones públicas³⁴⁴.

i) Control de la actividad normativa.

Una primera cuestión se refiere al control de la actividad normativa de los poderes públicos. En este punto, se ha de observar que, a diferencia de lo que ocurre con las autoridades comunitarias que pueden instar incluso la nulidad de normas de rango legal contrarias a la libre competencia³⁴⁵, el Tribunal de Defensa de la Competencia únicamente puede «... formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministro de Economía y Hacienda, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.» (art. 2.2 LEDC). Se ha de notar

competencia se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como un mandato que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución y que vincula a todos los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. b) Los monopolios legales no se sustraen a la aplicación de la Ley 16/1989 (art. 6.3 LEDC). c) Que a estos efectos resulta irrelevante si el ayuntamiento presta directamente el servicio, actúa mediante figuras de Derecho privado o gestiona el servicio público a través de una sociedad mercantil, bien sea ésta de naturaleza pública o de económica mixta, pues en todos estos casos estamos en presencia de operadores económicos que quedan sometidos a las normas de competencia (Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de octubre de 1993, as. 325/1992, *EMORVISA*. Reiterando esta doctrina, Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, consid. 3.1. Los enjuiciamientos de actuaciones de las administraciones públicas, sobre todo ayuntamientos y corporaciones locales, por el Tribunal de Defensa de la Competencia es tan frecuente que no necesita mayores citas. A diferencia de la Ley de Prácticas restrictivas de la competencia de 1963 que establecía que el Tribunal de Defensa de la Competencia no era el órgano competente para revisar la actuación administrativa y excluía la actividad administrativa de ámbito de actuación; la Ley 16/89 de Defensa de la competencia excluyó esos preceptos, con lo que deja abierta esta posibilidad.

³⁴⁴. Ver el considerando 1 de *Cruz Roja de Fuengirola*, cit. *supra*, consid 1. También BERENGUER FUSTER: págs. 148 y ss.

³⁴⁵. BERENGUER FUSTER: Ídem, pág. 150. Vid también *supra*.

que el Tribunal carece de una verdadera facultad de enjuiciamiento de las normas contrarias a la libre competencia y su función se reduce sólo a proponer su modificación. Así lo reconoció el Tribunal en *Instituto Catalán de Inspección y Control (1997)* ante una norma de la Generalitat de Catalunya que, frente al sistema de libertad estatal, reservaba en exclusiva mediante concesión administrativa las funciones de inspección de la seguridad industrial en Cataluña a dos concesionarias, que, a su vez, debido al régimen de libertad estatal, podían actuar y actuaban libremente y con ventaja en el resto del Estado desde la posición de fuerza que les daba su reserva legal de dominio en el mercado catalán. Los demandantes denunciaban que la normativa catalana, que producía el efecto de fragmentar el mercado nacional, era contraria a la Ley de libertad estatal que configuraba el mercado nacional como un mercado en el que pueden actuar todas las entidades autorizadas, y que tampoco era válida la negativa de la Administración catalana a que operen en su territorios otras entidades distintas de sus concesionarias. Ante esta denuncia, el Tribunal de Defensa de la Competencia, pese a reconocer la razón que asistía al demandante, hizo suya la decisión del Servicio según el que no es competencia del Tribunal decidir sobre la validez de las normas y de los actos administrativos denunciados. Sin embargo, sí anunció su intención de dirigirse «... al Gobierno para que, sin perjuicio de las acciones legales que pueda ejercitar, considere esta circunstancia para una acción legislativa ...»³⁴⁶. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comunitario, las posibilidades de control de la actividad normativa de los poderes públicos

³⁴⁶. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de enero de 1997, *Instituto Catalán de Inspección y Control*, as. r 173/96, fund. 2. También en el mismo sentido la resolución de 30 de diciembre de 1993, *ITV*, as. 64/93, que trataba un asunto semejante.

por el Tribunal de Defensa de la Competencia son desde la LEDC muy escasas.

Se han apuntado como posibles soluciones la aplicación del Derecho comunitario desde el que se puede llegar a remover normas estatales contrarias a la libre competencia (arts. 2, 5 -actual 10-, 3g, y 90 -actual 86- TCE, sentencia *Inno c. ATAB*³⁴⁷ -1977)³⁴⁸. También se ha señalado la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda presentar cuestiones de inconstitucionalidad contra las leyes que vulneren el principio de libre competencia contenido³⁴⁹ en el artículo 38 CE, o instar la nulidad de los reglamentos contrarios a la competencia ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa³⁵⁰. No obstante, estas soluciones se descubren de difícil articulación en el actual marco legislativo³⁵¹.

ii) Control de la actividad no normativa.

Una segunda cuestión se refiere al enjuiciamiento de las actuaciones no normativas de las administraciones públicas desarrolladas en la aplicación de las normas, o directamente como oferentes o demandantes en el mercado, las cuales pueden incidir de forma significativa en la estructura y funcionamiento del mercado. Se trata de

³⁴⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1977, as. 13/77, *Inno c. ATAB*.

³⁴⁸. BERENGUER FUSTER / GINER PARREÑO: "Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia" *Derecho de los negocios*, 28 (marzo 2000), pág. 30. Ver VICENT CHULIÁ: «Poderes públicos y Derecho de la Competencia», 583 RGD 3335 (1993).

³⁴⁹. Para el Tribunal constitucional el mandato de la defensa de la competencia entronca directamente con el artículo 38 CE (Sentencia de 1 de julio de 1986). Doctrina recogida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Emorvisa*, cit. supra.

³⁵⁰. BERENGUER FUSTER: "Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la LDC" D-29 GJCE (septiembre 1998), pág. 153 y ss.

³⁵¹. Ídem. Véase de forma general VICENT CHULIÁ: Ídem, cit. supra. 3319 y ss., espec. 3335 y ss.

definir unos criterios que permitan decidir, a la vista de estas actuaciones, cuándo las Administraciones públicas pueden pasar a ser sujetos de las conductas prohibidas (entre ellas del abuso de posición de dominio) y cuándo no.

Aceptado con carácter general el principio de sujeción de las Administraciones y entidades públicas al Derecho de la competencia³⁵², el Tribunal ha seguido con vacilaciones distintos criterios de delimitación. En ocasiones, el Tribunal se ha centrado en el dato de la forma jurídica adoptada por el sujeto para decidir que, si una administración constituye una sociedad para gestionar un servicio, tal sociedad pasa a ser por este hecho sujeto del Derecho de la competencia³⁵³. Así en *Marmolistas de Fuengirola*, ante una empresa propiedad del ayuntamiento que actuaba en el mercado como empresario bajo forma mercantil, el Tribunal señaló que este hecho era suficiente para aplicar en su integridad el Derecho de la competencia, porque «... si por su propia voluntad un operador público ha decidido transformarse en parte al menos en un operador de mercado, ha de hacerlo con todas sus consecuencias y aceptando la integridad de la legislación común que se aplica al resto de los demás sujetos del ordenamiento jurídico en que actúa.»³⁵⁴. Este criterio presenta el riesgo

³⁵². Este principio interpretativo acogido ya por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se ha visto reforzado después del Real Decreto-Ley de julio de 1996 de reforma de la LDC, que con la supresión de la coetilla «... o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.» del párrafo primero del artículo 2.1 LEDC, y la introducción del segundo párrafo al artículo 2.1 LEDC, parece manifestarse la voluntad del legislador de incluir en el control antitrust también las restricciones «que sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.», aunque sean colusorias. Es importante destacar que la supresión de la mencionada coetilla del párrafo 1 del artículo 2.1 LEDC puede confirmar la posibilidad de sujetar a control también las actividades desarrolladas al amparo de reglamentos independientes, y probablemente también las que se desarrollen al amparo de reglamento con habilitación en blanco, contraviniendo el principio de libre competencia. Ver BERENGUER FUSTER: Ídem, págs. 169-170.

³⁵³. Así ocurrió en la Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de septiembre de 1993, as. 334/93, *Marmolistas de Fuengirola*.

³⁵⁴. *Ibidem*.

de empujar a las administraciones a eludir el control de sus actividades empresariales evitando las formas mercantiles³⁵⁵.

Con frecuencia el Tribunal atiende al criterio de si la actuación administrativa se ha realizado bajo amparo legal, para concluir que, si falta este amparo, la Administración pasará a ser sujeto de Derecho de la competencia por esa actuación. Así en *EMORVISA* ((1993) el Tribunal señala que «... resulta trascendente determinar si la actividad que se desarrolla en régimen de monopolio se encuentra o no sujeta a regulación y, en caso afirmativo, si el monopolista se ha ajustado estrictamente a las normas establecidas o ha actuado al margen de las mismas.»³⁵⁶. Este criterio presenta el riesgo de favorecer una huida al Derecho administrativo para sustraer las actividades empresariales de la Administración del Derecho de la competencia³⁵⁷.

Conviene destacar que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dicho en *Aparejadores de Mallorca* (1998) que «... el abuso, por su propia naturaleza, no puede tener nunca amparo legal»³⁵⁸. Esta doctrina recayó en un caso en el que la actuación administrativa, una denegación del visado preceptivo subordinada al pago previo de los honorarios de otro aparejador, se desviaba claramente de la finalidad de la norma que establecía el requisito del visado. Cabe preguntarse, si esta doctrina será también aplicable en los casos en los que la actuación administrativa "abusiva" (por subsumirse en el tipo del artículo 6 LEDC) queda dentro de la finalidad de la norma

³⁵⁵. BERENGUER FUSTER: Ídem, 160.

³⁵⁶. *EMORVISA*, cit. *supra*. El mismo criterio se reitera en las resoluciones de 31 de mayo de 1995, R 112/95, *Funerarias de Madrid*; y de 23 y 30 de diciembre de 1997, 115/95, *Funerarias de Madrid* 3.

³⁵⁷. BERENGUER FUSTER: Ídem, pág. 162.

³⁵⁸. Cit. *supra*, fund. 9.

que la establece. Parece que, en este caso, quizá sea mejor hablar de un problema de control de normas. En *Cruz Roja de Fuengirola (1998)*, el TDC frente a la limitación del número de licencias de máquinas expendedoras de bebidas refrescantes en la vía pública realizada por el Ayuntamiento, que, según los denunciantes, infringía el artículo 6.2,b LEDC, el Tribunal consideró que el Ayuntamiento había actuado como regulador en ejercicio de potestades públicas, cuyo control no corresponde al TDC, y, por lo tanto, no podía ser sujeto del artículo 6 LEDC e infringir esta norma³⁵⁹. Es decir, un sujeto público en el ejercicio legal de sus prerrogativas no puede ser sujeto de abuso y, por lo tanto, no "puede" cometer abuso. La actuación realizada bajo amparo legal excluye, por una cuestión de definición del sujeto, su calificación como abuso.

En otras ocasiones, acude al concepto de acto administrativo como límite de la actuación del Tribunal al considerar que los órganos de defensa de la competencia no pueden enjuiciar las actuaciones administrativas³⁶⁰. Este criterio, no obstante, choca con la dificultad de definir previamente el acto administrativo, que puede ser definido de una forma muy amplia o muy estricta, y en el hecho de que sus perfiles doctrinales y jurisprudenciales se centran más en los requisitos formales del acto que en su contenido³⁶¹.

Y, otro criterio al que recientemente se venía haciendo repetidas referencias en la doctrina del

³⁵⁹. Cit. *supra*, fund. 4.

³⁶⁰. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de julio de 1994, as. 339/94, *C.O.A.M.*, donde el Tribunal señala que los actos administrativos son ajenos a la prohibición del artículo 1 LEDC y que el Tribunal no tiene competencia para revisarlos. También ver Resol. de 18 de octubre de 1993, as. 58/93, *Sabadell*.

³⁶¹. BERENGUER FUSTER: Ídem, pág. 166. Este criterio ha podido perder buena parte de su fuerza después de la reforma de 1996; vid nota *supra*.

Tribunal³⁶², es expresado con rotundidad en *Cruz Roja de Fuengirola (1998)*, donde el Tribunal considera que procede el control *antitrust*, cuando las administraciones públicas, cualquiera que sea la forma que adopten, actúan como operadores económicos cuya conducta incide en la estructura y funcionamiento del mercado³⁶³. Este criterio presenta el mérito de no centrarse tanto en la forma jurídica del sujeto o del acto como en el dato material de su naturaleza o contenido. Lo decisivo no es ya si la administración actúa con la forma de sujeto privado o si la conducta tiene o no la consideración de acto administrativo, lo importante ahora será si en la aplicación de las normas o en sus actuaciones en el mercado actúa como un operador económico. Es importante señalar que la actuación de la administración como operador económico en el mercado no es incompatible con su sometimiento al Derecho administrativo³⁶⁴. Este criterio hará preciso averiguar en cada caso la naturaleza material de la actuación para ver si es económica o regulatoria; y, como reconoce el Tribunal apoyándose en la

³⁶². Así las resoluciones de 1 de abril de 1996, as. R 145/96, *Denegación de venta ambulante*, donde el Tribunal no entra a revisar unos actos y licencias administrativas porque constituyen un acto administrativo sujeto a normas de derecho público, sin que pueda considerarse que, en su ejercicio, los Ayuntamientos asuman el papel de operador económico; del 9 de abril de 1996, as. R 151/96, *Ayuntamiento de Madrid*, donde se señala que el Ayuntamiento de Madrid no actúa como operador económico sino que sus actuaciones se movían en el campo del Derecho administrativo; y de 30 de abril de 1996, as. R 148/96, donde el Tribunal señala que la Secretaría General de Desarrollo Rural y Conservación de la Naturaleza del Ministerio de Agricultura y la Diputación General de Aragón son sujetos operadores en el mercado en función de demandantes cuando encargan suministros, obras y servicios.

³⁶³. *cit. supra*, fund. 2. Esta doctrina se reitera después en otras resoluciones; así en *Aparejadores de Mallorca* el Tribunal señala que «... es doctrina constante de este Tribunal que la LDC es de aplicación general a todos los operadores económicos que actúan en el mercado y, por consiguiente, a los Colegios profesionales cuando se comportan como tales, esto es, cuando no actúan en el ejercicio de potestades públicas, correspondiendo a este organismo la apreciación del carácter con el que estos últimos operan ...» (Res. de 28 de octubre de 1998, as. 410/1997, *Aparejadores de Mallorca*, fund. 2); de 21 de febrero de 2000, as. R. 398/99, *Entrenadores de Fútbol*, consid. 2.

³⁶⁴. BERENGUER FUSTER: Ídem, pág. 68, donde cita como ejemplo actuaciones de los colegios profesionales.

jurisprudencia comunitaria³⁶⁵, en ocasiones va a suponer la necesidad de «... hacer un mayor esfuerzo interpretativo para "levantar el velo" de la actuación de las administraciones y determinar si bajo la apariencia de actuaciones regulatorias se ocultan actividades económicas, ... [lo que] supondrá un elemento más del análisis interpretativo acerca de si existe o no una actuación como operador en el mercado.»³⁶⁶.

Un problema con que choca este último criterio es la necesidad de definir el término «operador económico» que se presenta como sustitutivo del término jurídico de «empresario». El Tribunal de Defensa de la Competencia, en *Entrenadores de Fútbol (2000)*, lo aproxima al concepto funcional de «empresa»³⁶⁷, cuando señala que «... el concepto de operador económico a efectos de la aplicación de la LDC es un concepto muy amplio considerándose como tal a los que intervienen en el tráfico económico, aún sin ánimo de lucro ...». Lo esencial es pues que actúen como oferentes o demandantes de bienes y servicios. Y subraya a reglón seguido que «quedan excluidos solamente los organismos cuyas actividades son típicamente prerrogativas del poder público y no presentan un carácter económico.»³⁶⁸. Del uso de la conjunción copulativa «y» podría incluso llegar a deducirse que son operadores económicos los sujetos públicos que desarrollen una actividad económica (de intercambio de bienes y servicios), aunque lo hagan en ejercicio de prerrogativas típicas del poder público y por

³⁶⁵. *Italia c. Comisión (Decisión British Telecommunications)*, cit. *supra*.

³⁶⁶. *Cruz Roja Fuengirola*, cit. *supra*, consid. 2.

³⁶⁷. Tesis ya defendida por un sector de la doctrina. Así BERENGUER FUSTER: Ídem, pág. 171, BAÑO LEÓN, José María: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid: McGraw-Hill, 1996, págs. 64-66; y, aunque con matizaciones, GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: "El Derecho administrativo privado", Madrid: De. Montecorvo, 1996, pág. 331.

³⁶⁸. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de febrero del 2000, R 398/99, *Entrenadores de Fútbol*, fund. 2.

supuesto sin ánimo de lucro. Entonces el único límite al control de su actividad económica se situaría en el amparo legal³⁶⁹. Sin embargo esta posibilidad parece excluida por el propio Tribunal, cuando poco antes consideró en *Servicio Renta Ágil (1999)* que cuando el Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno Balear estableció, en colaboración con varias entidades financieras, un servicio de asesoramiento fiscal gratuito, complementado con un servicio de atención al contribuyente, durante el plazo de declaración del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas; «... no ha[bía] actuado como operador económico al recabar la colaboración de las entidades financieras, sino sólo como coordinador de unos medios, que ninguna norma exige que sean públicos, para poner en marcha un servicio destinado a ilustrar al contribuyente sobre la mejor manera de hacer su declaración del Impuesto sobre la Renta. ...»³⁷⁰. Y añadió a continuación que «... El denunciante no ha percibido que, precisamente por su propia posición institucional [?], el denunciado no es un operador económico actuante en ese mercado [el de prestación de servicios profesionales de asesoramiento en la declaración del IRPF], por lo que no puede atribuírsele haber transgredido el artículo 6 LEDC.»³⁷¹. Esta resolución ilustra la dificultad de definir qué es una «intervención en el tráfico económico aún sin ánimo de lucro» y cuáles «los organismo cuyas actividades son típicamente

³⁶⁹. Aunque resulta difícil de conciliar con algunos extremos de la doctrina del «operador económico», la resolución *Servicio renta ágil (1999)*, cit. nota supra, parece contradecir esta posibilidad al incidir sobre la posición institucional del sujeto, lo que parecería equivalente al ejercicio de actividades que son el ejercicio de prerrogativas propias de los poderes públicos. En este caso, por tanto, no bastaría el carácter económico de la actividad, sería necesario además que no supusiera el ejercicio de prerrogativas propias de los poderes públicos (?).

³⁷⁰. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de noviembre de 1999, as. r. 377/99, *Servicio Renta Ágil*, funds. 1 y 3.

³⁷¹. *Servicio Renta Ágil (1999)*, cit. supra, fund. 3.

prerrogativas del poder público», a efectos de calificar a un sujeto público como «operador económico».

En fin, la diversidad de criterios y las vacilaciones que se dan en la doctrina de las autoridades antimonopolio, vienen a demostrar que ninguno de estos criterios es por sí solo y de forma general definitivo para la solución de un problema tan complejo como es el de la aplicación de las reglas de la libre competencia a las actuaciones de los sujetos públicos. Una primera aproximación puede consistir en averiguar la naturaleza material del acto; pero frecuentemente será necesario entrar en averiguaciones adicionales en las que los criterios de la forma del sujeto y del amparo legal³⁷² del acto pueden ser especialmente útiles³⁷³.

C) *LOS MONOPOLIOS LEGALES.*

No hay duda de que los sujetos privados a los que el Estado concede un monopolio legal sobre una determinada actividad económica, también son empresa a los efectos del artículo 6 LEDC y que, por tanto, en principio, sus conductas son susceptibles de ser calificadas como abuso. El artículo 6.3 LEDC es en este punto rotundo: «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»³⁷⁴. Y así lo entiende

³⁷². Ver Resol. de 10 de julio de 1998, as. 397/1997, *aparejadores de Madrid*, fund. 1, donde el Tribunal al valorar unas actuaciones de un colegio profesional, destaca, después del análisis de la naturaleza material del acto, el criterio del amparo legal.

³⁷³. BERENGUER FUSTER: Ídem, págs. 178-179.

³⁷⁴. El Tribunal de Defensa de la Competencia es rotundo sobre la aplicación de este precepto. En *Retransmisiones TV Fútbol extranjero (1994)*, frente a la alegación de la RFEF (Real Federación Española de Fútbol) de que era un monopolio legal, porque es el Estado el que impone que exista una única federación para cada deporte y porque son los Estatutos de la UEFA los que establecen la exclusividad de la RFEF en materia de otorgamiento de autorizaciones para la retransmisión de encuentros de fútbol celebrados en el extranjero, el Tribunal contestó que basta la invocación del número 3 del

también el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando en *Emorvisa* (1993) recordó que «... La defensa de la competencia se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como un mandato que entronca directamente con el artículo 38 CE y que vincula a todos los poderes públicos, incluidas las Comunidades autónomas y las Corporaciones locales ...»³⁷⁵.

Decimos «en principio», porque únicamente se les aplicará el artículo 6 TCE en la medida que ello no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a estas empresas. Tales actuaciones gozarán del amparo legal establecido por la ley que genera el monopolio y si se quiere reconocido por el artículo 2.1 LEDC. En efecto, una cosa es la concesión de un monopolio a un sujeto privado para la consecución de determinadas funciones, lo que no está prohibido, y otra distinta el control antiabuso de sus conductas. En estos casos, también será necesario averiguar si la conducta en cuestión de tales monopolios legales está o no amparada por la Ley. Así lo entiende el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando en la misma *Emorvisa*, continúa señalando que, independientemente de la forma pública o privada del monopolio legal, lo que sí «... resulta trascendente es si la actividad desarrollada por el monopolista se encuentra sujeta a regulación administrativa y si en dicho supuesto el comportamiento del monopolista se ha ajustado a las normas establecidas o ha actuado al margen de ellas. En efecto, cuando por una Ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de

artículo 3 para contrarrestar este argumento (Resol. de 12 de septiembre de 1994, as. 310/1992).

³⁷⁵. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de octubre de 1993, ya cit., *Emorvisa*. También 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995, *Funerarias de Madrid* 2, fund. 3.

moverse el monopolista, el control de la actividad que éste desarrolle bajo dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. ... [En cambio] [n]o sucede lo mismo en otros dos casos, esto es, cuando no existen normas específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúa al margen de las mismas, puesto que en ninguno de ellos existen obstáculos normativos ni de otro tipo que impidan la actuación del Tribunal frente a dichos comportamientos.»³⁷⁶.

Con todo, una interpretación restrictiva, fundada en el carácter supralegal o paraconstitucional que se tiende a reconocer al principio de libre competencia³⁷⁷, como la que se sigue en el Derecho comunitario, puede reducir mucho la posibilidad de que las conductas de los monopolios legales escapen al control del Tribunal de Defensa de la Competencia.

³⁷⁶. Ídem. Otras resoluciones en este sentido: resol. de 10 de junio de 1993, as. 319/92, *Liga Nacional de Fútbol Profesional*; de 31 de mayo de 1995, as. R 112/95, *Funerarias de Madrid 1*; de 1 de febrero de 1995, as. 350/1994, *Teléfonos en Aeropuertos*; de 2 de julio de 1996, as. R 159/96, *Contenedores de Barcelona*, respecto a unas actuaciones de la autoridad portuaria; de 26 de mayo de 1997, as. MC 21/1997, *Tabacalera*; o de 16 de noviembre de 1998, R 296/98, *Aeropuertos españoles*. Se trata de resoluciones en las que de un modo u otro el Tribunal entra a valorar si las actuaciones de monopolios públicos se amparan o no a la ley que los genera y regula a efectos de aplicar el artículo 6 LEDC.

³⁷⁷. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1986)

D) *UNIDAD Y PLURALIDAD DE EMPRESAS: LA POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA.*

El artículo 82 TCE prohíbe "... la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en ...". Ello abre pie al supuesto del abuso plural o de la posición de dominio colectiva, que se trata más adelante.

CAPÍTULO CUARTO:

EL MERCADO RELEVANTE**I) EL MERCADO RELEVANTE.**

Cuando el artículo 82 TCE habla de «..., la explotación abusiva, ..., de una posición de dominio en el Mercado común o en una parte sustancial del mismo. ...», recuerda que una posición de dominio, al igual que toda situación competitiva³⁷⁸, no puede referirse al mercado en abstracto, sino a un mercado determinado sobre el que se proyecta, y al que se llama, usando un término acuñado en el ámbito americano, *mercado relevante* («*relevant market*»)³⁷⁹. En este sentido el Tribunal de Justicia señala en *Continental Can (1973)* que la delimitación previa del mercado relevante es de esencial importancia «... porque las posibilidades competitivas sólo pueden ser juzgadas en relación a las particulares

³⁷⁸. La definición del mercado no sólo es importante para determinar la posición de dominio, sino también para valorar toda situación competitiva. Por ello, también es un paso previo necesario a la aplicación del artículo 81 TCE y a la evaluación de las operaciones de concentración económica. La noción de mercado relevante está íntimamente relacionada con los objetivos que persigue la política de competencia de la Comunidad. La metodología y los criterios son en líneas generales los mismos para todas las normas, pero los resultados obtenidos pueden ser diferentes en función de la cuestión de competencia examinada (*Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, DOCE C 372, de 9 de diciembre de 1997, espec. puntos 2 y 10, 11 y 12).

³⁷⁹. Este término fue acuñado por la jurisprudencia americana en aplicación del artículo 1, párrafo 2 de la Sherman Act que castiga la monopolización. Es precisamente en este ámbito, donde en la sentencia del Tribunal Supremo de 1957, caso *US v. Du Pont de Nemours*, 253 JS. 586-593, más conocido como "*cellophane case*", se subrayó por primera vez la necesidad previa de delimitar el mercado relevante.

características de los productos, en virtud de las cuales sólo éstos son particularmente aptos para satisfacer una necesidad inelástica, siendo sólo limitadamente intercambiables con otros productos ...»³⁸⁰. Y, en la misma línea, la Comisión precisa en *ECS/AKZO (1985)* que «... el objeto de la delimitación del mercado es definir el área de comercio en la que deberán valorarse las condiciones de competencia y el poder de mercado de la empresa dominante ...»³⁸¹. De este modo, la delimitación del mercado relevante aparece como un paso previo necesario a la valoración y determinación de toda posición de dominio³⁸². Antes de decidir si existe monopolio³⁸³, es necesario delimitar primero cuál es el mercado al que concierne dicha dominación³⁸⁴. Se trata de una compleja noción jurídico-económica sobre la que se han suscitado múltiples discusiones doctrinales, que sin embargo no parece que hayan afectado de forma importante a las autoridades comunitarias³⁸⁵.

³⁸⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72 *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rep. consid. 32.

³⁸¹. Decisión de 14 de diciembre de 1985, *ECS/AKZO*, DOCE L 374/1 de 31 de diciembre, pág. 17.

³⁸². No es extraño que el Tribunal anule decisiones de la Comisión por falta de motivación en la delimitación del mercado relevante; por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, as. ac. 68-77-78/89, *Società Italiana Vetro*, Rep. II-1403. Interpretando *Continental Can (1973)* en este mismo sentido, por todos, VILÀ COSTA: *El «abuso de posición dominante» en la CEE*. Colección Cuadernos de administración pública, Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; págs. 113 y 114; KORAH, VALENTINE: «An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice», London: Sweet & Maxwell, 1994, pág. 69; o WHISH, RICHARD: *Competition Law*, London: Butterworths, 1993, pág. 248, 249. CHILD/BELLAMY: Ídem, cit. infra, pág. 508.

³⁸³. Entendido, por supuesto, en el sentido amplio del artículo 82 TCE.

³⁸⁴. VILÀ COSTA: *Ibidem*, 114.

³⁸⁵. SCHROTER, H.: «Le concept de "marché en cause" dans l'application des articles 66 par. 7 CECA et 86 TCEE», publicado en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Bruges: De Tempel, 1977, pág. 460. HOET, Peter: «Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire», 325 *Rev. March. Com.* 135 (mars 1989). GLAIS, MICHEL:

La delimitación del mercado relevante no es en absoluto una cuestión intrascendente, pues de su certero calibrado, una operación de fuerte contenido económico, depende la correcta valoración y definición de la posición de dominio. Se ha de tener en cuenta que una delimitación excesivamente amplia podría diluir la posición de dominio; y una delimitación demasiado estrecha podría definirla donde no existe³⁸⁶. Por ello no es extraño que las empresas encausadas bajo el artículo 82 TCE, aleguen con frecuencia ante el Tribunal de Justicia, que la Comisión ha exagerado su poder partiendo de una delimitación demasiado estrecha del mercado relevante³⁸⁷. Consciente de ello, la Comisión reconoce en la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia (1997)* que «... La definición de mercado de referencia tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica tiene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia.»³⁸⁸.

Los economistas entienden que un mercado aparece cuando las fuerzas de la demanda de un bien o servicio entran en contacto con las fuerzas de la oferta de ese

«Les concepts de relevant market et de dépendance économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome», RMC 203 (1989). GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 415. BADEM FULLER: «Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position», 4 Eur.Law.Rev. 423 (1979).

³⁸⁶. VILÀ COSTA: *Ibidem*, pág. 121

³⁸⁷. WHISH: *Ídem*, pág. 249.

³⁸⁸. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 4. La delimitación del mercado relevante es una operación previa a la valoración de las situaciones competitivas en la aplicación de distintas normas de defensa de la competencia; sin embargo, cuando se sigue para la aplicación del artículo 82 TCE, que supone la posibilidad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva, la delimitación del mercado relevante reviste una importancia crucial y exige, por tanto, un análisis más profundo que el que se debe seguir, por ejemplo, para su definición en la aplicación del artículo 81.1 TCE que supone que la competencia sólo será restringida de manera sensible, o del artículo 95 (MICHEL WAELBROECK Y ALDO FRIGNANI: *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 335) .

bien o servicio para realizar intercambios⁽³⁸⁹⁾⁽³⁹⁰⁾. Para las fuerzas de la demanda el mercado está integrado por todas aquellas empresas que ofrecen un producto determinado (con unas características bien definidas); y para las fuerzas de la oferta, se compone de todos aquellos demandantes a los que el oferente puede vender un determinado producto⁽³⁹¹⁾⁽³⁹²⁾. Es importante retener que todo mercado nace y gira en torno a un determinado bien o servicio, cuya demanda viene a satisfacer. La ciencia económica ha observado también que, dentro de nuestros complejos sistemas económicos postindustriales, no existe un sólo mercado sino una pluralidad indefinida y en constante cambio de mercados, cuya individualidad viene determinada fundamentalmente por tres elementos que se han de contemplar en el tiempo: la existencia de diferentes productos, las separaciones geográficas o espaciales y las barreras creadas por la Administración. En una primera aproximación a los mercados individuales se puede decir que existen tantos mercados como bienes distintos hay; así observamos que el mercado del automóvil es distinto del de las manzanas, pues son bienes diferentes. Bajando a un segundo nivel observamos también que el mercado de un producto, a su vez, puede fragmentarse en mercados individuales por barreras

³⁸⁹. CASAS PARDO señala que «un mercado existen cuando los compradores que desean intercambiar dinero por un bien o servicio están en contacto con los vendedores que desean intercambiar ese mismo bien o servicio por dinero. En consecuencia, el mercado se define en términos de las fuerzas fundamentales que integran la oferta y la demanda de un bien ... » (Curso de economía, Madrid, 1981, págs. 505-506).

³⁹⁰. El mercado se constituye por la confluencia de dos grandes fuerzas: las fuerzas de la oferta, de un lado, y las fuerzas de la demanda, de otro. Ambas constituyen las llamadas *fuerzas del mercado* (MENDUIÑA SAGRADO: *EPE*, pág. 5). La función del mercado no es otra que la de proporcionar un medio por el que ambas fuerzas entren en contacto y realicen sus aspiraciones, el intercambio de bienes y servicios por dinero (BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: *Economía*, págs. 60 y ss).

³⁹¹. CASAS PARDO: *Ibidem*, pág. 506.

³⁹². Desde el punto de vista de los sujetos, la oferta es la parte del mercado constituida por los sujetos dispuestos a vender un bien o servicio; y la demanda es la parte del mercado integrada por todos aquellos que desean adquirir (aunque sea potencialmente) un bien o servicio (MENDUIÑA SAGRADO: *Ibidem*, pág. 19).

económicas naturales; así, por ejemplo, el mercado del cemento americano es distinto del español, pues, aunque los precios de uno fueran más baratos que los del otro, los compradores no cruzarían el océano, ya que los costos del transporte serían tan elevados que no les compensaría la diferencia. Y también puede fragmentarse debido a las barreras creadas por los Estados; así ocurre, por ejemplo, con el mercado textil: los productos textiles extranjeros en muchas ocasiones están sometidos a aranceles tan elevados que impiden que las empresas de un país vendan a las economías domésticas de otro.

Con todo, pese a su independencia, los mercados de los distintos productos no son totalmente impermeables³⁹³, están relacionados e incluso puede decirse que forman un gran mercado. Entre los mercados próximos suelen existir zonas grises de superposición, en las que no es nada fácil descubrir donde termina un mercado y donde comienza otro. Un incremento de precios puede diluir a los ojos del consumidor las diferencias entre determinados productos, compensar los costes de transporte de un área geográfica a otra, o ridiculizar las barreras arancelarias. Incluso se ha dicho que pese a las diferencias que existen entre los distintos bienes, de algún modo todos ellos compiten entre sí para atraer el gasto de los consumidores³⁹⁴. Todo ello no viene sino a explicar que la delimitación del mercado de referencia, aunque conveniente, no siempre es clara y nítida. Todo lo contrario, frecuentemente se trata de una difícil cuestión de hecho que exige definir un punto de inflexión

³⁹³. Los economistas entienden que el monopolio perfecto no existe, siempre habrá algún tipo de producto sustitutivo más o menos próximo de aquél, y, si no existe, se inventará, cuando los incentivos sean lo suficientemente altos (CASAS PARDO: *Curso de economía*. Madrid, 1981, pág. 524, 525 y 526; LIPSEY RICHARD G. /CHRISTAL, Alec K.: *Introducción a la economía positiva*, Barcelona: Vicens Vives, cuarta edición, 1990, págs. 415; etc.).

³⁹⁴. LIPSEY/CHRISTAL: *Ibidem*, págs. 88 y 89.

en la línea natural de continuidad que existe entre los mercados reales³⁹⁵.

II) DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.

De este modo la delimitación del mercado relevante se descubre como una operación de individualización del mercado concreto sobre el que se proyecta la posición de dominio. Y esta individualización se realiza mediante la determinación y evaluación de los rasgos que diferencian al mercado relevante del mercado general y especialmente de los mercados individuales colindantes.

A) PRINCIPIOS BÁSICOS: LA SUSTITUIBILIDAD.

Teniendo en cuenta que la delimitación de un mercado relevante va orientada a la valoración de una determinada situación de competencia³⁹⁶, para la Comisión el criterio central sobre el que deberá girar la delimitación del mercado de referencia es la idea de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda y desde el punto de vista de la oferta³⁹⁷. En efecto, para la Comisión:

«... Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar. ...»³⁹⁸

³⁹⁵. VAN BAEL, IVO & BELLIS, JEAN FRANÇOIS: *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino: Giappichelli, 1995, pág. 72.

³⁹⁶. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, puntos 2 y 10.

³⁹⁷. Ídem, punto 13.

³⁹⁸. Ibídem.

Y tampoco,

«... [si] los proveedores pued[e]n pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. ...»³⁹⁹.

Según la Comisión,

«... Básicamente para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores. ...»⁴⁰⁰

Será en torno a esta idea central de sustituibilidad que la Comisión definirá el mercado relevante.

Aunque el Tribunal de Justicia no ha establecido un principio general de definición del mercado relevante, se desprende de su jurisprudencia en *Continental Can* (1973)⁴⁰¹, *United Brands* (1978)⁴⁰² o *Hoffmann La Roche* (1979)⁴⁰³ que este principio es también el de intercambiabilidad⁴⁰⁴.

La aplicación del principio de sustituibilidad funcional y geográfica en la definición del mercado

³⁹⁹. Ídem, punto 20.

⁴⁰⁰. Ídem, punto 13.

⁴⁰¹. Ver infra.

⁴⁰². Ver infra.

⁴⁰³. Ver infra. También *Michelin* (1983), ver infra.

⁴⁰⁴. WHISH: Ídem, pág. 250. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 509.

relevante es una delicada operación de enorme trascendencia, pues, como muy bien recuerda la Comisión en la *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia (1997)*, el mercado geográfico resultante comprenderá todas los productos y áreas geográficas que se descubran sustituibles desde el punto de vista de la demanda y desde el punto de vista de la oferta, lo que significa que para calcular el volumen total o el volumen del mercado se sumarán las ventas de todos esos productos y zonas geográficas⁴⁰⁵.

B) MEDICIÓN DE LA INTERCAMBIABILIDAD.

En torno a la idea de sustituibilidad, la delimitación del mercado relevante se hace desde dos ángulos distintos: a) El funcional que a través de la identificación de los productos que lo componen, llevará a definir el *mercado de producto*; y b) El geográfico que mediante la delimitación espacial del mercado permitirá definir el *mercado geográfico*. En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló en *United Brands (1978)* que «las posibilidades de competencia a efectos del artículo 86 TCE (actual 82), deben examinarse en función de las características del producto relevante y en referencia a una zona geográfica definida ...»⁴⁰⁶. Y además en esta operación se deben tener especialmente en cuenta dos elementos que pueden incidir determinadamente sobre la sustituibilidad: El elemento temporal y el elemento

⁴⁰⁵. *Comunicación relativa a la delimitación del mercado de referencia*, cit. supra, punto 21.

⁴⁰⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rep. 237, consid. 11. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission (vitaminas)*, Rec. 416, consid. 21.

normativo⁴⁰⁷. Todos ellos han sido convenientemente puestos de relieve por la doctrina y la práctica comunitaria.

III) EL FACTOR FUNCIONAL: EL MERCADO DE PRODUCTO.

La posición de dominio debe proyectarse sobre un mercado determinado, y un mercado se define primero a partir del bien o servicio intercambiado. Luego, la posición de dominio sólo puede existir en relación a un determinado bien o servicio sobre cuyos intercambios se ejerce. Así lo entiende el Tribunal de Justicia cuando considera en *United Brands (1978)* que «las posibilidades de competencia a efectos del artículo 86 (actual 82) TCE, deben examinarse en función de las características del producto relevante ...»⁴⁰⁸.

A) NOCIÓN DE MERCADO DE PRODUCTO.

El Tribunal de Justicia en *Michelín (1983)* definió el mercado de producto como:

«... el conjunto de productos que en función de sus características son particularmente adecuados para satisfacer necesidades constantes y que no son fácilmente intercambiables con otros productos. ...»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷. Véase VILÀ COSTA: Ídem, págs. 116 y 120. Hemos querido dar al factor normativo una autonomía propia por la particular importancia que puede jugar en la delimitación del mercado relevante; pero, al igual que el criterio temporal, podría muy bien tratarse junto a los otros factores.

⁴⁰⁸. *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 11.

⁴⁰⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Nederlandse Bandenindustrie Michelín v. Comisión (Michelin)*, Rec. 3461, consid. 37.

Y la Comisión, acudiendo al Derecho comunitario derivado⁴¹⁰, propone una definición más descriptiva de mercado de producto en la *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia (1997)*:

«El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos»⁴¹¹.

Así pues la definición del mercado de producto en esencia consistirá en delimitar el conjunto de bienes o servicios que están en competencia entre sí, y a los que se llama de forma genérica producto relevante.

B) *DELIMITACIÓN DEL PRODUCTO RELEVANTE.*

Para ello se suele acudir a distintos criterios.

A) CRITERIO DE IDENTIDAD O SIMILITUD. PROBLEMÁTICA.

En una primera aproximación puede afirmarse que los distintos mercados individuales vienen definidos por el intercambio de *bienes o servicios idénticos o similares*, y que, por tanto, existirán tantos mercados como grupos de bienes o servicios similares existan. Pero, pese a la sencillez de ésta definición, su aplicación práctica plantea muchas dificultades, ya que no siempre es fácil decidir qué productos más o menos

⁴¹⁰. Reglamentos basados en los artículos 81 TCE y 82 TCE del Tratado, especialmente la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento número 17 y la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento Comunidad Económica Europea n° 4064/89 sobre el control de operaciones de concentración de dimensión comunitaria, en relación a la definición del mercado de producto propuesta supra, y de mercado geográfico propuesta infra.

⁴¹¹. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 7. Definición avanzada ya por la Comisión en la *Comunicación de 3 de septiembre de 1986 relativa a los acuerdos de menor importancia*.

similares deben incluirse en un determinado sector⁴¹². Por ejemplo, aunque se habla de industria del automóvil en general, cabe cuestionarnos si realmente es una única industria, pues no todas las empresas del sector elaboran el mismo producto. Dentro de ella se producen bienes tan diferenciados como un Rolls-Royce y el más sencillo de los utilitarios. ¿No sería mejor hablar de la industria del automóvil de lujo, de la industria del utilitario, etc.? A efectos del Derecho de la competencia, el problema consiste realmente en decidir qué grado de similitud deben tener los bienes para ser considerados o no de un mismo mercado, lo que exige averiguaciones adicionales.

Puede ocurrir sin embargo que con la información disponible o aportada por las partes, un primer examen de similitud, basado sobre todo en las características y usos del producto, permita a la Comisión limitar el ámbito de investigación de los productos de sustitución. Entonces la Comisión puede estar en condiciones de determinar a grandes rasgos cuáles son los posibles mercados de referencia entre los que se habrá de evaluar la posición de dominio. Será capaz de señalar un conjunto de posibles productos -A, B y C- de similares usos y característica entre los que se tendrá que decidir después si pertenecen o no a un mismo mercado de producto. Ocurre a veces, fundamentalmente en casos de

⁴¹². Este problema, como veremos, tiene una importancia enorme a la hora de aplicar el Derecho de la competencia, o de definir conceptos tan importantes como el de posición de dominio. En base a un criterio de la identidad o similitud, los organismos de los Estados encargados de recoger datos para la elaboración de estadísticas, han establecido sistemas de agrupación de bienes para clasificarlos. El más conocido de todos estos sistemas, seguido por las Naciones Unidas y otros organismos internacionales con modificaciones, es la clasificación industrial normalizada (Standar Industrial Classification, SIC), que divide la producción en 27 categorías, que se subdividen a su vez en 181 epígrafes, atendiendo a criterios de similitud en las técnicas de extracción, producción, etc.; así, por ejemplo, la minería sería un sector que, a su vez, se subdividiría en otros subsectores (del carbón, de las sales minerales, de las canteras, etc.). Sin embargo, estos sistemas, que pueden ser útiles para otros menesteres, no sirven empero para evaluar la competencia o el poder de mercado (LIPSEY/CHRISTAL: *Ibidem*, op. cit. págs. 307 y 308; BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: op. cit. págs. 141 y 142.)

evaluación de operaciones de concentración económica, que la inclusión o exclusión de los productos B y C en el mercado de A no afecta a una posible posición de dominio⁴¹³. En estos casos, la Comisión no considera necesario discutir si el mercado también incluye estos productos adicionales ni llegar tampoco a una conclusión definitiva sobre la delimitación precisa del mercado de producto. Cuando teniendo en cuenta las posibles definiciones alternativas de mercado del producto, la posible posición de dominio no se ve alterada; la cuestión de la definición del mercado se dejará en suspenso, reduciendo así la carga que supone para las empresas la aportación de información y, en principio, no será necesario acudir a análisis adicionales⁴¹⁴.

Pero, lo normal es que en la aplicación del art. 82 TCE la inclusión o exclusión de productos alternativos sea determinante para la evaluación de una situación competitiva y, en particular, para la definición de la posición de dominio. Será pues necesario avanzar con otras averiguaciones.

B) CRITERIO DE LA INTERCAMBIABILIDAD.

Las autoridades comunitarias entienden que el criterio en torno al que debe girar la delimitación del mercado de producto no es el criterio de la identidad o similitud sino el más avanzado de la

⁴¹³. Continuando con el ejemplo de la industria automovilística, podría ocurrir que la posición de dominio de la empresa en cuestión no se viera afectada tanto si se tiene en cuenta sólo el mercado de los pequeños utilitarios como si se tiene en cuenta el de los pequeños y medianos, o, incluso, el de todo automóvil.

⁴¹⁴. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 21. Ver PAPPALARDO, Aurelio: «La réglementation communautaire de la concurrence II: Le contrôle des concentrations d'entreprises: récents développements.» 3 *Revue Internationale de Droit Économique*, 315 (1996).

*intercambiabilidad*⁴¹⁵. Así lo han expresado reiteradamente. En *Continental Can* (1973) el Tribunal de Justicia, confirmando la tesis de la Comisión, señaló que para delimitar el mercado relevante se ha de atender a «... las particulares características de los productos, en virtud de las cuales sólo éstos son particularmente aptos para satisfacer una necesidad inelástica, siendo sólo limitadamente *intercambiables* con otros productos ...»⁴¹⁶; en *United Brands* (1978) confirmó esta doctrina al enfatizar que la individualización del mercado de las bananas dependía de si éstas «pueden ser particularizadas por unas características que las distinguan de otras frutas de un modo tal que éstas sólo sean limitadamente intercambiables con aquéllos y estén por ello sometidas a la competencia de esas frutas en una forma casi imperceptible ...»⁴¹⁷; y en *Hoffmann La Roche* (1979) sentenció que «el concepto de mercado relevante implica de hecho que puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida que ello se refiera a un uso específico de tales productos»⁴¹⁸. Entonces, de acuerdo con esta doctrina, varios productos pertenecen a un mismo mercado a los efectos del artículo 82 TCE, cuando son razonablemente intercambiables entre sí. Si sólo son

⁴¹⁵. Las autoridades comunitarias no han señalado este criterio de forma expresa, pero cabe deducirlo de su jurisprudencia (WHISH: Ídem, pág. 250).

⁴¹⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, consd. 32.

⁴¹⁷. *United Brands* (1978), cit. supra, consd. 22.

⁴¹⁸. *Hoffmann La Roche* (1979), cit. supra, consids. 27, 28.

limitadamente intercambiables, habrá mercados distintos⁴¹⁹.

Sin embargo, aun con su aparente simplicidad, el criterio de la intercambiabilidad de los productos deja en el aire el problema no menos difícil de determinar a partir de qué grado de intercambiabilidad se considera que dos o más productos pertenecen a un mismo mercado. Esto es, conviene decidir qué entienden las autoridades comunitarias por «limitadamente intercambiables» o, su reverso, «razonablemente sustituibles»⁴²⁰. Pese a la trascendencia de esta cuestión, no existe un criterio general en el Derecho de la competencia comunitario que permita determinar de forma general y apriorística cuándo dos o más productos son intercambiables a los efectos del artículo 82 TCE, pues se trata esencialmente de un cuestión de hecho y de grado⁴²¹. En la evaluación de la intercambiabilidad, la doctrina comunitaria suele acudir a varios criterios que son considerados conjuntamente, sin que pueda atribuirse una importancia determinante por sí solo a ninguno de ellos⁴²². Su relevancia jurídica última varía en función de las características y particularidades del sector y de los productos y servicios considerados⁴²³ y de si se contemplan desde el punto de vista de la demanda o de la oferta. Esta necesaria indeterminación deja un cierto margen a la

⁴¹⁹. VAN BAEL, IVO & BELLIS, JEAN FRANÇOIS: *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino: Giappichelli, 1995, pág. 73.

⁴²⁰. Véase en uso de esta terminología la decisión de 30 de septiembre de 1992, *Du Pont/ICI*, as. L 7/3 de 13 de enero de 1993, p. 23, donde la Comisión señala que «... Cada producto debe ser un sustituto razonable del otro desde el punto de vista técnico y económico.».

⁴²¹. BAEL/BELLIS: Ídem, pág. 74. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la Competencia en el Mercado común*, Madrid: Civitas, 1992, pág. 509.

⁴²². PAPPALARDO: Ídem, cit. supra, pág. 326.

⁴²³. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 25.

subjetividad en el análisis del mercado relevante⁴²⁴. En cualquier caso debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia comunitaria parece demostrar que es necesario un alto grado de sustituibilidad para que dos o más bienes sean considerados como pertenecientes a un mismo mercado⁴²⁵.

Aunque cuando se habla de intercambiabilidad normalmente se piensa en la sustituibilidad desde el lado de la demanda, pues lo decisivo es que el consumidor los considere intercambiables; la intercambiabilidad igual puede predicarse del lado de los oferentes que del de los demandantes, lo que ocurre es que su estudio presenta particularidades según el lado del mercado en el que se dé, lo que aconseja un tratamiento diferenciado.

i) Sustituibilidad en el lado de la demanda.

Con el análisis de la intercambiabilidad en el lado de la demanda se pretende determinar el conjunto de productos que el consumidor considera sustitutivos⁴²⁶. Para la Comisión, se trata de averiguar si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles en respuesta a un pequeño (entre el 5 y 10%)⁴²⁷ y permanente incremento de los precios relativos para los productos considerados⁴²⁸. Entonces, si el grado de intercambiabilidad es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable

⁴²⁴ . PAPPALARDO: *Ibídem*.

⁴²⁵ . VAN BAEL/BELLIS: *Ídem*, pág. 74. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 509.

⁴²⁶ . *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. *supra*, punto 15.

⁴²⁷ . En el ámbito americano se conoce a este método de evaluación como el *test del 5%*, aunque el incremento considerado puede ser mayor o menor en función de la industria de que se trate.

⁴²⁸ . *Ídem*, punto 17.

debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos, hasta que el conjunto de productos sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos⁴²⁹. Partiendo normalmente de las características y usos de los productos que venden las empresas afectadas⁴³⁰, se incluirán o excluirán otros productos en función de si afectan o no a la estrategia de fijación de precios de la empresa o empresas interesadas⁴³¹.

El precio que la Comisión toma como referencia en la evaluación de la sustituibilidad funcional es el precio prevalente en el mercado, salvo que se haya formado en unas condiciones de mercado alteradas sin un grado suficiente de competencia, lo que suele ser frecuente cuando hay posiciones de dominio que aumentan sustancialmente el precio⁴³².

La amplitud con que se defina el campo de demandantes de un producto es muy importante para el resultado de esta operación. Normalmente en la valoración de la sustituibilidad del producto, se tomará en consideración todos los agentes que buscan ese bien. No obstante, cuando un grupo o segmento determinado de la demanda, pueda ser objeto de discriminación de precios

⁴²⁹. Ibídem. En este punto, la práctica de la Comisión parece aproximarse a los criterios fijados en las *US Department of Justice Merger Guidelines* de 14 de junio de 1984 ap. 2, párr. 11; texto sustituido por la versión revisada de 2 de abril de 1992 realizada conjuntamente por la *Federal Trade Commission* y el *Department of Justice*, ap. 1, párr. 11, ahora revisado con fecha de 8 de abril de 1997 que diferencia entre *Horizontal Merger Guidelines* y *Non-horizontal Merger Guidelines*), en las que unos productos pertenecen a un mismo mercado, cuando un aumento ligero pero significativo y no transitorio de precio de uno de ellos (normalmente un 5%) comporta al cabo del año una bajada de las ventas lo suficientemente importante como para considerar que el aumento no es importante desde el punto de vista económico. Ver SALOP, S.C. & SIMONS, J.J.: «A Practica Guide to Merger Analysis», TAB, 663 (1984).

⁴³⁰. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, especialmente punto 25 en relación con el punto 36.

⁴³¹. Ídem, punto 16.

⁴³². Ídem, punto 19.

por no poder desplazarse a otros productos (*captive users*), se tenderá a considerar ese segmento de demanda como un grupo diferenciado y, consecuentemente, a definir un mercado más reducido para ese producto⁴³³. La Comisión sujeta la consideración de segmentos reducidos de demanda al cumplimiento de dos condiciones: 1) la posibilidad de identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento de venderle los productos considerados; y a 2) la imposibilidad de realizar intercambios entre consumidores o de arbitraje por parte de terceros⁴³⁴. La segmentación de la demanda fue particularmente importante en *United Brands (1978)*, donde se diferenció el grupo de los ancianos y los niños como consumidores especiales por la particular necesidad que tenían de las bananas para su salud, lo que los convertía en demanda cruzada inelástica de bananas frente a las otras frutas dulces⁴³⁵.

Entre los distintos criterios a los que acude la Comisión para la formulación de este juicio, se han de destacar los apuntados en la definición de mercado de producto propuesta: el precio, las características del producto y el uso que se prevea hacer con ellos. Es importante destacar que la Comisión no define entre ellos un orden predeterminado y rígido en su utilización. Sin embargo, sí tiende a comenzar por las características y usos del producto a fin de limitar el ámbito de investigación de los posibles productos de sustitución⁴³⁶.

⁴³³. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 43. BAEL/BELLIS: Ídem, cit. supra, pág. 76.

⁴³⁴. *Ibídem*.

⁴³⁵. *United Brands (1978)*, cit. supra, espec. consids. 19 y 34. En la doctrina de la Comisión ver la decisión de 23 de diciembre de 1992, *Ford-VW*, DOCE L 20/14 de 28 de enero.

⁴³⁶. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 36. Por ejemplo, en la decisión *Du Pond/ICI (1992)*, cit. supra, p. 24, la Comisión después de analizar ampliamente las características de los productos (las fibras de nilón y las de polipropileno) y observar que pese al

La Comisión tampoco sigue un orden jerárquico en su valoración. Es de la valoración conjunta de donde extrae sus conclusiones⁴³⁷.

• *Características del producto.*

Las características concretas de los productos constituyen una útil ayuda para delimitar el mercado relevante. Caracteres objetivos tales como el peso, la caducidad o la perennidad, el volumen, la presentación, la calidad, el color, las innovaciones incorporadas, etc., ayudan a delimitar el mercado de que se trate. En *United Brands (1978)* el Tribunal de Justicia consideró que algunas características físicas de las bananas (como su apariencia, sabor, consistencia suave, ausencia de pepitas, facilidad de mondar, etc.⁴³⁸) eran lo suficientemente relevantes para pensar razonablemente que constituían un mercado distinto del de las otras frutas⁴³⁹. Sin embargo, la intercambiabilidad no tiene por que estar necesariamente relacionada con los rasgos físicos de los productos, ya que productos distintos pueden servir para un mismo uso y formar por ello parte de un mismo mercado⁴⁴⁰. En la decisión *Eurocheques uniformes (1984)* la Comisión consideró que distintos medios de pago como los cheques, los giros postales, las tarjetas de crédito y los cheques de viaje estaban en competencia entre sí⁴⁴¹.

mayor precio del nilón, éste se usaba preferentemente a la fibra de polipropileno, concluyó que ello sólo podía deberse a las diferentes características de cada uno de estos productos.

⁴³⁷. Ídem, punto 25.

⁴³⁸. *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 31.

⁴³⁹. *United Brands (1978)* cit. supra, consids. 22 y ss.

⁴⁴⁰. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 336.

⁴⁴¹. Decisión de 10 de diciembre de 1984, *Eurocheques uniformes*, DOCE L 35/43 de 7 de febrero de 1985, p. 41. También decisión de 9 de julio de 1987, *Redland/AAH Holdings/British Coal*, DOCE L 224/18 de 12 de agosto, ps. 16, 18. En el sector químico, por ejemplo, las decisiones de 1994 *Sanofi/Sterling Drug*, DOCE L 12/8, p. 12, donde el la Comisión señaló que la distinción entre medicamentos

También los caracteres psicológicos asociados al producto mediante una adecuada publicidad pueden afectar a la sustituibilidad con igual o mayor fuerza incluso que los caracteres físicos, y por tanto también deben ser tenidos en cuenta en la identificación del mercado. Piénsese que una cosa son las características objetivas que pueda tener el producto y otra distinta las características subjetivas que el consumidor puede ver en él. Y no es en absoluto infrecuente que, sobre todo en los mercados de consumo no profesional, las decisiones de consumo se tomen más en base a las características subjetivas que a las objetivas⁴⁴². En *Michelín (1983)* el Tribunal de Justicia entendió que los neumáticos nuevos y los recauchutados eran limitadamente intercambiables, porque un buen número de consumidores mira estos últimos con desagrado, independientemente de si su opinión está justificada⁴⁴³. La Comisión presta especial atención a las preferencias de los consumidores en la delimitación del mercado del producto⁴⁴⁴, lo que le puede constar a través de estudios de mercado anteriores aportados por las

no se basaba en su composición química sino en sus propiedades terapéuticas. En la misma línea *Sanofi/Kodak (1994)*, *Hoffmann La Roche/Syntex (1994)*, etc.

⁴⁴². Tanto es así, que los economistas han observado que en la sociedad actual, sobre todo con la irrupción de la publicidad, no es sólo la oferta la que sigue a la demanda, sino que en ocasiones es la oferta que crea una demanda. La publicidad aparece como un instrumento esencial en este proceso.

⁴⁴³. *Michelín (1983)*, cit. supra, consid. 49.

⁴⁴⁴. En la decisión de 22 de julio de 1992, *Nestlé/perrier*, DOCE L 356/1 de 5 de diciembre, ns. 8 a 17, consideró los mercados de bebidas refrescantes no alcohólicas y las aguas minerales como pertenecientes a distintos mercados, porque, aunque todos ellos estaban destinados a calmar la sed, el consumidor no los veía como sustitutivos; y a la misma conclusión llegó la Comisión en la decisión de 21 de junio de 1994, *Procter & Gamble/VP Schickedanz II*, DOCE L 354/2 de 31 de diciembre, n. 38, para los salva-slips, los tampones y las compresas. Ver también las decisiones not. 24 de marzo de 1994, *Allied Lyons/HWE-Pedro Domeq*, DO C 126/0 de 7 de mayo de 1994 (de Celex), p. 11, respecto del whisky, o not. 12 de diciembre de 1992, *Pepsico/Kas*, DO C 008/0 de 13 de enero de 1993 (de Celex), p. 5.1.2, respecto de las bebidas gaseosas no alcohólicas.

partes, por la importancia de la marca⁴⁴⁵, los hábitos de compra, las observaciones de los minoristas, la opiniones expresadas por los clientes, etc.⁴⁴⁶.

A la hora de valorar las preferencias de los consumidores, el Derecho comunitario, a diferencia del Derecho alemán que acude al concepto de consumidor razonable o inteligente, atiende más al criterio cuantitativo del número de consumidores que consideran posible la sustitución que al carácter racional o no de la decisión que realizan⁴⁴⁷.

• *Uso o destino del producto.*

La averiguación de los usos a que son destinados los productos, ofrece también un primer criterio básico de delimitación de mercados desde el punto de vista del producto. Puede afirmarse que, cuando un mismo producto es destinado a usos distintos, cada uno de esos usos puede ser visto como un mercado de producto independiente⁴⁴⁸, por lo que nada impide que un mismo producto pueda estar presente en varios mercados⁴⁴⁹. Así, en *Hoffmann La Roche (1979)* el Tribunal de Justicia señaló que puede diferenciarse el mercado de vitaminas destinado a usos bionutritivos, del mercado de vitaminas

⁴⁴⁵. Aunque en fase de valoración del poder de mercado, en la sentencia *United Brands (1978)*, cit. supra, espec. consid. 91, el Tribunal tuvo en cuenta la preferencia cuantificada de los consumidores por las bananas etiquetadas y por la marca *United Brands*; en la decisión de 29 de julio de 1987, *BBI/BOOSEY & HAWKES*, DOCE L 286/36 de 9 de octubre, n. 18, la Comisión destacó la fuerte tendencia de los consumidores a adquirir productos de la marca entre los factores que contribuían a generar la posición de dominio.

⁴⁴⁶. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 41. Las preferencias de los consumidores fueron un factor importante en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, as. T 30/89, *Hilti*, Rec. II- 1441.

⁴⁴⁷. *WAELBROECK/FRIGNANI*, cit. supra, pág. 339.

⁴⁴⁸. *WHISH*: Ídem, pág. 251; y *CHILD/BELLAMY*: Ibídem, pág. 510.

⁴⁴⁹. Por ejemplo, en la decisión de 14 de mayo de 1997, *Irish Sugar*, DOCE L 258 de 22 de septiembre; o la decisión de 4 de diciembre de 1996 *Saint Gobain-Wacker chemie-Nom*, DOCE L 247 de 10 de septiembre.

destinado a uso industrial⁴⁵⁰. Y, en la decisión *Napier Brown-British Sugar (1988)*, la Comisión consideró que los sustitutos del azúcar producidos industrialmente como la sacarina, los ciclamatos o el aspartamo, sólo compiten con el azúcar natural en unos usos limitados, como los productos dietéticos, por lo que no forman parte de un mismo mercado⁴⁵¹.

Es más, si un determinado grupo de demandantes necesita, por ciertas razones, un producto para un uso específico, la definición del mercado relevante tenderá a reducirse a ese grupo⁴⁵². En *United Brands (1978)*, el Tribunal de Justicia alegó como una razón para diferenciar el mercado de las bananas del de otras frutas dulces, la existencia de determinadas categorías de consumidores (los niños, los ancianos y los enfermos) para quienes las bananas eran muy necesarias⁴⁵³. Por otra parte, esta necesidad del producto no tiene por que ser absoluta, basta con que la sustitución sea difícil o costosa más allá de lo razonable. En *Zoja (1974)*, el Tribunal de Justicia rechazó el argumento de que el ethambutol podía ser extraído de otras materias primas distintas del nitropropano, porque, para Zoja, adaptar sus procesos industriales a la extracción del

⁴⁵⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, consid. 27; o también la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, as. C 62/86, *AKZO*, Rec. 3359. También *Michelín (1983)*, ya cit. por las diferencias estructurales de los mercados de los diferentes usos. En la doctrina de la Comisión, por ejemplo, la decisión de 19 de febrero de 1997 *Kesko-Tuko*, DOCE L 174 de 2 de julio.

⁴⁵¹. Decisión de 18 de julio de 1988, *Napier Brown-British Sugar*, DOCE L 284/41 DE 19 octubre, núm. 42. También *Du Pont/ICI (1992)*, cit. supra, ps. 10 y 11, donde la Comisión diferenció tres mercados en la fibra de nilón, según su destino final: las fibras de uso textil, de tapicería, y de uso industrial.

⁴⁵². VAN BAEL/BELLIS: Ídem, pág. 77.

⁴⁵³. *United Brands (1978)*, cit. supra, espec. consids. 19 y 34.

nitropropano de otras materias primas hubiera sido muy costoso⁴⁵⁴.

- *El precio.*

Otro criterio destacado por la Comisión es el precio de los productos. Cuando existen grandes diferencias entre los precios de un mismo producto, las autoridades comunitarias tienden a considerarlos en mercados separados. A nadie escapa que, aunque un Rolls-Royce y un utilitario son en esencia automóviles que se usan para desplazarse, la gran diferencia de precios que hay entre ellos los hace difícilmente sustituibles, pues, aunque el precio del utilitario aumentara un 20% o un 50%, difícilmente se desplazaría la demanda de éste a aquél. La Comisión tuvo en cuenta la diferencia de precios en la decisión *Nestlé/Perrier (1992)*, donde la diferencia de precios que existía en Francia entre el agua mineral y los refrescos no alcohólicos (de un 200% a un 300%) los hacía difícilmente sustituibles⁴⁵⁵.

- *Los criterios cuantitativos. La elasticidad cruzada de la demanda.*

Cuando existen, la Comisión suele tener en cuenta ensayos basados en enfoques econométricos o estadísticos que ayuden a determinar las condiciones de sustitución en el pasado⁴⁵⁶. Se trata de estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto; de ensayos basados en la similitud de evolución de los precios a lo

⁴⁵⁴. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 1973, as. 6-7/73, *ICI Comercial Solvens Corpn. v. Comission*, consid. 22.

⁴⁵⁵. Decisión de 22 de julio de 1992, *Nestlé/Perrier*, DOCE L 356 de 5 de diciembre. En el mismo sentido las decisiones de 2 de octubre de 1991, *Aérospatiale-Alenia/ de Havilland*, DOCE L 334/42 de 5 de diciembre de 1991, p. 8, y la not. 6 de junio de 1994, *Medeol/Elosua*, DO C 169/0 de 22 de junio de 1994 (de Celex), ps. 10 y ss.

⁴⁵⁶. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 39.

largo del tiempo, en análisis de la relación de causalidad entre series de precios, y la similitud de niveles de precios o la convergencia de los mismos. La importancia de estos criterios ha sido reconocida por el Tribunal⁴⁵⁷. En *United Brands (1978)*, el Tribunal, a la hora de definir la banana como producto relevante, tuvo en cuenta, junto a otras consideraciones, dos estudios de la FAO que demostraban que, salvo en verano y siempre en una proporción no superior al 20%, las bananas no se veían afectadas de forma importante por los descensos de los precios de otras frutas⁴⁵⁸.

Entre los criterios cuantitativos está el criterio de la *elasticidad cruzada de la demanda*⁴⁵⁹ que, cuando se puede apreciar sin riesgo de error, ayuda de forma importante a determinar el grado de intercambiabilidad de los productos⁴⁶⁰, ya que coincide sustancialmente con el test de sustituibilidad aplicado por la Comisión. Se dice que hay elasticidad cruzada de la demanda entre un producto y sus similares, cuando una pequeña variación en el precio de uno de ellos, provoca un desplazamiento de la demanda de ese producto hacia los otros o de los otros hacia él, según el precio de ese producto aumente o disminuya⁴⁶¹. Entonces, si la elasticidad cruzada de la

⁴⁵⁷. *Ibidem*.

⁴⁵⁸. *United Brands (1978)*; cit. *supra*, consid. 32. En la doctrina de la Comisión, pueden verse, por ejemplo, las decisiones *Nestlé/Perrier ((1992)*, ya cit., p. 13, donde se hace referencia al criterio de la elasticidad cruzada, o *Procter & Gamble/VP Schickendanz*, ya cit., p. 54.

⁴⁵⁹. El criterio de la elasticidad cruzada no debe confundirse con el criterio de la elasticidad de la demanda en función de los precios, también utilizado, pues este último sirve para medir la reacción de la demanda de un bien a una variación porcentual de su precio; mientras que el primero sirve para medir la reacción de la demanda de un bien X a la variación porcentual del precio de otro bien Y.

⁴⁶⁰. VAN BAEL/BELLIS: *Ídem*, pág. 75.

⁴⁶¹. Véase entre otros a CASAS PARDO: *Curso de economía*. Madrid, 1981, págs. 187 y ss. SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía* (duodécima edición), Madrid/ : MacGraw-Hill, 1988; págs. 458 y ss. LIPSEY/CHRISTAL: *Introducción a la economía positiva*, op. cit., págs.

demanda es alta, esto es, una pequeña variación de precio se traduce en un importante desplazamiento, se puede pensar razonablemente que los productos cruzados integran un mismo mercado, pues ello prueba su alto grado de sustituibilidad⁴⁶².

Sin embargo, el criterio de la elasticidad cruzada no está tampoco exento de dificultades que frecuentemente lo excluyen o lo hacen de dudosa utilidad. Así, las autoridades encargadas de aplicarlo se encuentran fácilmente con que no hay estudios o datos económicos fiables del mercado en cuestión que tomar en consideración; y, cuando los hay, deben apreciarse con la máxima cautela, porque, aunque en principio la elasticidad cruzada parece un criterio objetivo, en realidad su cálculo esconde difíciles decisiones de fuerte contenido subjetivo cuya solución puede determinar fácilmente el resultado en un sentido u otro⁴⁶³. Así, por ejemplo, la aplicación de este criterio exige previamente definir el «consumidor razonable» para elaborar la muestra, delimitar el campo de productos presuntamente sustitutivos que deberán tomarse en consideración, o la duración mínima al término de la cual deberá producirse el desplazamiento; o, una vez calculada, se ha de decidir la importancia que debe tener el alza y el correlativo desplazamiento de la demanda. Y resulta evidente que una decisión desafortunada (por demasiado apresurada o quizá interesada) en estos puntos puede fácilmente conducir a resultados engañosos⁴⁶⁴. Por otra parte, los resultados

⁴⁶². Ídem.

⁴⁶³. WAELBROECK/FRIGNANI, cit. supra, pág. 339. Cuando las autoridades comunitarias ven los análisis econométricos presentados por las partes poco fiables, suelen rechazarlos. en la decisión *Hilti* (1987) la Comisión rechazó un estudio presentado por Hilti por entender que su elaboración había sido poco cuidadosa (decisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, DOCE L 65 de 11 de marzo de 1988).

⁴⁶⁴. La comisión reconoce en la *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia* que la dimensión de un mercado de producto puede reducirse si se

que se obtengan, aunque estén certeramente calculados, deben tener en cuenta que cuando se realizó el cálculo de la elasticidad, el mercado podía haber estado ya alterado artificialmente, con lo que los resultados pueden ser también engañosos⁴⁶⁵. En fin, estas dificultades, entre otras, relativizan el valor del criterio de la elasticidad cruzada, y aconsejan valorar la sustituibilidad de la demanda junto a otros criterios complementarios o alternativos, tales como la necesidad que viene a satisfacer o el uso al que está destinado, las características del producto⁴⁶⁶, la estructura del mercado, etc.⁴⁶⁷.

Para la Comisión el valor de los estudios econométricos que aportan las partes será mucho menor, si

considera un grupo diferenciado de consumidores, que puede constituir un mercado diferenciado y más reducido para el producto considerado cuando dicho grupo puede ser objeto de una discriminación de precios (cit. supra, punto 43).

⁴⁶⁵. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 19.

⁴⁶⁶. La combinación de los criterios de características y usos del producto es muy importante en la práctica de la Comisión. Por ejemplo, a la hora de evaluar concentraciones económicas entre compañías aéreas la Comisión se ha centrado en algunos casos en el dato de la capacidad de llevar al pasajero a un mismo destino final en un tiempo equivalente, independientemente del trayecto utilizado (decisiones de 13 de septiembre de 1991, *Delta Airlines/Pan Am*; de 5 de octubre de 1992, *Air France/Sabena*, DOCE 272/5 de 21 de octubre; de 27 de noviembre de 1992, *British Airways/TAT*, DOCE c 326/16 de 11 de diciembre; y de 17 de febrero de 1993, *British Airways/Dan Air*, DOCE C 68. O a la hora de valorar concentraciones de empresas en el mercado de la venta por correo, la Comisión llegó a reducir el mercado al de productos no alimenticios vendidos por correo sobre catálogo por sus específicas características (ver, decisiones de 25 de abril de 1991, *Redoute/Empire*, DOCE C 157 de 14 de junio; y de 21 de Marzo de 1991, *Otto/Grattan*, DOCE C 51/5 96/6). También para productos las decisiones de 30 de septiembre de 1992, *Du Pont/ICI*, DOCE L 7/13 de 13 de enero de 1993, donde se constató que las características del producto iban en función del uso al que estaba destinado; o de 19 de julio de 1991, *Tetra Pak/Alfa Laval*, DOCE L 290/35 de 22 de octubre, donde se tuvo muy en cuenta las características de las máquinas envasadoras y de los materiales utilizados, y también el sabor diferente de los líquidos conservados dentro de los envases.

⁴⁶⁷. VILÀ COSTA: *Ibidem*, págs. 132 y ss. y 157. GLAIS/LAURENT: *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, París, 1983, pág. 284 y ss. WHISH: *Ídem*, pág. 250-1. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 420. MARTÍNEZ DEL PERAL: «La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas», D-20 GJ, 53 (1993).

han sido realizados con miras al procedimiento que se sigue en virtud del Reglamento n° 17, y no con anterioridad en el curso normal de la actividad de la empresa para la adopción de decisiones comerciales⁴⁶⁸.

Es evidente que la existencia de estudios econométricos o estadísticos fiables serán de gran utilidad a la Comisión para formular el juicio de sustituibilidad; sin embargo, no parece que sean necesarios para realizarlo. La Comisión considera que se puede determinar el conjunto de bienes que el consumidor considera sustituibles mediante un juicio mental que, sobre la base del conjunto de información disponible, presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esa variación⁴⁶⁹.

• *Otros criterios.*

Además de los criterios señalados, las autoridades comunitarias pueden pasar a analizar otros factores derivados de la estructura misma del mercado, que pueden obstaculizar el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos⁴⁷⁰. Son factores como las barreras de tipo reglamentario u otras formas de intervención estatal, las restricciones derivadas de los mercados en la fase posterior de la cadena, las necesidad de realizar inversiones de capitales específicas o reducciones de la producción para poder pasar a usar insumos alternativos, la localización de los consumidores, las inversiones específicas en procesos de

⁴⁶⁸. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, puntos 39 y 41.

⁴⁶⁹. *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia*, cit. supra, punto 15, póngase en relación con el punto 36. Así lo demuestra la práctica comunitaria, en la que los estudios econométricos y estadísticas, cuando existen, son tenidos en cuenta como un elemento más entre otros en el juicio de sustituibilidad.

⁴⁷⁰. PAPPALARDO: *Idem*, cit. supra, pág. 326.

producción, las inversiones en formación y en capital humano, los costes de reequipamiento u otras inversiones, o la incertidumbre sobre la calidad y reputación de proveedores desconocidos⁴⁷¹. En *Michelin* (1985) las particularidades estructurales se demostraron un factor decisivo en la individualización del mercado de producto. El Tribunal de Justicia señaló que «... un examen limitado a las características objetivas del producto no puede ser suficiente: las condiciones de la competencia y la estructura de la oferta y demanda en el mercado también han de tenerse en consideración». Por ello, consideró que, aunque los neumáticos suministrados para los vehículos nuevos y los suministrados para repuestos no se diferencian en nada y se dedican al mismo uso, si se observan las diferentes condiciones en que se desarrolla la competencia en ambos sectores de mercado (distintas estructuras de la demanda, de la distribución etc.), en la práctica no hay entre ambos intercambiabilidad para los consumidores. La competencia en ambos sectores se desarrolla según distintas reglas y lo que ocurre en uno no tiene por que influir necesariamente en el otro, lo que permite diferenciar dos mercados distintos, aunque en realidad se trate de un mismo producto⁴⁷².

⁴⁷¹. Ídem, punto 42.

⁴⁷². Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelin*, Rep. 3461, 3505, consids. 35 y ss., espec. 40. También sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, as. T-83/91, *Tetra Pak International SA c. Comisión (Tetra Pak II)*, Rec. II-755, consids. 63 y ss. En la Comisión, véase en este mismo sentido, por ejemplo, la decisión de 31 de julio de 1991, *Varta/Bosch*, DOCE L 320/26 de 22 de noviembre, p. 13, en el mercado de baterías para automóviles, donde la diferente estructura de los mercados de baterías nuevas y de reemplazo fue más importante que las características de los productos.

ii) Sustituibilidad en el lado de la oferta.

La intercambiabilidad de los productos como nota definitoria del mercado no sólo debe valorarse en el lado de la demanda sino también en el de la oferta, porque la sustituibilidad de un producto tanto puede interesar al consumidor a la hora de contemplar las posibles alternativas válidas para satisfacer su demanda, como al productor en el momento de orientar su oferta hacia la satisfacción de las demandas del mercado que considera más interesantes. A los efectos de la intercambiabilidad de la oferta, debe tenerse en cuenta que además de los oferentes actuales pueden existir otras empresas que, aunque actualmente no ofrezcan productos intercambiables, pueden cambiar fácilmente sus procesos de producción para ofrecer productos que los consumidores consideren sustitutivos⁴⁷³.

En la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia (1997)* la Comisión señala que la sustituibilidad de la oferta también puede ser tenida en cuenta al definir los mercados en los casos en que sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata⁴⁷⁴. Para ello es necesario que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos⁴⁷⁵. El Tribunal de Justicia en *Continental Can*

⁴⁷³. WHISH: Ídem, pág. 253; CHILD/BELLAMY: Ídem, pág. 514; VAN BAEL/BELLIS: Ídem, pág. 75. PAPPALARDO: Ídem, cit. supra, pág. 329 y ss.

⁴⁷⁴. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 20.

⁴⁷⁵. Ibídem. A diferencia de las autoridades antitrust norteamericanas que sitúan este incremento en torno al 5% (test del 5%) -US Guidelines, cit. supra- y de lo que sigue la propia Comisión para la evaluación de la sustituibilidad en el lado de la demanda, la Comisión no indica un porcentaje de incremento como

(1973), en una doctrina que se repetirá después, rechazó la delimitación hecha por la Comisión «... sobre el mercado de los embalajes metálicos ligeros destinados a las conservas de carne y de pescado, [porque] no está debidamente fundada, si no se constata que otros competidores del mercado de embalajes metálicos ligeros no pueden, mediante una simple adaptación, presentarse en el mercado con una fuerza suficiente para constituir un contrapeso serio»⁴⁷⁶.

Ahora bien, para que pueda haber sustituibilidad en el lado de la oferta, es necesario que el cambio de producción pueda hacerse sin dificultades que vayan más allá de lo razonable. Ello plantea el problema de determinar el grado a partir del cual los esfuerzos de cambio o adaptación de la producción serán considerados razonables⁴⁷⁷. La Comisión entiende que las dificultades serán sustanciales, cuando la sustitución funcional de la oferta implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones

referencia en la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia* (1997). Parece que la Comisión prefiere la prudencia y dejar un mayor margen de valoración que no pueda verse limitado por criterios excesivamente cuantitativos. Esto debe valorarse dentro de una práctica de la Comisión tendente a considerar restrictivamente la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta, como lo demuestra el hecho de las contadas ocasiones en que ha acudido a este criterio (MARTÍNEZ DEL PERAL: «La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas», D-20 GJ, 61 -1993). Ver la decisión *Mannesmann/Hoesch* not. 27 de mayo de 1992, DO C 142 de 4 de junio de 1992.

⁴⁷⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rep. 215, 254, consid. 33. El Tribunal acudió al mismo argumento en *Michelin* (1983), cuando rechazó las alegaciones del demandante, porque «no había elasticidad en la oferta entre neumáticos para vehículos pesados y neumáticos para turismos debido a las diferencias existentes en las técnicas de producción y en las instalaciones y utillages necesarios para su fabricación. ...» (consids. 41).

⁴⁷⁷. Aunque el criterio de la sustituibilidad de la oferta se ve razonable y sencillo, su aplicación práctica presenta enormes dificultades, lo que ha ocasionado distintos enfoques de las autoridades antimonopolio y gran polémica en la doctrina MARTÍNEZ DEL PERAL: *Ídem*, cit. supra, pág. 60)

estratégicas o los plazos⁴⁷⁸. Por tanto, si un posible productor ha de emplear demasiado tiempo y dinero para adaptar su producción, quedará fuera del mercado relevante⁴⁷⁹. El grado exacto parece una cuestión de hecho que se ha de valorar en cada caso concreto.

La Comisión observa que, cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o de tipos de un mismo producto, aunque para un consumidor o un grupo de consumidores finales las distintas calidades no sean sustituibles, estos distintos tipos y calidades tenderán a agruparse en un mismo mercado de producto, siempre que la mayoría de proveedores puedan ofrecerlas inmediatamente y sin incrementos significativos de costes⁴⁸⁰. Este es el caso, por ejemplo, de la industria del papel en la que se fabrican una gran diversidad de productos de distintos tipos y calidades todas ellas para usos específicos, y en la que el paso de la fabricación de un tipo o calidad para un uso específico a otro puede realizarse a corto plazo y a un coste insignificante⁴⁸¹. Un ejemplo en contrario lo ofrece la industria de envasado de bebidas de marca, donde, aunque los mismos fabricantes pueden envasar fácilmente distintos tipos de

⁴⁷⁸. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 23.

⁴⁷⁹. VAN BAEL/BELLIS: Ídem, pág. 75-6. Vease *Michelín (1983)*, cit. supra, consid. 41, donde el Tribunal señaló que el cambio de producción de neumáticos para vehículos pesados a ligeros y viceversa requiere un esfuerzo en tiempo e inversión importante que hace difícil que se pueda producir sustitución entre ellos desde el punto de vista de la oferta.

⁴⁸⁰. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 21.

⁴⁸¹. Ídem, punto 22. Ver la decisión de 24 de febrero de 1992, *Torras/Sarrío*, ya cit. Hay otros ejemplo, así el MMC británico dentro de su sistema de análisis del poder de mercado, consideró que los fabricantes de comida humana podían tenerse en cuenta en el mercado de comida para mascotas, porque esas grandes compañías tenían buenos canales de distribución e imágenes de marca, así como una gran facilidad de transferencia tecnológica, lo que les permitía entrar y salir fácilmente del mercado (MMC «Cats and Dogs Foods», HC 447 (1977)). Una reflexión parecida respecto a las compañías de ferris hizo en la sentencia MMC «British Rail-Hoverlloyd», HC 374 (1981).

bebida, sin embargo les resulta muy difícil la venta de un nuevo producto debido a los importantes costes y retrasos que comportan los ensayos del producto, la distribución y las campañas publicitarias que deben precederlo⁴⁸². En *Michelín (1983)* el Tribunal rechazó que los diferentes tipos y dimensiones de neumáticos pudieran definir mercados relevantes, porque todos los fabricantes podían producir los distintos tipos y modelos en ausencia de especialización⁴⁸³.

Que una o varias empresas no alcancen el grado de sustituibilidad en la oferta necesario para incluir sus productos en el mercado relevante, no va a impedir después a la Comisión tener en cuenta esa sustituibilidad defectuosa como competencia potencial en la fase posterior de evaluación del poder de mercado⁴⁸⁴. La delimitación del mercado relevante no cierra así la puerta a la evaluación de la competencia potencial. Para la Comisión, la competencia potencial no puede incluirse en la definición del mercado relevante, porque la presión que pueda ejercer sobre la situación competitiva del mercado relevante dependerá de factores y circunstancias específicas relacionadas con las condiciones de acceso⁴⁸⁵. De este modo, la Comisión establece una diferenciación entre los posibles entrantes en el mercado del producto (competencia potencial en sentido amplio) que distingue, según el mayor o menor grado de dificultad de entrada, entre entrantes sustitutorios (mercado relevante) y entrantes potenciales (poder de mercado), para

⁴⁸². *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 23. Ver la decisión de 22 de enero de 1997, *Coca Cola-Amalgamated Beverages*, DOCE L218 de 9 de agosto.

⁴⁸³. *Michelín (1983)*, cit. supra, consid. 44.

⁴⁸⁴. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, *Ibidem*.

⁴⁸⁵. *Ídem*, punto 24.

considerarlos en distintos momentos del *iter* evaluativo⁴⁸⁶.

IV) EL FACTOR ESPACIO: EL MERCADO GEOGRÁFICO.

Ciertamente, la más o menos perfecta delimitación del mercado relevante del producto es importante para definir un mercado; pero, cuando el artículo 82 TCE señala que «... en mercado común o en una parte sustancial del mismo. ...», recuerda expresamente que una posición de dominio debe existir también sobre un mercado geográfico determinado, que puede ser el Mercado Común en su conjunto o una parte sustancial del mismo. En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló en *United Brands (1978)* que «... las posibilidades de competencia a efectos del artículo 86 (actual 82) TCE, deben examinarse en función de las características del producto relevante y en referencia a una zona geográfica definida ...»⁴⁸⁷. Para saber si una empresa tiene poder de mercado, es necesario también determinar la extensión geográfica del mercado en el que opera o en el que se ha realizado la práctica presuntamente abusiva, a fin de saber con qué otras posibles empresas compite en esa área⁴⁸⁸.

En esencia, este recordatorio típico del artículo 82 TCE plantea tres cuestiones: primera, cómo definir el área geográfica del mercado relevante; segunda, cuándo se puede entender que el área delimitada es una parte

⁴⁸⁶. Para KORAH, el tener en cuenta los posibles entrantes como competencia potencial a la hora de valorar el poder de mercado, tiene la ventaja de permitir salvar los inconvenientes que pueden plantear definiciones excesivamente estrecha del mercado relevante (KORAH: Ídem, cit. supra, pág. 71).

⁴⁸⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, consid. 11.

⁴⁸⁸. WHISH: Ídem, cit. supra, pág. 256.

sustancial del Mercado Común, y tercera, si el mercado relevante puede tener una dimensión supracomunitaria.

A) *DEFINICIÓN DEL ÁREA GEOGRÁFICA RELEVANTE.*

A) NOCIÓN DE MERCADO GEOGRÁFICO.

El Tribunal de Justicia, en *United Brands* (1978), definió el mercado geográfico como:

«... una zona geográfica determinada en la que [el producto relevante] es comercializado y donde las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas como para poder apreciar el juego del poder económico de la empresa interesada.»⁴⁸⁹.

En la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia* (1997), la Comisión propone otra definición de mercado geográfico relevante extraída del Derecho comunitario derivado⁴⁹⁰:

«El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en

⁴⁸⁹. *United Brands* (1978), cit. supra, consid. 11.

⁴⁹⁰. Reglamentos basados en los artículos 81 TCE y 82 TCE del Tratado, especialmente la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento número 17 y la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento Comunidad Económica Europea n° 4064/89 sobre el control de operaciones de concentración de dimensión comunitaria, en relación a la definición del mercado de producto propuesta supra, y de mercado geográfico propuesta infra.

ella prevalentes son sensiblemente distintas a aquéllas.»⁴⁹¹

De ahí se deducen dos conclusiones. Primero que un mercado geográfico es, en esencia, un territorio en el que las condiciones de la competencia relativas al producto de que se trate son homogéneas para todos los agentes⁴⁹². Y, segundo, como condición lógica de aplicación del artículo 82 TCE, el mercado geográfico es también un territorio en el que se desarrolla la actividad de la empresa o empresas interesadas⁴⁹³. El mercado geográfico se define así como un área geográfica en la que se desarrolla la actividad económica de los agentes en unas mismas condiciones competitivas.

B) DELIMITACIÓN DEL ÁREA GEOGRÁFICA RELEVANTE.

i) Extensión de la actividad o de la conducta.

Así pues una primera aproximación al mercado geográfico se puede hacer atendiendo al área geográfica a la que se extiende la actividad de la empresa o empresas encausadas o en la que se sitúan las personas afectadas

⁴⁹¹. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 8.

⁴⁹². La sujeción a unas mismas condiciones competitivas como elemento definidor central del mercado geográfico relevante, había ya sido puesta de relieve con anterioridad por la doctrina y jurisprudencia comunitarias. Así en *United Brands (1978)* el Tribunal de Justicia ya señaló que la posición de dominio debe ser valorada dentro de una zona geográfica donde el producto relevante sea comercializado y «... donde las condiciones de la competencia sean suficientemente homogéneas para poder valorar el juego del poder económico de la empresa interesada» y sentenció que los mercados francés, inglés e italiano quedaban fuera del mercado relevante, por entender que las bananas chiquita estaban sujetas en estos países a distintas condiciones competitivas (*United Brands (1978)*, cit. supra, Rep., pág. 277, considerando nº 39, y pág. 278, considerando nº 44). En el mismo sentido, entre otros los autores citados.

⁴⁹³. En este sentido señalaba el Tribunal de Justicia en la misma sentencia, refería la posición de dominio «... a una zona geográfica determinada en la que [el producto relevante] es comercializado y ...» (*United Brands (1978)*: *Ibidem.*)

por la misma. Sin embargo, como el mercado geográfico es el territorio en el que la empresa dominante se enfrenta a la competencia en sus prácticas presuntamente abusivas⁴⁹⁴, a los efectos del artículo 82 TCE, puede constituir un mejor criterio de aproximación el del área geográfica en la que se produce el abuso, o en la que se sitúan las personas perjudicadas por la práctica en cuestión⁴⁹⁵, lo cual no significa que la ubicación geográfica de la empresa que realiza el abuso, deba tenerse en cuenta⁴⁹⁶. Como ha señalado el Tribunal de Justicia en *Continental Can (1973)*⁴⁹⁷, y ha reiterado en *United Brands (1978)*⁴⁹⁸ y *Hoffmann La Roche (1979)*⁴⁹⁹, una empresa exterior al Mercado común puede ejercer una posición de dominio dentro del Mercado común o de una parte sustancial del mismo.

ii) Delimitación de áreas competitivas homogéneas.

En cualquier caso, las autoridades comunitarias proponen un segundo análisis orientado a delimitar el

⁴⁹⁴. VAN BAEL/BELLIS: Ídem, pág. 79.

⁴⁹⁵. CHILD/BELLAMY: Ibídem. Tanto es así que algunos autores entienden que, en la aplicación del artículo 82 TCE, el concepto de mercado de referencia no es un dato preestablecido, sino que está en función del abuso alegado. Únicamente se deben tomar en consideración las condiciones de competencia en el mercado en el que se ha cometido el abuso. Se trata por tanto de un concepto funcional cuyo contenido depende del abuso reprochado a la empresa pretendidamente dominante (WAELEBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, pág. 334; HOET, Peter: «Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire», 325 Rev.March.Com. 152 -mars 1989)

⁴⁹⁶. En efecto, el mercado geográfico, como lugar de encuentro de la oferta y la demanda, viene determinado, desde el punto de vista geográfico, por el lugar donde se encuentran los clientes destinatarios de la oferta, lo que equivale al lugar en que se suministran los productos o se prestan los servicios. Esto significa que a los efectos de la definición geográfica del mercado relevante, el lugar donde se fabrican los bienes o servicios o donde se toman las decisiones de producción u oferta no es decisivo (VILÀ COSTA: Ibídem, pág. 121. GIDE/LOYRETTE/NOUEL: *Dictionary Joly. Concurrence*, Tomo II, Xavier De Roux/Dominique Voillemont, pág. 22, de 1989).

⁴⁹⁷. *Continental (1973)*, cit. supra, pág. 216.

⁴⁹⁸. *United Brands (1978)*, cit. supra, Rep. 207.

⁴⁹⁹. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra, Rep. 461.

área geográfica definida por una situación competitiva homogénea.

Independientemente de cual sea el alcance geográfico de la actividad de la empresa⁵⁰⁰, las condiciones en que se desarrolla la competencia en torno a un determinado producto pueden ser las mismas en todo el Mercado Común, en cuyo caso el mercado geográfico relevante será el Mercado común en toda su extensión; o también pueden variar, por distintas razones, de una zona a otra⁵⁰¹, de modo que los agentes situados en una determinada área geográfica no estén sometidos a iguales condiciones competitivas que los de otras zonas. Cuando sucede así es porque existen factores, como por ejemplo unos costos de transporte⁵⁰² muy elevados en relación al valor del producto o determinadas costumbres de los agentes de un lugar⁵⁰³, que, que por constituir una cierta barrera de

⁵⁰⁰. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 29.

⁵⁰¹. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 528.

⁵⁰². Los costes de transporte como factor delimitador del mercado geográfico es tan importante, que la Comisión, desde su experiencia, ha establecido en su comunicación *sobre acuerdos de menor importancia*, párrafos 13 y 14, la regla según la cual, cuando los costos del transporte son muy importantes en relación al valor del producto, el mercado geográfico debe ser dibujado restrictivamente (También *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, puntos 31 y 50). En la práctica comunitaria es abundante la consideración de los costes de transporte: en el la decisión de 18 de julio de 1988, *Napier Brown-British Sugar*, DOCE L 284/41, se tuvo en cuenta que el costo del transporte del azúcar es muy importante en relación al valor del producto para circunscribir el mercado geográfico a Gran Bretaña; o la decisión de 5 de diciembre de 1988, *BPB Industries plc*, L 10/50 de 13 de enero de 1989, en apelación caso 59/89 *British Plasterboard Industries plc and British Gypsum c. Comisión*. Y un ejemplo en sentido contrario lo encontramos en la decisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti* DOCE L 65/19 de 11 de marzo del 1988, en apelación sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1991, as. T-30/89 R, *Hilti AG c. Comisión*, Rec. II-163, y de 12 de diciembre de 1991, as. T-30/89, *Hilti AG c. Comisión*, Rep. II-1441, donde se entendió el que mercado geográfico era todo el Mercado Común, porque los costes del transporte dentro del Mercado común eran relativamente pequeños.

⁵⁰³. La Comisión se refiere a ellas como características básicas de la demanda (*Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 46).

entrada, aconsejan tomar en consideración un mercado geográfico más pequeño⁵⁰⁴.

Es importante subrayar que la existencia de un área competitiva homogénea no es incompatible con la existencia de diferencias, incluso importantes, en las condiciones como se desarrolla la competencia dentro de esa área. Lo decisivo para considerar un área como homogénea, no es la igualdad de condiciones competitivas, que pueden variar de unas zonas a otras dentro del área homogénea, sino que las diferencias existentes no sean capaces de obstaculizar la sustituibilidad geográfica dentro del área. Podrán haber distintas situaciones competitivas, pero deberán ser similares para todas las empresas situadas dentro de la misma área, de modo que no sitúen a unas empresas en ventaja frente a las otras⁵⁰⁵. Así lo entendió el Tribunal en *United Brands (1978)*, cuando señaló que «... las condiciones objetivas de competitividad del producto en cuestión deben ser similares para todos los operadores económicos ...»⁵⁰⁶; y, al delimitar el área homogénea dentro del Mercado común, no se fijó tanto en las diferencias competitivas, que las había, entre los países integrantes del área homogénea (diferentes costes de transporte y condiciones arancelarias distintas), como en el hecho de que los países excluidos (Italia, Francia y Gran Bretaña) tenían unos regímenes de importación de bananas propios que hacían que las bananas de *United Brands* no estuvieran en las mismas condiciones que las restantes bananas⁵⁰⁷.

A la hora de entrar en el análisis de la homogeneidad geográfica, la Comisión reconoce que, por

⁵⁰⁴. CHILD/BELLAMY: Ídem. Véase también GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 416.

⁵⁰⁵. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, pág. 344.

⁵⁰⁶. *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 44.

⁵⁰⁷. Ídem, consid. 51 y 52.

distintas razones⁵⁰⁸, existe dentro del Mercado común una clara inercia o tendencia a la fragmentación geográfica en submercados de carácter nacional o regional, lo que además puede ser compatible con una presencia homogénea de las empresas dentro de la Comunidad⁵⁰⁹. Ello viene favorecido por el hecho de que muchos mercados comunitarios están desde el punto de vista geográfico en un proceso de desarrollo e integración⁵¹⁰.

• *Distribución de las cuotas y los precios.*

Por ello, un primer paso consistirá en examinar la distribución geográfica de las cuotas de mercado de las partes y de sus competidores, así como la fijación y las diferencias de precios a escala nacional y comunitaria o del Espacio económico europeo. Cuando entre dos áreas geográficas vecinas se registran de forma permanente diferencias de precios significativas para los mismos productos o cuando los proveedores de dichos productos disponen permanentemente de cuotas de mercado significativamente distintas entre una y otra área, existen claros indicios de que las condiciones entre una y otra zona no son homogéneas⁵¹¹. Cuando estas diferencias se dan además entre Estados, en general, permiten presumir la existencia de mercados nacionales separados⁵¹². Con esta operación se obtendrá un primer plano de relieve que permitirá a la Comisión centrar sus

⁵⁰⁸. Entre otras, por ejemplo, las definidas por razones históricas o por las características básicas de la demanda (*Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, puntos 29 y 46)

⁵⁰⁹. Así, en la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, puntos 28, 29 o 46.

⁵¹⁰. MARTÍNEZ DEL PERAL: Ídem, cit. supra, pág. 63.

⁵¹¹. Ídem, pág. 65, 66. Ver decisiones cit. nota infra.

⁵¹². Referente a los precios WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 345.

investigaciones posteriores en la mejor delimitación del mercado geográfico de referencia⁵¹³.

Sin embargo, aunque la distribución de las cuotas y de los precios es un buen indicador, no es por sí sólo suficiente, pues describe el efecto pero no la causa, y por tanto nada dicen sobre si esta situación continúa en el presente o si persistirá en el futuro⁵¹⁴. Es necesario pues completar este primer análisis con otros criterios.

- *Sustituibilidad geográfica.*

Una vez obtenida esta información, la Comisión se centrará en determinar el grado de sustituibilidad geográfica del producto relevante, tanto desde el punto de vista de la demanda como desde el punto de vista de la oferta.

- La sustituibilidad geográfica desde el lado de la demanda.

De una parte, la Comisión se preguntará si los clientes de las partes en un área determinada, ante un pequeño y permanente incremento de precios relativos, estarían dispuestas a transferir sus pedidos a proveedores situados en otro lugar a corto plazo y a un coste insignificante⁵¹⁵. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el área de referencia otras zonas hasta que el conjunto de áreas geográficas sea tal que resulte

⁵¹³. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, pánto 29. Véase en concentraciones la decisión de 31 de julio de 1991, *Varta/Bosch*, DOCE L 320/26 de 22 de noviembre, p. 17 y 18; o de 29 de mayo de 1991, *Magneti Marelli/CEAc*, DOCE L 222/38 de 10 de agosto, p. 16, donde se tienen en cuenta estos criterios para la delimitación geográfica del mercado relevante. Respecto al grado de concentración también *Nestlé/Perrier (1992)*, ya cit.

⁵¹⁴. MARTÍNEZ DEL PERAL: Ídem, cit. supra, pág. 66.

⁵¹⁵. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, puntos. 17 y 29.

rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos⁵¹⁶.

A la hora de valorar la sustituibilidad geográfica de la demanda la Comisión presta una especial atención a las características básicas de la demanda, que puede verse determinada por otros factores distintos de los costes objetivos del consumidor. Sin perder de vista el mapa de distribución de cuotas y precios, la Comisión intentará descubrir si las decisiones de demanda vienen condicionadas por preferencias nacionales o locales⁵¹⁷, por el idioma, la cultura, el estilo de vida nacional o local⁵¹⁸, por los hábitos de compra⁵¹⁹, por preferencias por determinadas marcas⁵²⁰, por condicionantes históricos, etc.⁵²¹. La práctica de la Comisión descubre también que cuanto mayores sean los que adquieren el producto relevante, mayor será la probabilidad de que busquen sustitutos fuera de su área geográfica⁵²².

⁵¹⁶. Ídem, punto. 17.

⁵¹⁷. La Comisión tuvo en cuenta este factor en la delimitación del mercado geográfico en la decisión de 7 de noviembre de 1990, *Renault/Volvo*, DOCE C 281/2 de 9 de noviembre, donde detectó unas preferencias muy acusadas de los adquirentes por las marcas nacionales en el mercado de autobuses.

⁵¹⁸. La Comisión hizo referencia a este factor en la decisión de 10 de septiembre de 1991, *ABC/Générale des Eaux/Canal Plus*, DOCE C 244/5 de 19 de septiembre, al analizar el mercado de geográfico de producción y emisión de televisión, la Comisión observó que, si bien los avances tecnológicos facilitaban la internacionalización del mercado, las dificultades idiomáticas y culturales podía dificultar todavía la consecución de canales paneuropeos.

⁵¹⁹. En la sentencia de 16 de diciembre de 1975, as. ac. 40-48-50-54-56-111-113-114/73, *Sukier Unie y otros*, consid. 372, el Tribunal de Justicia consideró necesario tener en cuenta en la delimitación del mercado geográfico, además de los costes de transporte, la existencia de los hábitos de los usuarios y consumidores.

⁵²⁰. En la decisión *Nestlé/Perrier*, ya cit, la Comisión consideró que uno de los elementos que más obstaculizaban el acceso al mercado francés de agua mineral era la preferencia por las marcas creada por las cuantiosas inversiones en publicidad de Nestlé, Perrier y BSN.

⁵²¹. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, especialmente puntos. 29 y 46.

⁵²². JONES/GONZÁLEZ: *The EEC Merger Regulation*, London: Sweet&Maxwell, 1992, págs. 128-9; MARTÍNEZ DEL PERAL: Ídem, ya cit., pág. 73.

- La sustituibilidad geográfica desde el lado de la oferta.

Y, de otra parte, se preguntará, si las empresas situadas en zonas distintas encuentran obstáculos para comercializar los productos de referencia a corto plazo en todo el mercado geográfico, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos y sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos⁵²³. En general, la Comisión entenderá que no hay sustituibilidad geográfica desde el lado de la oferta, cuando la entrada implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas, o los plazos⁵²⁴.

En el análisis de la sustituibilidad geográfica de la oferta, la Comisión centra particularmente su atención en factores como los requisitos de ubicación para poder vender en un área determinada, las condiciones de acceso a los canales de distribución, los costes relativos al establecimiento de una red de distribución⁵²⁵, y la existencia o ausencia de obstáculos reglamentarios vinculados a la contratación pública, las regulaciones de precios, los contingentes o derechos de aduana que restringen el comercio o la producción, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones

⁵²³. Ídem, puntos. 20 y 30.

⁵²⁴. Ídem, punto 23.

⁵²⁵. La importancia de los factores de distribución y marketing como barrera de entrada a la sustituibilidad geográfica de la oferta fue decisiva en la decisión *Fiat Geotech/Ford New Holland (1991)*, donde la Comisión consideró que aunque la distribución de ventas en toda Europa parecían indicar que el mercado relevante geográfico era la Comunidad, la existencia de una privilegiada red de distribución de Fiat en Italia, en un sector tan sensible a la distribución como el de la maquinaria agrícola, producían el efecto de cerrar el mercado italiano (decisión de 8 de febrero de 1991, *Fiat Geotech/Ford New Holland*, DOCE C 118/14 de 3 de mayo de 1991).

administrativas, la reglamentación del envasado⁵²⁶, etc.⁵²⁷.

Con estos análisis la Comisión procurará identificar las posibles barreras que protegen a las empresas localizadas en una determinada zona de la presión competitiva que puedan ejercer empresas situadas fuera de esa área geográfica, a fin de determinar con precisión el grado de interpenetración de los mercados a escala nacional, europea o mundial⁵²⁸.

La Comisión reconoce que, en el estudio de la sustituibilidad geográfica, la estructura y la evolución efectiva de los flujos comerciales (importaciones y exportaciones), así como la localización de las compras⁵²⁹, ofrecen indicaciones complementarias útiles para valorar la importancia de las características de la demanda o de la oferta antes mencionadas y la medida en que éstas pueden contribuir a crear barreras a la entrada que den lugar a la creación de mercados geográficos diferentes⁵³⁰. Como las importaciones y las exportaciones representan el volumen total de los productos vendidos en una determinada zona, indican en buena medida el grado de apertura de sus fronteras⁵³¹. En general para que puedan ser consideradas un indicador válido de apertura de un

⁵²⁶. Respecto de la barreras de tipo administrativo, ver infra «El factor administración o normativo».

⁵²⁷. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 30.

⁵²⁸. *Ibidem*.

⁵²⁹. La Comisión considera el examen de la localización geográfica de las compras de los consumidores también de gran utilidad para determinar la medida del mercado geográfico. Normalmente considera que el mercado geográfico tiene dimensión comunitaria, cuando los clientes compran a empresas localizadas en cualquier lugar de la Comunidad o del Espacio económico europeo en condiciones similares (Ídem, punto 48). Ver las decisiones *Du pont/ICI (1992)*, cit. supra, p. 29, y *Aéropaciale-Alenia/de Havilland (1991)*, cit. supra, p. 20.

⁵³⁰. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 31. Véase respecto a la evaluación de los flujos comerciales la decisión *Torras/Sarrío (1992)*, cit. supra. Ver PAPPALARDO: Ídem, pág. 334.

⁵³¹. MARTÍNEZ DEL PERAL: Ídem, cit. supra, pág. 66.

mercado geográfico al exterior han de ser al menos del orden del 10% del consumo total del área de que se trate⁵³². Este indicio será mayor, si además va acompañado de exportaciones, pues es más probable que existan condiciones homogéneas entre dos zonas, cuando los flujos comerciales van en las dos direcciones⁵³³. En cambio, la sola existencia de exportaciones de un área hacia otra no es indicio de apertura, pues nada impide que su propia zona esté cerrada por barreras técnicas o comerciales que impidan la entrada de las empresas exteriores, y que por tanto los precios dentro y fuera del área en cuestión sean distintos⁵³⁴. No obstante, pese a su utilidad, los flujos comerciales son sólo un indicador complementario y no absoluto. Para la Comisión la ausencia de flujos comerciales o de compras exteriores no indica necesariamente que el mercado geográfica esté cerrado sobre si mismo. Es necesario además que existan barreras a la entrada que lo aíslen efectivamente de su entorno⁵³⁵.

Es en el examen de los flujos comerciales, donde la Comisión analiza los costes de transporte y el grado en que éstos pueden afectar al comercio entre distintas zonas⁵³⁶. Los costes de transporte suelen ser una de las barreras naturales más frecuentes con que se encuentran los clientes que quieren salir de su área geográfica, sobre todo cuando se trata con productos voluminosos y de escaso valor⁵³⁷ o de difícil conservación. Con todo, también los costes de transporte deben ser relativizados, pues en ocasiones pueden ser compensados por ventajas

⁵³². Ídem, pág. 68.

⁵³³. Íbidem.

⁵³⁴. Íbidem.

⁵³⁵. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 50.

⁵³⁶. Ídem, punto 31.

⁵³⁷. Ídem, punto 50.

comparativas en otros costes como son las materias primas o los costes laborales⁵³⁸.

El precio que la Comisión toma como referencia en la evaluación de la sustituibilidad geográfica es el precio prevalente en el mercado, salvo que se haya formado en unas condiciones de mercado alteradas, sin un grado suficiente de competencia⁵³⁹. Esta posibilidad es particularmente importante en los casos de abuso de posición dominante, donde el precio prevalente suele estar sustancialmente aumentado⁵⁴⁰.

B) *DEFINICIÓN DE LA SUSTANCIALIDAD DEL MERCADO GEOGRÁFICO DELIMITADO.*

Una vez delimitado el espacio geográfico del mercado relevante, se impone saber si se trata o no de una parte sustancial del Mercado Común. Como señala el mismo artículo 82 TCE, para que una empresa pueda estar en posición de dominio, no es necesario que su mercado relevante se extienda a todo el mercado común, basta con que abarque una parte sustancial del mismo; pero qué parte del Mercado Común es necesaria para que pueda ser considerada sustancial.

En la interpretación de este elemento típico del artículo 82 TCE, las autoridades comunitarias se sirven fundamentalmente de dos criterios, uno cuantitativo y otro cualitativo, a los que se otorga distinto valor. En el asunto de la *Industria europea del azúcar (1975)*, el Tribunal de Justicia ha señalado que «... para saber si un determinado territorio reviste la importancia necesaria para poder ser considerado una parte sustancial

⁵³⁸. *Ibídem.*

⁵³⁹. *Ídem*, punto 19.

⁵⁴⁰. *Ibídem.*

del Mercado Común, ...», el criterio de la superficie es sólo un elemento más de valoración, por lo que también «... es necesario tener en cuenta, la estructura y el volumen de la producción y del consumo del producto relevante, así como los hábitos y la posibilidades económicas de los compradores y los vendedores»⁵⁴¹. De ahí parece deducirse que, según el Tribunal de Justicia, si bien el mercado se ha de extender sobre un territorio, su sustancialidad se deriva más de su importancia económica en relación al conjunto del Mercado Común (criterio cualitativo) que de su extensión geográfica (criterio cuantitativo)⁵⁴².

Con GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL⁵⁴³, vamos a diferenciar tres supuestos:

- *Cuando la posición de dominio alcanza a una vasta superficie del Mercado Común.*

Es evidente que, cuando la posición de dominio alcanza a todo el Mercado Común, se está ante una parte sustancial del mismo; así los asuntos *Zoja* (1972) y *Hoffmann La Roche* (1979) nos ofrecen ejemplos de un mercados geográficos relevantes que abarcaban a todo el Mercado Común⁵⁴⁴. Del examen de la jurisprudencia comunitaria también parece desprenderse que, si se pueden extraer conclusiones de la casuística comunitaria, cuando la posición de dominio alcanza una vasta superficie integrada por varios Estados o por partes de éstos, o por un Estado grande, o incluso uno mediano, es fácil que el

⁵⁴¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, as- 40 a 48/73, 50/73, 54 a 56/73 y 114/73, *Suiker Unie y otros c. Comisión*, Rep. 1663, consid. 371.

⁵⁴². Véase GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 417.

⁵⁴³. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, págs. 416 y ss.

⁵⁴⁴. En el asunto *Zoja*, el grupo C.S.C.-I.C.I. detentaba un monopolio mundial de la producción y venta de nitropropano y de aminobutanol que son indispensables para la fabricación del ethambutol.

espacio geográfico resultante pueda ser considerado una parte sustancial del Mercado Común. Así, por ejemplo, en el asunto *United Brands (1978)*, el TRIBUNAL DE JUSTICIA consideró que el mercado integrado por seis Estados miembros tenía carácter sustancial; en GEMA, apreció el mismo carácter en un mercado relevante igual a la RFA; en el asunto *Industria europea del azúcar*, se consideró parte sustancial el mercado integrado por los Países Bajos y el sur de Alemania Federal; y, en fin, en los asuntos *General Motors* y *Sabena* se consideró que el mercado relevante estaba constituido sólo por Bélgica. En estos casos parece que la importancia cuantitativa llevará casi automáticamente a la cualitativa⁵⁴⁵.

- *Cuando la posición de dominio abarca sólo a un pequeño Estado.*

Ahora bien, ¿qué ocurrirá cuando la posición de dominio se ejerza sobre el territorio de un Estado pequeño, como Dinamarca o Luxemburgo? En la actualidad, no parece fácil prever de forma general en estos casos cuál será la solución de la Jurisprudencia comunitaria. Parece entonces que destacar la importancia cualitativa del mercado será en estos supuestos particularmente importante⁵⁴⁶.

- *Cuando la posición de dominio abarca sólo una parte del territorio de un Estado.*

Y en tercer lugar nos preguntamos qué ocurrirá, si la posición de dominio se ejerce sobre un pequeño espacio geográfico compuesto sólo por una o varias regiones de un Estado grande o mediano, esto es, sobre un espacio comunitario infraestatal. La práctica comunitaria tampoco parece clara en este punto, aunque algunas

⁵⁴⁵. Véase VAN BAEL/BELLIS: Ídem, cit. supra, pág. 81.

⁵⁴⁶. Véase GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, pág. 417.

sentencias como *Suiker Unie*⁵⁴⁷ o *Hugin*⁵⁴⁸ parecen indicar que incluso una parte de un Estado puede ser calificada como parte sustancial del Mercado Común⁵⁴⁹. Sin embargo, este supuesto parece esconder en realidad un problema de delimitación de competencias entre los Derechos comunitario y nacional de la competencia. Por ello, parece que su carácter sustancial a efectos de la aplicación del artículo 82, dependerá principalmente de si se considera o no que la práctica abusiva afecta al comercio entre los Estados miembros⁵⁵⁰, cuestión que veremos a continuación.

En fin, decidir si una parte del Mercado Común tiene o no carácter sustancial, parece ser una cuestión de hecho que se ha de determinar en cada caso⁵⁵¹, y frente a la que las reglas o criterios vistos tienen sólo un carácter aproximativo.

C) LA DIMENSIÓN SUPRACOMUNITARIA.

Por otra parte, se ha discutido si el mercado geográfico puede extenderse más allá del Mercado común. La cuestión no carece de relevancia, pues, si tal fuera el caso, las cuotas de la empresa en el exterior se

⁵⁴⁷. Vid supra.

⁵⁴⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hugin c. Liptons*, Rep. 1869.

⁵⁴⁹. Cfr. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, pág. 418 con VAN BAEL/BELLIS: Ídem, pág. 55.

⁵⁵⁰. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 185. VILÀ COSTA: *El «abuso de posición dominante» en la CEE*. Colección Cuadernos de administración pública, Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; págs. 123 y ss. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, págs 417 y 418.

⁵⁵¹. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 530. GIDE/LOYRETTE/NOUEL: *Dictionary Joly. Concurrence*, Tomo II, Xavier De Roux/Dominique Voillemont, pág. 23, (1989).

sumarían a las que tiene en el Mercado común⁵⁵². En contra se ha invocado la letra del artículo 82 TCE y las dificultades prácticas que para la Comisión supondría tener que recabar datos fuera de la Comunidad. Sin embargo, no parece que la Comisión se haya visto limitada por las fronteras Comunitarias. En *Aérospatiale-Alenia/de Gavilland* (1991) la Comisión consideró que los aviones turbopropulsores de transporte regional producidos por las empresas afectadas constituían un mercado mundial dados la intensidad de los flujos comerciales que existía entre EEUU y Europa, la irrelevancia de los costes de transporte y la inexistencia de obstáculos a la importación⁵⁵³. De ahí cabe deducir que, cuando las condiciones competitivas sean homogéneas en un plano supracomunitario, la Comisión no tendrá inconveniente en definir un mercado geográfico que vaya más allá de la Comunidad⁵⁵⁴. En este caso, la previsión típica «... en el Mercado común o en una parte sustancial del mismo ...» se referiría sólo al nexo territorio-abuso y no al mercado relevante. De todos modos, la importancia de esta cuestión se relativiza, si se tiene en cuenta que las autoridades comunitarias toman en consideración la implantación y fuerza internacional de la empresa al analizar la estructura de la empresa en la evaluación de la posición de dominio, lo que, desde un punto de vista práctico, acabará llevando al mismo resultado.

⁵⁵². WAELBROECK/FRIGNANI: *Ibidem*.

⁵⁵³. Decisión de 2 de octubre de 1991, *Aérospatiale-Alenia/de Gavilland*, DOCE L 334/42 de 5 de diciembre.

⁵⁵⁴. MARTINEZ DEL PERAL: *Ídem*, cit. *supra*, pág. 70. En favor de esta interpretación también WAELBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, cit. pág. 350.

V) LOS FACTORES TEMPORAL Y NORMATIVO.

En esencia, la delimitación del mercado relevante se realiza en base a los factores geográfico y funcional; pero todavía deben tenerse en cuenta otros dos factores que, por poder incidir decisivamente en esa operación, merecen un tratamiento expreso. Nos referimos a los factores temporal y normativo.

A) EL FACTOR TIEMPO.

Sobre todo desde que irrumpió con fuerza en la doctrina la idea de la competencia potencial⁵⁵⁵, los autores suelen señalar, de forma expresa o tácita, que la delimitación de un mercado nunca debe perder de vista el factor temporal, pues los mercados lejos de ser instituciones estáticas, son profundamente dinámicos y es normal que su configuración funcional y especial varíe con el tiempo. Por ello, la situación competitiva de un mercado debe apreciarse en un espacio temporal que tenga la amplitud precisa, para permitir calibrar con la mayor corrección posible la dimensión dinámica de la competencia de ese mercado⁵⁵⁶. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que el factor tiempo juega en la elasticidad de la oferta y de la demanda⁵⁵⁷; o en la

⁵⁵⁵. WILLIAN J. BAUMOL, JOHN C. PANZAR y ROBERT D. WILLIG: «On the Theory of Perfectly-Contestable Markets» en JOSEPH E. STIGLITZ & G. FRANK MATHEWSON: "New Developments in the Analysis of Market Structure", London: Mcmillan press, 1986, págs. 339 y ss. También en *Contestable Markets and the theory of industry Structure*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982; y BILEY: *Contestability and the Design of Regulatory and antitrust Policy*, 71 American Economics Review, 178, 183 (1981). En el plano jurídico ver también WHISH: Ídem, págs. 11 y ss.

⁵⁵⁶. Véanse VILÀ COSTA: *El «abuso de posición dominante» en la CEE*. Colección Cuadernos de administración pública, Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; pág. 126. WHISH: *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths, 1993, pág. 289.

⁵⁵⁷. CASAS PARDO: *Curso de economía*. Madrid, 1981, pág. 507. Los economistas entiende que el factor tiempo es decisivo a la hora de contemplar la elasticidad de la oferta y de la demanda. En efecto, un comprador no pagará lo mismo si, necesitando el producto, dispone de tiempo para comprar que si no lo tiene; en el segundo caso deberá

relevancia que tiene a la hora de calibrar mercados de productos fuertemente estacionales o perecederos, como son, por ejemplo, los de ciertas frutas de estación o los de productos de moda que varía fácilmente con el tiempo⁵⁵⁸; o en las variaciones que pueden operarse en la extensión geográfica de una empresa o de una industria en expansión o en retracción, según el momento o el lapso temporal en que sea contemplada; etc. De ahí que la delimitación del mercado relevante exija también una cautelosa determinación del segmento temporal en el que deberá enmarcarse el mercado y valorar después la posición de dominio.

La delimitación temporal del mercado relevante, lo que se ha venido a llamar el mercado temporal, no debe confundirse con la perspectiva temporal con la que debe evaluarse la posición dominante⁵⁵⁹. El concepto de mercado temporal nace de la constatación de que no todos los periodos de tiempo son intercambiables entre sí⁵⁶⁰, como ocurre con las compañías telefónicas que discriminan los precios según el horario o con los servicios turísticos que diferencian sus productos según las temporadas; mientras que con la perspectiva temporal con que se valora la posición de una empresa en el mercado, se quiere constatar las presiones competitivas a que está

pagar más. E igualmente ocurre con la oferta, si se considera a muy corto plazo (en el presente), estará integrada sólo por los bienes ya fabricados en poder de las empresas; si se contempla a corto plazo, estará integrada por los bienes ya fabricados más la nueva producción que puedan ofertar las empresas sin necesidad de variar sus capacidades productivas; y, finalmente, a largo plazo la oferta no sólo debe considerar las existencias y la capacidad de producción de las empresas existentes, sino también los posibles cambios de la capacidad productiva de las empresas ya instaladas, y la posible variación del número de empresas establecidas en la industria (Ibídem).

⁵⁵⁸. VILÀ COSTA: Ibídem, pág. 126.

⁵⁵⁹. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, pág. 351.

⁵⁶⁰. Ibídem.

sujeta la empresa durante un determinado periodo de tiempo.

La importancia del factor tiempo ha sido reconocida por la doctrina comunitaria. En el *Enésimo Informe General de la CECA* la Comisión subrayó la importancia del factor temporal, al reconocer la imposibilidad de delimitar el mercado relevante de una vez para todas⁵⁶¹. Y, más tarde, se puso también de manifiesto en *United Brands (1978)*⁵⁶², cuando la Comisión observó que, durante la temporada de la fruta dulce (el estío), la demanda de bananas disminuía sensiblemente, para volver a subir en la época invernal, cuando la oferta de fruta dulce remitía, lo que demostraba la influencia que la temporada ejercía sobre la oferta y la demanda en el mercado de las bananas era determinante. Ello la indujo a circunscribir el mercado relevante a la temporada invernal diferenciándolo así del estival, lo que le permitió considerar que UBC estaba en posición de dominio en ese mercado respecto al sector de demanda definido. E, igualmente, en *ABG (1978)*, la Comisión, haciendo buen uso del criterio temporal, circunscribió el mercado relevante a la crisis del petróleo de los primeros setenta que siguió a la acción de la OPEP, para fundamentar la posición de dominio, lo que no fue contradicho después por el Tribunal de Justicia⁵⁶³.

En la definición del segmento de tiempo que constituye el mercado temporal, la Comisión tienden a delimitar cortos espacios de tiempo ajustados al periodo durante el que las empresas pueden ejercer su dominación en el mercado⁵⁶⁴. Ello la ha llevado a considerar barreras

⁵⁶¹. *Enésimo Informe General de la CECA*, pág. 358.

⁵⁶². *United Brands (1978)*, cit. supra, Rep. 207.

⁵⁶³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1978, as. 77/77, *BP Nederland c. Commission*, Rec. 243.

⁵⁶⁴. WHISH: Ídem, cit. supra, pág. 253.

de entrada factores como el tiempo que se necesita para construir nuevas plantas, crear una imagen de marca, acceder a la tecnología, crear una buena estructura comercial, cambiar los gustos de los consumidores ..., momento a partir del cual la competencia de otras empresas podría ser efectiva⁵⁶⁵. En *Tetra Pak II (1991)* la Comisión defendió que el mercado temporal debía ser breve porque ese era el periodo durante el que se ejercía la posición dominante de la empresa, y, si se hubiera considerado un periodo más amplio, habría sido necesario tener en cuenta que el progreso tecnológico y los cambios de hábitos de los consumidores pueden acabar cambiando la estructura y la situación competitiva del mercado⁵⁶⁶.

B) *EL FACTOR ADMINISTRACIÓN O NORMATIVO.*

Las normas emanadas de la autoridad pública pueden tener también una importancia determinante, en la delimitación de un mercado a los efectos del artículo 82 TCE. Una ley puede acotar artificialmente, sobre un producto y un área geográfica y por un periodo definido o indefinido de tiempo, una parte del mercado e individualizar así un mercado relevante distinto del que resultaría de la sola fuerza de la competencia y de la sola conjunción de los factores vistos. Este es el caso, por ejemplo, de las concesiones administrativas⁵⁶⁷, de las barreras técnicas⁵⁶⁸ o arancelarias, de ciertos derechos

⁵⁶⁵. KORAH: Ídem, cit. supra, pág. 74.

⁵⁶⁶. Decisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pak c. Alfa-Laval*, DOCE L 290 de 22 de octubre de 1991, pág. 18.

⁵⁶⁷. Ver la decisión de 28 de abril de 1992, *Accor/Wagons-Lits*, DOCE L 204/1 de 21 de julio.

⁵⁶⁸. Son normas que exigen determinadas especificidades técnicas a los productos para poder entrar en una región o Estado. Tienden a desaparecer en la Comunidad.

de propiedad intelectual e industrial⁵⁶⁹, de los monopolios Legales o fiscales⁵⁷⁰, o de ciertas políticas de contratación pública⁵⁷¹. En estos supuestos, el principal factor delimitador del mercado será sin duda la propia norma, y a ella se habrá de atender principalmente en la definición del mercado relevante y de la posición de dominio⁵⁷². Es más, cuando una norma delimite con nitidez el mercado relevante ninguna o muy pocas averiguaciones adicionales serán necesarias para determinarlos. En estas ocasiones las autoridades comunitarias acudirán directamente al factor normativo para la delimitación del mercado relevante⁵⁷³.

En la práctica comunitaria, no faltan ejemplos de mercados relevantes fundados en barreras legales. En *British Leyland (1986)* la ley establecía que sólo British Leyland podía expedir los certificados de homologación de los vehículos de British Leyland, requeridos por el Departamento de medio ambiente⁵⁷⁴. Es por ello que la

⁵⁶⁹. Aunque los derechos de propiedad industrial e intelectual no prueban una posición dominante, sí pueden contribuir a delimitar su mercado relevante (CHILD/BELLAMY: Ídem, 522 y 523). Ver la decisión y las sentencias *Magill*, ya cits.

⁵⁷⁰. Ver la decisión de 19 de diciembre de 1991, *CAMPSA*, DOCE C 334/23 de 28 de diciembre, que como administradora del Monopolio de Petróleos del Estado controlaba toda la distribución de carburantes y combustibles en España.

⁵⁷¹. En la decisión de 12 de abril de 1991, *Alcatel/Telettra*, DOCE L 122/48 de 17 de mayo, la Comisión tuvo la oportunidad de constatar que la razón principal de la fragmentación del mercado europeo de telecomunicaciones en mercados nacionales obedecía al hecho de que las autoridades nacionales de telecomunicaciones tienden generalmente a hacer sus pedidos a suministradores nacionales.

⁵⁷². Véase WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 253. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Civitas, 1992; pág.

⁵⁷³. WHISH: Ídem, pág. 253.

⁵⁷⁴. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, *British Leyland v. Comission*, Rep. 3263. Igualmente en la sent. de 13 de noviembre de 1975, as. 26/75 *General Motors v. Commission*, consids. 8 y 9, donde el Tribunal delimitó un mercado de certificados de conformidad de vehículos automóviles, porque el Estado delegó en el fabricante el derecho exclusivo a controlar la conformidad de los coches con la libertad de fijar el precio de su prestación.

Comisión al explicar en la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia (1997)* los criterios seguidos en la delimitación del mercado del mercado relevante, recuerda que en la delimitación del mercado de producto deben tenerse en cuenta obstáculos estructurales que dificultan el desplazamiento de la demanda o de la oferta como los reglamentarios u otras formas de intervención estatal⁵⁷⁵; o en la delimitación del mercado geográfico, es muy importante tener en cuenta obstáculos que segmentan geográficamente los mercados, como los requisitos de ubicación para poder vender en un área determinada, o la existencia o ausencia de barreras reglamentarias vinculadas a la contratación pública, las regulaciones de precios, los contingentes o derechos de aduana que restringen el comercio o la producción, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones administrativas, la reglamentación del envasado, etc⁵⁷⁶.

VI) MERCADOS RELEVANTES ESPECIALES.

La práctica comunitaria ha descubierto algunos tipos de mercados en los que, por sus particulares características, la delimitación debe hacerse con especial precaución, sobre todo a la hora de definir los mercados relevantes a efectos del artículo 82 TCE.

⁵⁷⁵. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 42.

⁵⁷⁶. Ídem, punto 30.

A) LOS MERCADOS PRIMARIO-SECUNDARIO.

Para la Comisión dos mercados se encuentran en una relación primario-secundario, cuando un producto (mercado de producto secundario) existe en función de otro producto (mercado de producto primario). Es la relación que se establece, por ejemplo, entre el mercado de un bien y el mercado de sus piezas de recambio. En estos casos, observa la Comisión, cuando el producto tiene un largo ciclo de vida y hay dificultades de abastecimiento del producto secundario, los precios son elevados, y los incrementos de los precios relativos de los productos secundarios suelen ser fácilmente rentables⁵⁷⁷. Cuando se da esta situación de intercambiabilidad reducida de la demanda sobre los productos secundarios, la definición del mercado de producto tenderá a reducirse, si las características de los productos primarios, normalmente de larga duración, no permiten una reacción rápida y directa del consumidor ante los aumentos de los precios relativos de los productos secundarios⁵⁷⁸. En *Hugin (1979)*, el Tribunal de Justicia consideró que el mercado de piezas de recambio para las cajas registradoras Hugin constituían un mercado relevante en sí mismas y distinto del de las cajas, porque, aunque hubiera un competencia efectiva en el mercado de las cajas registradoras, no había otra fuente de suministro de esas piezas de recambio⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 56.

⁵⁷⁸. *Ibidem*. Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hugin Liptons*, Rep. 1869; de 5 de octubre de 1988, as. 53/87, *Maxicar c. Renault*, Rep. 6039; 5 de octubre de 1980, as. 238/87, *Volvo c. Veng*, Rep. 6.211; y del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, as. T 30/89, *Hilti*, Rep. II-1441. También las decisiones 21 de diciembre de 1993, *Port de Rodby*, DOCE L 55/52 de 26 de febrero; de 21 de diciembre de 1993, *Sea Containers c. Stea Sea*, DOCE L 15/8 de 18 de enero; de 16 de mayo de 1995, *Irish Continental Group c. CCI Morlaix (Port de Roscoff)*, (medida provisional) XXV Informe, pág. 126.

⁵⁷⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hugin c. Liptons*.

Cabe esperar también que este mismo criterio se pueda aplicar a casos de «essential facilities», sobre todo si se tiene en cuenta que puede haber un sector de la demanda con una especial necesidad del producto. En tal caso no sería necesario tener que acudir a la sola situación de dependencia económica que generan las «essential facilities» para definir la posición de dominio⁵⁸⁰. Cuando sea posible, la Comisión tenderá a centrar el mercado relevante sobre el bien o instalación esencial (producto secundario) para la actividad en otro mercado (producto primario) y definir así una posición de dominio absoluta sobre el mercado del recurso básico⁵⁸¹.

B) *LAS CADENAS DE SUSTITUCIÓN.*

Un segundo supuesto especial de definición de mercado relevante lo constituyen también las cadenas de sustitución. Cuando se da una cadena de sustitución puede ocurrir que el mercado de referencia final acabe englobando en los extremos productos o zonas que no sean directamente intercambiables entre sí⁵⁸². Las cadenas de sustitución pueden darse tanto en la definición del mercado de producto como en la del mercado geográfico.

A) *CADENAS DE SUSTITUCIÓN GEOGRÁFICA.*

Se puede dar una cadena de sustitución en el mercado geográfico, cuando distintas áreas geográficas se superponen parcialmente. Es el caso, por ejemplo, de un mercado de producto con elevados costes de transporte. En este caso el mercado geográfico del producto se reducirá a

⁵⁸⁰. Ver supra «La situación de dependencia económica. La teoría del contratante obligatorio».

⁵⁸¹. Ver infra «Las essential facilities».

⁵⁸². *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 57.

una zona determinada alrededor de la fábrica debido a las repercusiones de los costes de transporte. En principio, esta área alrededor de la fábrica podría definir por sí misma un mercado geográfico relevante. Sin embargo, puede ocurrir que, debido a la ubicación de las diferentes fábricas de ese producto, se produzcan solapamientos entre las respectivas áreas geográficas alrededor de las fábricas. Cuando esto ocurre, es posible que la fijación de los precios de estos productos se vea limitada por un efecto de sustitución en cadena, de modo que se acabe definiendo un mercado geográfico más amplio⁵⁸³.

B) CADENAS DE SUSTITUCIÓN FUNCIONAL.

Se puede dar una cadena de sustitución en el mercado de producto, cuando productos que no son todos ellos intercambiables entre sí, sin embargo sufren en su conjunto las relaciones bilaterales de intercambiabilidad que se dan entre ellos. Si un producto B es, desde el punto de vista de la demanda, sustitutivo de los productos A y C, aunque los productos A y C no sean directamente sustituibles, pueden llegar a englobarse en el mismo mercado de referencia, si la tendencia de sus respectivos precios se ve limitada por el carácter sustitutivo del producto B⁵⁸⁴.

⁵⁸³. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 57. Véase la decisión de 30 de noviembre de 1994, *Cemento*, DOCE L 343/1 de 30 de diciembre, punto 11.

⁵⁸⁴. *Ibidem*. Aunque las autoridades comunitarias en ese momento no entraron en el concepto de cadenas de sustitución funcional, es difícil valorar alguna de las cuestiones planteadas en *Hoffmann La Roche (1979)* sin acudir a este concepto. Aun cuando los mercados de las vitaminas C y E para usos bionutritivos constituían cada uno de ellos un mercado separado, pues satisfacían usos que la otra vitamina no podía atender; sin embargo tenían un punto de encuentro en un mercado común y más amplio y competitivo como era el mercado de las vitaminas para usos industriales como antioxidantes donde las vitaminas E y C tenían sustitutos próximos. De modo que, aunque había tres mercados un primer mercado A de la vitamina C para usos bionutritivos, un segundo mercado B de las vitaminas A y C para usos industriales, y un tercer mercado C de la vitamina C para usos bionutritivos, distinto del de la vitamina A; en realidad la interconexión que se creaba por la vía del mercado B de usos industriales

En la valoración de las cadenas de sustitución, la Comisión buscará elementos de hecho, como los precios, que confirmen la intercambiabilidad. En particular, averiguará si hay interdependencia de precios en los extremos y si presentan una misma magnitud, a efecto de definir un mercado relevante más amplio⁵⁸⁵.

C) *LOS GRUPOS DE PRODUCTOS.*

Cuando varios productos o servicios se ofrecen en el mercado como un lote, pueden ser conveniente tratarlos como partes de un mismo mercado, aunque no sean intercambiables entre sí⁵⁸⁶. El concepto de grupos de mercados ha sido tratado en Estados Unidos en el ámbito de los servicios bancarios, de protección contra incendios y robos, y de la prensa diaria⁵⁸⁷.

En la decisión *ECS/AKZO (1985)*, la Comisión acudió a este concepto para definir el mercado relevante y consideró que los aditivos para harina compuestos de cinco productos distintos y no intercambiables constituían un mercado porque los proveedores los vendían a sus clientes en un mismo lote⁵⁸⁸. Y en *BBI/BOOSEY & HAWKES (1987)*, la Comisión volvió sobre este concepto al considerar que el conjunto de

podía haber hecho que los precios en los mercados bionutritivos separados, A y C, tendiera a estabilizarse en torno al precio de B, y haber constituido a estos efectos un único mercado, como pretendía Roche. Por ello, aunque la Comisión se centró en la cuota dominante de Roché en los mercados bionutritivos y el Tribunal de Justicia eludió esta cuestión, hubiera sido más acertado fijarse en si los precios estaban o no estabilizados por la interconexión que existían entre los tres mercados. Sólo si Roche hubiera sido capaz de cargar precios monopolísticos en A o C sin riesgo de perder mercado en B, debería haberse visto A o C como mercados separados. Ver en este sentido WHISH: Ídem, pág. 254.

⁵⁸⁵. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 58.

⁵⁸⁶. WAELEBROECK/FRIGNANI, cit. supra, pág. 343.

⁵⁸⁷. Ídem.

⁵⁸⁸. Decisión de 14 de diciembre de 1985, *ECS/AKZO*, DOCE L 374/1 de 31 de diciembre, núm. 94. El Tribunal de justicia no trató esta cuestión en su sentencia de 3 de julio de 1991.

instrumentos de metal empleados en las bandas de metal de tipo británico constituían un único mercado⁵⁸⁹.

VII) VALOR RELATIVO DE LA DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.

Con todo, la delimitación de los mercados individuales que se consigue con los criterios vistos, incluso la fundada en monopolios legales, no deja de ser en muchos casos una división aproximada y relativa⁵⁹⁰. La realidad se esfuerza en demostrar que muchos mercados carecen de límites precisos⁵⁹¹. De una parte, los mercados reales no son totalmente impermeables. Otros mercados y en especial los más próximos al relevante (sus sustitutos imperfectos), ejercen algún tipo de competencia sobre el mercado individualizado que podrá ser más o menos importante según los casos. Por ejemplo, si se considerara como mercado relevante el de la fabricación y distribución de cigarrillos en el territorio de un Estado reservada por una ley a un monopolio fiscal por tiempo indefinido; a la hora de delimitar ese mercado y, sobre todo, en el momento de valorar la posición de dominio, no debería perderse de vista la presión competitiva que pueden ejercer otras empresas desde los mercados geográficos vecinos o desde el mercado negro, en el caso de que el mercado reservado les resulte lo suficientemente atractivo, o la atracción que sobre los consumidores pueden ejercer otros productos próximos como el tabaco para pipa o de mascar. Ésta competencia externa también debe ser tomada en consideración a la hora de valorar el poder de mercado y la eventual posición de

⁵⁸⁹. Decisión de 29 de julio de 1987, *BBI/BOOSEY & HAWKES*, cit, supra, núm. 17.

⁵⁹⁰. *WAELEBROECK/FRIGNANI*: Ídem, pág. 351.

⁵⁹¹. *KORAH*: Ídem, pág. 69.

dominio⁵⁹². Y, de otra, los mercados individuales frecuentemente se interseccionan o superponen, en zonas de difícil delimitación. Piénsese, por ejemplo, en lo difícil que puede resultar delimitar con exactitud la línea divisoria entre los automóviles de lujo y los utilitarios. Ello hace que en ocasiones su delimitación sea muy difícil o resulte dudosa, acabando fundada en peligrosas decisiones de fuerte contenido subjetivo.

Además, tampoco el juicio de sustituibilidad propuesto por la Comisión está exento de problemas⁵⁹³. Este juicio se centra en los precios como instrumento de medida por razones de tipo operativo y práctico⁵⁹⁴. Y el precio de referencia será el prevalente en el mercado. Sin embargo, este referente no sirve cuando el precio prevalente ha sido determinado sin un grado suficiente de competencia⁵⁹⁵. Esto último suele suceder en los casos de aplicación del artículo 82 TCE, pues las empresas dominantes suelen aumentar sustancialmente el precio prevalente⁵⁹⁶. En estos casos, lo más apropiado sería referirse al precio prevalente en una situación de competencia operativa, pero aquí se choca con un problema de muy difícil solución, como es el de determinar el precio competitivo⁵⁹⁷. Y éste no es el único problema que

⁵⁹². Así lo entiende la Comisión (*Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, puntos 23 y 24).

⁵⁹³. WHISH: Ídem, pág. 250.

⁵⁹⁴. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, cit. supra, punto 15.

⁵⁹⁵. Ídem, punto 19

⁵⁹⁶. *Ibídem*. Esto pueden hacerlo hasta un punto de equilibrio en el que, si sube más el precio, el incremento dejará de ser rentable por la pérdida sustancial de ventas. Entonces, si se parte de este precio de referencia, se habrá de concluir que productos que a precio competitivo no son sustitutivos lo serán si se parte de ese precio monopolístico prevalente, pues un incremento a partir de ese punto desplaza la demanda hacia otros productos, por lo que con la inclusión de esos otros productos, podría diluirse la posición de dominio que ciertamente existe, si se parte del precio competitivo (Ver KORAH: Ídem, pág. 75).

⁵⁹⁷. Ver KORAH, cit. supra, *Ibídem*.

plantea el principio de la sustituibilidad⁵⁹⁸. Al final lo más probable es que en estos casos, las autoridades comunitarias apoyen el juicio de intercambiabilidad más en otros criterios como los caracteres y usos del producto⁵⁹⁹ o los rasgos estructurales del mercado, con lo que el riesgo de subjetivación puede aumentar⁶⁰⁰. Incluso no es extraño que se invierta la operación, y se acabe definiendo el mercado en función de la posición de dominio que se quiere controlar, de modo que el mercado será el ámbito donde la empresa tiene un poder dominante⁶⁰¹.

Por ello, de un lado, no debe olvidarse que en la delimitación del mercado relevante no hay soluciones absolutas de validez universal. Se trata de una cuestión de hecho, que sólo podrá resolverse de forma definitiva a la vista del caso concreto⁶⁰². Y, de otro, tampoco debe perderse de vista que la cuestión más importante en orden a la aplicación del artículo 82 TCE, no es tanto conseguir una perfecta delimitación del mercado relevante, que en ocasiones puede resultar poco más que imposible, como determinar si la empresa encausada tiene o no poder de dominio, que es cosa distinta. Quizás en algunos casos en los que el poder de comportamiento autónomo de la empresa es manifiesto y no resulta fácil delimitar el mercado relevante, podría ser conveniente

⁵⁹⁸. KORAH, cit. supra, *Ibidem*. WHISH: *Ídem*, 250-1.

⁵⁹⁹. WHISH: *Ídem*, pág. 251.

⁶⁰⁰. En sentido crítico con el método de la Comisión también NEVEN/NUTTALL/SEABRIGHT: «Merger in daylight: The economics and politics of merger control in Europe», Londres: Centre for Economic and Policy Research, 1993, págs. 96-101; SUBIOTO/SIRAGUSA: «El control europeo de las operaciones de concentración de empresas», GJ de la CE, 49 (marzo 1992).

⁶⁰¹. HOET: *Ibidem*. La dificultad de delimitar objetivamente el mercado relevante resulta en una tendencia de la Comisión a seleccionar entre las distintas posibilidades de delimitación aquella en la que la cuota de mercado de la empresa es mayor, lo que redonda en la extensión de la aplicación del artículo 82 TCE BAEL/BELLIS: *Ídem*, cit. supra, pág. 72.

⁶⁰². CHILD/BELLAMY: *Ídem*, cit. supra, pág. 509.

reconocer que la empresa tiene poder de dominio sobre el mercado, sin que sea necesaria una delimitación formal del mismo⁶⁰³. Es importante recordar que la delimitación del mercado relevante no es un fin en sí mismo sino sólo un medio que ha de permitir valorar y enmarcar la posición de dominio⁶⁰⁴.

VIII) EL MERCADO RELEVANTE EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.

De modo parecido al artículo 82 TCE, el artículo 6.1,a) LEDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio «*en todo o en parte del mercado nacional. ...*». Puesto que el Derecho español de defensa de la competencia no define de modo general esta noción, el Tribunal de Defensa de la Competencia considera en *Talleres Muñoz (1993)* que la similitud existente entre el artículo 6.1 (ahora 6.1,a) y el artículo 82 TCE, «... permite invocar la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar de interpretación del derecho interno, en lo que aquél sea de aplicación.»⁶⁰⁵.

En la misma línea interpretativa que las autoridades comunitarias, el Tribunal de Defensa de la Competencia considera de forma reiterada que la definición de una posición de dominio debe referirse siempre a un mercado

⁶⁰³. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 352. Esta aproximación es particularmente importante en la práctica antitrust en el Reino Unido, donde la MMC no se siente formalmente obligada a definir el mercado relevante sino sólo la posición de dominio (FISHWICK, Francis: «Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and de EC», XXXIV/3 The Antitrust Bulletin, 451, 463 y ss. (fall 1989).

⁶⁰⁴. Véase WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1989 (Secondo edition), págs. 285, y ss. También VILÀ COSTA: *El «abuso de posición dominante» en la CEE*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; págs. 160 y ss.

⁶⁰⁵. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de febrero de 1993, as. A 36/92, *Talleres Muñoz*.

determinado⁶⁰⁶. Así, en continuidad con lo que ha venido siendo su doctrina, en *Interflora* (1999) el Tribunal recuerda que «[c]omo es sabido, para poder estimar si la encausada ha incurrido en una conducta de abuso de posición dominante es preciso determinar previamente cuál es el mercado de referencia (o relevante) [y] si dicha empresa tiene en el mismo una posición de dominio.»⁶⁰⁷. Por tanto, un primer paso inexcusable en la definición de la posición dominante, es el de definir el mercado sobre el que se detenta el poder dominante⁶⁰⁸. Con todo, si entre los posibles mercados relevantes apuntados, se observa que la inclusión o exclusión de los mercados alternativos no afecta a la posición de dominio, el Tribunal eludirá la definición del mercado relevante y se centrará en el dato del poder de mercado y el posible abuso que constituyen el dato esencial. Es lo que hizo el Tribunal en *Bacardí* (1999), cuando señaló que «... la cuestión decisiva no es aquí resolver si el mercado relevante es el del ron o el de las bebidas alcohólicas combinables, «[sino que] incluso si el mercado relevante fuera el del ron, como quiere el denunciante y admite el Servicio, ... no constituye base

⁶⁰⁶. Entre otras, resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de noviembre de 1996, R 170/96 *General Española de Librería*, fund. 1; de 28 de octubre de 1998, as. 410/97, *Aparejadores de Mallorca*, fund. 8; o de 15 de noviembre de 1999, as. r 377/99, *Servicio de Renta Ágil*, fund. 3.

⁶⁰⁷. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1999, as. 438/98, *Interflora*, fund. 4. Resolución de 19 de abril de 1995, as. 343/1993, *Feria de Valencia*.

⁶⁰⁸. ALONSO SOTO, Ricardo: «Derecho de la competencia II: Defensa de la libre competencia», en *Curso de Derecho mercantil (Uría-Menéndez)*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 273. Ver también la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de abril de 1995, as. 343/93, *Feria internacional de Valencia*. No faltan tampoco ejemplos en los que se ha desestimado un asunto o no se ha procedido con el artículo 6 LEDC por insuficiente delimitación del mercado relevante. Así, por ejemplo, las resoluciones de 27 de octubre de 1992, as. 31/92, *Parking 86 S.A.*, o de 24 del octubre de 97, as. r 288/97, *Cosmética selecta*, fund. 1, párr. 3; resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de abril de 1945, as. R 110/95, *Medicos Canarias*.

suficiente para atribuir a [Bacardí] una posición de dominio»⁶⁰⁹.

La definición del mercado relevante gira en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia en torno a la idea de sustituibilidad. Lo decisivo es que no existan sustitutos próximos del producto⁶¹⁰. El análisis de la sustituibilidad lo hace el Tribunal desde el punto de vista funcional y geográfico. En *General Española de Librería (1996)*, el Tribunal señala que para saber si existe posición de dominio «... es preciso determinar cuál es el mercado relevante, tanto el geográfico como el de producto.»⁶¹¹.

En *Interflora (1999)*, el Tribunal, acogiendo la noción comunitaria de mercado de producto, señala que «El mercado de referencia de producto o servicio, ..., debe tener básicamente en cuenta la estructura de preferencias de los consumidores, es decir, debe abarcar aquellos bienes y servicios que los consumidores consideran sustituibles por razones de sus características, su precio o el uso que se pretenda hacer de ellos.»⁶¹². Así, en esta misma resolución el Tribunal, en atención a sus usos y características, consideró, desde el punto de vista de la demanda, que las flores y plantas, como regalo, sobre todo en determinadas fechas u ocasiones (el día de Todos los Santos, San Valentín, defunciones, peticiones de mano, etc.), y en especial las coronas, palmas y almohadones mortuorios, por la finalidad que cumplen son poco sustituibles por otros productos. Y, desde el punto de vista de la oferta, observó

⁶⁰⁹. Resolución de 30 de septiembre de 1999, as. R 362/99, *Bacardí*, fund. 5.

⁶¹⁰. *Interflora (1999)*, ya cit., coment. infra.

⁶¹¹. *General Española de Librería (1996)*, ya cit., fund. 1. Esta doble aproximación básica es la que guía la definición del mercado relevante por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por ejemplo, también resolución de 12 de septiembre de 1994, as. 310/92, *Retransmisión de TV Fútbol extranjero*.

⁶¹². *Interflora (1999)*, ya cit. fund. 4 *in limine*. ALONSO SOTO: Ídem, cit. supra, 274.

que «... aunque hubiera bienes potencialmente sustitutivos de las flores, no existen estructuras similares e igualmente desarrolladas a las que aquí se considera para llevarlos a distancia. ...»⁶¹³. Es decir, la estructura necesaria para la gestión y ejecución de los pedidos a distancia y en el lugar indicado por el cliente, constituye una barrera importante que impide posibles entradas en el mercado en un tiempo corto y a un bajo coste. De ahí que el Tribunal acabara concluyendo que, desde el punto de vista funcional, el mercado era el de las flores y plantas ornamentales, para su entrega a distancia.

Aunque unos determinados productos puedan tener unas características y usos similares, el Tribunal puede segmentar la demanda si entiende que grupos de consumidores tienen respecto del producto necesidades especiales. En *Arbora-Ausonia* (1992) el Tribunal señaló contra las pretensiones de los demandados que «... Aunque en este caso los tres productos (pañales para niños, para ancianos y compresas) cumplen una misma función, no satisfacen una misma necesidad: hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente a cada uno de esos tipos, que no resultan así sustitutivos, ...»⁶¹⁴.

Por lo que respecta al mercado geográfico, en *Interflora*, el Tribunal, recogiendo la doctrina comunitaria, enseña que «El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a

⁶¹³. *Ibidem*.

⁶¹⁴. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de mayo de 1992, as. 291/90, *Arbora y Ausonia*.

que las condiciones de competencia en ellas prevalentes son sensiblemente distintas a aquéllas.»⁶¹⁵. En *Interflora* el Tribunal, en la valoración de la sustituibilidad geográfica, tuvo en cuenta las características básicas de la demanda y sus preferencias subjetivas para considerar que, aunque el servicio de entrega a distancia de flores y plantas ornamentales abarca el envío internacional, «... las diferencias en cuanto a elementos culturales y lingüísticos, el particular comportamiento de la demanda nacional ... determinan, en conjunto, que el mercado geográfico sea el nacional.»⁶¹⁶. En este análisis el Tribunal valoró también el dato de los flujos comerciales pero no los consideró decisivos, pues, pese a constatar la existencia de flujos comerciales con otras áreas geográficas vecinas, consideró que «... las ventas de flores procedentes o para el exterior eran poco significativas en el total de ventas de las empresas participantes ...»⁶¹⁷. De modo parecido, en *Roca Radiadores (1995)*, el Tribunal después de analizar la estructura de la producción y distribución, los factores de la demanda, las alternativas económicas viables para los operadores en dicho mercado, y el bajo volumen del nivel de importaciones, recogiendo las conclusiones del Servicio, consideró que el mercado geográfico era el español, porque «... en él se dan unas condiciones objetivas de competencia que, aplicadas a todos los operadores, son lo suficientemente homogéneas. ... el mercado nacional sigue apareciendo lo suficientemente diferenciado y singularizado ...»⁶¹⁸.

⁶¹⁵. *Ibíd.*, *in fine*. ALONSO SOTO: *Ídem*, *cit. supra*, 247.

⁶¹⁶. *Interflora (1999)*, *cit. supra*, *fund. 4 in fine*.

⁶¹⁷. *Ibíd.*

⁶¹⁸. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, as. 356/94, *Roca radiadores*.

Por otra parte, aunque el artículo 6 LEDC hable de una posición de dominio «en todo o en parte del mercado nacional», el Tribunal no rechaza considerar un mercado geográfico de dimensión europea o, incluso, mundial, si éste es el caso, para la evaluación de la posición de dominio. Así en *Talleres Landaluce (1996)* tuvo en consideración que el mercado de instalaciones cerveceras era «... posiblemente de dimensión mundial, o cuanto menos, europeo ...»⁶¹⁹ por lo que las cuotas y la posición de Talleres Landaluce podrían considerarse a esta escala en la evaluación de su invocada posición de dominio⁶²⁰.

Estos son los criterios a los que normalmente acude el Tribunal para la delimitación del mercado relevante; no obstante, cuando una norma lo define directamente, o incide indirectamente en su definición, el Tribunal también toma en consideración el factor normativo. En ocasiones, el elemento normativo es el factor principal de delimitación, como suele ocurrir cuando es la propia norma la que crea la demanda. En *Instituto Catalán de Inspección y Control (1997)* el Tribunal acudió al Decreto de la Generalitat 348/85 confirmado legislativamente por la Ley del Parlament de Catalunya 13/87, para determinar que el mercado relevante era el de las funciones de inspección técnica, control y ensayo dentro del ámbito de la seguridad industrial, reservado en Catalunya a la Administración que, entre otras formas, podía ejercitar a través de concesión administrativa⁶²¹; o en *Aparejadores de Mallorca (1998)*, acudió a la normativa de colegios profesionales correspondiente para determinar que el mercado relevante en el ámbito de la dirección de obras atribuida en exclusiva a

⁶¹⁹. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de julio de 1996, as. R 158/96, *Talleres Landaluce*, funds. 2.

⁶²⁰. Ídem, fund. 4.

⁶²¹. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de enero de 1997, as. R 173/96, *General Española de Librería*, fund. 2.

los aparejadores, era el de otorgamiento de visados por parte del Colegio de Aparejadores de Mallorca en las Islas Baleares por ser éste el ámbito de su jurisdicción⁶²². A veces, en cambio, es sólo un factor más entre otros que contribuye a delimitar el mercado relevante, como ocurre frecuentemente con los derechos de propiedad industrial.

Respecto al derecho industrial de marca, el Tribunal señaló que, aunque la función de la marca es individualizar un producto para distinguirlo de sus similares dentro de un género, es el género o los productos sustitutivos o equivalentes para satisfacer una misma necesidad, los que en principio acotan el mercado⁶²³. La marca no define por sí sola un mercado⁶²⁴, es necesario un plus de diferenciación que haga que el consumidor no considere unos productos de similares usos y características como intercambiables. En *General Española de Libería (1996)*, el Tribunal recordó que «... en principio la limitación del mercado a un solo producto de una sola marca no es admisible si existe posibilidad de que el consumidor lo sustituyera por el de otra marca. ...»⁶²⁵, como ocurrió en *Ibeco-Pegaso (1995)*, donde el Tribunal consideró que el mercado relevante era «... el de la distribución de vehículos industriales y no el de cada una de las marcas que en él compiten ...»⁶²⁶. Sin embargo, la marca sí puede llegar a definir un mercado, si unida a otros factores contribuye a segmentar el mercado, como reconoció el Tribunal, en *General Española de Librería*, que puede ocurrir «... en el mercado de la prensa

⁶²². Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de octubre de 1998, as. 410/97, *Aparejadores de Mallorca*, fund. 8.

⁶²³. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de octubre de 1997, as. R 228/97, *Cosmética Selecta*.

⁶²⁴. *Ibidem*.

⁶²⁵. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de noviembre de 1996, as. R 170/96, *General Española de Librería*, fund. 3.

⁶²⁶. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de septiembre de 1995, as. R 129/95, *Ibeco-Pegaso*.

periódica, por lo menos en el de la información general, por cuanto que en ésta interviene un factor ideológico de diferenciación entre un periódico y otro que introduce dificultades para la sustitución del producto.»⁶²⁷. En este caso, por tanto, sería la normativa de marcas la que, unida al factor de preferencia ideológica del consumidor, contribuiría a acotar el mercado.

En cuanto al factor temporal, el Tribunal de Defensa de la Competencia, al igual que las autoridades comunitarias, tiende también a considerar segmentos temporales cortos de la medida más conveniente para sustentar posiciones de dominio que de otro modo podrían llegar a diluirse. En *Airtel/Telefónica (1999)*, el Tribunal no dudó en acotar temporalmente un mercado tecnológico en rápida transformación, como es el de la telefonía móvil, en el segmento 1995-1996, periodo en el que Telefónica, por un conjunto de circunstancias que tendían a cambiar en poco tiempo, detentaba una posición de dominio en el mercado de la telefonía celular analógica que le permitía obtener importantes ventajas en el mercado de la telefonía celular digital que rentabilizaría también en periodos venideros⁶²⁸.

⁶²⁷. *General Española de Librería*, cit. supra, *Ibídem*.

⁶²⁸. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, as. 413/97, *Airtel/Telefónica*, espec. funds. 3 y 4.

CAPÍTULO QUINTO:

LA POSICIÓN DE DOMINIO

Una determinada conducta de una o más empresas sólo podrá ser considerada explotación abusiva, si se realiza desde una posición de dominio en el mercado; no en vano, el artículo 82 TCE habla de «... explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. ...». La posición de dominio se configura así como un presupuesto necesario, pero no suficiente, del abuso. La posición de dominio no está prohibida en sí misma, no implica ningún reproche desde el punto de vista del Tratado; sin embargo, coloca a quien o quienes la ocupa en una situación de responsabilidad cualificada que, por imperativos del artículo 82 TCE, le obliga a ser especialmente cuidadoso con el respeto al sistema de libre competencia querido por el Tratado. No es en absoluto una cuestión intrascendente, pues de si una empresa está o no en posición de dominio dependerá que una misma conducta pueda ser calificada como abusiva o como competitiva, y por tanto que se aplique o no el artículo 82 TCE. Conductas que en una situación de competencia se considerarían neutrales, o incluso positivas, pueden ser consideradas abusivas, si son realizadas por empresas en posición de dominio. Interesa pues estudiar cuál es la noción de posición dominante contenida en el Tratado, cuáles son los criterios o condiciones a los que las autoridades comunitarias vinculan su existencia, y se ha de prestar especial

atención al supuesto particular de la posición de dominio colectiva, previsto en la expresión «..., por una o más empresas, ...» del artículo 82 TCE.

I) NOCIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO.

Pese a la importancia de este término típico y al igual que ocurre con otros términos fundamentales (como los de «competencia», «restricción», «empresa», etc.), ni el Tratado y ni los Reglamentos ofrecen una definición legal de «posición de dominante». Para intentar determinar su contenido, los autores suelen acudir a textos legales más explícitos que han precedido al artículo 82 TCE; y, sobre todo, a la interpretación dada por la Comisión en sus decisiones y por el Tribunal de Justicia en sus sentencias⁶²⁹.

A) ANTECEDENTES.

Dado que el artículo 82 TCE no define la posición de dominio, parece aconsejable ver qué se entendía por tal en el Tratado CECA y en la cultura *antitrust* alemana que conocían bien los redactores del Tratado de Roma, aunque sólo sea para comprender la posición que han adoptado las autoridades comunitarias frente a ellos.

El artículo 66.7 CECA reza que

⁶²⁹. Se acude al criterio positivo para conocer la noción de posición dominante que es al final el que prevalece en la interpretación de los textos comunitarios. Con todo se ha de recordar que la definición de la posición de dominio o del *monopoly power* es uno de los conceptos más discutidos en la ciencia económica. Se trata pues de una cuestión que dista mucho de ser pacífica entre los economistas (ver por todos, FISHWICK, Francis: «Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and de EC», XXXIV/3 The Antitrust Bulletin, espec. 461 (fall 1989)., pág.

«si la Alta Autoridad reconociere que empresas públicas o privadas, que tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia, *una posición dominante que las sustrae a una competencia efectiva* en una parte importante del mercado común, ...».

De este precepto se desprende que los redactores del art. 82 TCE fueron en el Tratado de París más explícitos que en el de Roma, pues yendo más allá de la mera enunciación de la posición de dominio señalaron como dato esencial de la misma la sustracción de la empresa dominante de una competencia efectiva.

Por su parte, el artículo 21.1 de la Ley alemana sobre limitaciones de la competencia (GWB) de 27 de julio de 1957 acoge una definición similar en su artículo 22.1, cuando establece que una empresa está en posición de dominio cuando,

«... para una determinada categoría de productos o servicios comerciales o industriales *carece de competidores o no está expuesta a una competencia sustancial* ...».

Cabe observar que también la sustracción de una competencia efectiva se dibuja como el dato central de la posición de dominio, puesto que el monopolio perfecto es un supuesto muy extraño en los mercados reales.

Así pues en los dos textos que precedieron o acompañaron al Tratado de Roma, la posición de dominio se identificaba con la ausencia de competencia efectiva o sustancial (concepto que ni entonces ni ahora se ha definido aún), con la falta de presión competitiva, y

tenía un fuerte componente estructural, sobre todo si se valora en su contexto histórico⁶³⁰.

B) *DEFINICIÓN COMUNITARIA GENERAL DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL ARTÍCULO 82 TCE.*

La actual noción positiva de posición dominante en el artículo 82 TCE se establece con la doctrina de las autoridades comunitarias.

A) *DOCTRINA DE LA COMISIÓN.*

Tras un primer momento en que la Comisión equipara la posición de dominio con la ausencia de competencia efectiva en la *decisión GEMA (1971)*⁶³¹, ésta sienta su primera doctrina sobre la posición de dominio en el *Memorandum de 1 de diciembre de 1965 sobre las concentraciones en el Mercado común*. En este documento, la Comisión, haciendo en buena medida suyas las conclusiones del informe sobre el artículo 82 TCE encomendado a diversos profesores en mayo de 1963, señala que

«... En un mercado específico hay una posición de dominio, cuando una o más personas son capaces de ejercer una influencia importante en las decisiones de las restantes unidades económicas o a través de una estrategia independiente, de tal forma que no pueda aparecer ni mantenerse en el mercado una competencia practicable o suficientemente efectiva.»⁶³².

⁶³⁰. Véanse los antecedentes del artículo 82 TCE.

⁶³¹. Decisión *GEMA* de 2 de junio de 1971; DOCE L 134/15 de 20 de junio.

⁶³². *Memorandum de 1 de diciembre de 1965 sobre las concentraciones en el mercado común*, pág. 57.

Y, en orden a la utilización de los distintos criterios, continúa observando que:

«... aunque el artículo 86 (actual 82) TCE no habla de posición de dominio sobre un mercado determinado, sino simplemente de una posición dominante, comúnmente se entiende que una empresa ocupa una posición de dominio en el sentido del artículo 86 (actual 82) TCE, cuando domina un mercado. La dominación de un mercado no debe definirse sólo sobre la base de la cuota de mercado detentada o de otros criterios cuantitativos de una determinada estructura de mercado. En primer lugar es un poder económico, esto es, la facultad de ejercer una influencia importante sobre el funcionamiento del mercado y, en principio, previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de una empresa en posición de dominio influye sobre el comportamiento y las decisiones económicas de otras empresas, se emplee o no en un determinado sentido. Una empresa que cuando quiere puede apartar a otras empresas competidoras, detenta una posición de dominio y puede determinar decisivamente el comportamiento de las demás empresas, aun en el caso de que la parte de mercado que detente sea relativamente de poca importancia.»⁶³³.

Poco más tarde la Comisión, en la *decisión Continental Can Company (1971)*⁶³⁴, observa que:

«... están las empresas en posición de dominio, cuando son capaces de desarrollar comportamientos independientes que les permiten tomar decisiones sin

⁶³³. *Ibidem*.

⁶³⁴. Decisión de 9 de diciembre de 1971, *Continental Can*, DOCE L 7/25 de 8 de enero de 1972.

tener en cuenta a las empresarias competidoras, compradoras o vendedoras; que ...; que esta posibilidad no tiene que derivar necesariamente de una dominación absoluta que permita a la empresa dominante eliminar toda capacidad de decisión autónoma de sus competidores, sino que basta con que en su conjunto sea lo suficientemente importante como para asegurarse una independencia global de comportamiento, aun en el caso de que existan diferentes mercados parciales»⁶³⁵.

Esta doctrina se verá confirmada poco después en la *decisión United Brands*⁶³⁶ de 9 de mayo de 1976.

B) DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

Si bien en un primer momento pareció que, en la sentencia *Sirena de 18 de febrero de 1971*, el Tribunal equiparaba la posición de dominio con la ausencia de competencia efectiva⁶³⁷, más tarde girará también hacia la tesis de la Comisión.

⁶³⁵. Decisión *Continental Can* (1971), cit. supra, p. 25.

⁶³⁶. Decisión *United Brands* de 17 de diciembre de 1975, DOCE L 95 de 9 de febrero de 1976, p. 1.

⁶³⁷. Sentencia de 18 de febrero de 1971, *Sirena LRL c Eda SRL y otros*, as. 40/70, Rec. 69, referida a los derechos de marca. Esta sentencia forma parte de una primer etapa en la que el tribunal en un conjunto de sentencias recaídas sobre propiedad industrial parecía asimilar el concepto de posición de dominio con el criterio de ausencia de competencia efectiva. De esta jurisprudencia, recaída en materia de propiedad industrial, se desprendía que el titular de un derecho exclusivo establecido por una legislación nacional no disfruta de una posición dominante por el solo hecho de la posibilidad de ejercer su derecho; en cambio, sí lo estará si como consecuencia de ello puede obstaculizar una competencia efectiva en una parte importante del mercado (En esta dirección, además de la sent. *Sirena* ya cit., también las sentencias de 29 de febrero de 1968, as. 24/67, *Parke-Davis and Co. c. Probel y otros*, Rec. 69, para las patentes; de 8 de junio de 1971, as. 78/79, *Deutsche Grammophon GmbH c. Metro - SB- Grossmärkte GmbH*, Rec. 487, para los derechos de autor; y, si se quiere para el diseño industrial, sentencia de 5 de octubre de 1988, as. 238/87, *AB Volvo c. E. Veng [UK] Ltd*, rec. 6211. En una segunda etapa el Tribunal pareció volver a asimilar la posición de dominio con la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva en la sentencia de 21 febrero de 1973. as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215.

Así en la sentencia *United Brands* (1978), el Tribunal hizo hincapié en la importancia del comportamiento autónomo, cuando señaló que

«... la posición de dominio en el artículo 86 (actual 82) TCE se refiere a una posición de poder económico de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión, proporcionándole de forma importante la posibilidad de adoptar comportamientos independientes frente a los competidores, los clientes y los consumidores»⁶³⁸.

Y, un año después, en *Hoffmann La Roche* (1979), el Tribunal recalcó que

«una posición tal, a diferencia de la situación de monopolio, o casimonopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la empresa que se beneficia, en situación si no de decidir, sí al menos de influir especialmente en las condiciones en que se desarrollará esta competencia y, en todo caso, de comportarse en gran medida sin tenerla en cuenta y sin que esta actitud le produzca perjuicios»⁶³⁹.

Esta jurisprudencia se ha confirmado, entre otras⁶⁴⁰, en la sentencia *L'Oreal* (1980)⁶⁴¹ de 11 de diciembre, y más

⁶³⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission* (1978), Rep. 1978-2, apartados 65 y 66, pág. 207.

⁶³⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission* (1979), consid. 38.

⁶⁴⁰. También sentencia *Michelín* (1983), cit. infra, consid. 37; *Bodson c. Pompes funébres* (1988), cit. infra, consid. 26; y de 5 de octubre de 1988, as. 247/86, *Alsatel c. Novasam*, Rec. 5987, consid. 12.

⁶⁴¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1980, as. 31/80 *L'Oreal c. De Nieuwe AMCK*, Rec.3775, 3771, consid. 26

recientemente en la *sentencia DLG*⁶⁴² (1994) de 15 de diciembre de 1994⁽⁶⁴³⁾.

C) DOCTRINA COMUNITARIA.

De esta doctrina sentada por las autoridades comunitarias en la interpretación del concepto de «posición de dominio» en el artículo 82 TCE, se desprenden interesantes enseñanzas en orden a la definición de su contenido.

i) Necesidad de definir un mercado relevante.

Aunque el artículo 82 TCE hable genéricamente sólo de «... posición dominante en el mercado común ...», las autoridades comunitarias interpretan con rotundidad que la posición de dominio debe ir siempre referida a un mercado determinado, no cabe proyectarla genéricamente sobre el mercado general en abstracto⁶⁴⁴. De este modo, la definición y determinación del llamado «mercado relevante» se configura como un paso previo y necesario a la determinación de toda posición de dominio, que sólo tendrá sentido en cuanto vaya referida a ese mercado⁶⁴⁵.

⁶⁴². Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, as. 250/92, *Gøttrup-Klim y otros Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvareseleskab AmbA*, Rep. I-5641, pág. 5690.

⁶⁴³. Véase también Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, *Hilti c. Comisión*, Rec. II-1439.

⁶⁴⁴. Así, por ejemplo, la propia sentencia *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 10 a 11; o las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1980, as. 31/80, *L'Oreal c. De Nieuwe AMCK*, ya cit., consid. 25; de 8 de junio de 1971, as. 78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro*, consid. 16 y 17; de 18 de febrero de 1971, as. 40/70, *Sirena/Eda*, consid. 16; o la sentencia de 4 de mayo de 1988, as. 30/87, *C. Nodson y SA Pompes funèbres des régions libérées*, ya cit., consid. 27; o la decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1985, AKZO, JOCE L 374 de 31 de diciembre.

⁶⁴⁵. Aunque de momento parece una cuestión clara en la doctrina de las autoridades comunitarias, sin embargo, hoy no lo es y ha sido recientemente objeto de arduas controversias, en las que en el fondo late la concepción última que se tenga del Derecho de la competencia y la prioridad que se quiera dar a sus distintos objetivos. Algunos autores consideran que puede llegarse a los mismos o mejores resultados sin necesidad de definir siempre previamente el mercado relevante, sobre todo cuando se trata de evaluar el poder de monopolio de empresas con integración vertical o de conglomerados. La autoridad antimonopolio inglesa, aunque no lo haya expresado formalmente, no siente la

De ahí se desprende también que, al igual que ocurre con el concepto de «competencia», una definición universal de «posición de dominio», si existe, no podrá pasar nunca de una mera aproximación, pues la completa definición o determinación de una posición de dominio, deberá ir siempre referida a un mercado determinado. Sólo entonces podrá saberse con exactitud si una o unas determinadas empresas están en posición de dominio en ese mercado⁶⁴⁶.

ii) Criterios de definición de la posición dominante.

De las nociones estructuralistas de posición dominante existentes en los textos que precedieron al artículo 82 TCE, así como de su propio proceso de formación en la doctrina comunitaria; quizá podría llegar a pensarse que en la actualidad las autoridades comunitarias han pasado de un concepto estructuralista a un concepto de posición dominante centrado sólo en el comportamiento de la empresa: la posibilidad de adoptar un comportamiento independiente. Sin embargo, esto sería un error, porque lo que realmente parecen decir el Tribunal en *United Brands (1978)* es que la posición de dominio se caracteriza por la posibilidad de adoptar un comportamiento independiente,

necesidad de explicitar el mercado relevante para evaluar el poder de mercado, incluso siguiendo también un análisis estructural. Ello le da la ventaja de no tener que fijar un grado en la escala de sustituibilidad de un producto, y de no tener que distinguir entre competencia actual y potencial en la definición del mercado relevante. De todos modos, las dos autoridades -la MMC inglesa y las autoridades comunitarias- siguen en sus análisis una misma lógica. No obstante, algunas proposiciones en favor de extender el análisis del poder de mercado dominante a las relaciones verticales, que han encontrado eco en algunas legislaciones nacionales con la acogida del abuso de situaciones de dependencia (Alemania 1972, §26,2 GWB, Francia artículo 8 de la nouvelle ordonnance n° 86-1243 de 1986, o recientemente en España con la Ley 16/1989 de reforma de la Ley de Defensa de la competencia y en particular del artículo 6 LEDC) en defensa de la pequeña y mediana empresa, parecen volver a enfatizar la atomicidad frente a la eficiencia como criterio de evaluación de las situaciones de competencia, frente al criterio seguido por las autoridades comunitarias y la MMC inglesa (FISHWICK: «Definition of monopoly power in the antitrust policies of the United Kingdom and the European Union», *The Antitrust Bulletin*, 451 y ss (Fall 1989). Véase también *infra* «Las situaciones de dependencia económica. La teoría del contratante obligatorio».

⁶⁴⁶. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 266.

precisamente porque hay una determinada situación de poder económico (estructural), definida por determinadas barreras a la entrada, que permite esa posibilidad de comportamiento independiente. De ahí que, en realidad, desde *United Brands* (1978), la posición de dominio se considere según dos criterios complementarios y convergentes: un criterio estructural que describirá una situación de mercado, y un criterio de comportamiento y resultados centrado en el comportamiento y los logros de la empresa⁶⁴⁷. Será la combinación de estos dos criterios, evaluados conjuntamente, la que permitirá decidir cuando una situación de poder económico deviene dominante.

Por otro lado, si se observa la definición general de «posición de dominio» que da el Tribunal de Justicia en *United Brands* (1978), se verá que la *posición de poder económico* se caracteriza por dos rasgos definitorios: otorgar a quien la detenta la posibilidad, primero, de obstaculizar una competencia efectiva; y, segundo, de adoptar una estrategia independiente en el mercado. Cabe preguntarse entonces cuál es la relación entre estos dos elementos: son acaso independientes el uno del otro, de modo que deben probarse cumulativamente; o, por el contrario, se implican mutuamente, de modo que la prueba de uno comporta la del otro.

Haciendo abstracción de la amplitud del concepto de competencia efectiva, podría pensarse que el «poder hacer obstáculo a una competencia efectiva» haría referencia a la situación del mercado, mientras que la «posibilidad de adoptar una estrategia independiente» se centraría más en el aspecto del comportamiento de la empresa en el

⁶⁴⁷. Véase la aproximación metodológica que la Comisión y el Tribunal de Justicia siguen para la evaluación de la posición de dominio en la misma *United Brands* (1978), cit. supra, especialmente consid. 66, 67. También, entre otras, *Hoffmann La Roche* (1979), ya cit., especialmente consid. 49. Esta aproximación metodológica de las autoridades comunitarias la recogen en la doctrina

mercado⁶⁴⁸. Pero no es así, esta distinción, si realmente existe (piénsese sólo, por ejemplo, en la amplitud del concepto de competencia efectiva), no ha encontrado nunca eco en los órganos comunitarios, que nunca han dicho que la posición de dominio sea fruto de ausencia de competencia efectiva, sólo han señalado que el poder característico de la posición de dominio es tener la fuerza de mercado necesaria para obstaculizar la competencia efectiva⁶⁴⁹. Parece, en realidad, que se trata de una distinción meramente formal en la que el elemento principal es «la posibilidad de comportamiento independiente», siendo «el poder de obstaculizar una competencia efectiva» un elemento descriptivo de aquél, con lo que la prueba de uno implica la del otro. Ello tiene además la ventaja de aproximar la definición jurídica de «posición de dominio» a la económica de «poder de mercado dominante»⁶⁵⁰.

Pero, en cualquier caso, de la doctrina y jurisprudencia comunitaria se desprende que, la posición de dominio es, en esencia, la capacidad de influencia que tienen una o varias empresas sobre la voluntad de los otros agentes y, con ello, sobre el funcionamiento mismo del mercado, cuando llega al punto en que dicha influencia les da la posibilidad de desarrollar su propia estrategia de forma tan independiente que no necesita tener realmente en cuenta las otras unidades económicas del mercado (competidores actuales y potenciales, proveedores y consumidores), lo que significa que puede obstaculizar una competencia sustancial.

francesa BOLZE, Christian en "Abus de position dominante", Repertoire Dalloz de Droit Communautaire, 1 y ss, espec. pág. 4 (1992).

⁶⁴⁸. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág.411.

⁶⁴⁹. Ídem.

⁶⁵⁰. WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1989 (Secondo edition), pág. 290.

iii) Consecuencias de la definición comunitaria.

La enfatización del criterio de comportamiento y resultado tiene el mérito de apartar la noción de posición de dominante de una concepción estructuralista que lleve a confundir la posición de dominio con el monopolio. Esto hace posible que la posición de dominante pueda ser compatible con situaciones de competencia, e incluso con al existencia de una viva competencia en el mercado⁶⁵¹.

La introducción de este criterio también da al análisis de la situación competitiva de un mercado una dimensión más dinámica que permite una mejor evaluación de las tensiones competitivas originadas por la competencia potencial o las que puedan ejercer otros agentes desde fuera del mercado dominado.

Por otra parte, de la definición dada se desprende también que, para que exista posición de dominio, no es necesario que se haya desarrollado ya un comportamiento independiente, basta con que la empresa dominante tenga esa posibilidad, es decir, que la situación del mercado sea tal que le permita el lujo de comportarse sin tener en cuenta a los demás agentes del mercado.

II) EVALUACIÓN DE LA POSICION DE DOMINIO.

La definición vista, aunque certera y meritoria, no deja de ser sólo una aproximación⁶⁵² general

⁶⁵¹. *United Brands (1978)* , cit. supra, consid. 113; y espec. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra, consid. 70, donde el Tribunal recuerda que «... ya ha sido constatado [en *United Brands*] ... que la existencia de competencia, incluso viva, sobre un mercado dado no excluye una posición de dominio sobre ese mercado, ...»

⁶⁵². Se trata de una definición que no ofrece un tipo jurídico completo del fenómeno de la posición de dominio; pero, por supuesto, ello no quiere decir que deba ser más completa,

al problema de determinar si hay o no posición de dominio, pues, una cosa es señalar que la hay cuando una empresa puede adoptar una estrategia considerablemente independiente en el mercado, y otra distinta es decidir en cada caso cuándo esa posibilidad es suficientemente importante para determinar la existencia de una posición de dominio. Como la realidad de los mercados es la competencia imperfecta, lo normal, es que las empresas tengan un cierto grado de poder de mercado, que normalmente les otorga una cierta capacidad para determinar sus propias estrategias en el mercado⁶⁵³. Aunque para que exista posición de dominio el poder de la empresa deberá ser sustancial y persistente⁶⁵⁴, no hay más allá una línea divisoria neta entre competencia y posición de dominio⁶⁵⁵. Entonces el segundo problema que plantea el artículo 82 TCE al jurista, es el de determinar el grado o condiciones de poder de monopolio a partir del cual se entiende que un cierto poder de mercado es suficientemente independiente. Ello abre pie a dos importantes problemas: el de determinar las causas del poder de mercado⁶⁵⁶, y el de valorar la importancia de ese poder.

A) *CAUSAS DEL PODER DE MONOPOLIO: LAS BARRERAS A LA ENTRADA.*

Si nos preguntamos por qué en los mercados de competencia imperfecta, que son los que normalmente se

probablemente no es posible ir de forma general más allá de esta aproximación, so pena de agarrotar una norma que para ser eficaz debe ser flexible.

⁶⁵³. LIPSEY/CHRISTAL: *Introducción a la economía positiva*, op. cit. pág. 415. CASAS PARDO: *Economía*, op. cit. pág. 534.

⁶⁵⁴. No basta un poder trivial o meramente transitorio (GYSELEN, Luc & KYRIAZIS: "Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited", *ELR*, 135 - April, 1986).

⁶⁵⁵. Ver KORAH, Valentine: *Concept of dominant position within the meaning of art. 86*», 17/3 *CMLR*, 396.

⁶⁵⁶. Vid *supra*.

dan en la realidad⁶⁵⁷, los agentes tienen un poder de mercado que en ocasiones llega hasta la dominación; nos daremos cuenta que las imperfecciones del mercado obedecen a la existencia de las llamadas *barreras de entrada*. Son obstáculos que «sitúan a las nuevas empresas que desean entrar en una industria en una desventaja competitiva importante con relación a las empresas ya existentes en la industria»⁶⁵⁸.

Estas barreras suelen ordenarse en tres grupos⁶⁵⁹:

1) ***Las barreras fundadas en las condiciones de costos:***

Son consecuencia de la interacción entre el tamaño del mercado (entendido como la cantidad de demanda) y las economías de escala⁶⁶⁰. Son de dos tipos:

Las escalas de eficiencia mínima que se dan cuando el «tamaño óptimo de la producción eficiente de un bien o servicio en una industria es muy grande en relación con la demanda total del mercado»⁶⁶¹, es decir, se sitúa en un tamaño de empresa que no permite la atomicidad de los oferentes⁶⁶². Las empresas de esa industria aumentan su eficiencia cuando producen, por ejemplo, el 20, el 30 o el 40% de la producción total de la industria. Ocurre que las grandes empresas pueden producir mayor número de bienes a un precio más bajo (pues en la industria hay costos medios decrecientes), por lo que las pequeñas no pueden

⁶⁵⁷. LIPSEY/CHRISTAL: Ídem, pág.

⁶⁵⁸. LIPSEY/CHRISTAL: Ídem, op. cit. pág. 367.

⁶⁵⁹. BAIN: *Organización industrial* (Barcelona: Ed. Omega, 1963) y Barreras para los nuevos competidores (Harvard, 1956); MOCHON: *Economía*, op. cit. pág. 218 y ss.; BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: *Economía*, op. cit. pág. 181 y ss.; ORTIZ LAHOZ: *EPE*, vol. VI, pág. 92 y ss.; SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999, pág. 612 y ss. LIPSEY, Richard G. /CHRISTAL, ALEC K.: *Introducción a la economía política*. Barcelona: Vicens Vives, 1999, pág. 367 y ss.; entre otros.

⁶⁶⁰. Ibídem. Las economías de escala se pueden definir como aquella «situación en la que el costo medio de producción disminuye cuando se aumenta el tamaño de la planta y la producción» (SAMUELSON/NORDHAUS, op. cit. pág. 1107).

⁶⁶¹. SAMUELSON/NORDHAUS: Ídem. op. cit. pág. 643.

⁶⁶². En *United Brands (1978)* el Tribunal apuntó a las ventajas que reportan las economías de escala o dimensión como una de las más importantes dificultades contra las que tienen que contar los nuevos entrantes (cit. supra, consid. 122).

sobrevivir, y al final se acaba en una situación de oligopolio, si quedan unas pocas empresas en la industria, o de monopolio natural, si las economías de escala hacen que la forma más eficiente de organizar la producción sea una única empresa⁶⁶³.

Y las ventajas de costes absolutos, que se dan cuando la diferencia entre los costos medios de las empresas ya establecidas en la industria y los que tendrían las nuevas empresas que quisieran establecerse son tan importantes que disuaden a éstos últimos de entrar en la industria⁶⁶⁴. Las ventajas de costes absolutos, muy frecuentes en las industrias actuales⁶⁶⁵, son debidas a que la organización y estructuración de nuevas empresas exige la movilización de grandes masas de capital, debido, por ejemplo, a la dificultad de acceder a las materias primas, lo que obliga a pagar precios más caros por ellas, o a los mercados; a la necesidad de tener que contratar personal a precios más elevados; a los conocimientos que por su experiencia ya atesoran las empresas ya establecidas; al control de patentes y recursos básicos que suelen tener aquéllas; a las ventajas crediticias que las empresas establecidas suelen conseguir; al mejor acceso que se puede tener a la tecnología; a la propensión a no cambiar de proveedores que en ocasiones tienen los clientes por la necesidad de realizar costosas pruebas técnicas o, a veces incluso, sólo por razones psicológicas como la inercia al cambio de proveedor; etc.⁶⁶⁶.

Todos estos factores presentan el común denominador de suponer costes adicionales a las nuevas empresas, que

⁶⁶³. SAMUELSON/NORDHAUS: *Ibíd.*, op. cit. pág. 610 y ss. Pueden encontrarse extensas explicaciones de este fenómeno en todos los autores económicos indicados.

⁶⁶⁴. LIPSEY/CHRISTAL: *Ídem.* op. cit. pág. 368.

⁶⁶⁵. Las ventajas de costes absolutos, al igual que las escalas de eficiencia mínima, son muy frecuentes en las economías industriales modernas y suelen revestir gran importancia. Piénsese, por ejemplo, en la masa de capital que debería mover una empresa que quisiese entrar en el sector del automóvil, o en el de la aeronáutica; no sucedería lo mismo en la industria del jabón en la que, si se quita la diferenciación de productos, las ventajas de costos no son muy importantes.

producen el efecto de retraer su entrada. Esta desventajas sólo decaerán si las pérdidas iniciales pueden verse claramente compensadas, aunque sea a largo plazo, por los beneficios posteriores⁶⁶⁷. En este punto, las autoridades comunitarias tienden a dilatar la noción de ventajas de costes absolutos para abarcar a todo coste que deban soportar los nuevos entrantes, aunque también lo soporten las empresas ya establecidas⁶⁶⁸.

En *Hoffmann La Roche (1979)*, el Tribunal tuvo en consideración la ventaja tecnológica y la existencia de una red comercial extremadamente perfecta como factores cogeneradores de esta barrera⁶⁶⁹. En *United Brands (1978)*, consideró las economías de escala en los dos sentidos vistos factor indicador de dominación⁶⁷⁰. En *Continental Can (1973)* al igual que en *United Brands*, se puso también especial atención a la mayor facilidad que tenía Continental Can de acceder a los mercados de capitales internacionales para su financiación como criterio favorecedor de dominio⁶⁷¹.

2) **Las barreras legales:**

Se dan cuando los poderes públicos intervienen para limitar la competencia en una industria, fundamentalmente, a través de derechos de la propiedad

⁶⁶⁶. ORTI LAHOZ: *Ibídem*; LIPSEY/CHRISTAL: *Ibídem*.

⁶⁶⁷. LIPSEY/CHRISTAL: *Ibídem*.

⁶⁶⁸. Véase, por ejemplo, *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 122. WAELBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, 313.

⁶⁶⁹. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra, consid. 48. La apreciación de factores definidores de ventajas de costos absolutas es muy frecuente en el análisis de las autoridades comunitarias.

⁶⁷⁰. *United Brands (1978)*, donde el Tribunal de Justicia hace un amplio examen de las condiciones de costos absolutos que United Brands tenía frente a sus competidores: Las grandes inversiones que exigen la creación de una red diversificada de explotaciones bananeras que permita evitar las pérdidas de producción causadas por enfermedades y catástrofes naturales en las plantaciones; las dificultades que supone la creación y puesta en marcha de un sistema de distribución propio y eficaz a nivel mundial, la dificultad de crear una red comercial adecuada para este tipo de producto, ... (cit. supra, consid. 58 y ss., especialmente, consid. 122).

⁶⁷¹. *Continental Can (1973)*, cit. supra.

industrial e intelectual, especialmente, patentes y derechos de autor; restricciones a la entrada; y restricciones al comercio exterior⁶⁷².

Con el reconocimiento de derechos de propiedad industrial e intelectual el Estado establece monopolios legales que reservan a sus titulares derechos de explotación exclusiva dentro de ciertos límites y condiciones. Normalmente estos derechos no constituyen por sí mismos posiciones de dominio en el mercado; pero sí que pueden ayudar a crearlas⁶⁷³. De ahí que se les preste una especial atención a la hora de evaluar una situación de mercado y constatar una posición de dominio⁶⁷⁴.

Una patente o un conjunto de patentes aplicadas sobre un producto, o incluso unos derechos de *know-how*, en algunos casos pueden llegar a constituir una posición de dominio⁶⁷⁵, si la tecnología, los conocimientos o los productos alternativos no son lo suficientemente importantes. Esta posibilidad ha levantado algunas críticas por considerarlo una penalización al esfuerzo tecnológico. Se señala que no tiene en cuenta la ventaja que adquirirán los competidores, cuando la patente pase al dominio público; o que no existe tal ventaja competitiva, si se tienen en cuenta los gastos y esfuerzos que su titular ha tenido que aplicar para obtenerlos; y también se considera que los competidores

⁶⁷². SAMUELSON/NORDHAUS: *Ibidem*, op. cit. pág. 614.

⁶⁷³. *Tetra Pak (1994)*, cit. *infra*, donde el Tribunal de Primera Instancia tuvo en cuenta la existencia de barreras tecnológicas y numerosas patentes que dificultaban la entrada ... y contribuían a mantener y reforzar la posición dominante de *Tetra Pak* (consid 110). También, entre otras, *United Brands (1978)*, cit. *infra*; *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. *infra*; *AKZO (1991)*, cit. *infra*. CHILD/BELLAMY: *Ídem*, pág. 522.

⁶⁷⁴. *Ídem*.

⁶⁷⁵. Este tipo de derechos, entre otros, han contribuido a apreciar posiciones dominantes, por ejemplo, en *United Brands (1978)*, cit. *infra*; *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. *supra*; o en *Michelin (1983)*, cit. *infra*. CHILD/BELLAMY: *Ídem*, pág. 523. WHISH: *Ídem*, 265.

siempre tienen abierta la posibilidad de desarrollar sus propias líneas de investigación y desarrollo⁶⁷⁶. Frente a ello se ha contestado que la consideración de una posición de dominio no es un reproche en sí mismo⁶⁷⁷, lo que no deja de ser una ironía, si se tiene en cuenta la especial responsabilidad que el art 82 TCE establece para las empresas dominantes⁶⁷⁸.

También los derechos de autor, entre los que se incluyen los derechos sobre el software, pueden en algunos casos, como en el caso *Magill* (1998), llegar a definir posiciones de dominio⁶⁷⁹. Esta posibilidad aumenta mucho en aquellos Estados que crean un organismo centralizado para su gestión. Más difícil es, sin embargo, la posibilidad de que un derecho de marca llegue a definir una posición de dominio, aunque, si va asociado a una fuerte imagen de marca, puede contribuir a crearla⁶⁸⁰. También los derechos sobre marcas considerados en conjunto pueden llegar a constituir una barrera, cuando se integran en una política de proliferación de marcas.

⁶⁷⁶. Ver WHISH: *Ibídem.* recogiendo el análisis de STIGLER.

⁶⁷⁷. Ver WAELBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, pág. 314; y en el mismo sentido GYSELEN, L / KYRIAZIS, N.: "Article 86 TCE EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited", *ELR*, 134 (1986).

⁶⁷⁸. Ver WHISH: *Ibídem.* En *Michelín* (1983) el Tribunal de Justicia fue rotundo sobre este punto, cuando contestó a las alegaciones del Estado francés de que se estaba penalizando la calidad y las prestaciones de *Michelín*, que «... la existencia de una posición dominante no implica en sí misma ningún reproche a la empresa encausada, sino que sólo significa que le incumbe, con independencia de cuáles sean las causas de esa posición, una responsabilidad especial de no atentar con su comportamiento contra una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.» (sentencia del TRIBUNAL DE JUSTICIA de 9 de noviembre de 1983, caso 322/81, *Michelín c. Comisión*, consid. 57).

⁶⁷⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, as. ac. C-241-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión* (sentencia *Magill*), Rep. I-743 y ss. Con todo, no se olvide que no existe en Derecho comunitario una presunción de que unos derechos de autor definan por sí mismos (por la exclusiva que otorgan) una posición de dominio (*Sents.*).

⁶⁸⁰. CHILD/BELLAMY: *Ibídem.*

Los economistas suelen llamar restricciones a la entrada a los monopolios que, mediante licencias, autorizaciones o concesiones frecuentemente acompañadas de reglas de *numeros clausus*, las autoridades suelen conceder a algunas industrias (como las de servicios de aguas, electricidad, transporte, gas natural, telecomunicaciones, funerarias, farmacias, etc.), a veces de costos medios muy decrecientes, por entender que ello reporta un beneficio a la economía o a la sociedad, reservándose normalmente la facultad de regular los precios y las operaciones.

Y también las restricciones al comercio exterior en ocasiones pueden crear situaciones de competencia imperfecta o aumentar la ya existente. Esto sucede cuando en una industria podría haber una importante competencia en el orden comunitario o internacional; pero, el Estado, mediante la carga de aranceles sobre las importaciones u otras reglamentaciones técnicas, crea barreras de entrada a los competidores extranjeros y con ello destruye la competencia exterior, creando una situación de competencia imperfecta en el mercado nacional. Estas situaciones son cada vez más difíciles de mantener dentro del Mercado común debido a los mecanismos que el Derecho comunitario prevé para facilitar la libre circulación de bienes y servicios en el Mercado único (arts. 28 a 30 - antes 30 a 36- y 49 a 55 -antes 59 a 66); pero son frecuentes frente a agentes no comunitarios.

3) ***Las barreras creadas por las empresas:***

Cuando no existan barreras naturales o legales que protejan a las empresas de una industria de la competencia, las empresas ya establecidas tienden a protegerse mediante ciertas acciones orientadas a salvaguardar su poder de mercado frente a otros competidores presentes o potenciales. Son tantas como

políticas son capaces de idear las empresas para protegerse de la competencia.

Entre ellas cabe destacar la fijación de precios que desanimen la entrada. Consiste en crear una situación que amenace a un nuevo entrante con tener pérdidas a pesar de que las empresas establecidas tienen beneficios; por ejemplo, cuando nuevas empresas entran en el sector, se puede fijar un precio igual a los costes o incluso inferior a éstos, para volverlos a aumentar más adelante, cuando las nuevas empresas se retracten⁶⁸¹.

La expansión previa a la entrada de nuevas empresas en una industria en crecimiento o el mantenimiento de capacidad excedentaria en una industria estable. Cuando la demanda de un mercado crece, las empresas establecidas, avanzándose un poco a ese crecimiento, pueden intentar evitar nuevas entradas creando nuevas plantas que abastezcan ese aumento de la demanda, de modo que no dejen espacio a la entrada de una nueva empresa que quiera obtener beneficios⁶⁸². En ocasiones, ni siquiera es necesario que lleguen a producir, basta con que tengan esa capacidad de producción excedentaria para disuadir a los posibles entrantes⁶⁸³.

La diferenciación de los productos. Es una práctica muy difundida en los mercados que puede llegar a constituir una barrera importante. Se da una diferencia entre productos de una misma industria cuando, a igual precio, los compradores expresan una preferencia o un desagrado por un producto frente a otros. La diferenciación, se consigue a través de cuantiosos desembolsos en publicidad, promoción de ventas y canales de distribución. Es buscada por los oferentes para captar

⁶⁸¹. LIPSEY/CHRISTAL: Ídem. op. cit. pág. 368.

⁶⁸². *Ibidem*.

⁶⁸³. Véase en este sentido *Hoffmann La Roche -1979-*, (ya cit., consid. 48 y ss.) notando el valor que el Tribunal da a la capacidad excedentaria como barrera a la entrada de la competencia potencial..

las preferencias de los compradores y poder así adquirir poder sobre el precio. La consecuencia es el aumento de la concentración y del poder de mercado⁶⁸⁴. Aunque el principal efecto de la diferenciación es la fragmentación de los mercados mediante la quiebra (objetiva o psicológica) de la homogeneidad de los productos, también puede ser considerada una barrera de entrada, en cuanto exige a las nuevas empresas enormes inversiones para hacerse un espacio propio en el mercado⁶⁸⁵. En *United Brands (1978)*, el Tribunal de Justicia consideró que las fuertes sumas invertidas en publicidad por United Brands para potenciar el factor diferenciador de su marca constituyeron un importante factor de dominación⁶⁸⁶.

O la proliferación de marcas. Como la diferenciación de los productos en un mercado no puede ser ilimitada, pues normalmente existe un número de marcas a partir del cual el establecimiento de otras nuevas ya no es rentable, las empresas ya establecidas pueden evitar nueva competencia diversificándose en varias marcas, cada una con sus características diferenciales, hasta llegar al número de saturación, de modo que no quede espacio para otras marcas de nuevas empresas⁶⁸⁷. Piénsese, por

⁶⁸⁴. SAMUELSON/NORDHAUS: *Ibidem*. op. cit. pág. 614.

⁶⁸⁵. LIPSEY/CHRISTAL: *Ibidem*, op. cit. pág. 371.

⁶⁸⁶. *United Brands (1978)*: Ídem, cit. supra, consid. 91 a 94. El Tribunal observó que entre las bananas etiquetadas y las que no lo estaban, pese a la diferencia de precio, había una preferencia del consumidor que se situaba entre un 30 o un 40%; y, entre las etiquetadas, debido a las fuertes campañas publicitarias de UBC, el consumidor prefería estas últimas con una diferencia entre el 7 y el 10%. Entendió el Tribunal que estas campañas publicitarias lograron una fuerte diferenciación de su producto que le aseguraba una clientela permanente, lo que ayudaba a consolidar su dominio en el mercado.

⁶⁸⁷. El número de productos diferenciados en un mercado no puede ser infinito. Supongamos que en el mercado del jabón se pretendieran establecer 10.000 productos diferenciados; aunque hubiera pequeños grupos de clientes atraídos por cada uno de ellos, sus demandas no serían lo suficientemente grandes como para cubrir los costes de producción, por lo que se ha de convenir que el número máximo quedaría por ejemplo en unas 20 marcas. Entonces, si supongamos existieran en esa industria 5 empresas, éstas podrían dificultar las nuevas entradas diversificándose cada una de ellas en cuatro marcas que incluso se podrían hacer la competencia entre ellas (o en otra combinación cuyo número total quedara cerca del 20); y, en el caso de que aumentara o la demanda o buscara nuevas diferencias, siempre podrían responder aumentando la diversificación y cerrando así el paso a nuevas empresas (LIPSEY/CHRISTAL: *Ibidem*. op. cit. págs. 369 y 370).

ejemplo, que el espacio limitado de las estanterías de los actuales hipermercados se constituye en una auténtica barrera física a la entrada, pues sólo admitirán un número reducido de marcas.

Las barreras fundadas en las condiciones de costos son consideradas barreras naturales, porque, aunque afectan a la competencia, se consideran consecuencia o precio del normal devenir del sistema, son consustanciales al mismo. Las segundas y terceras, en cambio, son consideradas barreras artificiales, porque, creadas por la acción del Estado o de las empresas, reducen el número de competidores o el grado de rivalidad con respecto al nivel que se observaría de manera natural⁶⁸⁸.

En la mayoría de los casos, las barreras artificiales creadas por la acción de las empresas, además de reforzar el poder dominante, constituyen verdaderos supuestos de abuso anticompetitivo. Por ello, en ocasiones el acto abusivo en sí mismo puede contribuir a definir su presupuesto, la posición de dominio. En este punto, el Tribunal de Justicia tiene dicho que en la constatación de la posición de dominio «... puede ser aconsejable tener en cuenta hechos señalados como abusos, sin por ello reconocer necesariamente que sean abusos.»⁶⁸⁹.

Todas las barreras a la entrada, tanto las naturales como las artificiales legales o las creadas por las empresas, pueden ser tenidas en consideración a la hora de evaluar una posición de dominio, pues, aunque muchas

⁶⁸⁸. Esta distinción la recogen en el campo económico, entre otros, CASAS PARDO (Ibídem, op. cit págs. 524 y 525 en la doctrina española, y SAMUELSON/NORDHAUS -deduciéndose a sensu contrario, cuando define las barreras a la competencia como aquellos «factores legales o psicológicos que reducen el número de competidores o el grado de rivalidad con respecto al nivel que se observaría de manera natural. Las barreras más importantes son las restricciones a legales y la diferenciación del producto»- (Ibídem. op. cit. págs. 613 y 614).

⁶⁸⁹. *United Brands (1978)*: cit. supra, pág. 263.

de ellas no hayan sido creadas por las empresas establecidas, sino por el propio mercado o por el Estado, contribuyen todas ellas a constituir la posición dominante⁶⁹⁰. Que una barrera a la entrada, cualquiera que sea naturaleza, sea considerada un factor constitutivo de posición dominante, no supone en sí mismo ningún reproche a la empresa, pues el Tratado no prohíbe la posición de dominio, sino sólo el abuso⁶⁹¹.

B) MÉTODO Y CRITERIOS DE VALORACIÓN.

Lo primero que se ha de señalar es que, más allá de la definición vista, no existe un tipo jurídico universal y perfecto de posición de dominio que desde su apriorismo permita decidir automáticamente en todos los casos si hay o no posición de dominio. Pero la valoración de las relaciones de poder que existen en cada mercado concreto es una cuestión de hecho que se ha de resolver en cada caso sobre la base de un complejo análisis jurídico y económico.

Bajo el control ejercido por el Tribunal de Justicia, el método de análisis utilizado por la Comisión para determinar la existencia de una posición de dominio, suele combinar elementos estructurales y de comportamiento y resultado⁶⁹². Este método se desarrolla

⁶⁹⁰. En este sentido, WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 314. Aunque los economistas no están de acuerdo sobre lo que se debe hacer con los monopolios que se basan más en barreras naturales que en prácticas anticompetitivas, sí hay bastante unanimidad sobre su consideración como indicadores de poder de mercado (KORAH: Ibídem) Gyselen/Kyriazis: Ídem, cit. supra, pág. 138 y ss. Pero no siempre, ver WHISH, ya cit.

⁶⁹¹. Michelín (1983), cit. supra, consid. 57.

⁶⁹². En realidad del Tribunal en el estudio o valoración del poder dominante sigue los tres criterios de análisis de la situación de la competencia en un mercado: los criterios de estructura, comportamiento y resultado. Ver BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: *Economía*, op. cit. págs. 191 y ss. Estos autores señalan que la existencia de un nexo causal entre la estructura de un mercado y el comportamiento de las empresas, así como el objetivo básico de éstas de obtener los máximos beneficios, son elementos comunes a todos los modelos de mercado y que explican también las distintas formas de competencia. ALEX JACQUEMIN: *Economie industrielle Européenne*. Paris: ed. Dupond, 1975; o

fundamentalmente en dos fases: una primera aproximación inquiriere el aspecto estructural relativo al mercado; y una segunda atiende a «la posibilidad de comportamientos independientes», referente a la estrategia de la empresa⁶⁹³. Normalmente, la Comisión, después de describir la estructura del mercado relevante y determinar la influencia que ejerce la empresa dominante sobre ese mercado, pasa a averiguar si esa empresa, a la hora de definir su estrategia en el mercado, escapa a la presión ejercida por los otros operadores. De este modo, a un primer análisis estático centrado en la estructura, le sigue un segundo análisis dinámico que atiende a criterios de comportamiento y resultado⁶⁹⁴. Ambas líneas de análisis no hacen sino reflejar los dos criterios convergentes sobre los que las autoridades comunitarias definen la posición de dominio: la posibilidad de obstaculizar una competencia efectiva, y la posibilidad de adoptar un comportamiento independiente en el mercado.

A) LOS MONOPOLIOS LEGALES.

Esta doble aproximación metodológica a la valoración de la posición de dominio, que es la que se sigue en la mayoría de los casos, se simplifica al máximo cuando la posición dominante viene establecida directamente

en "The criterion o economic performance in the Antitrust Policies of the US and the EEC.", CMLR, 1970, pág. 205; o *Economía industrial*, Barcelona, 1982, pág. 11.M. FONTAINE: *Regulación de los acuerdos entre empresas y modelos de competencia en el sector privado en Les ententes et le marché commun*, Dalloz 1966, p. 49. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 369.

⁶⁹³. El Tribunal de Justicia, en *United Brands (1978)*, reconociendo el método de la Comisión señaló que para saber si el poder de mercado de UBC tenía un carácter dominante sobre el mercado relevante se debía analizar primero la estructura del mercado y después su situación competencial (Cit. supra, consid. 67). También, entre otras, *Hoffmann La Roche (1979)*, ya cit., especialmente consid. 49. Esta aproximación metodológica de las autoridades comunitarias la recogen en la doctrina francesa BOLZE, Christian en "Abus de position dominante", *Repertoire Dalloz de Droit Communautaire*, 1 y ss.(1992); y GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ídem*, pág. 412.

⁶⁹⁴. BOLZE: *Ídem*, pág. 6.

por una Ley. En este caso, el análisis de las autoridades comunitarias se limitará a examinar el contenido de los preceptos que establecen el monopolio de la empresa, y ya no será necesario ningún otro o muy pocos análisis complementarios. Así lo recordó el Tribunal en *Merci convenzionali porto di Genova (1991)*, donde el Tribunal de Justicia, frente a una concesión portuaria, señala que «... es jurisprudencia reiterada ... que una empresa que disfruta de un monopolio legal ... ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 (actual 82) TCE.»⁶⁹⁵.

Estos supuestos simplificados de análisis no deben confundirse con aquellos otros en los que una regulación (por ejemplo, derechos de propiedad industrial o intelectual, determinadas regulaciones técnicas o restricciones a la importación) incide sólo indirectamente, y junto a otros factores, en la generación de la posición de dominio⁶⁹⁶. En estos casos no se podrá excusar el análisis más complejo que exponemos a continuación.

B) ANÁLISIS ESTRUCTURAL.

Comprende un conjunto de averiguaciones que quieren describir las condiciones externas de la

⁶⁹⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991, as. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, consid. 14. Antes la sentencias de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, *Höfner*, consid. 28; y de 18 de junio de 1991, As. C-260/89, *ERT*, consid. 31. Ver también las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, as. 226/83, *British Leyland Public Limited Company c. Comisión*, consids. 3 a 10, por los certificados de homologación; y de 13 de noviembre de 1975, as. 16/75, *General Motors Continental NV c. Comisión*, consids. 4 a 10.

⁶⁹⁶. Por ejemplo, en materia de propiedad industrial e intelectual, aunque en el lenguaje económico se los defina como monopolios legales por constituir derechos de explotación exclusiva, rige en derecho comunitario la regla de que estos derechos no definen por sí mismos posiciones de dominio. Aunque pueden ayudar de forma importante a definir una posición de dominio, por sí mismos no lo hacen (Entre otras, sentencias de 18 de febrero de 1971, as. 40/70, *Sirera*, Rec. p. 69; y de 8 de junio de 1971, as. 78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro*, Rec. 487, 501). En este punto la terminología económica y la jurídica no coinciden.

competencia. Para ello, las autoridades comunitarias suelen orientarse fundamentalmente a averiguar la parte de mercado que ocupa la empresa en cuestión, y los factores estructurales de la propia empresa⁶⁹⁷.

i) Cuota de mercado.

El primer dato estructural en el que centran su atención las autoridades comunitarias es la cuota de mercado que ocupa la empresa de que se trate. La cuota de mercado es un importante indicio del poder de mercado de una empresa. No obstante su cálculo y valoración debe tener en cuenta diversos factores y no está exenta de algunos problemas.

• *El cálculo de la cuota.*

La cuota de mercado se calcula teniendo en cuenta las ventas realizadas, de una parte, por la empresa encausada, y, de otra, por sus competidores⁶⁹⁸. Y las ventas suelen medirse, según los casos, en valor o en volumen⁶⁹⁹. Este es el criterio al que normalmente acude la Comisión para el cálculo de la cuota, sobre todo en los casos de productos diferenciados⁷⁰⁰. Pero, junto al número de ventas, existen según el producto o el sector, otros indicadores como la capacidad de producción o la producción total efectiva, el número de licitadores, las unidades de flota en la industria aerospacial, o las reservas existentes cuando se trata de sectores como la minería, ..., que también pueden ser utilizados⁷⁰¹. Con todo, se ha de notar que la elección

⁶⁹⁷. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Ibidem*. BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: *Ídem*, pág. 192.

⁶⁹⁸. WAELBROECK/FRIGNANI *Ídem*, pág. 309.

⁶⁹⁹. *Ibidem*.

⁷⁰⁰. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, DOCE C 372 de 9 de diciembre de 1997, pt.s 54-55.

⁷⁰¹. *Comunicación de la Comisión ...*, cit. *supra*, *Ibidem*. En *Hoffmann La Roche (1979)* el Tribunal también pareció indicar que cualquiera de estos criterios podía

del criterio de cálculo es una decisión difícil y controvertida⁷⁰², pues según el indicador al que se acuda, no es nada extraño que el cálculo conduzca a distintos resultados⁷⁰³. No obstante, hoy muchos economistas se inclinan prevalentemente por el criterio del volumen de ventas⁷⁰⁴.

En el cálculo de la cuota de los competidores se tienen en cuenta también las empresas de países no comunitarios que exportan sus productos al mercado común. Desde esta perspectiva el factor temporal es muy importante, pues cualquier variación de la política comercial exterior hará variar también la importancia de la cuota de mercado.

• *Tamaño de la cuota y su valor.*

El tamaño de la cuota de mercado, aunque no es el único factor a tomar en consideración, es un importante indicio del poder de una empresa. En general, puede decirse que cuanto mayor sea una cuota de mercado, mayor será la probabilidad de apreciar dominación en quien la detenta⁷⁰⁵. Para el Tribunal, las cuotas extremadamente grandes, como las que superan el 80% del mercado, si se mantienen en el tiempo, tienden a demostrar por sí mismas la existencia de una posición dominante⁷⁰⁶, aunque factores excepcionales,

ser tenido en consideración, aunque muchos economistas prefieren que el problema se resuelva atendiendo sólo al volumen de ventas .

⁷⁰². BADEM FULLER: "Article 86 TCE EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" 4 ELRev. 423, 433 -1979. También sobre esta problemática ver BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: Ídem, pág. 169.

⁷⁰³. WHISH: Ídem, pág. 263.

⁷⁰⁴. BADEM FULLER: Ídem, págs. 423, 433. También, LIPSEY/CHRISTAL: cit. supra, pág. 416 y CASAS PARDO: Ídem, cit. supra, pág. 536. De la misma opinión WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 309

⁷⁰⁵. WHISH: Ídem, pág. 261.

⁷⁰⁶. Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rec. 1139 consid. 46, consid. 56 y 60, donde el Tribunal consideró que cuotas del 75, 84, 87 y 90 mantenidas durante periodos de 3 años eran por sí mismas prueba suficiente de posición de dominio. Es importante destacar que en la misma sentencia el Tribunal consideró también prueba de posición de

como una fuerte competencia potencial, pueden llegar a descartarla⁷⁰⁷. Cuando las cuotas de mercado rondan en torno al 40 o 45%⁽⁷⁰⁸⁾, cobrarán especial protagonismo otros factores como el número y la talla de sus competidores más próximos⁷⁰⁹. En general, cuando mayor sea el número de competidores y menor su tamaño e importancia, menor podrá ser también el tamaño de la cuota para considerar la posición de dominio⁷¹⁰. Y, en general, cuando la cuota de

dominio cuotas del 63 y 66% mantenidas también durante periodos de 3 años pero subrayando en este caso la diferencia que las separaban de la cuotas de sus competidores, del 14 y 6%, con lo que la dimensión relativa comienza a tomar fuerza. Lo mismo con cuotas del 54 y 64%. La dimensión relativa se puso también de relieve en *Michelín (1983)*, donde el Tribunal consideró prueba de dominación cuotas del 57 y 65% en los mercados de neumáticos de recambio nuevos para vehículos pesados, porque los competidores de Michelin tenían solo cuotas del 4 y 8% (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, caso 322/81, *Michelín c. Comisión*; Rep. 3461). Cuanto más se alejan las cuotas del 80% mayor es el peso que toma la dimensión relativa en las autoridades comunitarias. En *AKZO (1991)* EL Tribunal, después de recordar que «cuotas muy importantes constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante.», tomó en consideración una cuota del 59% apoyada en otros factores como el liderato mundial de la empresa, su organización de márketing y su amplio *know-how* en seguridad y toxicología (cit. supra, consid. 60-1). También sentencia de 6 de octubre de 1994, as. T 83/91, *Tetra Pack II*, consid. 109. Decisiones de 29 de julio de 1987, *BBI c. Boosey et Hawkes*, DOCE L 286 de 9 de octubre; de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco c. Hilti*, DOCE L 65 de 11 de marzo de 1988, confirmada por sent. del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, as. T-30/90, *Hilti AG c. Comisión*; de 26 de julio de 1988, *Tetra Pack I*, DOCE L 272 de 4 de octubre; y de 5 de diciembre 1988, *BPB Industries PLC*, DOCE L 10 de 13 de enero. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 310, WHISH: Ibídem. BOLZE: Ibídem. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 517.

⁷⁰⁷. Desde el punto de vista económico, no puede darse carácter absoluto a este criterio, pues es posible que una empresa detente una cuota de este tamaño o mayor mientras venda a precios competitivos, pero, si no hay barreras efectivas a la entrada, en el momento que suban los precios otros entrantes le disputarán la cuota. Si se trata de un mercado fuertemente disputable, aunque se tenga una cuota del 90% es difícil de hablar de un alto grado de dominación. Siempre debe tenerse en cuenta la competencia potencial. A parte, como en seguida veremos, de la importancia del factor temporal, que también debe tenerse en consideración. WHISH: Ibídem.

⁷⁰⁸. En su *X informe sobre la política de la competencia* (pt. 50) con la concurrencia de otros factores adicionales, la Comisión sitúa este espectro incluso entre el 20 y el 40%.

⁷⁰⁹. En *AKZO* a la Comisión no se le escapó el detalle de que la cuota del 50% de *AKZO (1991)* a la de la suma de los restante competidores juntos (cit. supra, punto 69, pág. 3371 en el informe que acompaña a la sentencia), cuestión que tampoco pasó por alto el Tribunal (consider. 56).

⁷¹⁰. Aunque en *AKZO (1991)* el Tribunal dijo que una cuota del 50% constituye por sí misma, y salvo circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de posición de dominio; los autores suelen extraer esta conclusión de la doctrina

mercado no supera el 10%, se excluye la posición de dominio, salvo que concurren circunstancias excepcionales⁷¹¹, como una fuerte atonicidad de los restantes competidores⁷¹².

Aunque la cuota de mercado supone en algunos casos un buen indicio de la posición de una empresa en el mercado, sin embargo en muchas ocasiones no puede otorgársele un valor absoluto⁷¹³. A su cálculo debe seguir un análisis económico completo del mercado⁷¹⁴. Primero, como hemos tenido ocasión de ver, en gran número de casos el tamaño de la cuota de la empresa encausada debe ponerse en relación con el tamaño de las cuotas de sus competidores en el mercado, y especialmente las de sus competidores más inmediatos⁷¹⁵. En buena medida la fuerza que una cuota otorga a la empresa va en función del número e importancia de las cuotas de sus competidores. Se ha de tener en cuenta que un alto coeficiente de concentración puede verse

sentada en *United Brands (1978)* y *Hoffmann La Roche (1979)*. En efecto, aunque se tuvieron en cuenta otros factores, es importante destacar que en *United Brands* el tribunal, junto a otros factores que confirmaba independencia de comportamiento, consideró la cuota del 45% de *United Brands*, en un mercado en el que en algunos momentos había una fuerte competencia, determinante de una posición de dominio, porque esa cuota era muy superior a la de su competidor mejor situado. En cambio, en *Hoffmann La Roche (1979)* se consideró que *Hoffmann La Roche* tenía posición de dominio en el mercado de las vitaminas A, donde su cuota era igual a la suma de las dos cuotas de sus dos principales competidores; pero no se apreció esta posición en el mercado de las vitaminas B 3 TCE porque, frente a la cuota del 43% de *Hoffmann La Roche*, con un competidor con una cuota del 30% no había suficientes factores adicionales para probar el dominio en ese mercado. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 310. WHISH: Ídem, 262. Véase al respecto también el *X Informe sobre la política de la competencia*, espec. el punto 50

⁷¹¹. Sent. de 25 de octubre de 1977, as. 26/76, *Metro c. SABA*, consid. 17. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 311.

⁷¹². Este sería el caso, por ejemplo, en que una empresa con un 9% de cuota compitiera con un enjambre de diminutos competidores con cuotas muy inferiores al 1%.

⁷¹³. *AKZO (1991)*, ya cit., consid. 67; *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra, consids. 39, 40.

⁷¹⁴. Ídem.

⁷¹⁵. En este sentido, el Tribunal señaló en *Hoffmann La Roche (1979)* que constituye un importante factor definitorio de la dominación la relación entre las partes de mercado que detenta la empresa en cuestión y sus competidores, especialmente quienes le siguen inmediatamente (ya cit., consid. 48)

compensado por una fuerte rivalidad entre los oligopolistas, lo que disiparía la posición de dominio⁷¹⁶. De ahí que sólo con relación a las demás cuotas pueda conocerse cuál es su verdadero valor o tamaño relativo en el mercado.

En relación con el valor relativo de la cuota, cabe preguntarse también si elevados coeficientes de concentración en los proveedores o en los clientes, pueden ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la cuota de la empresa. Esta cuestión es parte del complejo problema de la evaluación del poder compensatorio: en qué medida debe ser tenido en cuenta el poder de sus proveedores y clientes a la hora de evaluar el poder de mercado de una empresa. Parece que si los clientes de una empresa tienen un fuerte poder de negociación, aunque ésta tenga una importante cuota de mercado, le resultará difícil actuar como un monopolio⁷¹⁷. En estos casos la competencia entre fuerzas de mercado (competencia exterior) podría compensar la falta de competencia que pueda haber en cada una de ellas (competencia interior⁷¹⁸) a la hora de evaluar las posiciones dominantes.

⁷¹⁶. Pero también puede facilitar la colusión. Se ha dicho que frecuentemente las diferencias o similitudes de tamaño son tanto o más importantes que el número de agentes en la definición de la situación competitiva de un mercado. Por ello, la medición del grado de concentración debe atender tanto al número como al tamaño de los partícipes en sí mismos y en relación unos con otros (BURNINGHAM/BENNETT/CAVE/HERBERT/HIGHAM: Ídem, pág. 192.

⁷¹⁷. Este podría ser el caso, por ejemplo, en el que una empresa con una cuota del 80% y unos rivales con cuotas en torno al 1% se enfrentará a un monopsominio o a un mercado de estructura similar.

⁷¹⁸. Aquí los términos competencia interior y exterior se usan para diferenciar entre la rivalidad que tienen entre sí los oferentes en la fuerza de la oferta para colocar sus productos y los demandantes en la fuerza de la demanda para obtenerlos (competencia interior); y la rivalidad que se establece entre oferentes y demandantes para captar unos y retener otros recursos monetarios en las negociaciones que fijarán el precio (competencia exterior). No debe por tanto confundirse con los términos competencia interna y competencia externa frecuentemente usados en otros sentido en Derecho de la competencia.

Pese a que este problema se planteó al Tribunal en *Michelín (1983)*, éste eludió la respuesta⁷¹⁹. No obstante, la Comisión lo tiene en cuenta a la hora de aplicar el Reglamento 4064/89 sobre concentraciones y el artículo 81.3 TCE⁷²⁰. Es una cuestión que queda abierta en el artículo 82 TCE.

En segundo lugar, la cuota de mercado, aun poniéndola en relación con las de los competidores, es un criterio estático que por sí mismo no refleja suficientemente las tensiones dinámicas de la competencia. Un análisis de mercado que únicamente tuviera en cuenta el dato del tamaño de las cuotas, no tendría suficientemente en consideración que la competencia es más un proceso dinámico que un estado. Lo decisivo en la valoración de la situación competitiva de un mercado, no es tanto que actualmente exista atonicidad o concentración, como que exista realmente movilidad de los factores. Cuando no existe verdaderas barreras de entrada para las empresas en el mercado, aunque en un momento dado una empresa pueda detentar una gran cuota de mercado, se verá constreñida por la competencia potencial del mismo modo que si tuviera una competencia actual. Y, en tales casos, aunque técnicamente se pudiera llegar a calificarla como un monopolio, en la práctica no podría comportarse como tal⁷²¹.

⁷¹⁹. *Michelín (1983)*, cit. supra, consid. 54. Igualmente en sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de octubre de 1994, as. T-83/91, *Tetra Pak (1994)*, consid. 101 y 111, págs. II-809 y 810

⁷²⁰. Véase en este sentido la decisión de 12 de abril de 1991, *Alcatel c. Telettra*, DOCE 122 de 17 de mayo. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, 113.

⁷²¹. En efecto, si esa empresa pretendiera reducir la producción para aumentar el precio, los precios altos atraerían nuevos entrantes al mercado y empujarían el precio a un nivel competitivo. WILLIAN J. BAUMOL, JOHN C. PANZAR y ROBERT D. WILLIG: "On the Theory of Perfectly-Contestable Markets" en JOSEPH E. STIGLITZ & G. FRANK MATHEWSON: "New Developments in the Analysis of Market Structure", London: Mcmillan press, 1986, págs. 339 y ss. También en *Contestable Markets and the theory of industry Structure*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982; y BILEY: *Contestability and the Design of Regulatory and antitrust Policy*, 71 American Economics Review, 178, 183 (1981). En el plano jurídico ver también WHISH: Ídem, págs. 11 y ss. Un buen ejemplo de la importancia que tiene la competencia potencial como criterio de evaluación de la posición dominante, lo ofrece la sentencia *Continental Can (1973)*, donde el

Estas consideraciones hacen que la Comisión en la valoración de la cuota también tenga en cuenta a los posibles competidores capaces de entrar en un periodo de tiempo y con un esfuerzo razonable⁷²². La Comisión, en una lógica similar a la *1984 US Merger Guidelines*, entiende que esta competencia potencial puede venir del potencial de expansión de ventas que tienen las empresas presentes ya en el mercado, de mercados geográficos distintos pero cercanos, de otras industrias capaces de adaptar eficazmente su producción (sustituibilidad de la oferta), o, incluso, a veces de los propios clientes que, frente a precios monopolísticos, pueden decidir obtener por ellos mismos los bienes para su producción⁷²³. Por ello en la valoración del poder de monopolio se han de tener en cuenta otros factores como el criterio temporal⁷²⁴ o las posibles barreras a la entrada⁷²⁵ que determinarán la verdadera situación competitiva de ese mercado⁷²⁶.

• *El criterio temporal.*

El criterio temporal aconseja no considerar una determinada cuota, por importante que ésta sea, si no tiene una cierta continuidad en el tiempo⁷²⁷. Las fluctuaciones en

Tribunal, pese a sus elevadas cuotas, desestimó la posición dominante de SLW en Alemania por entender que cualquier intento de SLW de explotar su dominación podría provocar la entrada de firmas que, aunque normalmente no operaban en el mercado alemán, podría sin embargo verse tentadas a entrar sin gran esfuerzo.

⁷²². FISHWICK: Ídem, cit. supra, págs. 474 y ss. MARTÍNEZ DEL PERAL: Ídem, cit. infra, págs. 80 y ss.

⁷²³. FISHWICK: Ídem, cit supra pág. 474. MARTÍNEZ DEL PERAL: Ibídem.

⁷²⁴. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 311; CHILD/BELLAMY: Ídem, pág. 519.

⁷²⁵. WHISH: Ídem pág. 263. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 312.

⁷²⁶. Ver también KORAH: Ibídem.

⁷²⁷. CHILD/BELLAMY: 519. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 313. WHISH: Ídem, pág. 261. En *Hoffmann La Roche (1979)* se tomaron en consideración periodos de 3 años; y en *Tetra Pack (1994)* periodos de quince, aunque es de suponer que de no haberse dado esta particularidad también su hubieran tomado en consideración periodos más breves. En *United Brands (1978)* se tuvo en consideración la temporalidad de los productos para considerar el factor temporal.

la cuota suelen reflejar tensiones competitivas⁷²⁸. No obstante, aunque el Tribunal ha recordado la importancia de este criterio⁷²⁹, no ha señalado un periodo mínimo y estable de tiempo durante el que deba perdurar para confirmar los indicios de dominación⁷³⁰. La duración de este periodo dependerá en buena medida de las características del mercado relevante. En mercados consolidados de gran estabilidad este periodo puede llegar a ser de cinco años; pero mercados muy dinámicos con una demanda creciente y rápidos avances tecnológicos, como los de nuevas tecnologías, pueden requerir periodos de tiempo distintos⁷³¹. En la decisión *UIP (1989)* la Comisión rechazó tomar en consideración las cuotas de mercado cinematográficas de los distribuidores, que en algún momento podían llegar a ser muy importantes, porque variaban mucho de un momento a otro en función del éxito de las películas en cartelera⁷³². Igualmente una importante cuota de mercado conservada sólo durante un cierto periodo de tiempo hasta la aparición de nuevos competidores demuestra que nunca se tuvo un verdadero poder de dominio⁷³³. Esto ocurre en mercados abiertos y emergentes

⁷²⁸. En *AKZO (1991)* las autoridades comunitarias, después de constatar la estabilidad de la cuota de AKZO, observaron que ésta cuota, en vez de fluctuar, permaneció invariable pese a los ataques de sus competidores que AKZO rechazó con éxito (cit. supra, consid. 56).

⁷²⁹. Así, por ejemplo, en el *BP Nederland (1978)* la Comisión sostenía que los proveedores de licores de baja calidad en los Países Bajos se había vuelto temporalmente dominantes con respecto a sus competidores, por la escasez de abastecimientos que se produjo durante la crisis del petróleo de mediados de los años setenta. El Tribunal no llegó a resolver este punto; pero el abogado general WARNER se mostró contrario a esta opinión (Rep. 1513 y 1537).

⁷³⁰. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*.

⁷³¹. Ver CHILD/BELLAMY: *Ídem*, pág. 520. También MARTÍNEZ DEL PERAL CAGIGAL, Isabel: «La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas», D-20 GJCE 79 (1993).

⁷³². Decisión de 12 de julio de 1989, DOCE L 226 de 3 de agosto.

⁷³³. WHISH: *Ídem*, pág. 261.

que comienzan a desarrollarse con una fuerte expansión, como los mercados informáticos⁷³⁴.

- *Las barreras a la entrada.*

Sin embargo, la duración de una cuota significativa a lo largo del tiempo no hace sino indicar que existen muchas probabilidades de que la empresa en cuestión se halle protegida contra la competencia mediante barreras a la entrada, que impiden que sus rivales actuales o potenciales erosionen su posición en el mercado⁷³⁵. De ahí que el paso siguiente consista en descubrir y valorar los distintos factores estructurales o barreras capaces de obstaculizar la competencia⁷³⁶. Son las barreras a la entrada las que van a impedir que los competidores y los consumidores puedan responder de una forma rápida y masiva a un abuso de ese poder⁷³⁷. Así deberá verse si se dan en el mercado economías de escala, ventajas de costes absolutos, si existen regulaciones que restringen la competencia y en qué sentido, si los agentes generan algún tipo de restricciones, si hay diferenciación de productos, etc.⁷³⁸.

ii) La estructura de la empresa.

Con el análisis de la estructura interna de la empresa se pasa a averiguar su organización y la implantación que la empresa dominante tiene en las distintas fases del ciclo productivo y comercial del

⁷³⁴. Ver la decisión de 9 de noviembre de 1994, *MSG Media Service*, DOCE L 364 de 31 de octubre, núm. 55.

⁷³⁵. Ver KORAH: *Ibidem*.

⁷³⁶. Pese a la importancia que tienen en la medición del poder de mercado, su detección y sobre todo su medición es una cuestión muy difícil no exenta de problemas y controversias. Todas las barreras de entrada deben tenerse en cuenta, también las naturales, pero se ha de ser muy prudente a la hora de valorarlas (GYSELEN/KYRIAZIS: *Ídem*, cit. supra, págs. espec. 138 y ss.)

⁷³⁷. Vid supra. GYSELEN/KYRIAZIS: *Ídem*, cit. supra, pág. 135.

⁷³⁸. Como ilustración de la importancia que las barreras de entrada tienen en el análisis de las autoridades comunitarias como complemento de la cuota de mercado y explicación de la falta de competencia potencial, véase por todos el consid. 48 de *Hoffmann La Roche -1979-*, ya cit.)

producto relevante⁷³⁹ o incluso en el mercado general fuera de ese ciclo: financiación, materias primas, investigación, fabricación, acondicionamiento, transporte, distribución, política de ventas, diversificación⁷⁴⁰. Se trata de averiguar los efectos que la organización de la empresa, su integración vertical o, en su caso, su organización en conglomerado pueden tener en el mercado⁷⁴¹.

La importancia que en la evaluación de la posición de dominio pueda tener cada fase o del ciclo del producto o cada uno de los factores que definen la estructura de la empresa, variará lógicamente de unos mercados a otros. No obstante, la práctica de las autoridades comunitarias ha puesto de relieve la especial importancia de algunos factores como son el reparto de riesgos que entraña una implantación internacional⁷⁴², las posibilidades de acceso a

⁷³⁹. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem pág. 414.

⁷⁴⁰. BOLZE: Ídem, pág. 6.

⁷⁴¹. Con independencia del alcance que la Comisión pueda dar a este análisis, existe una corriente en la doctrina partidaria de profundizar en éste, en la llamada teoría del contratante obligatorio, que se ve como un criterio superador en algunos casos de la necesidad de delimitar el mercado relevante. En este sentido, SCHROTER señaló en el Coloquio de Brujas de 1977, que es peligroso centrar la valoración de la posición de dominio sólo en el análisis del grado de concentración en un mercado determinado. El poder de dominio también puede derivar de relaciones verticales o incluso de actividades de conglomerados. Por ello, el análisis de la estructura del mercado relevante también debe complementarse con el estudio de aquellas situaciones en las que se depende de un vínculo comercial para la supervivencia (H. SCHROTER: «Le concept de "marché en cause" dans l'application des articles 66 par. 7 CECA et 86 TCEE», publicado en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Bruges: De Tempel, 1977, pág. 498). En esta línea, M.A. ADELMAN: «The Antimerger Act 1950-1960», 51 Am. Econ. Rev., págs. 236-44 (1961); M. GLAIS & P. LAURENT: *Traité d'Économie et de Droit de la concurrence*, Paris: Presses universitaires, 1983, págs. 286 a 289; HOET, Peter: «Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire», 325 Rev. March. Com., 135 y ss. (mars 1989). Ver también FISHWICK: Ídem, cit. supra. Frente a esta tesis, se ha apuntado el peligro de un exceso en su aplicación que podría llevar a desvirtuar el sistema del artículo 82 TCE, en cuanto se considera que el principal objetivo de las normas de defensa de la competencia no es proteger a los competidores sino a la competencia (WAELEBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 322). KORAH: *An Introductory Guide*, ya cit. págs. 75 a 85.

⁷⁴². En AKZO (1991) la Comisión notó que frente al liderazgo mundial de AKZO (Tribunal consid. 61), excepto dos competidores, el resto sólo eran importantes a nivel local (Decisión de 14 de diciembre de 1985, ESC/AKZO, DOCE L 376, de 31 de diciembre, punto 69)

los mercados financieros internacionales⁷⁴³ o la diversificación de productos⁷⁴⁴, el control de la tecnología necesaria para la fabricación de los productos⁷⁴⁵, la integración vertical que lleva a la empresa a controlar algunas o todas las fases del ciclo del producto⁷⁴⁶, la presencia del producto relevante con distintas funciones en distintos mercados⁷⁴⁷, la capacidad de la empresa de cubrir toda la gama de productos y accesorios relativos al producto relevante⁷⁴⁸, la imagen de marca que la empresa tiene en el mercado⁷⁴⁹, o la detentación de una red de distribución sólida con filiales en la mayoría de estados miembros⁷⁵⁰.

Ahora bien, mientras el dato de la integración vertical puede resultar decisivo en la definición de la posición dominante, pues tiende a reforzar la dependencia económica del cliente que sufre el abuso; las estructuras de conglomerado se descubren mucho más difusas y difíciles de medir⁷⁵¹.

⁷⁴³. *Continental Can (1973)*.

⁷⁴⁴. En *AKZO (1991)* la Comisión consideró relevante que AKZO tuviera una gama de productos más amplia que la de sus competidores (cit. supra, punto 56)

⁷⁴⁵. Así *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra; *Tetra Pak (1994)*, ya cit. En *AKZO (1991)* las autoridades comunitarias consideraron un factor relevante junto a la cuota, los amplios conocimientos seguridad y toxicología que AKZO tenía frente a sus competidores (consid. 61). *United Brands (1978)*, cit. supra, consids. 82 y ss.

⁷⁴⁶. *United Brands (1978)*, cit. supra, donde las autoridades comunitarias prestaron gran atención a este dato como factor de dominación. También *Suiker Unie (1975)*, cit. supra.

⁷⁴⁷. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra; *AKZO (1991)*, ya cit.

⁷⁴⁸. *BPB Industries (1989)*, ya cit.

⁷⁴⁹. En *AKZO (1991)*, las autoridades comunitarias consideraron también un factor importante la organización de marketing más desarrollada comercial y técnicamente de AKZO (cit. supra, consid. 61, punto 69 de la Decisión). *United Brands (1978)*.

⁷⁵⁰. *United Brands (1978)*; *Hoffmann La Roche (1979)*.

⁷⁵¹. MARTINEZ DEL PERAL: Ídem, págs. 83-4.

C) EL ANÁLISIS DE COMPORTAMIENTO Y RESULTADOS.

Este primer análisis ofrece una completa descripción estructural del mercado que permite ya a la Comisión constatar con certeza o con un alto grado de probabilidad si hay o no posición dominante. Entonces, para completar el análisis estructural o para corroborar sus conclusiones⁷⁵², la Comisión pasa a un segundo análisis centrado en las estrategias comerciales de la empresa y en sus resultados, a fin de averiguar si demuestran poder de comportamiento independiente o si revisten carácter monopolístico⁷⁵³.

i) El comportamiento: la estrategia de mercado.

En el estudio de las estrategias comerciales de la empresa encausada, se suelen diferenciar dos momentos. Un primer periodo en el que la empresa está formando su poder dominante; y un segundo momento en el que procura mantener la dominación alcanzada.

En el primer momento la empresa suele poner en práctica políticas de mercado orientadas sobre todo a adquirir influencia sobre sus competidores y ganar así independencia de comportamiento. Para ello, tienden a desarrollar agresivas políticas tecnológicas y de marca amparadas en derechos de propiedad industrial que le permitan ganar como licenciatarios a sus posibles competidores⁷⁵⁴. También es frecuente la creación de redes de contratos de aprovisionamiento y distribución con cláusulas de fidelidad o exclusiva, que permiten tutelar a

⁷⁵². H. SCHROTER: Ídem, ya cit. págs. 434, 453. HOET: Ídem, ya cit., 149 y ss. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, pág. 319.

⁷⁵³. En el plano metodológico, para ver el espíritu con que el Tribunal aborda el análisis dinámico de conductas y resultado, ver los consid. 49 y 69 de (*Hoffmann La Roche -1979-*, ya cit.)

⁷⁵⁴. *Continental Can (1973)*, cit. surpa. En *United Brands (1978)*, cit. supra, el Tribunal destacó que la política tecnológica y de know-how de UBC le permitía establecer contratos de cultura con pequeños productores que los fidelizaba a la empresa produciendo las variedades propuestas por UBC (consid. 74 en rel. con los anteriores). *Tetra Pak*. La decisión de 18 de abril de 1984, *IBM Personal Computers*, DOCE I 188 de 4 de mayo.

intermediarios y detallistas⁷⁵⁵. En ocasiones consisten también en la creación de mecanismos de obtención e intercambio de información⁷⁵⁶, o en el desarrollo de vínculos con los dirigentes de las empresas competidoras⁷⁵⁷.

Y, en un segundo momento, una vez consolidado el poder de dominio, la empresa tiende a proteger su dominación de múltiples y sutiles maneras, con las que procura reforzar las barreras creadas o generar otras de nuevas, a ser posible con políticas que escapen a las prohibiciones legales; y también a abusar de ella⁷⁵⁸.

ii) Los resultados.

La Comisión estudia también los resultados de la empresa durante el periodo de tiempo tomado en consideración, para ver si tienen carácter anormal⁷⁵⁹. Unos resultados superiores a los que se darían en una situación

⁷⁵⁵. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra; *United Brands (1978)*, cit. supra. Ver también la decisión de 17 de julio de 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*, DOCE L 286 de 9 de octubre de 1987.

⁷⁵⁶. En *Hoffmann La Roche (1979)*, el Tribunal consideró un importante instrumento de control del mercado la perfecta organización comercial y de marketing de Hoffmann La Roche que le permitía detectar al instante cualquier intento de sus competidores y reaccionar consecuentemente. Este mecanismo comercial actuaba como un verdadero sensor de mercado y la daba una gran ventaja (ya cit., consid. 78).

⁷⁵⁷. *Continental Can (1973)*, cit. supra. Ver también la decisiones *IBM (1984)*, cit. supra; y de 14 de julio de 1986, *Fibras Ópticas*, DOCE L 236/30 de 22 de agosto.

⁷⁵⁸. En *AKZO (1991)* no pasó desapercibido a las autoridades comunitarias la capacidad de las estrategias de AKZO de apartar del mercado a sus rivales molestos, lo que demostraba una posición de dominio consolidada y el desarrollo de políticas capaces de cerrar el paso o doblegar a los rivales (cit. supra, consid. 56, vi-vii)

⁷⁵⁹. En *AKZO (1991)*, las autoridades comunitarias consideraron anormal que los beneficios de AKZO hubieran continuado creciendo ininterrumpidamente durante el periodo de referencia sin verse afectados por las crisis económicas ni por los ataques de sus competidores (cit. supra, consid. 56). En esta misma sentencia, las autoridades comunitarias destacaron también la subida de precios de AKZO una vez eliminados sus rivales (Ibídem). En la solución del problema económico de la medición del poder de mercado la persistencia de beneficios elevados (resultados monopolísticos) constituyen el segundo factor que, junto al coeficiente de concentración o a la cuota, se tiene en cuenta a la hora de evaluar el grado de poder de monopolio. Ninguno de los dos criterios es considerado en sí mismo definitivo aunque sí orientativo; pero puestos en relación el uno con el otro no suelen diferir mucho y permiten unos mejores resultados (CASAS PARDO: Ídem, pág. 535. LIPSEY/CHRISTAL: Ídem, págs. 415-6).

de competencia operativa que perdura durante un determinado tiempo, son considerados un buen indicio de posición dominante⁷⁶⁰. Así el mantenimiento de unos resultados elevados en tiempos de crisis⁷⁶¹, o la imposición de precios elevados sin que se produzca una reducción sensible de la cuota⁷⁶² han sido considerados indicios de dominación⁷⁶³.

Al igual que ocurre con el tamaño de la cuota, los resultados de una empresa no son tampoco un criterio absoluto⁷⁶⁴. En *United Brands (1978)*, el Tribunal recuerda que «... el poder económico de una empresa no se mide [sólo] en base a su rentabilidad, ... un margen reducido de beneficios o incluso unas pérdidas temporales no son incompatibles con una posición dominante, del mismo modo que unos beneficios elevados pueden ser compatibles con una situación de competencia efectiva.»⁷⁶⁵. Aunque constituyen un criterio muy importante, los resultados por sí mismos no son necesariamente decisivos, deben valorarse en el tiempo y ser completados y contrastados con otros criterios auxiliares.

Tampoco las fluctuaciones en el precio evidencian por sí mismas la existencia de competencia. En *Hoffmann La Roche (1979)*, el Tribunal señaló que se tenía que ver si las fluctuaciones de precios se debían a la presión de la competencia, lo que excluiría la posición de dominio, o a los aumentos y disminuciones de producción de la encausada, que constituyen una conducta típicamente monopolista

⁷⁶⁰. Ídem.

⁷⁶¹. En *AKZO (1991)* la Comisión tuvo en cuenta este factor de resultado en sus averiguaciones (cit. supra, punto 69).

⁷⁶². Ver *United Brands (1978)*, cit. supra; o *Boosey & Hawkes*, cit. supra; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, as. T-30/89, *Hilti c. Comisión*, ya cit.

⁷⁶³. *United Brands (1978)*, cit. supra; *AKZO (1991)*, cit. supra; Ver también *BBIBoosey & Hawkes (1987)*, cit. supra.

⁷⁶⁴. Ver *KORAH*: Ibídem.

⁷⁶⁵. *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 126.

frecuentemente orientada, como fue el caso, a evitar la competencia⁷⁶⁶.

Algunos resultados monopolísticos podrán ser a la vez constitutivos de explotación abusiva⁷⁶⁷. No obstante, su consideración en la definición de la posición de dominio no prejuzga su carácter abusivo, que habrá de decidirse en una calificación posterior. En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló en *United Brands (1978)* que «... puede ser útil tomar eventualmente en consideración [al efecto de evaluar la posición en el mercado] unos hechos que han sido invocados como comportamientos abusivos sin tener que reconocerles necesariamente tal carácter»⁷⁶⁸. En este análisis económico son tratados sólo como indicios de dominación, lo que, como ya se ha dicho, en sí mismo no implica ningún reproche desde el artículo 82 TCE.

C) LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA ECONÓMICA.

A) LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA ECONÓMICA. TEORÍA DEL CONTRATANTE OBLIGATORIO.

Hasta aquí los pasos que siguen las autoridades comunitarias para la definición de una posición de dominio. En este proceso la definición del mercado relevante se presenta como una condición previa ineludible, a la que deberá referirse después la evaluación del poder de monopolio.

Sin embargo, en opinión de algunos autores, la misma práctica comunitaria demuestra que este método no es adecuado para tutelar todos los supuestos de dominación que

⁷⁶⁶. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra, consid. 71 a 78.

⁷⁶⁷. *AKZO (1991)*, cit. supra.

⁷⁶⁸. *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 68.

se dan en el mercado⁷⁶⁹. En muchos casos la sola delimitación del mercado relevante no basta y se necesita tomar en consideración otros elementos exteriores al mercado relevante, como ocurre normalmente en los supuestos de integración vertical y en los conglomerados⁷⁷⁰. Pero falla sobre todo en aquellos casos en los que la posibilidad de adoptar comportamientos independientes se tiene sólo frente a un grupo de clientes o proveedores que dependen económicamente de la empresa dominante⁷⁷¹. En

⁷⁶⁹. H. SCHROTER: «Le concept de "marché en cause" dans l'application des articles 66 par. 7 CECA et 86 TCEE», publicado en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Bruges: De Tempel, 1977, pág. 498. HOET: Ídem, cit. infra, 142 y ss. HOET, Peter: «Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire», 325 Rev.March.Com., 137 (mars 1989). M. GLAIS & P. LAURENT: *Traité d'Économie et de Droit de la concurrence*, Paris: Presses universitaires, 1983. En el sentido de criticar el excesivo apego al método estructuralista de definición previa del mercado relevante, también en un primer momento WAELBROEK: «La notion d'entreprise(s) en position dominante et les méthodes de control en droit comparé», en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises en position dominantes en droit communautaire*, De. Van Damme, 1977, espec. págs. 126-30; y también en este mismo sentido, JONG, H.W.: «The Relevant Market», Ídem, pág. 530. BOLZÉ: Ídem, cit. supra, págs. 11 y ss.

⁷⁷⁰. Este es el caso de las sentencias *United Brands (1978)*, un supuesto de integración vertical donde se tienen en cuenta factores ajenos al mercado relevante (ya cit.); y *Michelín (1983)*, donde el Tribunal tiene en cuenta la pertenencia de la empresa a un grupo extendido a nivel europeo e incluso mundial para la apreciación de la dominación. HOET: Ídem, pág. 150 y ss. En el campo económico, M. GLAIS & P. LAURENT: Ídem, espec. en la parte segunda del capítulo I.

⁷⁷¹. HOET, Peter: Ídem, pág. 137. BOLZÉ: Ídem, pág. 12. Probablemente el caso más importante de posición de dominio relativa, o explotación de una situación de dependencia económica, que han tratado las autoridades comunitarias y en el que puede afirmarse que existe continuidad interpretativa en el tratamiento de la situación de dependencia entre las autoridades comunitarias, sea el asunto *Magill o Radio Telefis (1995)*. En este caso, los recurrentes acusaban a la Comisión «de no haber aplicado ... el criterio de posición dominante basado en el poder económico sino de haber considerado que ... disponían de un monopolio de hecho» en una relación vertical que «...crea una situación de dependencia económica que es característica de la posición dominante.» (consid. 44) y vincular con ello «... artificialmente la dependencia económica a la intención de un tercero, que siempre tendrá la posibilidad de emprender otra actividad económica.», haciendo del «concepto de "monopolio de hecho" una construcción artificial ... para justificar la aplicación del Derecho de la competencia ...» (consid. 45). Y, como muy bien señalan los recurrentes, el Tribunal de Primera Instancia consideró que «... las recurrentes disponían de una posición dominante por el único motivo de que eran titulares de derechos de autor, sin haber efectuado el menor examen del poder económico en el mercado.» y sin tener en cuenta que «..., no existe, ..., una presunción en el sentido de que el titular de un derecho de propiedad intelectual disfrute de una posición dominante a los efectos del artículo 86 (actual 82) TCE ...» (consid. 43). Para el Tribunal de Primera Instancia las demandadas «... gracias a sus derechos de autor sobre las listas de programas ... ostentaban el derecho

ocasiones, la autoridades comunitarias, demasiado apegadas al método estructuralista, se han visto incluso obligadas a delimitar el mercado relevante de una forma tan dudosa y hasta artificial que al final el resultado obtenido no ha sido utilizado en la definición de la posición dominante⁷⁷². En estos casos, lo que realmente se ha hecho no ha sido definir la posición de dominio en función del mercado relevante, sino todo lo contrario, definir el mercado

exclusivo de reproducir y de comercializar las citadas listas ...» y «... de ello se deduce de forma manifiesta que la demandante ocupa una posición dominante ... tanto en el mercado representado por sus revistas semanales, con en el de las revistas en los que aquéllas se publican ... En efecto, los terceros, entre ellos la demandante, se encontraban en una situación de dependencia económica respecto del demandante que podía así oponerse a la aparición de todo tipo de competencia efectiva en el mercado de la información de avances de los programas semanales (consid. 24, 49 de la sent. ITP). Y el Tribunal de Justicia, acogiendo estas consideraciones, admite el monopolio de hecho» así definido a efectos del artículo 86 (actual 82) TCE (consid. 47). Es importante observar que, como muy bien notó el recurrente, en esta sentencia las autoridades comunitarias apenas definen el mercado relevante y en vez de centrar la posición de dominio en un análisis estructural, la fundan en la situación de dependencia establecida en la relación vertical. Con ello podría muy bien estar acogándose la posición de dominio relativa defendida por un sector de la doctrina. *Magill* (1995) ha sido considerada un importante paso en la incorporación de la doctrina de las «essential facilities» en el Derecho de la competencia comunitario (GIPPINI FOURNIER: «"Essential facilities" y la aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner» 205 GJ 88 (ener./febr. 2000). Ver también al abogado general JACOBS en *Bronner* (1998), ya cit).

⁷⁷². En este sentido, desde la doctrina partidaria de la dependencia económica como causa de dominación, se señalan como supuestos de relación vertical resueltos insatisfactoriamente por las autoridades comunitarias según el método clásico: la decisión de 14 de diciembre de 1972, *Zoja c. CSC/ICI*, DOCE L 299/51 de 31 de diciembre, confirmado por sentencia del Tribunal de Justicia *ZOJA* (1974), ya cit., Rec. pág. 223; decisión de 19 de abril de 1977, *ABG c. Entreprises pétrolières opérant aux pays-Bas*, DOCE L 117/1 de 9 de mayo, anulada por el Tribunal de Justicia en sentencia de 29 de junio de 1978, as. 77/77, *British Petroleum*, Rec. págs. 1513 (1978); decisión de 8 de diciembre de 1977, *Hugin c. Liptons*, DOCE L 22/23 de 1978, anulado por la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, as. 22/78 *Hugin*, Rec. pág. 1869; decisión de 19 diciembre de 1974, *General Motors Continental*, Doce L 29/14 de 3 de febrero de 1975, anulada por sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975 *General Motors Continental*, Rec, pág. 1367; decisión de 2 de julio de 1984, *British Leyland*, DOCE L 207/11 de 2 de agosto, confirmada por sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, *British Leyland*, Rec. 2326; decisión de 2 de junio de 1971, *GEMA*, DOCE L 134/15 de 20 de junio, y la sentencia que la sigue; decisión de 29 de octubre de 1981, *GLV*, DOCE L370/49 de 28 de diciembre, confirmada por el Tribunal de Justicia con sentencia de 2 de marzo de 1983, as. 7/82, *GVL*, Rec. 483; y decisión de 10 de diciembre de 1982, *British Telecommunications*, DOCE L 360/36 de 21 de diciembre, conformado por sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1985, as. 41/83, *Republique Italienne c. Comision*, Rec. 873. Ver comentarios en HOET: Ídem, pág. , 150-3. Ver comentarios sobre esta misma doctrina en otro sentido en WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, 320-1.

relevante en función de la posición de dominio que se quería establecer⁷⁷³. Desde esta tesis, todo ello no viene sino a demostrar la imposibilidad de encontrar un concepto objetivo (un método y unos criterios) de mercado relevante que pueda aplicarse a los distintos supuestos que se dan en la realidad⁷⁷⁴. Pero a la vez también demuestra la necesidad de tutelar ciertas situaciones de dependencia desde las normas antiabuso⁷⁷⁵.

Ante esta dificultad de aplicar el método estructural en aquellos casos en los que el mercado relevante no puede definirse con certeza⁷⁷⁶, algunos autores han propuesto para las situaciones de dependencia la adopción de una concepción relativa de posición dominante que, centrándose en las relaciones verticales, evitaría tener que definir un mercado relevante como requisito previo⁷⁷⁷. Esta nueva concepción no centra su atención en la relación horizontal entre la empresa dominante y sus competidores (posición de dominio absoluta que requiere la definición previa del mercado relevante), sino en la situación de dependencia económica en la que se pueden encontrar las empresas clientes o proveedoras, cuando no disponen de alternativas equivalentes para su actividad⁷⁷⁸. La posición de dominio relativa consistiría pues en un vínculo de dependencia entre la empresa dominante y aquellas de sus empresas clientes o proveedores que se descubren contratantes obligatorios suyos⁷⁷⁹. A diferencia de la posición de

⁷⁷³. HOET: Ídem, pág. 152.

⁷⁷⁴. H. SCHROTER: Ídem, pág. 498. HOET: Ídem, pág. 152, 156. GLAIS & LAURENT: Ibídem.

⁷⁷⁵. Ídem.

⁷⁷⁶. M. GLAIS & P. LAURENT: Ídem, págs. 286 a 289; HOET: Ídem, 135 y ss. (mars 1989). H. SCHROTER: Ídem. BOLZÉ: Ídem, pág. 12.

⁷⁷⁷. Ídem.

⁷⁷⁸. Ídem.

⁷⁷⁹. Ídem. Aunque desde un ángulo crítico en la exposición de esta teoría, véase también WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, págs. 119 y ss. La noción de contratante obligatorio no es ajena a la jurisprudencia comunitaria. Así en *Tetra Pak*

dominio absoluta que, por estar referida a los competidores, se da en el plano horizontal; la posición de dominio relativa se define en el plano vertical y así puede darse sólo frente a un grupo reducido de clientes o proveedores⁷⁸⁰. Es sobre todo en estos casos, de mercado relevante extremadamente estrecho, en los que la posición de dominio relativa se demostraría necesaria para resolver los posibles abusos en estas relaciones⁷⁸¹.

El vínculo de dependencia puede resultar de distintas circunstancias. Algunas pueden ser ajenas al comportamiento de las partes, como el monopolio legal, la situación de penuria económica⁷⁸², el control de instalaciones esenciales para el suministro de bienes y servicio en otro mercado⁷⁸³, o la necesidad que puede tener un comerciante de tener una representación completa de los productos de una marca de gran demanda⁷⁸⁴. Pero también de circunstancias de las

(1994), aunque fundando la posición de dominio en la cuota de aproximadamente el 90%, el Tribunal de Primera Instancia señaló que «La posesión de estas cuotas de mercado colocaba a la demandante en una posición tal en el mercado que hacía de ella un *contratante obligatorio* para las empresas de envasado y le garantizaba la independencia de comportamiento característica de una posición dominante.» (sent. del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, as. T-83/91, *Tetra Pak International SA c. Comisión*, Rep. II-755, 811, consdi. 109), lo que desde la teoría de la dependencia económica podía haberse equiparado por sí solo a un supuesto de dependencia económica interna, y por tanto de posición dominante.

⁷⁸⁰. M. GLAIS & P. LAURENT: Ídem, págs. 286 a 289; HOET: Ídem, 135 y ss. (mars 1989). H. SCHROTER: Ídem. BOLZÉ: Ídem, 11 y ss.

⁷⁸¹. Ídem.

⁷⁸². Es el supuesto que en el Derecho alemán se conoce como *Mangelbedingte abhängigkeit*. La penuria puede ser causada voluntariamente por el operador del que se depende, pero también pueden ser una causa externa o involuntaria, como una crisis económica o de abastecimiento de un determinado producto (PEDAMON, M.: «La protection de la libre concurrence en République Fédérale Allemagne», II Sem, Juríd., 457 -1984).

⁷⁸³. Este supuesto generador de dependencia queda en el ámbito de las llamadas «essential facilities», que se dan cuando una empresa tiene el control de instalaciones que son esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado (Ver JACOBS: Ídem, punto 34, pág. I-7802). La doctrina de las «essential facilities» está no obstante en formación en el ámbito comunitario. Queda por ver pues cuáles serán los rasgos definitorios de las «essential facilities» en el Derecho comunitario y de qué modo encaja la situación de dependencia económica en esta doctrina. Ver en nota supra el caso *Magill* (1995) y la doctrina propuesta.

⁷⁸⁴. Es uno de los supuestos más típicos ((*Sortimentsbedingte Abhängigkeit*). La dependencia en estos casos se explica por la notoriedad de la marca y del

propias empresas dependientes, como las derivadas de las relaciones comerciales (larga duración de la relación, necesidad de amortizar las inversiones hechas para llevarlas a cabo⁷⁸⁵, o la relación de aval⁷⁸⁶), imposibilidad de acudir a otros métodos de fabricación, necesidad de esta cuota de negocio para la supervivencia de la empresa, o la dificultad de encontrar a otro contratante⁷⁸⁷.

Sin embargo, en la opinión de otros autores, la reticencias de las autoridades comunitarias⁷⁸⁸ a fundar el abuso sólo sobre una situación de dependencia económica sin necesidad de definir previamente el mercado relevante (posición de dominio relativa), están justificadas. Para estos autores cualquier exceso en la aplicación de la situación de dependencia económica podría llevar a una desviación del sistema del artículo 82 TCE, que está más destinado a proteger la competencia que al competidor⁷⁸⁹.

distribuidor y por la necesidad de contar con los productos de esta marca para estar en el mercado. Espec. en Derecho alemán, donde más se ha tratado la dependencia económica: PEDAMON: *Ibidem*; MOSCHEL, W.: *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Cologne: Carl Heynans Verlag KG, 1983, págs. 1 y ss; IMMENGA, U.: «La notion de dépendance selon le Droit Allemand. Méthode d'interprétation et expériences», DPCI, 724-726 -1987; BAUR, J.: «Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach Sektion 26 Abs. 2 Satz 2 GWB» BB, 1589-1593 -1974; KONIG D. - REICHERT, J.: «Les pratiques discriminatoires en Allemagne d'après l'article 26 du GWB», 38 Cah.Dr.Entr. 27-31 -1982. Es el caso, por ejemplo, de la necesidad que en el sector de perfumería y de la cosmética tienen los distribuidores al por menor de contar con determinadas marcas en las estanterías para poder estar en el mercado.

⁷⁸⁵. Espec. en Derecho alemán. IMMENGA: *Ídem*, 730-731; PEDAMON, M.: «Les abus de domination», 1 Cah.Dr.Entr. 17 (1987); MOSCHEL, W.: *Ídem*, 397-398.

⁷⁸⁶. Uno de los supuestos más frecuentes de dependencia económica que se tratan en el Derecho alemán.

⁷⁸⁷. En el Derecho alemán KARTTE, W.: «Problèmes actuels de la puissance d'achat en Allemagne fédérale du point de vue de l'Office Fédéral des cartels», 32 Revue de la Concurrence et de la consommation, 8 (1985); ULMER, P.: «Mehr Wettbewerb? Bemerkungen zum Bachfragemacht Gutachten der Monopolkommission», WuW, 331 (1976) y «Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (Sektion 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, Sektion 37a Abs. 3 GWB)» WuW, 474 y ss. (1980); IMMENGA: *Ídem*, págs. 731.732, KONIG/REICHERT: *Ídem*, págs. 26-27. Aunque crítico, sobre estos supuestos también WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, pág. 320.

⁷⁸⁸. Ver las selecciones y comentarios de sentencias de WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, págs. 319 a 321; y también las de KORAH: *An Introductory Guide to EC Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell, fifth ed. 1994, págs. 75 y ss.

⁷⁸⁹. GAVALDA/PARLEANI: *Droit des affaires de l'Union Européenne*, Paris: Litec, 1998, pág. 331. WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ibidem*. El abogado general JACOBS en

Muchas de estas situaciones encontraría un mejor tratamiento en el Derecho interno, sobre todo, cuando tienen un carácter marcadamente individual⁷⁹⁰. No se cree que el artículo 82 TCE sea el lugar adecuado para resolver los conflictos derivados de situaciones de dependencia que tienen su razón en circunstancias internas de las empresas dependientes, como la importancia o necesidad de la cuota de negocio con la empresa dominante, o la larga duración del contrato. E incluso en los casos en que la dependencia de una empresa venga determinada por factores externos, no se puede excluir tampoco la posibilidad de que las empresas dependientes se beneficien de la presión competitiva ejercida por otras empresas. Todos saben que si las empresas dependientes no reciben un buen trato, en el futuro pueden buscar otro contratante, lo que incita al contratante fuerte a dar un buen trato a sus clientes y proveedores. Es lo que los economistas llaman el principio de extrapolación al futuro⁷⁹¹.

B) LAS «ESSENTIAL FACILITIES».

Un supuesto especial de dependencia económica proveniente del Derecho norteamericano⁷⁹² que está

Bronner (1995), cit. supra, donde advierte de los peligros y garantías que deberían acompañar a la aplicación de la doctrina de las «essential facilities» (espec. punto 58).

⁷⁹⁰. GAVALDA/PARLEANI: *Ibidem*. También para supuestos de carácter general en las «essential facilities», ver FOURNIER sobre la necesidad de delimitar el tratamiento de este supuesto de dependencia de otras posibles soluciones regulatorias fuera del Derecho de la competencia y del abuso: Derecho administrativo, patentes, etc. (*Ídem*, 77 y ss.)

⁷⁹¹. GYSELEN & KYRIAZIS: *Ídem*, cit supra, págs. 134, 143. FRIGNANI/WAELBROECK: *Ídem*, pág. 322.

⁷⁹². La doctrina de las «essential facilities» surge en EEUU en la aplicación de la sección 2 de la Sherman Act. Aunque el término «monopolize» es entendido de forma general en este precepto como un acto tendente a crear o reforzar una posición dominante en el mercado y va por tanto más orientado a evitar posiciones de dominio que a controlarlas (*Standard Oil of New Jersey v. U.S.*, 221, 1, 75 -1911; *Colgate & Co. v. U.S.*, 250 U.S. 300 -1919; *Aluminium Co. fo America v. U.S.*, 148 F. 2d 416 -2d cir. 1945; y *United Shoe Machinery v. U.S.*, 110 F., 295, 342 -D. mass. 1953); se va formando una segunda noción tendente a considerar que también hay monopolización en el sentido de la sección 2 de la

emergiendo en el Derecho de la competencia comunitario lo constituyen las llamadas «essential facilities». Se trata sin embargo de un tipo de dominación y abuso cuyos rasgos y contornos todavía no están bien definidos en el Derecho comunitario⁷⁹³. Esta doctrina parece llamada a cobrar protagonismo en los próximos años con la previsible liberalización de sectores tradicionalmente monopolizados, como el eléctrico, las telecomunicaciones, el transporte o el energético⁷⁹⁴.

En la doctrina de las «essential facilities» la posición de dominio se define sobre una situación de dependencia económica, por la que una o unas empresas necesitan de un medio o recurso básico que otra controla para poder desarrollar sus actividades. Lo que define la posición de dominio de la empresa en cuestión es el control que ésta ejerce sobre esos medios o recursos que otras necesitan. La posición de dominio se detentará frente a la

Sherman Act, cuando una empresa que controla instalaciones esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado, niega el acceso a esas instalaciones sin una justificación objetiva. Para la aplicación de esta doctrina en EEUU, se ha exigido que concurren cinco requisitos (*MCI Communications/AT&T*, 708 F. 2d 1081 -7th Cir. 1983-, 464 US 891 -1983). Primero es necesario que el monopolista controle una instalación básica. Segundo, el competidor debe hallarse en imposibilidad, práctica o razonable, de reproducir la instalación básica (*Fishman v. Est. of Wirtz*, 897 F.2d 520 - 7th Cir. 1986). Tercero, debe negarse el uso de la instalación al competidor en unas condiciones razonables (*Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* 609 F2d 843 -6th Cir. 1979).Cuarto, debe se posible poner la instalación a disposición del competidor. Y, quinto, no debe haber una razón comercial legítima para denegar el acceso a la instalación (Ver, por ejemplo, *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F. 2d 843 (6th Cir. 1979); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 427 US 585 -1985.También BORK, R.: *The Antitrust Paradox*, Chicago: The University of Chicago Press, 1974, pág. 346.). Puede admitirse una negativa a contratar por razones técnicas o comerciales legítimas (por ejemplo, *Byars v. Bluff City News Co.* , 609 f.2D 843 -6th Cir. 1979) o incluso por razones de eficiencia (*Aspen Skiing Co. V. Aspen Higlands Skiing Corp.*, 427 US 585 -1985).

⁷⁹³ . FOURNIER, GIPPINI: «"Essential Facilities" y la aplicación del art. 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner» 205 GJ 77 (ener./febr. 2000).

⁷⁹⁴ . Ver FOURNIER: *Ibidem*.

empresa o empresas que necesiten esos medios o recursos básicos⁷⁹⁵.

Tanto en Europa como en EEUU, uno de los puntos en torno a los que se centra la discusión en las «essential facilities» es precisamente la definición del carácter esencial del medio o recurso en cuestión. No parece que haya de bastar para fundamentar la dependencia el solo deseo de un sujeto de tener acceso a un medio o recurso del que otro dispone y que él no está en condiciones de desarrollar por sí mismo. El acceso al recurso debe ser prácticamente indispensable y no meramente útil o conveniente. Para que se aprecie el carácter esencial del recurso es necesario que el acceso al mismo sea imprescindible para la vitalidad competitiva del mercado o quizá de determinados competidores⁷⁹⁶. No es suficiente que el control que ejerce la empresa sobre el recurso o instalación le confiera una ventaja competitiva⁷⁹⁷. En *Ladbroke (1997)* el Tribunal de Primera Instancia definió el carácter esencial del recurso necesario para el ejercicio de una actividad «..., en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial, o es un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda específica, constante y regular, por parte de los consumidores^[798].»⁷⁹⁹. Y también es necesario que al que desea el acceso le sea práctica y razonablemente imposible reproducir el recurso básico. No basta por tanto con que la reproducción sea difícil o costosa, es necesario además que sea irrazonablemente difícil, lo que tampoco quiere decir

⁷⁹⁵. Ver el abogado general JACOBS en sus conclusiones a *Bronner*, (1998), cit. infra, espec. punto 37.

⁷⁹⁶. FOURNIER: Ídem, pág. 81.

⁷⁹⁷. JACOBS: Ídem, ya cit., punto 65 *in fine*.

⁷⁹⁸. Como fue el caso de *Magill (1995)* respecto a las guías semanales de televisión -cit. y coments. en not. supra.

⁷⁹⁹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 1997, as. T-t04/93, *Tiercé Ladbroke S.A. c. Comisión*, Rep. II-923, p. 131.

absolutamente imposible⁸⁰⁰. El coste asociado a la reproducción del recurso debe ser capaz de disuadir a cualquier empresa prudente de entrar en el mercado⁸⁰¹.

En EEUU se han considerado esenciales los puentes ferroviarios de San Luis⁸⁰², una red local de telecomunicaciones⁸⁰³ o una red eléctrica local⁸⁰⁴. En la Comunidad, en algunos asuntos que quizá podrían reconducirse a esta particular relación de dependencia aunque no se la califique expresamente como tal⁸⁰⁵, se han tratado como recursos esenciales materias primas industriales⁸⁰⁶, sistemas de distribución⁸⁰⁷, instalaciones portuarias y aeroportuarias⁸⁰⁸, o derechos de la propiedad industrial e intelectual⁸⁰⁹. Sin embargo, en *Bronner (1995)*⁸¹⁰, donde se invocó expresamente la doctrina de las «essential facilities», el Tribunal rechazó considerar un sistema de reparto de prensa a domicilio en Austria como recurso esencial, porque «... existen otras modalidades de

⁸⁰⁰. En la doctrina norteamericana, *Fishman v. Est. of Wirtz*, 897 F.2d 520 (7th Cir. 1986).

⁸⁰¹. JACOBS: Ídem, cit. supra, punto 66.

⁸⁰². *Terminar Railroad Association of Sentencia Louis v. U.S.*, 224 US 383 (1912).

⁸⁰³. *MCI Communications v. AT&T*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983).

⁸⁰⁴. *Otter Tail Power Co. v. US*, 410 US 366 (1973).

⁸⁰⁵. Ver comentarios en JACOBS, ya cit., I-7803 y ss. También FOURNIER, ya cit.

⁸⁰⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, as. ac. 6-7/73, *Commercial Solvens*, Rec. 223. Ciertamente no se estaba aplicando explícitamente la doctrina de las «essential facilities», pero sí que, junto a otras consideraciones, se trataba de algún modo esta materia prima como tal.

⁸⁰⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rec. 207. Ídem para al sistema de distribución de United Brands.

⁸⁰⁸. Decisiones de 11 de junio de 1992, *B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd & Sealink Stena Ltd*, Boletín CE nº 6-1992 punto 1.3.30; de 21 de diciembre de 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, DOCE L 15/8 de 19 de enero de 1994; de 21 de diciembre de 1993, *Puerto de Rodby*, DOCE L 55/52, de 26 de febrero de 1994; de 26 de febrero de 1992, *British Midland c. Aer Lingus*, DOCE L 96/34 de 10 de abril; de 14 de enero de 1998, *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*, DOCE L 72/30 de 11 de marzo.

⁸⁰⁹. *Magill (1995)*, cit. y coment. en nota supra.

⁸¹⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, as. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitngs und Reitschriftenverlag GmbH & c. KG y otros*, Rep. I-7791-.

distribución de diarios y que son utilizadas por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos.»⁸¹¹ y, porque no hay «... obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí sólo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio ...»⁸¹², «... no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o diarios que deben distribuirse. »⁸¹³, «... sería preciso acreditar al menos, ..., que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente.»⁸¹⁴.

La calificación del recurso que controla una empresa como esencial, aunque en sí misma no comporta ningún reproche, supondrá la aplicación a su titular de un severo régimen de responsabilidad cualificada sobre la base del artículo 82 TCE, que se manifestará en la especial limitación del derecho de elegir a sus socios comerciales y de disponer libremente de su propiedad, principios ambos reconocidos frecuentemente en los órdenes constitucionales comunitarios⁸¹⁵. En virtud de la doctrina de las «essential facilities» en el artículo 82 TCE, surgirá para la empresa titular del recurso básico la obligación de puesta a disposición, que en ocasiones puede llegar a revestir un

⁸¹¹. *Bronner (1995)*: Ídem, consid. 43.

⁸¹². *Bronner (1995)*: Ídem, consid. 44.

⁸¹³. *Bronner (1995)*: Ídem, consid. 45.

⁸¹⁴. *Bronner (1995)*: Ídem, consid. 46.

⁸¹⁵. De algún modo incluso se está imponiendo a las empresas titulares de recursos esenciales no sólo la obligación de abstenerse de restringir la competencia, sino también la obligación de promoverla activamente mediante la puesta a disposición de sus recursos esenciales. Ver JACOBS: Ídem, puntos 34 y 56.

carácter cuasi "expropiatorio". Por ello, la doctrina conviene en la necesidad de reservar la calificación de «essential facilities» para supuestos claramente justificados⁸¹⁶. De lo contrario, se correría el riesgo cierto de desincentivar el desarrollo de recursos propios, y se podría acabar situando a las autoridades antimonopolio ante la difícil tarea de determinar el contenido de la relación de puesta a disposición en amplios sectores de la economía⁸¹⁷. No parece que ésta haya de ser su función específica, ni que dispongan de los medios necesarios para ello. En muchos casos resulta aconsejable buscar una solución estable para estas relaciones de dependencia en otros sectores del ordenamiento jurídico⁸¹⁸; como el Derecho administrativo para sectores como las telecomunicaciones, la electricidad, o el transporte; la Propiedad industrial para bienes inmateriales; la Competencia desleal, Derecho de los consumidores, etc.⁸¹⁹. También en la aplicación de la

⁸¹⁶. JACOBS: Ídem, punto 56.

⁸¹⁷. JACOBS: Ídem, puntos 69 y 75.

⁸¹⁸. Este problema es muy frecuente en la realidad. Por ejemplo, en los mercados de producción y distribución de energía eléctrica la liberalización llevará consigo al menos la necesidad de usar las infraestructuras básicas de distribución que están bajo el control de unas pocas compañías. Cuando esto ocurra surgirá la obligación de su titular de ponerlas a disposición de productores y distribuidores. No debería haber inconveniente en considerar abuso de posición dominante la negativa de acceso injustificada a dichas redes. El problema, sin embargo, surge cuando necesariamente se tiene que ir más allá y determinar las condiciones de acceso y el contenido de la relación estable de puesta a disposición. Ello abre las puertas a un mundo de regulación muchas veces de fuerte contenido tecnológico que sobrepasa claramente las funciones y capacidades de las autoridades antimonopolio, y entra en el campo de competencias de otras autoridades públicas. Uno de los problemas más interesantes que surgen en este punto y que podría llegar plantearse a las autoridades antimonopolio como abuso explotativo es el de la valoración del justiprecio, esto es del carácter competitivo o no del precio establecido por la puesta a disposición, o del grado de eficiencia de la gestión de las instalaciones básicas. No puede desconocerse que en muchas de estas decisiones se estará determinando el funcionamiento competitivo del mercado, de ahí la importancia de los informes de las autoridades antimonopolio; pero, en la mayoría de los casos, se tratará no obstante de complejos problemas de fuerte contenido político que encontrarán mejor solución en otras autoridades y sectores del ordenamiento. Y lo mismo que se plantea en el sector eléctrico cabe plantear en otros sectores como el tecnológico, el de transportes, telecomunicaciones, etc.

⁸¹⁹. Ver FOURNIER: Ídem, págs. 77 y ss., 94.

doctrina de las «essential facilities» no debe olvidarse que la primera finalidad del artículo 86 (actual 82) TCE es impedir las distorsiones de la competencia (y en particular proteger los intereses de los consumidores) más que proteger la situación de los competidores particulares⁸²⁰. El artículo 82 TCE no puede convertirse en solución para litigios privados. Fueron sin duda estas consideraciones, convenientemente puestas de relieve por el abogado general JACOBS⁸²¹, las que refrenaron al Tribunal de Justicia en la aplicación de la doctrina de las «essential facilities» en *Bronner (1998)*⁸²².

III) NOCIÓN Y EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.

A) NOCIÓN DE POSICIÓN DOMINANTE.

Aunque no existe en el Derecho de defensa de la competencia español una noción general de «posición de dominio», la similitud existente entre el artículo 6 LEDC y el artículo 82 TCE permite al Tribunal de Defensa de la Competencia invocar la doctrina comunitarias sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar de interpretación del Derecho interno⁸²³. Así el Tribunal en *Bacardí (1999)*, siguiendo la doctrina comunitaria recaída en *United Brands (1978)* y *Hoffmann La Roche (1979)*, define la posición de dominio como un

⁸²⁰. JACOBS: Ídem, cit. supra, punto 58.

⁸²¹. Ibídem.

⁸²². cit. supra.

⁸²³. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de febrero de 1993, as. A 36/92, *Talleres Muñoz*.

«poder económico y 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 otras características del producto.»⁸²⁴.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la misma línea que las autoridades comunitarias, considera que cuando el artículo 6.1,a prohíbe «... la explotación abusiva por parte de una o varias empresas: a) *De su posición de dominio* en todo o en parte del mercado nacional. ...», exige definir indubitadamente la posición de dominio de la empresa o empresas en cuestión. Así lo expresa con claridad, por ejemplo, en *Bayena (1994)*, donde en la desestimación del recurso recuerda a los recurrentes que «... La calificación de abuso de posición de dominio exige inexcusablemente que esté acreditada dicha posición por medio de cualquiera de las técnicas que la economía ofrece para delimitar una situación que permite comportarse independientemente en el mercado.»⁸²⁵.

Es importante recordar que el Tribunal de Defensa de la Competencia, al igual que las autoridades comunitarias, considera la definición del mercado relevante como un paso previo insoslayable a la definición de la posición de dominio⁸²⁶. Así se desprende de su práctica continuada en la aplicación del abuso de posición de dominio, y así lo recuerda también en *Electra Avellana (1999)*, cuando señala

⁸²⁴. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1999, expte. R 362/99, *Bacardí*. También la resol. de 7 de julio de 1999, expte 441/98, *Electra Avellana*; y recogiendo directamente la definición comunitaria la resol. de 29 de julio de 1993, as. 329/1993, *Cofradía de pescadores de Cariño*.

⁸²⁵. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de septiembre de 1994, as. 347/94, *Beyena*.

⁸²⁶. ALONSO SOTO, Ricardo: «Derecho de la competencia II: Defensa de la libre competencia», en *Curso de Derecho mercantil (Uría-Menéndez)*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 273.

que «El término *posición de dominio* hace referencia a un concepto ..., cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, ... Así la posición de dominio ... en un mercado determinado ...»⁸²⁷.

B) *MÉTODOS Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO.*

El método y los criterios que sigue el Tribunal de Defensa de la Competencia en la evaluación y definición de la posición de dominio, son esencialmente los mismos que los seguidos por las autoridades comunitarias y expresados en *United Brands (1978)*. A un primer análisis de tipo estructural sobre la cuota en el mercado relevante, le suele seguir un segundo análisis centrado en los criterios de comportamiento y resultados con el fin de completar y, en su caso corroborar, las conclusiones avanzadas con un alto grado de certeza en el primer análisis.

El Tribunal evita el complejo análisis económico que debe preceder a la definición de una posición dominante, cuando la misma viene claramente establecida por un monopolio legal⁸²⁸.

Si la posición de dominio no viene claramente establecida por la ley, el Tribunal, una vez definido el mercado relevante del producto y geográfico, pasa a estudiar la estructura del mercado. El criterio más importante en este análisis suele ser la cuota de mercado de la empresa dominante. Para el cálculo de la cuotas se suele seguir el criterio del volumen de ventas; pero en

⁸²⁷. *Electrica Avellana (1999)*, cit. supra, fund. 5.

⁸²⁸. Ver por todas, la resol. de 30 de diciembre de 1997, as. 365/1995, *Funerarias de Madrid 2*, fund. 2.2; resol 1 de febrero de 1995, as. 35071994, *Telefonos en aeropuertos*.

ocasiones el Tribunal acude a criterios complementarios, como el número de abonados a un servicio⁸²⁹.

En orden a la valoración de la cuota, el Tribunal en algún momento ha considerado cuotas elevadas (en torno al 60-70%) un buen indicio de posición dominante; así en *Roca radiadores (1995)*⁸³⁰, y en *Arbora Ausonia (1992)*⁸³¹. Sin embargo, deja claro en *Bacardí (1999)* que «... una elevada cuota de mercado de una empresa [en ese caso de un 70%] no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante.»⁸³². Así se demostró también en *Interflora 1999*), donde una cuota del 77% no bastó al Tribunal para fundamentar la posición de dominio, y tuvo igualmente en consideración otros factores como la fuerza de la marca o la distribución con contratos de exclusiva⁸³³.

En la valoración de la cuota el Tribunal presta especial atención al tamaño relativo. Así en *Roca Radiadores (1995)* y *Arbora Ausonia*, pese a la importancia de las cuotas consideradas, en su valoración no dejó de ponerlas en relación con la cuotas de sus principales rivales, que en *Arbora Ausonia* el de mayores ventas no alcanzaba e 10% y en *Roca Radiadores* el 13%, lo que sobre todo en *Roca* fue determinante en la definición de la posición de dominio. En cambio, el tamaño relativo fue relevante para descartar la posición de dominio en *Gasolineras de Canarias (1996)*, donde el Tribunal consideró que, aunque el demandado tenía una cuota del 37%, ello no podía ser determinante puesto que contaba con cinco rivales

⁸²⁹. Resol. de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*, fund. 5.

⁸³⁰. Resol. de 28 de septiembre de 1995, as. 356/1994, *Roca Radiadores*.

⁸³¹. Resol. de 22 de mayo de 1992, as. 291/1990, *Arbora Ausonia*.

⁸³². Resol. ya cit. funds. 6 y 7.

⁸³³. Resol. de 29 de julio de 1999, expte. R 438/98, *Interflora*.

de los que de los que dos más importantes tenían unas cuotas del 21% y 20% respectivamente⁸³⁴.

En la valoración de las cuotas el Tribunal hace también frecuentes referencias al factor temporal, a la competencia potencial y a las barreras a la entrada que puedan dificultarla. Así en *Roca* el Tribunal destacó que el mercado relevante era un mercado maduro, por lo que no cabía esperar grandes fluctuaciones⁸³⁵. En *Bacardí*, para rechazar la posición de dominio pese la elevada cuota de mercado de la empresa, señaló que además de interdependencia oligopolística, en el mercado de referencia no había barreras significativas a la entrada, se trataba de un mercado altamente contestable con una fuerte competencia potencial⁸³⁶.

Otro importante grupo de factores que tiene en cuenta el Tribunal en la definición de la posición de dominio son los relativos a la organización y estructura de la empresa. En *Ausonia Arbora (1992)* el Tribunal reforzó el dato de la elevada cuota con la constatación de que ambas empresas estaban integradas en grupos de gran capacidad financiera⁸³⁷. En *Bacardí (1999)* el Tribunal concluyó que había una fuerte interdependencia oligopolística, porque los principales competidores de Bacardí pertenecían también a grupos empresariales de similar importancia. En *Inteflora (1999)* el Tribunal también consideró un importante factor de dominación la fuerte imagen de la marca interflora⁸³⁸. Y en *Airtel c. Telefónica (1999)* el Tribunal tuvo en cuenta la integración de TSM como filial de telefónica para

⁸³⁴. Resol. de 30 de julio de 1996, as. R 155/1996, *Gasolineras de Canarias*, fund. 2.

⁸³⁵. Cit. supra, *Ibídem*.

⁸³⁶. Cit. supra, *Ibídem*.

⁸³⁷. Cit. supra, *Ibídem*.

⁸³⁸. Cit. supra, *Ibídem*.

valorar el modo como ello contribuía a reforzar su poder de mercado⁸³⁹.

Tampoco los criterios de comportamiento y resultado son ajenos al análisis del Tribunal. En *Interflora (1990)* el Tribunal tiene en cuenta la fuerte política de marca y de distribución en exclusiva de Interflora en la valoración de la posición de dominio, lo que actuaba de facto como barrera de entrada constatada⁸⁴⁰. Aunque el Tribunal no haya citado este factor expresamente la definición de la posición dominante en *Airtel c. Telefónica*, sí se tuvo en cuenta la política de distribución exclusiva que favorecía claramente a Telefónica⁸⁴¹.

C) LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA.

Aunque el Tribunal de Defensa de la Competencia permanece fiel a la definición previa del mercado relevante y al subsiguiente análisis estructural, su doctrina no está clara en este punto, al menos desde la sola perspectiva del abuso de posición de dominio. En *Cosmética Selecta (1997)* el Tribunal rechazó un supuesto típico de situación de dependencia económica o posición de dominio relativa, cuando contestó que «... No basta, a ... efectos [de definir la posición de dominio] con decir, como hace el recurrente, que los productos de las marcas de que se trata son de los más vendidos en el mercado de la perfumería y de la cosmética, que sus ventas representan el 30% de las ventas totales de la recurrente y que la denunciada sea la importadora exclusiva en España, por lo que no existe posibilidad de obtener los mismos productos de otros

⁸³⁹. Cit. supra, *Ibíd.*

⁸⁴⁰. Cit. supra, *Ibíd.*

⁸⁴¹. Cit. supra, fund. 4 *ab intio*.

suministradores.»⁸⁴². Sin embargo, en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia tampoco faltan alusiones a las situaciones de dependencia económica⁸⁴³, lo que en *Ibertex* (1999) puede llegar a plantear dudas sobre si el Tribunal no está realmente sancionando un abuso de posición de dominio relativa⁸⁴⁴.

Por otra parte, la doctrina de las «essential facilities» también ha encontrado eco en el Tribunal de defensa de la competencia. En nuestro Derecho esta doctrina ha encontrado un fundamento legal en el artículo 6.2,c), que al enunciar como posible supuesto de abuso «La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios.», contempla posibilidad de restringir la libertad de contratar de la empresa dominante, y por tanto de sancionar como abuso la negativa injustificada a dar acceso a recursos o instalaciones esenciales.

Sin perjuicio de otros posibles precedentes⁸⁴⁵, existen algunas resoluciones relativas a negativas o rescisiones de suministro eléctrico que quizá podrían haberse tratado como supuestos de denegación de recursos básicos cualificados por una relación competitiva entre el titular del recurso básico ENHER-HEC y sus clientes⁸⁴⁶; pero es con *Tabacalera*

⁸⁴². Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de octubre de 1997, as. R 228/97, *Cosmética selecta*, fund. 1.

⁸⁴³. Así la resol. de 12 de septiembre de 1994, as. 310/1992, *Retransmisión TV fútbol extranjero*; pero especialmente la resol. de 27 de julio de 1999, as. 394/97, *Telefónica c. Ibertex*, funds. 4 y 5;

⁸⁴⁴. Cit. nota supra.

⁸⁴⁵. Véase por ejemplo, la resolución de 29 de julio de 1993, as. 329/1993, *Cofradía de pescadores de Cariño*, donde sin entrar a considerar situaciones de dependencia ni mucho menos definir recursos esenciales, se considera abuso el «... negar la petición de compra de hielo por parte del único suministrador que por ello ostenta una posición dominante.».

⁸⁴⁶. Ver, por ejemplo, las resoluciones de 29 de septiembre de 1999, as. 442/98, *Eléctrica del Llémana*, de 7 de julio de 1999, as. 441/98, *Electra Avellana*; o de 19 de febrero de 1999, as. 427/98, *Electra Caldense*.

(1997)⁸⁴⁷ que se produce, aunque de forma algo confusa, la recepción formal de esta doctrina comunitaria en el Derecho de la competencia español. En este caso, Tabacalera negó a McLane el suministro o venta de sus labores de tabaco para la distribución mayorista, que ya realizaba ella misma al 100% en la Península y Baleares. El Tribunal a la hora de decidir sobre la obligación de suministro como medida cautelar, ya destaca la importancia de las regulaciones no concurrenciales; pero no abunda en la definición de la esencialidad del recurso básico (por ejemplo, no entra a considerar en profundidad la posibilidad de que McLane pase a distribuir labores de otros fabricantes⁸⁴⁸); no profundiza en las consecuencias que esta decisión puede tener para el consumidor final; y, preveyendo el peligro que entraña, elude definir el contenido de la relación cautelar de puesta a disposición que solicitó McLane⁸⁴⁹. Ello demuestra que en España, como en la Comunidad, el tratamiento de las «essential facilities» está en un estadio embrionario que habrá de desarrollarse en los años venideros. A ello ayudará sin duda el impulso de la desregulación de algunos sectores económicos, como el eléctrico, el energético, el de las telecomunicaciones o el del transporte.

IV) LA POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA

⁸⁴⁷. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de mayo de 1997, MC 21/1997, *McLane España c. Tabacalera*.

⁸⁴⁸. En este punto las observaciones de los votos particulares de los vocales BERMEJO ZOFIO y CASTAÑEDA BONICHE resultan particularmente esclarecedoras y abren la posibilidad de otras vías de solución más respetuosas con la libertad de empresa (fund. 1).

⁸⁴⁹. Problemas estos últimos que no pasan tampoco desapercibidos en los votos particulares de BERMEJO ZOFIO y CASTAÑEDA BONICHE (fundamento 3).

El artículo 82 TCE establece que «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, ..., la explotación abusiva, por parte de una o más empresas de una posición dominante ...». Parece pues que el Tratado prevé la posibilidad de que tanto la posición de dominio como su explotación abusiva puedan implicar a varias empresas. El artículo 82 TCE, no obstante, se limita a indicar la posibilidad del abuso colectivo, pero ni define la posición de dominio colectiva, ni los posibles abusos que pueden seguirla. Se plantea pues el problema de definir y delimitar sus variantes y elementos constitutivos. Se trata de una cuestión de nada fácil solución, que entronca directamente con el problema del control de los oligopolios.

Es bien sabido en la ciencia económica que los mercados oligopolísticos se caracterizan por albergar un reducido número de competidores con un alto grado de interdependencia entre ellos⁸⁵⁰. Las empresas son muy conscientes de que sus decisiones en materia de precios y producción afectarán directamente a sus competidores y provocarán consecuentemente en ellos una reacción. Todos los oligopolistas saben que un aumento de la propia cuota de mercado sólo puede realizarse a costa de las cuotas de los demás oligopolistas, lo que genera una situación de rivalidad entre ellos⁸⁵¹.

Frente a esta situación característica de los mercados oligopolísticos, las empresas pueden adoptar dos actitudes⁸⁵². Competir entre ellas para acrecentar sus cuotas a costa de los demás, lo que ocurrirá normalmente

⁸⁵⁰. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1990, espec. págs. 17, 199 y ss., 339.

⁸⁵¹. SCHERER/DAVID ROSS: Ídem, págs. 199 y ss. y 339 y ss. SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999. LIPSEY, Richard G. /CHRISTAL, Alec K.: *Introducción a la economía política*. Barcelona: Vicens Vives, 1999.

⁸⁵². SCHERER/DAVID ROSS: Ídem, págs. 199 y ss.

cuando un oligopolista piense que puede imponerse al resto. Con ello, se generará riesgo e incertidumbre en el mercado, puesto que normalmente ningún oligopolista estará en condiciones de predecir con exactitud cuál será la reacción de sus rivales⁸⁵³. O bien, cuando no sea fácil prever el resultado o simplemente cuando haya conformidad con el reparto actual, es muy probable que tiendan a alejar la incertidumbre con algún consenso que, eliminando o mitigando la rivalidad, busque la maximación conjunta de los beneficios⁸⁵⁴. Mientras la primera situación se caracteriza por la existencia de estrategias enfrentadas y una tendencia a buscar el precio competitivo; la segunda situación se manifiesta en un paralelismo de conductas que tiende a fijar un precio monopolístico. En este último caso, desaparecen la incertidumbre y la rivalidad, propias del oligopolio, y el mercado se aproxima en su funcionamiento y resultados al monopolio⁸⁵⁵.

Cuando se observa paralelismo en las conductas de los principales agentes del oligopolio, cabe plantear tres posibilidades, según cual sea la relación entre ellos. Si pertenecen a un mismo grupo empresarial, puede ser debido a que las empresas filiales sigan las instrucciones de la empresa matriz. Y, si se trata de empresas independientes, puede deberse, bien a una colusión entre ellas, bien a un simple paralelismo no colusorio, y más o menos consciente, derivado de la peculiar estructura del mercado.

El Derecho reacciona frente a estos supuestos de diferente forma, razón por la que deben ser analizados separadamente. De ahí que, en un intento de aproximación

⁸⁵³. *Ibidem*.

⁸⁵⁴. *Ibidem*.

⁸⁵⁵. *Ibidem*.

al problema, se suele señalar tres supuestos de paralelismo, en los que podría plantearse la existencia de una posición de dominio colectiva y, en su caso, de un abuso colectivo⁸⁵⁶:

A) *SUPUESTOS FUNDADOS SOBRE RELACIONES ENTRE LA MATRIZ Y SUS FILIALES.*

Si bien es cierto que, cuando los grupos de empresas constituidos por la matriz y sus filiales actúan como una unidad económica en el mercado, pueden ser calificados como una sola "empresa" y aplicarse sin más dilación el artículo 82 TCE⁸⁵⁷; puede resultar más conveniente, o incluso en algunos casos necesario, acudir a la figura del abuso plural, cuando, de un lado, los vínculos existentes entre ellas no son suficientemente importantes para poder ser vistas como una sola empresa, y, de otro no se puede constatar tampoco la existencia de un acuerdo o concierto entre ellas por faltar el concurso de voluntades verdaderamente independientes, lo que impide también la aplicación del artículo 81 TCE⁸⁵⁸. Apreciar una posición dominante colectiva es también

⁸⁵⁶. Véase BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles: Maison Ferd. Larquier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1967; pág. 171; FLINT, David: «Abuse of a Collective Dominant Position» 2 *Legal Issues of European Integration* 21, espec. 51 y ss. (1978); CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 527; o a GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 408

⁸⁵⁷. Ver *supra* «Los grupos de sociedades como empresa». Ver, por ejemplo, en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia la resolución de 29 de septiembre de 1999, as. 442/98, *Eléctrica Llenama*, donde el Tribunal, debido a la clara subordinación de la filial HEC a su matriz ENHER, prefiere abordar la cuestión como grupo de sociedades con una clara y notoria unidad de acción y no entrar en el terreno de la posición de dominio colectiva (espec. fund. 3).

⁸⁵⁸. GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Ed. Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1984, pág. 392. Vid WHISH: *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths, 1989 (Secondo edition), pág. 280.

importante para determinar quién de los miembros del grupo detenta el poder de dominio, y quién ha sido el autor de la infracción a efectos de mejor decidir las responsabilidades e imponer la oportuna sanción⁸⁵⁹. Cuando se acude a la posición de dominio colectiva, sin embargo, no basta con constatar vínculos financieros, es necesario también atender a la efectiva unidad de acción del grupo en el mercado⁸⁶⁰. Con todo, calificar la posición de un grupo de sociedades como individual o colectiva no deja de ser una cuestión de hecho, que como tal los órganos comunitarios habrán de valorar en cada caso en la aplicación del artículo 82 TCE⁸⁶¹.

El Tribunal de Justicia señaló en la sentencia *Tarifas aéreas* que el comportamiento de un grupo en el mercado es susceptible de ser calificado como abuso a los efectos del artículo 82 TCE⁸⁶². En *Continental Can (1973)*, por ejemplo, la Comisión, en un caso de abuso de posición dominante, trató en un mismo análisis tres compañías distintas pertenecientes a un mismo grupo: Continental Can, una compañía norteamericana; SLW, su subsidiaria en Alemania y con posición de dominio en este mismo país; y Europemballage también subsidiaria de Continental Can que adquirió TDV. Y fue el efecto del conjunto de estas empresas lo que definió la posición de dominio y el abuso, que apreció el Tribunal de Justicia⁸⁶³. En el asunto *Zoja* (un caso de abuso de posición de dominio

⁸⁵⁹. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 408.

⁸⁶⁰. *Ibidem*. Véase el razonamiento del Tribunal en *Zoja (1974)*, cit. *infra*.

⁸⁶¹. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*, pág. 526.

⁸⁶². Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 abril de 1989, as. 66/86 *Ahmeed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro* (sentencia *Tarifas aéreas*), Rep. 803.

⁸⁶³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215. Apreciación de WHISH: *Ibidem*.

consistente en una negativa de venta a Zoja, por parte del grupo constituido por la sociedad americana CSC y su filial de derecho italiano ICI) la Comisión consideró que la sociedad americana CSC y su filial italiana ICI, formalmente autora de la negativa de venta, formaban una sola empresa a efectos de la aplicación del artículo 82 TCE, lo que de algún modo suponía reconocerles también una posición de dominio conjunta. Sin embargo, mientras la Comisión, consideró que la unidad de ambas empresas se derivaba de un conjunto de circunstancias entre las que destacaba la falta de autonomía de la empresa filial en la formación de su voluntad⁸⁶⁴; en cambio, en la solución del recurso, el Tribunal fue más allá y pareció prestar más atención al dato de su unidad de acción en el mercado que a sus vínculos financieros, con lo que se aproximaba más a la figura de la posición de dominio colectiva que a su consideración como una sola empresa⁸⁶⁵.

Con todo, el control más efectivo sobre las posiciones de dominio colectivas generadas por grupos de empresas es sin duda de carácter preventivo, y se realiza desde el control de concentraciones económicas⁸⁶⁶. Aunque no se refiera expresamente a la posición de dominio colectiva, las autoridades comunitarias interpretan los párrafos segundo y tercero del artículo 2 del Reglamento

⁸⁶⁴. Decisión de 14 de diciembre de 1972, *Zoja-CSC-ICI*, DOCE, n° L. 299/51 de 31 de diciembre.

⁸⁶⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, as. acumulados 6 y 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano SpA (ICI) & Commercial Solvens (CSC) c. Comisión*, Rec. 223 (Observación de GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem aportando otra jurisprudencia). Véanse también *Metro(SABA) c. Comisión* de 22 de octubre de 1986, as. 75/84, Rep 3021; la sent. *Suiker Unie c. Comisión et autres* de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40, 48, 50, 54, 56, 111, 113, 114/73 Rep. 1663, 1977-1978; o la sentencia sobre el asunto 30/87 *Corinne Bodson c. S.A. Pompes Funèbres des Régions Libérées* [1988] Rep. 2479, donde se tuvo en cuenta un grupo de empresas para apreciar la posición dominante.

⁸⁶⁶. Ver más extensamente PAPPALARDO, AURELIO: "La réglementation communautaire de la concurrence II: Le control des concentrations d'entreprises: récents développements" 3Revue International de Droit Economique 350 y ss. (1996).

(CE) 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, en el sentido de prohibir las concentraciones que contribuyan a generar o reforzar posiciones de dominio, no sólo individuales sino también detentadas conjuntamente por varias empresas. Cuando en un mercado oligopolístico, por ejemplo, de cuatro empresas, una de ellas decide tomar el control de otra; las autoridades comunitarias pueden oponerse a la concentración argumentando que generará una posición de dominio colectiva a tres, o bien que contribuirá a reforzar una posición dominante detentada por cuatro empresas.

Tras una primera etapa de reticencias iniciales a extender las causas de oposición a la dominación colectiva, la Comisión se decide por la interpretación extensiva en *Nestlé/Perrier (1992)*⁸⁶⁷, donde expone su doctrina sobre el dominio colectivo, y a la que seguirán otras decisiones. Sin duda la Comisión se ha visto impelida por la necesidad de dar respuesta a la creciente problemática planteada por los oligopolios, en el nuevo marco definido por la mundialización económica. Reconociendo esta realidad, la LIDC refrendará en 1996 esta política⁸⁶⁸. El Tribunal de Justicia se pronunciará también a favor de la interpretación extensiva del artículo 2 del Reglamento 1064/89⁸⁶⁹ en *Francia y otros*

⁸⁶⁷. Decisión *Nestlé/Perrier* de 22 de julio de 1992, Doce L 356 de 5 de diciembre de 1992.

⁸⁶⁸. LIDC, *Congreso de Cambridge (1996)*, cit. infra, quinta recomendación.

⁸⁶⁹. En contra el Abogado General TESAURO. Aunque reconoce que en este punto hay una laguna en la legislación comunitaria, entiende que era intención del Consejo excluir la posible posición de dominio colectiva como causa de oposición a la concentración. El Tribunal de Justicia, en cambio, se inclina por la interpretación teleológica y entiende que el objetivo de asegurar una competencia efectiva y no falseada podría verse frustrado, si la posición de dominio colectiva no se pudiera tener en cuenta en el control de las concentraciones económicas en los oligopolios. El Tribunal de Primera Instancia, por su parte, contestando a la compañía sudafricana Gencor, continúa la argumentación iniciada por el Tribunal de Justicia en *Francia y otros (1998)*, cit. infra, con argumentos sobre la voluntad originaria del Consejo y de orden sistemático en el Reglamento sobre concentraciones.

(1998)⁸⁷⁰, aunque rechaza como insuficientes los vínculos estructurales aducidos por la Comisión, lo que podría confirmar la dificultad de fundamentar la posible posición de dominio colectiva sólo sobre vínculos económicos. Con todo, no parece en absoluto que esta dificultad haya de ser insalvable. En *Gencor (1999)*⁸⁷¹, el Tribunal de Primera Instancia, además de confirmar sin reparos la interpretación extensiva⁸⁷², parece moverse en el sentido de facilitar su constatación⁸⁷³.

B) *SUPUESTOS FUNDADOS SOBRE UN ACUERDO O UNA PRÁCTICA CONCERTADA:*

Sin perjuicio de que el artículo 81.1 TCE resulte también aplicable y de la problemática que ello plantea, parece evidente que una posición de dominio colectiva, al igual que su eventual abuso, pueden descansar sobre un acuerdo o una práctica concertada entre varias empresas autónomas. En efecto, en estos casos no puede hablarse de una sola unidad económica, porque cada una de las empresas que integran el acuerdo conserva su independencia y puede readquirir su libertad de acción si se rompe la entente. Además, limitando la competencia recíproca entre los miembros del acuerdo se crea una unidad de acción que refuerza su posición conjunta en el mercado, lo que puede ocurrir hasta el punto de poner a la entente al reparo de la competencia efectiva frente a terceros, generando así una posición de dominio colectiva. En tal caso, su fuerza deriva del

⁸⁷⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, *República Francesa y otros c. Comisión*, as. ac. C-68/94 y C-30/95, Rep. I-1375, consid. 166.

⁸⁷¹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, *Gencor ltd, sociedad sudafricana c. Comisión*, as. T-102/96, Rec. II-2.

⁸⁷². Ídem, págs. II-26 y ss, consid. 124 y ss.

⁸⁷³. Ídem, págs. II-53 y ss., consid. 264 y ss. Vid. más extensamente comentarios sobre los vínculos infra.

acuerdo de voluntades y se puede plantear un problema de concurrencia normativa entre los artículos 81 y 82 TCE⁸⁷⁴.

Ante un abuso colectivo realizado sobre una posición de dominio fundada en una práctica colusoria prohibida por el artículo 81 TCE, una primera posibilidad consiste en la aplicación alternativa de los artículos 81 y 82 TCE. Como señaló el Tribunal en *Continental Can (1973)*, los artículos 81 y 82 TCE no pueden ser interpretados de forma contradictoria, pues ambos forman parte de un mismo sistema al servicio de unos mismos objetivos⁸⁷⁵, y, como tampoco hay prevista ninguna relación jerárquica entre ellos⁸⁷⁶, cuando unos mismos hechos cumplen los requisitos de ambas normas, la Comisión puede actuar sobre la base del artículo 81 TCE o sobre la base del artículo 82 TCE⁸⁷⁷. Para ello deberá tener en cuenta que se trata de normas autónomas y complementarias destinadas en principio a tutelar distintas situaciones sometidas a distintos regímenes jurídicos⁸⁷⁸.

Una segunda posibilidad, sobre la que no se pronuncian con igual claridad las autoridades comunitarias, consiste en la aplicación cumulativa de ambos preceptos. La Comisión se declara decididamente partidaria de la aplicación simultánea. Confirmando una

⁸⁷⁴. La Comisión observa en *Compagnie maritime Belgue transports (1996)*, consid. 55, cit. infra, «... que el concepto de posición dominante colectiva no hace que resulte superfluo el artículo 85 (actual 81) TCE, que se aplica a las prácticas colusorias horizontales que, por no existir vínculos económicos suficientemente fuertes entre sus miembros, no dan lugar a una posición dominante colectiva de éstos. ...»

⁸⁷⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72 *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, consid. 25

⁸⁷⁶. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, pág. 431 y ss.

⁸⁷⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Comisión* 416, fund. 416. En parecidos términos, la sentencia del Tribunal de Justicia *República italiana c. Consejo y comisión*, sentencia de 13 de julio de 1966, as. 32/65, Rec. 563, 565.

⁸⁷⁸. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Tetra Pak Rausing* de 10 de julio de 1990, asunto T-51f/89, Rec. II-309, consid. 25.

línea decisoria ya avanzada en *Vetro piano in Italia*⁸⁷⁹ y en *Decca Navigator System*⁸⁸⁰, se muestra rotunda en *Compagnie Maritime Belge Transports (1996)*, cuando responde a los demandantes que ella «no está de acuerdo ... en que la aplicación del artículo 85 (actual 81) TCE sea excluyente de la del artículo 86 (actual 82). A su juicio, es posible una aplicación cumulativa de dichas disposiciones, siempre que se cumplan los requisitos para la aplicación de cada uno de estos artículos⁸⁸¹. ...La Comisión estima asimismo que, ..., no existe una jurisprudencia que permita excluir la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE del Tratado a una situación resultante de una práctica colusoria.»⁸⁸².

Ciertamente, como señala la Comisión, el Tribunal no se ha manifestado en contra de la aplicación simultánea. No obstante, también es cierto que, pese a haber admitido, de modo general, en *Industria Europea del Azúcar (1973)*, la aplicación del artículo 82 TCE a una práctica concertada entre una cooperativa y sus

⁸⁷⁹. Decisión de 7 de diciembre de 1988, *Vidrio plano de Italia*, DOCE L 33/44 de 4 de febrero de 1989, ps. 79 a 81. En esta decisión la Comisión condenó sobre la base del artículo 81 TCE los acuerdos celebrados entre tres empresas por los que se distribuían cuotas y fijaban precios, y a la vez condenó también a estas tres empresas por abuso de posición de dominio colectiva debido a que se presentaban en el mercado como una sola entidad.

⁸⁸⁰. Decisión de 21 de diciembre de 1988, *Decca Navigator System*, DOCE L 43/27 15 de febrero de 1989, ps. 97 y 117.

⁸⁸¹. La Comisión apoya esta afirmación en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak c. Comisión*, T51/89, Rec. p. II-309, consid. 21. En algunos casos, la aplicación conjunta de los artículos 81 TCE y 82 TCE puede ser incluso necesaria. Cuando se ha de declarar la nulidad del acuerdo sobre el que se articula la práctica abusiva o la misma posición de dominio colectiva, si, cumpliendo los supuestos de hecho de ambas normas, infringe también el artículo 85.1 (actual 81.1) TCE, lo que de otro modo, podría resultar imposible desde el solo artículo 86 (actual 82) TCE que prohíbe el abuso pero no la posición de dominio en sí misma (ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, pág. 413).

⁸⁸². Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Compagnie maritime Belge transports SA y otros c. Comisión*, Rep. II-1207, 1229, consid. 56.

miembros⁸⁸³; después ha continuado con una postura ambigua de no tan clara interpretación. Así, en *Ahmed Saeed (1989)*, donde se planteó la cuestión de si la fijación de unas tarifas aéreas nacidas de un acuerdo podía ser constitutiva de un abusos de posición dominante, el Tribunal no excluyó la aplicación simultánea en los casos en los que el acuerdo se celebra por imposición de la empresa dominante⁸⁸⁴. Ello ha movido a la doctrina a diferentes interpretaciones. Mientras unos autores lo ven como la confirmación de la aplicación simultánea⁸⁸⁵, otros lo ven como su circunscripción a esos supuestos específicos⁸⁸⁶.

Recientemente, con ocasión del recurso de casación presentado en la citada *CEWAL (1996)*, el Tribunal de Justicia parece admitir la primera posibilidad. Al contestar la alegación de mero reciclaje formulada por los demandantes, señala que «... [d]el propio tenor de los artículos 85 (actual 81), ap. 1, letras a), b), d) y e), y 86 (actual 82), letras a) y b) del Tratado se deriva que una misma práctica puede dar lugar a una infracción de ambas disposiciones. Por tanto, no puede excluirse *a priori* la aplicación conjunta de los

⁸⁸³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de enero de 1973, fund. 456-457.

⁸⁸⁴. Sentencia *Tarifas aéreas (1989)*, cit. supra, Rep. 803.

⁸⁸⁵. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, pág. 433, alegando también en favor de esta tesis *Hoffmann La Roche (1979)*. ALBERTO BERCOVITZ consideraba que, dado el planteamiento poco dogmático que se utiliza en la aplicación de estos preceptos, la aplicación conjunta podría utilizarse para valorar globalmente la gravedad de la infracción de las normas del Tratado por parte de las empresas implicadas, y para graduar consecuentemente las sanciones económicas a imponer (ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, pág. 413).

⁸⁸⁶. En este sentido ALDO FRIGNANI/MICHEL WAELBROECK: *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino: UTED, 1996, pág. 215 y 218; aunque disintiendo de esta opinión.

artículos 85 (actual 81) y 86 (actual 82) del Tratado ...»⁸⁸⁷.

Tampoco el Tribunal de Primera Instancia parecía excluir la aplicación cumulativa, si se realizan los supuestos de hecho de ambas normas. Tras señalar en *Vetro* que «... Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de ese hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado.», observa a reglón seguido en el mismo considerando que «Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo ..., de un adelanto tecnológico que les confiere la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores (*Hoffmann La Roche* (1979), ya citada, aps. 38 y 48)»⁸⁸⁸.

Por otra parte, el Tribunal, tras precisar en la misma *Vetro* (1992) que para la apreciación de una posición de dominio conjunta, «no basta ... con reciclar los hechos constitutivos de una infracción del artículo 85 (actual 81), afirmando que las partes de un acuerdo o de una práctica ilícita poseen conjuntamente una cuota de mercado importante; que, por esta única razón, se hallen en una posición dominante colectiva y que su comportamiento ilícito constituye el abuso de dicha

⁸⁸⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2000, as. 395-396/96, *Compagnie maritime belge Transports c. Comisión y otros*, de Curia consid. 33. En este punto, el Tribunal de Defensa de la Competencia se aparta de la doctrina del Tribunal de Justicia por imperativos del principio de «non bis in ídem», vid infra.

⁸⁸⁸. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, as. ac. T-68/89, T-77/89 y T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión*, Rep. II-1403, 1548, consid. 358.

posición. ...»⁸⁸⁹, observa en *Compagnie Maritime Belge Transport (1996)*, que no hay mero reciclaje cuando «..., por encima de los acuerdos celebrados entre las compañías ..., existían entre ellas tales vínculos que adoptaron una línea uniforme de actuación en el mercado. En estas circunstancias [entiende el Tribunal] la Comisión ha podido considerar con razón que es aplicable el artículo 86 (actual 82) TCE, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en dicha disposición.»⁸⁹⁰. El Tribunal de Justicia en *Cewal (2000)* parece confirmar esta doctrina⁸⁹¹, y señala que estos vínculos pueden desprenderse de la naturaleza y contenido de un acuerdo o de su forma de aplicación⁸⁹².

De esta doctrina se desprende que, para que no haya mero reciclaje, en la aplicación del artículo 82 TCE, lo verdaderamente importante no es tanto el acuerdo o la práctica concertada en sí, como la existencia de unos vínculos que den lugar «... a una línea uniforme de actuación en el mercado ...»⁸⁹³. Si estos vínculos nacen del solo acuerdo, podrá haber posición de dominio

⁸⁸⁹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión*, cit. supra, Rep. II-1403, 1548, consid. 360. Doctrina confirmada en casación por el Tribunal de Justicia en *CEWAL (2000)*, cit. supra, consid. 43.

⁸⁹⁰. Sentencia citada supra, II-1232, consid. 67.

⁸⁹¹. Esta misma doctrina es confirmada también por el Tribunal de Justicia en casación (consids. 43 a 45), aunque quizá no de una forma tan ilustrativa, cuando, después de recordar que la sola concertación no puede constituir, en sí, una base suficiente para la apreciación de una entidad colectiva, señala que, no obstante, «... un acuerdo, una decisión o una práctica concertada (que se beneficie o no de una exención con arreglo al artículo 85.3 -actual 81.3- TCE) puede, sin lugar a dudas, cuando se aplica, tener como consecuencia que las empresas afectadas estén vinculadas en cuanto a su comportamiento [determinando una línea uniforme de actuación] en un mercado determinado de forma que se presenten en dicho mercado como una entidad colectiva respecto a sus competidores, a sus terceros contratantes y a los consumidores. La existencia de una posición de dominio colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos de correlación entre empresas que resultan de ellos.»

⁸⁹². cit. supra.

⁸⁹³. Cit. supra.

colectiva; pero, si no es así, aunque haya un acuerdo, éste no bastará por sí solo para realizar el tipo del artículo 82 TCE, en lo que compete a la posición de dominio colectiva. En *Compagnie Maritime Belge Transports y otros (1996)*, el Tribunal, a la hora de considerar la posición de dominio colectiva definida por la Comisión, valora, más allá del solo acuerdo exento por el que se constituía la conferencia marítima CEWAL, el hecho de que los miembros de la conferencia se presentaban en el mercado «... como una sola entidad ...», regida por «... la voluntad de adoptar conjuntamente una misma línea de actuación ...», dentro «... de una estrategia global de comportamiento ...»⁸⁹⁴.

Problema distinto de concurrencia entre los artículos 81 y 82 TCE es el que se plantea, en cambio, cuando la posición de dominio colectiva se funda sobre un acuerdo exento por la vía del artículo 81.3 TCE y las empresas que ocupan esa posición llegan a abusar de ella. La Comisión, recogiendo la doctrina avanzada ya por los autores⁸⁹⁵ y sentada por el Tribunal de Primera Instancia en *Tetra Pak I (1990)*, declara en *Compagnie Maritime Belge Transports y otros c. Comisión (1996)* que «..., desde el punto de vista jurídico, la existencia de una exención por categoría no se opone a la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE, siempre que la empresa de que se trate ocupe una posición de dominio en el mercado de referencia. ...»⁸⁹⁶. En *Tetra Pak I* el Tribunal rechazó el argumento del demandante de que el artículo 82 TCE no

⁸⁹⁴. *Compagnie Maritime Belge Transports y otros (1996)*, cit. supra, II-1231, consid. 65. Véase de forma más amplia Rep. II-1230-1 y consid. 63 a 67.

⁸⁹⁵. Así, entre otros, ALBERTO BERCOVITZ: Ídem, págs. 413-4.

⁸⁹⁶. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Compagnie maritime Belge transports SA y otros c. Comisión*, Rep. II-1207, 1229, consid. 56.

era aplicable a los acuerdos exentos por el artículo 81.3 TCE porque ambas normas obedecían a unos mismos fines, contestando que las exenciones del artículo 81.3 TCE sólo se refieren a las ententes, y que el abuso, por su propia naturaleza, excluye toda posibilidad de exención. Para el Tribunal, la aplicación del artículo 82 TCE no decae frente a los acuerdos exentos por el artículo 81.3 TCE⁸⁹⁷. La sólo participación de una o varias empresas en un acuerdo exento generador o reforzador de una posición de dominio, así como su correcta ejecución, no tienen por que reputarse en sí mismas contrarias al artículo 82 TCE. Éste no prohíbe la posición de dominio ni su normal ejercicio, sino sólo su abuso. Sin embargo, si esa participación en un acuerdo exento refuerza la posición de dominio hasta el punto de distorsionar o impedir la competencia en el mercado, o la ejecución que se hace de ese acuerdo es abusiva, el Tribunal de Primera instancia se reserva la posibilidad de aplicar el artículo 82 TCE⁸⁹⁸. La concesión de una exención sobre un acuerdo no significa necesariamente que éste haya de ser siempre conforme al interés comunitario y que su ejecución no pueda ser en algunos casos constitutiva de un abuso de posición dominante⁸⁹⁹. De ahí que una condena por abuso de posición dominante suponga, en tales casos, la retirada

⁸⁹⁷. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak Rausing c. Comisión*, T51/89, Rec. p. II-309, consid. 21. En *CEWAL (1996)* el Tribunal de Primera Instancia contesta a los demandantes, que alegaban que no se podía aplicar el artículo 82 TCE hasta que no se revocara la exención concedida por el artículo 81.3 TCE, que «... al abuso de posición dominante no se le puede aplicar ninguna exención (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, 66/86, Rec. pág. 803, consid. 32) y que, a la luz de los principios por los que se rige la jerarquía de las normas, la concesión de una exención por medio de un acto de derecho derivado no puede establecer excepciones a una disposición del Tratado, en este caso el artículo 86 (actual 82) TCE (*Tetra Pak I*, [cit. supra]).» (sent. ya cit. consid. 152).

⁸⁹⁸. *Tetra Pak I*, cit. supra. consid. 24.

⁸⁹⁹. *Tetra Pak I*, cit. supra, consid. 62. En *CEWAL (1996)* cit. supra, el Tribunal de Primera Instancia no tuvo ningún inconveniente en apreciar un abuso desarrollado sobre la base de un acuerdo de conferencia marítima exento en virtud del Reglamento 4056/86.

preventiva del beneficio de la exención por parte de la Comisión (vid art. 8.2 Reglamento 17/)⁹⁰⁰. El Tribunal de Justicia confirma esta doctrina en la casación de *CEWAL (2000)*, cuando señala que «..., la concesión de una exención sobre la base del artículo 85 (actual 81), apartado 3, no prejuzga la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE del Tratado⁹⁰¹ ... el abuso de posición dominante no puede ser objeto de ninguna exención, sea del tipo que sea⁹⁰²...»⁹⁰³.

Por otra parte cabe también pensar que, al igual que en *Vetro (1992)* respecto de los acuerdos prohibidos, para que se pueda apreciar una posición de dominio colectiva sobre un acuerdo exento, «no basta [tampoco] ... con reciclar los hechos constitutivos ... [del acuerdo], afirmando que las partes de un acuerdo ... poseen conjuntamente una cuota de mercado importante; que, por esta única razón, se hallen en una posición dominante colectiva y que su comportamiento ilícito constituye el abuso de dicha posición. ...»⁹⁰⁴, es necesario también, señala el Tribunal en *CEWAL (1996)* que exista entre ellas unos vínculos por los que adopten una línea uniforme de actuación en el mercado⁹⁰⁵.

La doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, por su parte, presenta alguna diferencia en el tratamiento de los abusos colectivos realizados desde

⁹⁰⁰. Sobre esta cuestión, vid. FRIGNANI/WAELBROECK, cit. supra, págs. 216 y 217.

⁹⁰¹. El Tribunal de Justicia cita en este sentido el apartado 11 de la sentencia de 6 de abril de 1995, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, C-310/93 P, Rec. p. I-865.

⁹⁰². El Tribunal de Justicia cita en este sentido *Ahmed Saeed*, cit. supra, consid. 32.

⁹⁰³. *CEWAL (2000)*, cit. supra, consid. 130 y 135.

⁹⁰⁴. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89 *Società Italiana vetro SpA y otros c. Comisión*, Rep. II-1403, 1548, consid. 360.

⁹⁰⁵. *Compagnie Maritime Belge Transports y otros (1996)*, cit. supra, II-1232, consid. 67.

posiciones dominantes fundadas en acuerdos o prácticas concertadas. En *Aparejadores de Madrid (1998)*, frente a la observación del Servicio de que la conducta del Colegio infringía tanto el artículo 1 como el artículo 6 de la LDC por concurrir en el caso elementos de ambas infracciones, el Tribunal de Defensa de la Competencia resuelve que ante este concurso de leyes los elementos del abuso prevalecen sobre los colusorios de modo que, ante la imposibilidad de sancionar ambas infracciones, se deberá aplicar exclusivamente el artículo 6 LDC que desplaza así al artículo 1 LDC. El Tribunal de Defensa de la Competencia fundamenta esta decisión en el principio de «non bis in ídem» en su perspectiva material que impide una duplicidad de penas para unas mismas circunstancias de hecho, así como el principio de la proporcionalidad⁹⁰⁶. Ante la concurrencia normativa entre los artículo 1 y 6 LDC, el Tribunal de Defensa de la Competencia opta por la aplicación del abuso por considerarlo más grave.

Sin embargo, esto no significa en absoluto que el hecho de que un acuerdo esté exento por el artículo 5 LDC o, incluso, encuadrado en el ámbito del artículo 2 LDC haya de excluir la aplicación del artículo 6 LDC. En *Interflora (1998)*, el Tribunal de Defensa de la Competencia contesta a la alegación de Interflora de que sus conductas quedan en el ámbito legítimo de sus contratos de franquicia, que del mismo modo que una exención del artículo 81.3 TCE no excluye la aplicación del artículo 82 TCE, «... [e]n términos de la LDC, una exención del artículo 5 de la misma no excluiría la aplicación de su artículo 6 LDC»⁹⁰⁷. Y en *Aparejadores de*

⁹⁰⁶. Resol. Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 1998, as. 397/1997, *Aparejadores de Madrid*

⁹⁰⁷. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1998, as. 1425/96, *Interflora*, fund. 8.

Madrid (1998) contesta al Colegio de aparejadores que, aunque la Ley les atribuya la concesión de visados, en ningún caso ampara el abuso de posición dominante consistente en denegar el visado con una finalidad distinta a la que le otorga la Ley⁹⁰⁸. La aplicación del artículo 2 LDC no excluye, pues, tampoco la del artículo 6 LDC.

C) *SUPUESTOS DERIVADOS DE LAS PARTICULARES CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL MERCADO RELEVANTE:*

En los mercados oligopolísticos, también cabe la posibilidad de que el paralelismo de conductas entre empresas independientes, y la consiguiente monopolización, no obedezcan a un acuerdo o una práctica concertada entre ellas, o, simplemente, aunque exista acuerdo, no se pueda constatar su existencia por otro dato o evidencia que no sea el mero paralelismo de conductas. En ambos casos, no podrá aplicarse el artículo 81 TCE que, para poder reprimir un paralelismo de conductas restrictivo, exige la existencia y prueba de alguna forma de acuerdo entre las empresas implicadas, por mínimo que éste sea.

Y, si se entiende que el artículo 82 TCE, por contraposición al artículo 81 TCE, se refiere sólo a posiciones dominantes y abusos unilaterales, tampoco cabría acudir a este precepto, pues la posición de dominio y su posible abuso no responden a la acción de una sola empresa, sino que son la consecuencia de la interacción de las conductas de los oligopolistas en el marco estructural definido por las peculiares características de algunos mercados oligopolísticos. En un primer momento de ambigüedad, el Tribunal de Justicia

⁹⁰⁸. Resol. Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 1998, as. 397/1997, *Aparejadores de Madrid*.

pareció abonarse a esta tesis, cuando en *Hoffmann La Roche* (1979) consideró la necesidad de diferenciar la posición de dominio «... del paralelismo de comportamientos propio de las situaciones de oligopolio, en cuanto en el oligopolio los comportamientos se influencia recíprocamente, mientras que en el caso de la posición dominante el comportamiento de la empresa que se encuentra en tal posición es en gran parte determinado individualmente»⁹⁰⁹.

Lo cierto es que, en la base de estos supuestos de posición de dominio colectiva y su posible abuso, está el fenómeno que en el Derecho norteamericano se ha venido a llamar *conscius paralelism*⁹¹⁰. Se trata de una situación a la que tienden a degenerar algunos oligopolios y que, pese a su resultado anticompetitivo, resulta extremadamente difícil de reprimir desde las normas anticártel. Ello es debido fundamentalmente a que las empresas, conscientes de su interdependencia y buenas conocedoras las unas de las otras y del mercado, alinean sus comportamientos autónomamente sin necesidad de acuerdo, y con la consiguiente dificultad para las autoridades antitrust de probarlo a efectos de aplicar las normas anticartel⁹¹¹.

El problema es fácil de comprender. Supongamos que en un oligopolio integrado por cuatro empresas con parecidas cuotas de mercado, una de las empresas A decide aumentar su cuota disminuyendo el precio. Por poco que ha

⁹⁰⁹. *Hoffmann-La Roche v. Comisión* (1979), as. 85/76. Interpretando esta sentencia es este mismo sentido y en una línea parecida KORAH V: "Interpretation and Application of Article 86 TCE of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position Within the Meaning of Article 86" Notre Dame Lawyer, 768 (1978), o WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1989 (Secondo edition), pág. 281. Con la misma interpretación, pero en contra, FRIGNANI/WAELBROEK: cit. supra, pág. 232.

⁹¹⁰. PAPPALARDO, AURELIO: "La réglementation communautaire de la concurrence II: Le control des concentrations d'entreprises: récents développements" 3Revue International de Droit Economique, 299, 351 (1996).

⁹¹¹. Ídem.

conozca a sus rivales, es razonable esperar que las otras empresas bajarán también sus precios para evitar pérdidas de cuota, con lo que al final resultará una situación de iguales cuotas pero con menores precios, en la que todos habrán acabado perdiendo. Pero también es posible que A decida subir el precio sabedora de que B, C y D se verán tentadas de seguirla hacia una nueva situación con iguales cuotas de mercado pero con mayor precio, que beneficiará a todos los oligopolistas. El riesgo que corre A es poco, pues si no hay seguimiento, siempre puede volver a alinearse con el precio anterior. Frente a estas alternativas, no es difícil prever que, si ninguna empresa está realmente en condiciones de imponerse a sus rivales, se acabará produciendo un alineamiento ascendente de precios que no tardará en fijar el precio por encima del que resultaría en una situación de verdadera rivalidad. En este caso, habrá paralelismo y resultado monopolístico sin necesidad de concertación. Se trata de un paralelismo consciente que no deriva de un acuerdo, sino de las peculiares características estructurales del oligopolio que derivan la interdependencia hacia el paralelismo de conductas.

Entonces, cuando se quiere someter estas conductas al control de cárteles, surge el problema de decidir cuánta evidencia de colusión es necesaria para poder equiparar el paralelismo de conductas a una concertación prohibida. ¿Es suficiente el sólo paralelismo de conductas para constatar la evidencia de un acuerdo? Aunque, en algunos casos muy especiales, las autoridades antitrust han llegado a considerar el paralelismo de conductas como evidencia de concertación⁹¹²; lo cierto es

⁹¹². Véanse en este sentido las sentencias *Eastern States Lumber Association v. US.* 234 U.S. 600 (1914); *Interstate Circuit, Inc., et al. v. U.S.*, 306U.S. 208 (1939); y *American Tobacco Co. et. al. v. U.S.*, 147 F. rd)3 (1944). Ver comentarios de SCHERER/ROSS: Ídem.

que hoy de forma general no lo consideran por sí solo equivalente a una concertación sancionable⁹¹³. Como han señalado las autoridades antitrust, aunque las normas anticartel prohíben todo acuerdo o concertación entre empresas, no obstante, queda en el ámbito de la libertad de empresa anticipar o adaptar inteligentemente su conducta a la de sus competidores, siempre que ello se haga sólo sobre la base de la observación autónoma del mercado⁹¹⁴. Corresponde, por tanto, a las autoridades antitrust probar que del paralelismo se deduce concertación, y la estructura del mercado no es por sí sola la causa de ese paralelismo. De ello se desprende que al paralelismo deben sumarse otras evidencias para probar la concertación⁹¹⁵. Quizá, por ello, hoy el

⁹¹³. Aunque en algún momento se ha llegado a decir que el concepto de práctica concertada es tan amplio que puede albergar el paralelismo consciente o el liderazgo de precios, incluso cuando no hay colusión entre las empresas; hoy esta tesis no es aceptada, porque la misma definición de práctica concertada exige que haya habido una sustitución deliberada de la competencia por la cooperación, lo que signifique que debe haber alguna forma de consentimiento mental por el que se acepten las mutuas obligaciones entre las empresas. Y es precisamente la ausencia de este mínimo consentimiento el que diferencia el puro paralelismo de la práctica concertada (WHISH: *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths, 1989 (Secondo edition), pág. 483). En el Derecho norteamericano vid los comentarios de SCHERER/ROSS a las sentencias *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Corp. et al*, 346 U.S. 537, 542 (1954), donde el Tribunal señaló que el paralelismo consciente de conductas todavía no es suficiente para apreciar colusión fuera de la Sherman Act. O *Charles Pfizer & Co. et al v. U.S.*, S.D. New York, págs. 6200-621 o *Eli Lilly & Co et al.*, *CCH 1959 Trade Cases* parr. 69 (SCHERER/ROSS: Ídem, págs. 342 y ss).

⁹¹⁴. Véase en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, asunto 172/80 (1981), *Zuchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, Rep. 2021. La Liga Internacional de Derecho de la Competencia es también rotunda sobre este punto cuando señala que «That, having regard to the principle of legal certainty, distortions observed on such markets [oligopolistics] should be caught on the basis of laws against restrictive practices only where there is evidence of collusion.» (181Revue Internationale de la Concurrence, págs. 4 y ss. -3.1996).

⁹¹⁵. Aunque las autoridades comunitarias admiten inferir la concertación a partir de evidencias circunstanciales, el Tribunal de Justicia dejó claro en *ICI* (cit.) que el solo hecho del paralelismo de conductas no es por sí mismo evidencia suficiente de concertación. El solo paralelismo únicamente será evidencia suficiente, cuando la concertación sea la única explicación razonable del paralelismo. Pero la práctica comunitaria demuestra que la evidencia basada en el análisis económico es extraordinariamente difícil de demostrar, por lo que es difícilmente operativa (WHISH: cit. supra, págs. 483 y ss.). Igualmente SCHERER/ROSS: Ídem, pág. 345.

problema se está centrando más bien en decidir el valor que debe darse a los resultados monopolísticos, como dato añadido al paralelismo, en la evidencia de concertación⁹¹⁶.

Pero el problema realmente importante, a la hora de someter el paralelismo consciente al control de cárteles, es que, en realidad, no se basa en un acuerdo, sino en una situación económica que crea una solidaridad objetiva entre los miembros del oligopolio⁹¹⁷. No se puede prohibir a las empresas oligopolísticas anticiparse o adaptar sus conductas a las de sus competidores, cuando ello no deriva de un acuerdo sino de la observación autónoma del mercado⁹¹⁸. Ello, no obstante, no va a impedir que de ese paralelismo de conductas surja una unidad de acción capaz de obstaculizar una competencia efectiva y generar así una posición de dominio colectiva o también llamada monopolio compartido⁹¹⁹.

De ahí que, cuando no se pueda constatar un acuerdo, sean cada vez más los que proponen llevar el control de las posiciones de dominio nacidas del sólo paralelismo a la figura del abuso de posición dominante colectiva⁹²⁰. Puesto que no es posible atacar la base del poder

⁹¹⁶. Sin perjuicio, claro está, de las dificultades que la constatación de los precios monopolísticos plantea en la mayoría de los casos. SCHERER/ROSS: Ídem, págs. 345-6.

⁹¹⁷. AURELIO PAPPALARDO: Ídem, pág. 352.

⁹¹⁸. WHISH: Ídem, cit. supra, pág. 281.

⁹¹⁹. Vid. supra FRIGNANI/WAELBROECK: Ibídem.

⁹²⁰. En este sentido, ver por todos las recomendaciones de la Liga Internacional del Derecho de la Competencia formuladas en el Congreso internacional de Cambridge, 1996, (181*Revue Internationale de la Concurrence*, Ibídem). Es interesante ver también el estudio comparativo del problema del control de los oligopolios que se presenta en el número anterior 180 *RIC*, 5 y ss. (2.1996). Con todo, la opinión en la doctrina sobre la conveniencia de someter el paralelismo en los oligopolios al abuso de posición de dominio no es unánime. Así, en contra, WHISH: Ídem, cit. supra, págs. 281, 282 y 490, partidario de buscar en el Derecho comunitario una solución desde la competencia desleal parecida a la que cabe en el Derecho inglés.

dominante, se quiere someterlo al control de abusos, como segunda línea de defensa de la competencia⁹²¹.

En este sentido, la Liga Internacional de Derecho de la Competencia entiende que existe una posición dominante colectiva, cuando un reducido número de empresas con una misma línea de actuación en el mercado, derivada principalmente de la existencia de vínculos jurídicos o económicos entre ellas, detentan juntas una posición de dominio. Y propone que, cuando por faltar la prueba de una concertación no puedan aplicarse las normas anticártel, las distorsiones que se produzcan en los mercados oligopolísticos, puedan ser tuteladas a través de las normas que regulan el abuso de la posición de dominio colectivo, cuando carezcan de justificación objetiva⁹²².

Después del caso *Vitaminas* podría haberse pensado que las autoridades antimonopolio no se adentrarían en el artículo 82 TCE para controlar los oligopolios colusorios. Sin embargo, la práctica comunitaria ha demostrado lo contrario y ha llevado el paralelismo consciente hacia el abuso colectivo. En *Vetro* la Comisión consideró que tres empresas italianas fabricantes de vidrio plano constituían una posición de dominio colectiva, porque, «... dentro de un oligopolio restringido, dispon[ía]n de un grado de independencia tal, respecto de las presiones competitivas, que esta[b]an en situación de impedir la existencia de un

⁹²¹. Véase FRIGNANI/WAELBROECK: cit. supra, págs. 323. Se ha de notar que, cuando las distorsiones en los mercados oligopolísticos sean debidas a las particularidades específicas de estos mercados, la LIDC propone que sean sometidas a reglas específicas (de carácter estructural y de comportamiento) limitadas a la restauración de una competencia efectiva (LIDC: *Ibídem*, tercera recomendación, cit. supra).

⁹²². LIGA INTERNACIONAL DE DERECHO DE LA COMPETENCIA: «Resolución sobre la primera cuestión: ¿en qué medida el Derecho e la competencia se aplica o debería aplicarse a los mercados oligopolísticos», 181 *Revue Internationale de la Concurrence*, 4 y ss. (3.1996).

sistema competitivo auténtico, sin que se v[ier]an obligadas a tener en cuenta el comportamiento competitivo de otros participantes en el mercado.»⁹²³. Aunque en este caso la Comisión se limitó a calificar como posición de dominio y abuso colectivo unos hechos que ya habían sido tratados como práctica concertada por el artículo 81 TCE; en realidad, planteaba la posibilidad de que un paralelismo de conductas dominante pudiera ser atacado desde el artículo 82, cuando no hubiera prueba de concertación. Y el Tribunal de Primera Instancia, aunque rechazó que bastase con reciclar los hechos constitutivos de un acuerdo prohibido por el artículo 81 TCE para realizar el tipo del artículo 82 TCE, sin embargo, y esto es lo importante, lejos de rechazar la calificación del paralelismo oligopolista como posición de dominio colectiva, confirmó la línea iniciada por la Comisión al sentenciar que «... Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. ...»⁹²⁴. El espaldarazo definitivo lo da el Tribunal de Justicia en casación en *CEWAL (2000)*, cuando, después de reconocer que una posición de dominio colectiva puede derivarse de un acuerdo⁹²⁵, señala que «... No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de

⁹²³. 89/93/Comunidad Económica Europea. Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988, *Vidrio plano*, DOCE L 33/44 de 4 de febrero de 1989 p. 78.

⁹²⁴. *Vetro*, fund. 358, cit. supra.

⁹²⁵. *CEWAL (2000)*, cit. supra, consid. 45.

otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica ...»⁹²⁶.

El Tribunal de Primera Instancia continúa en esta misma doctrina más tarde cuando, en *Cewal (1996)*, primero contesta a los demandantes que es un error pensar que «... el concepto de posición de dominio colectiva se refiere tan sólo al abuso colectivo de empresas que ocupan cada una de ellas una posición dominante, procede señalar [continúa el Tribunal] que según reiterada jurisprudencia⁹²⁷ ..., el artículo 86 (actual 82) TCE puede aplicarse a situaciones en las que varias empresas se hallen conjuntamente en una posición dominante en el mercado considerado ...»⁹²⁸. Con ello, el Tribunal de Primera Instancia subraya que la posición de dominio colectiva no tiene que nacer de la suma de posiciones de dominio individuales preexistentes, sino que puede aparecer *ex novo* por la suma de acciones paralelas que individualmente no tienen por que derivar de posiciones de dominio.

Y, segundo, precisa que, según ha declarado el Tribunal de Justicia en *DIP (1995)*⁹²⁹ «... para llegar a la conclusión de que existe una posición de dominio colectiva, es necesario que las empresas de que se trate estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una línea de acción en el mercado.»⁹³⁰. Con ello, el Tribunal advierte que, para considerar la posición de

⁹²⁶. *Ibidem*.

⁹²⁷. Sentencias *Vetro c. Comisión*, *Ibidem*, ya cit.; Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994, *Almedo*, C-393/92, Rec. p. I-1477, consid. 42; de 5 de octubre de 1995, *Centro Servizi Spediporto*, C-96/94, Rec. p. I-2883, consids. 32 y 33, y de 17 de octubre de 1995, *DIP y otros*, as. acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec. p. I-3257, consids. 25 y 26.

⁹²⁸. *Compagnie Maritime Belge Transports y otros (1996)*, cit. supra, II-1231, consid. 60.

⁹²⁹. Sentencia. *DIP (1995)*, cit. supra, consid. 26, cit. supra.

dominio colectiva, no basta el sólo paralelismo de conductas, es necesario, además, que, con independencia de si hay o no acuerdo (que recordemos, por sí mismo no es tampoco suficiente), existan entre los oligopolistas tales vínculos que expliquen la línea uniforme de actuación en el mercado⁹³¹. Esta aclaración es importante, pues significa que, para el Tribunal, la posición de dominio colectiva es igual a paralelismo más unos vínculos que lo expliquen.

El problema se centra entonces en determinar qué tipo de vínculos jurídicos o económicos son los que, en ausencia o más allá de un acuerdo, explicarán la unidad de acción y permitirán apreciar la posición de dominio colectiva: ¿son suficientes los vínculos estructurales para calificar un paralelismo de conductas como posición de dominio colectiva?

No es fácil en este momento avanzar de forma general en qué pueden consistir estos vínculos, sin duda una cuestión de hecho muy imbricada con el mercado concreto de que se trate en cada momento; no obstante sí es cierto que la práctica y la doctrina comunitaria ofrecen algunos ejemplos y aclaraciones relevantes. Un primer y escueto ejemplo lo avanza el Tribunal de Primera Instancia en *Vetro* (1992), cuando señala que estos vínculos podrían consistir en «..., por ejemplo, si dos empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores»⁹³².

⁹³⁰. *Compagnie Maritime Belge Transports y otros* (1996), cit. supra, II-1231, consid. 62. En *DIP*, consid. 42, cit supra. También sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1988, *Bodson*, as. 30/87, cit. supra, consid. 13.

⁹³¹. Ídem. consid. 67.

⁹³². *Vetro*, cit. supra, fund. 358, cit. supra.

Un segundo ejemplo, avanzado en *Vetro* y desarrollado después en *CEWAL* (1996), es el que ofrecen las conferencias marítimas. En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia señala que «..., debido a las estrechas relaciones que mantienen entre sí las compañías marítimas dentro de una conferencia marítima están, en su conjunto, en condiciones de poner en práctica de forma común, en el mercado considerado, actuaciones de tal naturaleza que constituyen comportamientos unilaterales. ...», y observa, en particular que «las compañías marítimas constituyeron una entidad común, la conferencia *CEWAL*. ...», que «... tiene por objeto, por su propia naturaleza, definir y aplicar fletes uniformes y otras condiciones de transporte comunes, ...», que «... *CEWAL* se presente en el mercado como una sola entidad. ...», cuyas prácticas «... reflejan la voluntad de adoptar conjuntamente una misma línea de actuación en el mercado ...» y «... constituyen elementos de una estrategia global ...»⁹³³.

Y un tercer ejemplo, probablemente el más ilustrativo en orden a la valoración de los vínculos económicos, es el que ofrece la práctica comunitaria, cuando en la aplicación del Reglamento 4064/89 sobre concentraciones económicas, debe valorar si una concentración económica puede crear o reforzar una posición de dominio colectiva, supuesto que justificaría su rechazo. De ella se desprenden un conjunto de criterios que, si sirven para prever una posición de dominio colectiva, es previsible que hayan de ayudar también a constatarla, cuando se trata de explicar un paralelismo oligopolista. Entre los criterios a que principalmente atienden las autoridades comunitarias se

⁹³³. *CEWAL II*, consids. 64 y 65, cit. supra.

han de destacar⁹³⁴: el grado de concentración de la industria, a mayor concentración mayor facilidad para el paralelismo⁹³⁵; el grado de afinidad, cuanto mayor sea la afinidad entre los oligopolistas, especialmente en lo que se refiere a las partes o cuotas de mercado, mayores serán las probabilidades de posición de dominio colectiva; las estructuras de costos, en cuanto las diferencias en las estructuras de costos tienden a alejar a los oligopolistas; la existencia de algún tipo de vínculos entre los oligopolistas, siendo especialmente relevante el hecho de que hayan colaborado en el pasado o lo sigan haciendo en el presente, en el marco de acuerdos o de prácticas restrictivas, lo que evidentemente ha de facilitar el paralelismo; el grado de madurez del mercado y el margen que queda todavía para el lanzamiento de innovaciones tecnológicas, cuanto mayor sea la madurez y menor el margen para la innovación, mayor será sin duda la tentación de paralelismo; la movilidad, cuanto mayores sean las barreras a nuevos competidores, menor será la competencia potencial, y mayor será también la probabilidad de alineamientos oligopolistas duraderos; la fuerza contractual de los clientes del oligopolio, unos clientes con gran fuerza negociadora pueden constituir un importante factor desestabilizador; el grado de transparencia del mercado, cuanto más transparente sea el oligopolio, más fácil será el alineamiento de conductas; la homogeneidad de los productos relevantes, cuanto mayor

⁹³⁴. Se trata de una cuestión estudiada por el prof. AURELIO PAPPALARDO, quien observa que las autoridades comunitarias han centrado su atención en varios factores. Vid. más extensamente citando jurisprudencia ejemplificativa a AURELIO PAPPALARDO: Ídem, págs. 356 y ss., cit. supra. Igualmente, siguiendo unos criterios y un orden parecido, pueden verse la Comisión en la decisión de 24 de abril de 1996, *Gencor/Lonrho*, DOCE L 11 de 1997, p. 30; y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión*, as. T-102/96 (de curia), esp. II-40 y ss., consid. 195 y ss. Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, *República Francesa y otros c. Comisión*, as. acum. C-68/94 y C-30/95, Rep. I-1375 y ss.

⁹³⁵. Ver *Gencor (1999)*, cit. supra, II-40 y ss. y las cits. infra.

sea, mayor será la tendencia a la uniformidad de comportamientos; la ausencia de productos sustitutivos o una baja elasticidad de la demanda son factores que la práctica comunitaria identifica como facilitadores del paralelismo. Se trata de un conjunto de criterios, que atienden a los rasgos, fundamentalmente estructurales, de un mercado, y que ayudan a averiguar el grado de rivalidad, y la importancia de los vínculos económicos o estructurales que facilitan y explican el alineamiento y la monopolización.

A la luz de estos ejemplos, y de la propia doctrina comunitaria, el Tribunal de Primera Instancia aclara en *Gencor (1999)* que, aunque en algún momento⁹³⁶ se hayan podido tener en cuenta, para la apreciación de una posición de dominio colectiva, no es necesaria la constatación de vínculos tales como la tenencia de una empresa común o de participaciones de capital entre empresas⁹³⁷, el concepto de vínculos económicos es más amplio y no puede reducirse sólo a esta clase de vínculos⁹³⁸.

«No existe ninguna razón [continúa el Tribunal en el consid. 276], en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos

⁹³⁶. Así en *VPI* y en *CEWAL*, las dos cits. supra.

⁹³⁷. *Gencor (1999)*, consid. 273, cit. supra. En este sentido, señala el Tribunal que «El Tribunal se limitó a destacar que, como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por vínculos económicos y que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Añadió que ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiera la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores (considerado 274).

⁹³⁸. *Gencor (1999)*, consid. 275, cit. supra.

de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo una reducción de precios), provocaría una reacción idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por tanto que soportar el descenso del nivel de precios.»⁹³⁹

«Esta conclusión [observa el Tribunal en el consid. 277] es aún más evidente en el ámbito del control de las concentraciones, cuyo objetivo es impedir que aparezcan o se refuercen estructuras de mercado contrarias a la competencia. Estas estructuras pueden resultar tanto de la existencia de vínculos económicos en el sentido estricto que defiende la demandante [empresas comunes o participaciones] como de las estructuras de los mercados de tipo oligopolístico, donde cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada.»⁹⁴⁰. De un modo más escueto pero no menos importante, y fuera del ámbito de las concentraciones, el Tribunal de Justicia parece confirmar estas apreciaciones en *Cewal (2000)*, cuando después de reconocer que no es necesario constatar un acuerdo para apreciar la posición de dominio colectiva,

⁹³⁹. Ídem, pág. II-55

⁹⁴⁰. Ídem, pág. II-56

señala que ésta «... podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate.»⁹⁴¹.

A nuestro juicio, las autoridades comunitarias con estas valiosas aclaraciones dadas en *Gencor* (1999) y confirmadas después en *Cewal* (2000) se aproximan mucho al punto de equiparar la posición de dominio colectiva al paralelismo consciente derivado de las solas características estructurales del mercado, en especial el grado de concentración, de homogeneidad y de transparencia (es decir, derivado de los vínculos económicos en sentido amplio, a que se refieren las autoridades comunitarias). Desde esta perspectiva, son las particulares características del mercado oligopolista de que se trate, las que generan unos vínculos económicos creadores de una fuerte interdependencia y, con ello, de una solidaridad de hecho, que da lugar al paralelismo consciente y, en su caso, a una posición de dominio colectiva.

Por su parte, en España, el Tribunal de Defensa de la Competencia no dudó en admitir la posición de dominio colectiva⁹⁴² fundada en el paralelismo consciente, en su resolución *Arbora y Ausonia* (1992),⁹⁴³ recaída en aplicación de la Ley 110/63 de 20 de julio sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Esta doctrina la confirmará después, para la ley 16/89 de Defensa de la Competencia, en dos resoluciones

⁹⁴¹. *Cewal* (2000), cit. supra, consid. 45.

⁹⁴². ALONSO SOTO, Ricardo: «Derecho de la competencia II: Defensa de la libre competencia», en *Curso de Derecho mercantil (Uría-Menéndez)*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 274.

⁹⁴³. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Sección I) *Arbora y Ausonia* de 7 de enero de 1992, as. 291/90, Ref. 92DC2, también sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia (Pleno) de 22 de mayo de 1992, as. 291/90, *Arbora Ausonia*.

posteriores, *Construcciones y Contratas* (1997)⁹⁴⁴ y en *Electra Caldense* (1999)⁹⁴⁵.

En *Arbora y Ausonia* el Tribunal de Defensa de la Competencia señala que «No es preciso que las empresas que conjuntamente tienen posición de dominio obren con acuerdo entre ellas, basta que con consciencia de su situación real en el mercado ejerciten su posición dominante en el mismo sentido y dirección. ...»⁹⁴⁶; y a continuación el Tribunal realiza un análisis económico del mercado en el que subraya el modo de concurrir a las subastas, la posición dominante de ambas empresas y los efectos que sobre sus desiguales competidores tiene la práctica conjunta del duopolio imperfecto de *Arbora y Ausonia*. En *Construcciones y contratas* (1997)⁹⁴⁷, el Tribunal presenta el recurso al abuso colectivo como un medio para soslayar la dificultad de prueba de la concertación.

En todas las resoluciones citadas, el Tribunal parece definir la posición de dominio conjunta como el ejercicio de la posición dominante en un mismo sentido y dirección con consciencia de la situación real en el mercado. Por tanto, dada una situación de mercado, no parece exigir al paralelismo otro plus que no sea el de la propia consciencia de la situación de dominio y de los efectos que la actuación conjunta puede tener en el mercado. Con todo, de la observación de las distintas situaciones de mercado en las que el Tribunal aprecia posiciones de dominio conjuntas, se puede quizá inferir que las distintas situaciones de mercado generan vínculos

⁹⁴⁴. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de junio de 1997, R 220/1997, *Construcciones y Contratas*.

⁹⁴⁵. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de febrero de 1999, *Electra Caldense*, As. 427/1998, ref. 99DC24.

⁹⁴⁶. Ídem, cit. supra.

⁹⁴⁷. Ídem., cit. supra.

estructurales capaces de explicar y sustentar la unidad de acción del paralelismo monopolista.

Con ello, parece que el Tribunal de Primera Instancia ha venido a converger en la posición adelantada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que no parece verse limitado por otra preocupación que no sea la de someter a la normativa antiabuso las prácticas oligopolistas restrictivas que escapan al control de cárteles. Sin duda, las normas antiabuso facilitan esta interpretación flexible, en cuanto no prohíben la posición de dominio en sí misma sino sólo el abuso. Pero es de prever que, en estos casos, no siempre será fácil diferenciar la unidad de acción creadora de la posición de dominio colectiva, de la propia acción abusiva. En cualquier caso, no se ha de perder de vista que el carácter gravemente anticompetitivo de las prácticas conjuntas tratadas hasta el momento, ha tenido un papel decisivo en la calificación y solución final de los asuntos comentados. Ello permite prever que sólo se acudirá al abuso colectivo ante distorsiones graves de la competencia en los oligopolios.

CAPÍTULO SEXTO:

**LA AFECTACIÓN AL COMERCIO ENTRE
LOS ESTADOS MIEMBROS**

A diferencia del artículo 6 LEDC, el artículo 82 TCE introduce un tercer elemento típico en el supuesto de hecho del abuso de posición dominante, cuando señala que quedará prohibida la explotación abusiva de una posición dominante «..., en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, ...». Se trata de una cláusula típica común a los artículos 81 y 82 TCE y que encuentra una aplicación similar en ambos preceptos⁹⁴⁸. De la introducción de esta cláusula en el artículo 82 TCE cabe deducir que la conducta abusiva de una empresa en posición de dominio en el Mercado común o en una parte sustancial del mismo, sólo entrará en el supuesto de hecho del artículo 82 TCE, si puede afectar el comercio entre los Estados miembros. Se dibuja pues como un requisito de aplicación del artículo 82 TCE. Interesa conocer cuál es la función y el alcance de esta condición típica.

⁹⁴⁸. BAEL/BELLIS: *Il Diritto della Concorrenza nella CE*, Torino: Giappichelli, 1995, pág. 93.

I) FUNCIÓN Y TRASFONDO DE LA CLÁUSULA DE AFECTACIÓN AL COMERCIO INTRACOMUNITARIO.

En la actualidad, las autoridades comunitarias y la mayoría de la doctrina convienen en señalar que la cláusula de afectación al comercio entre los Estados miembros obedece fundamentalmente a la función de delimitar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia frente a sus respectivos homólogos nacionales⁹⁴⁹. El Tribunal de Justicia señaló en su sentencia *Grundig-Consten* (1966) que la cláusula intracomunitaria viene a «... determinar, ..., el imperio del Derecho comunitario en relación con el de los Estados ...»⁹⁵⁰; y más tarde confirmó en *Hugin* (1979) que la interpretación y aplicación de esta previsión típica comienza reconociendo que su finalidad «es determinar, en materia de regulación de la competencia, el ámbito del Derecho comunitario en relación con el de los Estados miembros. ...»⁹⁵¹.

La delimitación de competencias se hace señalando la línea (la afectación o no del comercio entre los Estados miembros) a partir de la cual una determinada conducta abusiva de una empresa dominante ha de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 82 TCE o en el de sus

⁹⁴⁹. CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission". Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972, pág. 273. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 148. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 142. MICHEL WAELEBROECK Y ALDO FRIGNANI: *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 254. WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 215. BAEL/BELLIS: Ídem, cit. supra, pág. 92.

⁹⁵⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, as. ac. 56-58/64, *Grundig-Costen c. Comisión* Rep. 299, 341.

⁹⁵¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. C. Comisión* (sentencia *Hugin-Liptons*), Rep. 1869, 1899.

homólogos de las respectivas legislaciones nacionales⁹⁵². Luego, del artículo 82 TCE, se desprende que la explotación abusiva de una posición de dominio en el Mercado Común se subsumirá en el ámbito del artículo 82 TCE, cuando afecte al comercio entre los Estados miembros; y, en caso contrario, quedará sujeta a los tipos nacionales y fuera del ámbito del artículo 82 TCE.

La función delimitadora de competencias da a la cláusula intracomunitaria un fuerte calado político, ya que de si se adopta una interpretación amplia o restrictiva, depende que se extienda o reduzca la esfera del Derecho europeo de la competencia, y, con ella, las competencias de las autoridades comunitarias⁹⁵³. Podría pensarse que, una vez alcanzado el mercado interior, la cláusula intracomunitaria carece de sentido; sin embargo, a medida que el principio de subsidiariedad cobra fuerza en la defensa de la competencia comunitaria, la previsión de la afectación al comercio intracomunitario vuelve cobrar nuevo protagonismo⁹⁵⁴. Tradicionalmente las autoridades comunitarias han adoptado una generosa interpretación extensiva que ha dilatado al máximo el posible campo de aplicación del Derecho de la competencia comunitario, prueba de ello es que en el pasado las alegaciones de las empresas de que la práctica en cuestión no afectaba al comercio intracomunitario, raramente han tenido éxito⁹⁵⁵. Sin embargo, la reciente adopción del principio de subsidiariedad en el artículo 5 (antiguo artículo 3 B) del Tratado, permite esperar una interpretación más moderada de la cláusula

⁹⁵². CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 142.

⁹⁵³. WHISH: *Ídem*, cit. supra, pág. 213.

⁹⁵⁴. GAVALDA/PARLEANI: *Droit des affaires de l'Union Europeene*, Paris: Litec, 1998, pág.241.

⁹⁵⁵. WHISH: *Ídem*, cit. supra, pág. 215.

intracomunitaria que devuelva la competencia sobre algunos casos a las autoridades antimonopolio nacionales⁹⁵⁶. En efecto, a la hora de aplicar la cláusula intracomunitaria para delimitar las competencias entre las autoridades comunitarias y las nacionales, deberá tenerse en cuenta el principio de subsidiariedad recogido en el artículo 3,b del Tratado, según el que «... la Comunidad intervendrá, ..., sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.»⁹⁵⁷.

II) SIGNIFICADO Y ALCANCE DE SUS TÉRMINOS.

Sin embargo, lo que verdaderamente importa a este trabajo, no es tanto el dato adjetivo de la delimitación competencial como el dato sustantivo de saber cuándo se entiende afectado el comercio entre los Estados miembros, a los efectos del artículo 82 TCE. En este punto, señaló el Tribunal de Justicia en *Remia* (1985) que para apreciar dicha afectación «... ha de ser

⁹⁵⁶. *Ibidem*.

⁹⁵⁷. De todos modos, en materia de delimitación de competencias entre la Unión y los Estados, es importante tener en cuenta que la aplicación del Derecho comunitario no excluye necesariamente la aplicación del Derecho nacional de defensa de la competencia. Y también importa recordar que si se plantea un conflicto entre el Derecho de la competencia comunitario y el nacional, prevalece el Derecho comunitario. Ver al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, Rep. 1, consid. 6. También la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, as. T 149/89, *Sotralenz, S.A., c. Comisión*. Sobre la cuestión de la doble aplicación con el Derecho español, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en *BT/telefónica* (1999), después de recordar la cláusula intracomunitaria e invocar la sentencia arriba mencionada, recuerda que «... El artículo 86 (actual 82) TCE y el artículo 6 LEDC son aplicables simultáneamente, debido a que existe una dualidad de intereses susceptibles de protección que hace posible la aplicación conjunta de ambas normas, ...» (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 1999, as. 412/97, *BT/Telefónica*, fund. 10).

posible considerar con un grado de probabilidad suficiente, y en base a elementos objetivos de hecho o de derecho, que un acuerdo⁹⁵⁸ puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre los Estados miembros que pueda perjudicar la realización de un mercado único entre todos los Estados miembros ...»⁹⁵⁹. Interesa pues analizar a la luz de la doctrina comunitaria los elementos que integran esta cláusula típica.

A) «..., EN LA MEDIDA EN QUE ...»: LA REGLA DE MÍNIMOS.

La locución adverbial con que comienza la cláusula intracomunitaria recuerda que para que una conducta presuntamente abusiva pueda ser sometida al artículo 82 TCE, es necesario que tenga un mínimo de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros⁹⁶⁰. En este sentido, el Tribunal de Justicia confirma en la sentencia *Völk* (1969), donde se formuló por primera vez la doctrina de mínimos, que la práctica en cuestión (en ese caso, un acuerdo) «... escapa a la prohibición del artículo 85 (actual 81) TCE [entiéndase también al artículo 86 (actual 82) TCE] cuando no afecta al mercado más que de una forma insignificante, ...»⁹⁶¹.

⁹⁵⁸. Para el artículo 82 TCE entiéndase también "práctica" o "conducta" de la empresa dominante.

⁹⁵⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, as. 42/84, *Remia* c. Comisión, Rep. 2545, consid. 22. El test de la afectación al comercio entre los Estados miembros se estableció por primera vez en la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, as. 56/65, *Société Technique Minière* c. *Maschinenbau Ulm*, Rep. 235, 249 y 251; y se ha repetido después en otras muchas sentencias como la ya citada *Grundig/Consten* (1966), la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1981, as. 61/80, *Coöperatieve Stremsel-en Kleursel-fabriek* c. *Commission*, Rep. 851 y 867.

⁹⁶⁰. WHISH: *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths, 1993, pág. 223.

⁹⁶¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, as. 5/69, *Franz Völk* c. *Etablissements Jol. Vervaecke*, Rep. 302.

La doctrina de mínimos, establecida por el Tribunal de Justicia en interpretación de la cláusula intracomunitaria, supone que muchas prácticas podrán eludir la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, si alegan con éxito que no revisten la importancia suficiente para interesar al Derecho comunitario y, con él, al artículo 82 TCE⁹⁶². Para que una práctica entre en el tipo del artículo 82 TCE, es necesario pues que afecte al Comercio intracomunitario de una manera sensible. Se trata por tanto de una condición a cuyo cumplimiento vinculan las autoridades comunitarias la aplicación del artículo 82 TCE.

La insuficiencia de una práctica puede deberse a varias razones. Una primera causa suele ser la poca importancia de las partes en el mercado. En la *Comunicación de acuerdos de menor importancia (1997)*, la Comisión establece para los acuerdos entre empresas criterios de tipo cuantitativo a fin de orientar sobre cuál es el tamaño mínimo por debajo del cual se considera que un acuerdo es de menor importancia⁹⁶³.

La Comisión entiende que los acuerdos entre empresas de producción o de distribución de productos o de prestación de servicios no quedan comprendidas en la prohibición del artículo 81.1 TCE, cuando las cuotas de mercado del conjunto de las empresas participantes no superan, en ninguno de los mercados pertinentes:

- el umbral del 5%, cuando el acuerdo lo celebran empresas que operan en la misma fase de producción o de comercialización (acuerdos horizontales);

⁹⁶². WHISH: *Ibidem*.

⁹⁶³. *Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 TCE*, DOCE C 372 de 9 de diciembre de 1997.

- el umbral del 10%, cuando el acuerdo lo celebren empresas que operan en distintas fases (acuerdo vertical)
- o el umbral del 5% en los acuerdos mixtos o de calificación dudosa.

O también, cuando durante dos ejercicios seguidos la mencionadas cuotas no experimentan un incremento superior al 10%⁹⁶⁴.

Entiende la Comisión que estas cuotas deberán referirse al mercado pertinente, lo que exigirá previamente definir el mercado de producto y geográfico de referencia⁹⁶⁵. Y, en el caso de que existan dudas sobre la delimitación del mercado relevante, las empresas podrán considerar que un acuerdo no tiene efectos sensibles sobre los intercambios intracomunitarios o sobre la competencia, si en ningún Estado miembro se superan los umbrales de cuota indicados⁹⁶⁶. Estas reglas no se aplicarán, sin embargo, cuando la competencia resulte restringida por el efecto acumulado de redes paralelas de acuerdos similares establecidos por varios fabricantes o negociantes⁹⁶⁷.

Estos criterios cuantitativos los establece la Comisión para los acuerdos, las prácticas concertadas y las decisiones de asociación de empresas⁹⁶⁸ a efectos de considerar la aplicación del artículo 81.1 TCE; pero pueden servir también de orientación a la hora de valorar el carácter sensible de una afectación al comercio intracomunitario en el artículo 82 TCE. No obstante, como la explotación abusiva implica la exista de una posición

⁹⁶⁴. *Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia*, cit. supra, punto 9.

⁹⁶⁵. *Ibídem*, punto 13.

⁹⁶⁶. *Ibídem*, punto 17.

⁹⁶⁷. *Ibídem*, punto 18.

⁹⁶⁸. *Ibídem*, punto 6.

dominante en cuya evaluación se suelen ya tener en cuenta cuotas superiores a las indicadas, es de suponer que cuando existan prácticas abusivas de empresas dominantes, estos criterios cuantitativos se verán fácilmente cumplidos en el mercado relevante. En estos casos el criterio de la cuota relevante a escala nacional y especialmente el principio de subsidiariedad pueden adquirir una especial relevancia.

A parte de los criterios cuantitativos, la falta de sustancialidad de la afectación al comercio intracomunitario puede deberse también a otras razones, tales como la acción absorbente de los Derecho internos de los Estados⁹⁶⁹, la naturaleza del producto⁹⁷⁰, la limitación del comercio⁹⁷¹, etc., que pueden restar importancia cualitativa a la práctica discutida o que pueden hacer que los efectos sobre el comercio se circunscriban a un sólo Estado⁹⁷². Pero, con todo, como en tantas otras importantes cuestiones de Derecho de la competencia, no es posible fijar a priori unos criterios jurídicos que permitan prever a los interesados cuándo una determinada conducta tendrá la importancia suficiente para entrar en la esfera comunitaria. Se trata de una

⁹⁶⁹. Sentencia de 16 de diciembre de 1975, as. ac. 40-48-50-54-56-111-113-114/73, *Suiker Unie y otros (Azucar)*, Rep. 1.663.

⁹⁷⁰. La sentencia Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1981, as. 126/80, *Salonia*, Rep. 1563, donde el Tribunal, ante un acuerdo selectivo de acceso a la venta de periódicos en Italia, consideró que debía tenerse en cuenta si los periódicos extranjeros podían utilizar otros canales de distribución distintos de los contemplados en el acuerdo, y si la demanda de los productos era rígida en el sentido de si presentarían variaciones importantes en el caso de que el acuerdo dejara de estar en vigor (consids. 15 y 17). También la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hugin-Liptons*, Rep. 1.869.

⁹⁷¹. En la decisión de 22 de julio de 1980, *The Distillers Company Ltd.*, DOCE L 233/43 de 4 de septiembre, cabe apreciar que las restricciones en las ventas en las tiendas libres de impuestos no es probable que tengan un efecto sensible.

⁹⁷². CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 163 y 168.

cuestión de hecho, que habrá de resolverse en cada caso según sus circunstancias⁹⁷³.

Por otra parte, aunque cuando una practica afecta de manera sensible a la competencia, permite presumir la afectación sensible al comercio intracomunitario⁹⁷⁴; sin embargo, ello no significa que haya ser necesariamente así⁹⁷⁵, sobre todo a medida que cobra importancia el principio de subsidiariedad. Es posible que una práctica abusiva afecte la competencia en el plano local dentro de un Estado; pero que no llegue a revestir la importancia suficiente para afectar sensiblemente al comercio intracomunitario⁹⁷⁶.

B) «... QUE PUEDA AFECTAR ...»

A) SENTIDO DE LA AFECTACIÓN.

En una primera aproximación, podría pensarse que en consecuencia con su inclusión en una cláusula de reparto de competencias, el término «afectar» no tendría otra finalidad que la delimitación de competencias entre el ente comunitario y los nacionales. Tendría por ello sólo un carácter neutro que permitiría aplicar el

⁹⁷³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, as. 19/77, *Miller International c. Comisión*, Rep. 131. CHILD/BELLAMY: *Ibídem*, pág. 163,

⁹⁷⁴. WHISH: *Ídem*, cit. supra, págs. 216, 221.

⁹⁷⁵. WAELBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, cit. supra, pág. 269.

⁹⁷⁶. En este sentido el abogado general REISCHL en *Hugin* (1979), pág. 1929, que consideró que no basta la sola afectación estructural para considerar que el comercio entre los Estados miembros ha estado afectado, pues este efecto puede tener sólo un carácter local. En este mismo sentido el Tribunal de Justicia consideró en *Hugin* que una negativa de suministro por parte de Higin a Liptons no era susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembro, porque tenía sólo un alcance local y no alteraba los canales usuales de movimiento de productos (*Hugin*, cit. supra, consid. 19). BAEL/BELLIS: *Ídem*, cit. supra, págs. 95 y 96. Igualmente respecto de los acuerdos WAELBROECK/FRIGNANI: *Ibídem*. Entendemos que esta misma reflexión es válida para el abuso de posición dominante, basta poner como ejemplo los múltiples casos tratados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, ya cits., o por las restantes autoridades antimonopolio nacionales de los otros Estados miembros.

artículo 82 TCE simplemente, cuando la conducta afectara al comercio entre los Estados miembros, cualquiera que fuera el sentido (positivo, negativo o neutro) de esa afectación⁹⁷⁷.

No obstante, sin perjuicio de su incuestionada función delimitadora de competencias, también puede pensarse que dada su inclusión en los artículos 81 y 82 TCE, el término «afectar» no puede desvincularse de los objetivos de las normas en que se incardina, y debe tener por ello un sentido negativo, valorado desde la perspectiva de los objetivos del Tratado al que sirven dichas normas. El término «afectar» debería contemplarse también como un primer elemento típico sustantivo que, además de su incuestionada función delimitadora de competencias, vendría a añadir un elemento de antijuridicidad a la conducta discutida: la posibilidad de que ésta pueda obstaculizar la realización de los objetivos del Tratado mediante la afectación al comercio entre los Estados miembros. Luego, una conducta que afectara al comercio entre los Estados miembros sólo abriría el paso a los artículos 81 y 82 TCE, cuando lo afectara de una forma contraria a dichos objetivos⁹⁷⁸. De este modo, el concepto de afectación al comercio intracomunitario deviene sustantivo y evolutivo⁹⁷⁹.

Las autoridades comunitarias parecen haberse inclinado en favor de esta última tesis, aunque últimamente se adivina en su doctrina una tendencia a la objetivación⁹⁸⁰. En la sentencia *Grundig-Consten* (1966) el

⁹⁷⁷. Esta tesis vino apoyada en el significado neutro de los vocablos usados en las versiones inglesa, francesa, española y portuguesa en las versiones.

⁹⁷⁸. FONT GALAN: *Ibidem*, págs. 150 y 151; y GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; págs. 738 y 739. BAEL/BELLIS: *Il Diritto della Concorrenza nella CE*, Torino: Giappichelli, 1995, pág. 92.

⁹⁷⁹. GAVALDA/PARLEANI: *Ídem*, cit. supra, pág. 241.

⁹⁸⁰. Ver WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, cit. supra, págs. 263 y ss.

Tribunal de Justicia señaló que también es necesario «... saber si el acuerdo es susceptible de afectar, de forma directa o indirecta, potencial o actual, la libertad de comercio entre los Estados miembros en un sentido contrario a la realización de los objetivos de un mercado único entre los estados»⁹⁸¹. En el mismo sentido se pronunció más tarde en *Hugin (1979)* al señalar que «... [d]e esta forma [es decir, mediante la delimitación de competencias], se encuentran sometidos al Derecho comunitario cualquier acuerdo y cualquier práctica susceptible de poner en tela de juicio la libertad de comercio entre los Estados miembros en el sentido de poder impedir la realización de los objetivos de un mercado único ...»⁹⁸². Tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión, parecen interpretar el término «afectar» como una acción contraria a los objetivos del Tratado, lo que da a la cláusula intracomunitaria una cierta sustantividad en los tipos de los artículos 81 y 82 TCE.

B) CARÁCTER CUALITATIVO DE LA AFECTACIÓN.

Se impone entonces una segunda pregunta: ¿en qué deberá consistir esa afectación contraria a los objetivos del Tratado?. En un primer momento, podría pensarse que el comercio intracomunitario se vería negativamente afectado, cuando la conducta discutida disminuyera el flujo de intercambios entre los Estados miembros. Pero esta apreciación sería errónea, pues, de un lado, el Tratado no persigue el aumento de los intercambios como un fin en sí mismo, sino el establecimiento de un sistema de mercado en el que la

⁹⁸¹. *Grundig-Consten (1966)*: Ibídem.

⁹⁸². *Hugin (1979)*: Ibídem.

competencia no sea distorsionada⁹⁸³. Y de otro no se olvide que, sin perjuicio de las connotaciones cualitativas que enseguida veremos, la primera finalidad de este término es servir de criterio de delimitación de la esfera de aplicación del Derecho de la competencia comunitario⁹⁸⁴. En este sentido, el Tribunal de Justicia sentenció expresamente en *Grundig/Consten* (1966) que «... la circunstancia de que una acuerdo favorezca un aumento, incluso considerable, del volumen de comercio entre Estados, no basta para descartar que dicho acuerdo pueda "afectar" a dicho comercio»⁹⁸⁵.

Por ello, una correcta interpretación del término «afectar» debe hacerse en un sentido cualitativo⁹⁸⁶. No en vano, el Tribunal de Justicia señaló en *Grundig* (1966) que «... sobre todo es importante averiguar si el acuerdo puede cuestionar, de manera directa, actual o potencial, la libertad de comercio entre Estados miembros en un sentido que pudiera perjudicar a la realización de los objetivos en un mercado único entre Estados.»⁹⁸⁷. Y, unos años más tarde señaló en *Frubo* (1975) que el comercio queda afectado cuando los flujos comerciales entre Estados miembros se desvían de su orientación natural⁹⁸⁸. De ahí se deduce que para el Tribunal habrá afectación al comercio entre los Estados miembros, si se altera el

⁹⁸³. FONT GALAN: *Ibidem*, pág. 152. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 147.

⁹⁸⁴. WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 215, 217. WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, cit. *supra*, pág. 264.

⁹⁸⁵. *Grundig/Consten* (1966), cit. *supra*, Rep. 495.

⁹⁸⁶. WAELEBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, cit. *supra*, pág. 265. FONT GALAN: *Ibidem*.

⁹⁸⁷. *Ibidem*.

⁹⁸⁸. Sentencia de 15 de mayo de 1975, as. 71/74, *Frubo c. Comision*, Rep. 653. También sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelin c. Comisión*; Rep. 3461; de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hugin Liptons*, Rep. 1.869, consid. 25; y sentencia de 29 de octubre de 1980, as. ac. 208-215-218/78, *Heintz van Landewyck (FEDETAB)*, Rep. 3.125, consid. 172.

flujo o características del comercio, o se hace que el comercio se desarrolle de una forma distinta a como se hubiese desarrollado de no producirse la afectación⁹⁸⁹.

Esta interpretación es consecuente con la función principal que el Tratado encomienda a los artículos 81 y 82 TCE, en los que precisamente se incardina la cláusula intracomunitaria: la realización de un verdadero mercado único entre los países miembros, que funcione de forma libre, natural y eficiente, gracias a la realización de una competencia económica efectiva y socialmente eficaz⁹⁹⁰. Luego, sólo cuando una práctica colusoria o abusiva altera o puede alterar las condiciones, volumen, o ritmo normales o naturales de los intercambios económicos intracomunitarios, valorados conjuntamente; podrá considerarse que afecta negativamente al comercio entre los Estados miembros, lo cual, como hemos visto, se corresponde más con una valoración cualitativa que cuantitativa de la afectación⁹⁹¹.

Con todo, en algunas sentencias más recientes, el Tribunal ha parecido dar un paso importante hacia la neutralización de la cláusula intercomunitaria, cuando ha considerado suficiente que el acuerdo se refiera, aunque sólo sea parcialmente, a un producto procedente de otro Estado miembro⁹⁹². Con ello, parece dar ha esta expresión su máxima extensión⁹⁹³.

⁹⁸⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1975, as. 71/74, *Frubo c. Comisión*, Rep. 563, 580; o sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelín c. Comisión*, Rep. 3461, 3463. CHILD/BELLAMY: Ídem, pág. 146

⁹⁹⁰. FONT GALAN: Ídem, pág. 152. También la Comisión ha acudido frecuentemente a esta regla, así, por ejemplo, la decisión de 18 de julio de 1988, *Napier Brown-British Sugar*, DOCE L 284/41, de 19 de octubre.

⁹⁹¹. FONT GALAN: *Ibidem*.

⁹⁹². Sentencias de 10 de diciembre de 1985, as. 260/82, *Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie*, Rep. 3.801, consid. 53; y, as. ac. 240 .../82, *Stichtingsigarettenindustrie*, Rep. 3.831, consid. 49.

⁹⁹³. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, pág. 267.

C) «AFECTACIÓN AL COMERCIO» Y «AFECTACIÓN A LA COMPETENCIA».

Nótese que, de este modo, la afectación al comercio intracomunitario en sede del artículo 82 TCE se acerca mucho, si es que no se llegan a confundir⁹⁹⁴ con la afectación misma de la competencia, y, con ella, con la realización de los mandatos contenidos en algunas de las letras del artículo 3 TCE y, en especial con la contenida en su letra g)⁹⁹⁵. Ello significa que el juicio que nos ocupa no sólo podrá tener en cuenta repercusiones de la afectación sobre los intercambios, esto es, sobre el comercio en sentido estricto, sino que también podrá tener en cuenta los efectos sobre la competencia y las estructuras del mercado⁹⁹⁶. Tanto es así, que el Tribunal de Justicia, ha considerado este requisito cumplido en buena medida, si la conducta de que se trata afecta negativamente la estructura de la competencia⁹⁹⁷. En la sentencia *Commercial Solvens (1973)* el Tribunal para decidir si había habido afectación al comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 82 TCE, tomó en consideración no sólo los efectos de la práctica sobre los flujos comerciales, sino también las consecuencias para la estructura de la competencia efectiva en el

⁹⁹⁴. La confusión quizá no es todavía total, porque subsiste su función autónoma delimitadora de competencias.

⁹⁹⁵. FONT GALAN: Ídem, pág. 152. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, cit. supra, págs. 181 y ss.

⁹⁹⁶. FONT GALAN: Ibídem. VAN BAEL/BELLIS: *Competition Law of the EEC*, Chicago: CCJ Editions Limited, 1987, pág. 36. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 142. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 741.

⁹⁹⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, as. ac. 6-7/73, Rep. 223, 252 y 253. WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 221. CHILD/BELLAMY: Ibídem, pág. 149.

Mercado común⁹⁹⁸. Este planteamiento se usa frecuentemente en asuntos referidos al artículo 82 TCE, en el que la existencia de una posición de dominio en el Mercado común o en una parte sustancial del mismo ya supone por sí misma una significativa afectación estructural del mercado, que hace particularmente grave un abuso de la misma naturaleza⁹⁹⁹. Y también se ha usado en asuntos relativos al artículo 81.1 TCE¹⁰⁰⁰. El uso de este criterio en la interpretación de la cláusula intracomunitaria ha permitido presumir hasta el momento que si una práctica restringe la competencia, cae en el ámbito de los artículos 81 y 82 TCE, a menos que pueda demostrarse lo contrario¹⁰⁰¹.

Con todo, sin perjuicio de la tendencia indicada, es importante no olvidar que, como ya observó el abogado general REISCHL y confirmó el Tribunal en *Hugin (1979)*, la relación entre afectación de la competencia y afectación al comercio entre los Estados miembros no es automática, pues la afectación a la competencia, también en los supuestos de abuso de posición dominante, puede tener un carácter local y no trascender al comercio intracomunitario¹⁰⁰². Esta posibilidad cobra mayor importancia tras la incorporación del principio de subsidiariedad comunitaria en el actual artículo 5 (antiguo artículo 3 B) del Tratado.

⁹⁹⁸. Sentencia de 6 de marzo de 1974, as. 6-7/73, *Commercial Solvens*, Rep. 223, consid. 32.

⁹⁹⁹. WHISH: *Ibidem*.

¹⁰⁰⁰. *Ibidem*.

¹⁰⁰¹. Ver WHISH: *Ídem*, cit. *supra*, pág. 216.

¹⁰⁰². Ver la sentencia *Hugin (1979)*, cit. y coment. en nota *supra*, y también la opinión del abogado general REISCHL, pág. 1920. En este sentido WAELBROECK/FRIGNANI: *Ídem*, cit. *supra*, pág. 269, y BAEL/BELLIS: *Ídem*, págs. 95 y 97. Basta en este punto con ver los supuestos de abuso tratados por la autoridades antimonopolio nacionales.

D) AFECTACIÓN POTENCIAL E INDIRECTA.

Continuando con esta amplia interpretación del término «afectar», la jurisprudencia comunitaria, apoyada en la letra del precepto, que reza «... que pueda afectar ...», confirma que no es necesario que la afectación sea actual o efectiva, sino que basta con que se pueda prever razonablemente¹⁰⁰³. Del mismo modo, considera que tampoco es necesario que el efecto sea directo, también un efecto indirecto podrá ser tomado en consideración¹⁰⁰⁴. El Tribunal de Justicia señaló en *Remia* (1985) que para que se entienda cumplida la afectación intercomunitaria «... ha de ser posible considerar con un grado de probabilidad suficiente, ..., que un acuerdo puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros ...»¹⁰⁰⁵. Así, se ha considerado suficiente que la conducta afecte a la materia prima de un producto comercializado entre los Estados miembros, aunque la materia prima en sí misma no lo sea¹⁰⁰⁶; o que se limite la validez de la garantía de un producto al país que se ha vendido éste, por entender que ello puede desincentivar las compras hechas en otros Estados miembros¹⁰⁰⁷. También las conductas de empresas en zonas fronterizas pueden ser fácilmente tomadas en consideración por entender que de forma indirecta o potencialmente pueden afectar al comercio entre los

¹⁰⁰³. WHISH: *Ibidem*, pág. 217 y ss. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*, pág. 150.

¹⁰⁰⁴. WHISH: *Ídem*, cit. *supra*, pág. 218.

¹⁰⁰⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1985, as. 42/84, *Remia c. Comisión*, Rep. 2545, consid. 22. Igualmente, las sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, as. 19/77, *Miller International*, Rep. 131, consid. 15; o de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, 20.

¹⁰⁰⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, as. 123/83, *BNIC c. Clair* (1985), Rep. 391.

¹⁰⁰⁷. Así lo entendió la Comisión en decisión de 23 de octubre de 1978, *Re Zanussi Sp A Guarantee* DOCE L 322/26 de 16 de noviembre.

Estados miembros¹⁰⁰⁸. La alegación de que la empresa dominante no podía o no quería afectar al comercio entre los Estados miembros con la conducta cuestionada, generalmente no prosperará, si, entre otras razones, se entiende que esta situación puede cambiar en cualquier momento¹⁰⁰⁹. Y tampoco se requiere que todas las cláusulas de un contrato afecten a dicho comercio, si el contrato en su conjunto lo afecta¹⁰¹⁰; etc. Por tanto, para las autoridades comunitarias también la afectación potencial y la indirecta son suficientes para entender cumplida la cláusula intercomunitaria.

E) CONSTATACIÓN DE LA AFECTACIÓN.

Sin embargo, tanto la apreciación de una, como de la otra, deben constatarse y fundamentarse de forma clara y razonable, y no basta la sola especulación teórica¹⁰¹¹. El Tribunal de Justicia estableció ya en *Société Technique Minière (1966)*, «... debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad sobre la base de un conjunto de factores objetivos de hecho o de derecho que el acuerdo en cuestión puede tener una influencia, directa o indirecta, actual o potencial, en

¹⁰⁰⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre 1983, as. 107/82, *AEG-Telefunken*, Rep. 3151, 3202, donde un fundamento importante de la afectación del comercio entre los Estados miembros fue que, a pesar de los problemas de vender televisores de otros Estados debido a las diferencias técnicas, había una demanda de televisores AEG en las regiones fronterizas de Alemania y Francia.

¹⁰⁰⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, as. 19/77, *Miller International*, Rep. 131, 150. *AEG (1983)*: ya cit., Rep. 3201.

¹⁰¹⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 1986, as. 193/83, *Windsurfing International*, Rep. 643.

¹⁰¹¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hugin-Liptons*, Rep. 1869. WHISH: Ídem, pág. 216. CHILD/BELLAMY: Ídem, pág. 150. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: Ídem, pág. 743. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, págs. 269 y ss.

el comercio entre los Estados miembros ...»¹⁰¹². No obstante, en la práctica, la Comisión no necesita presentar mucha evidencia probatoria, para que este punto de conexión sea considerado cumplido por el Tribunal de Justicia, que en su jurisprudencia la ha apreciado también de una forma muy extensiva¹⁰¹³. En realidad, para considerarlo satisfecho, bastará con descubrir que los productos de que se trate sean, o sea probable que puedan ser, objeto del comercio entre los Estados miembros¹⁰¹⁴. Pese a la reiterada exigencia de constatación efectiva de la posibilidad de afectación¹⁰¹⁵, ello deja sin duda un importante margen a la especulación¹⁰¹⁶.

C) «... AL COMERCIO ...».

Otro sustantivo típico básico que integra la cláusula intracomunitaria es el término «comercio», que sustantiviza el objeto sobre el que ha de recaer la afectación. Nos preguntamos entonces si este término debe ser objeto de una interpretación restrictiva que entendería que sólo los intercambios de mercancías podrían ser objeto de comercio; o, por el contrario, debe ser objeto de una interpretación extensiva que considere comercio toda actividad económica, cualquiera que sea su naturaleza, ya sea productiva, de distribución, de

¹⁰¹². Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, as. 56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, Rep. 337. También sentencia de 11 de julio de 1985, as. 42/82, *Remia*, Rep. 2.545.

¹⁰¹³. VAN BAEL/BELLIS: *Competition Law of the EEC*, Chicago: CCJ Editions Limited, 1987, págs. 36 y 37. WHISH: *Ibidem*, pág. 249.

¹⁰¹⁴. *Ibidem*.

¹⁰¹⁵. Ver *Miller (1978)*, ya cit. o *Michelín (1983)*, ya cit. CHILD/BELLAMY: *Ídem*, cit. *supra*, pág. 150.

¹⁰¹⁶. WHISH: *Ídem*, cit. *supra*, págs. 217, 218. De hecho, en *Michelín (1983)* el demandante acusó sin éxito a la Comisión de haber realizado un análisis abstracto y teórico (Sentencia del TRIBUNAL DE JUSTICIA de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelín c. Comisión*, Rep. 3461).

prestación de servicios, o de financiación y gestión de capitales.

Aunque en un primer momento hubo opiniones en el sentido de limitar el significado del término «comercio» al de intercambios comerciales¹⁰¹⁷, en la actualidad el Tribunal de Justicia en *Züchner* (1981) ha adoptado una interpretación claramente extensiva¹⁰¹⁸. Hoy la generalidad de la doctrina es partidaria de un concepto amplio y moderno de «comercio» que alcance a todo tipo de actividades económicas que puedan incidir sobre la competencia en el Mercado Común y, con ella, en el buen funcionamiento del sistema de mercado que el Tratado establece como forma de ordenación de las actividades económicas. Ello es además coherente con el concepto amplio de «empresa» contenido en las normas comunitarias¹⁰¹⁹. En este sentido, el Tribunal de Justicia manifestó en *Züchner* (1981) que la noción de «comercio» contenida en el artículo 81 TCE (también artículo 82 TCE), debe interpretarse de forma amplia, como equivalente a toda actividad económica, pues las reglas comunitarias de la competencia alcanzan de forma general a todas ellas¹⁰²⁰. Así se han considerado incluidos en el término comercio transacciones monetarias¹⁰²¹, servicios de seguro¹⁰²², acuerdos de franquicia¹⁰²³ o intercambios de

¹⁰¹⁷. CATALANO, N.: «Rapports entre les règles de concurrence établie para le Traité Comunidad Económica Europea et la législation des Etats membres», RIDC, 269 (1963).

¹⁰¹⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, as. 172/80, *Züchner c. Bayerische Vereinsbank*, Rep. 2021.

¹⁰¹⁹. FONT GALAN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, pág. 153.

¹⁰²⁰. *Züchner* (1981), cit. supra, *Ibidem*. También el comentario que GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL ofrece de la sentencia (*Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994, pág. 744).

¹⁰²¹. *Züchner* (1981, cit. supra).

¹⁰²². Ver el XIII informe sobre la política de la competencia de 1984, puntos 67-69.

¹⁰²³. Sentencia Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, as. 161/84, *Pronuptia de Paris c. Schillgalis*, Rep. 353, consid. 24, donde el Tribunal consideró que

servicios¹⁰²⁴. También se considera que el término «comercio» no se refiere sólo a los intercambios comerciales en sentido estricto, sino que alcanza también a las compras de un particular para uso personal en otro Estado¹⁰²⁵. Igualmente se han considerado «comercio» los intercambios dentro de un mismo grupo¹⁰²⁶. Además el término «comercio» en el artículo 82 TCE no se refiere sólo al intercambio de los bienes y servicios objeto de la práctica abusiva, sino que alcanza al comercio en su conjunto¹⁰²⁷.

D) «... ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS, ...».

Y, por fin, para que una determinada afectación al comercio interese al Derecho de la competencia comunitario, es necesario que afecte o pueda afectar al comercio «entre los Estados miembros». Este es el verdadero punto de conexión que justifica la aplicación del ordenamiento comunitario de la competencia frente sus homólogos nacionales, y es, por tanto, desde el punto de vista de su función de reparto de competencias, la verdadera piedra angular de la cláusula intracomunitaria,

acuerdos de franquicia entre franquiciador y franquiciado o entre franquiciados pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, cuando pueden producir el efecto de segmentar los mercados.

¹⁰²⁴. Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1979, as. 22/79, *Greenwich Film*, Rep. 3.275, consid. 11; de 4 de mayo de 1988, as. 39/87, *Bodson c. Pompes funèbres*, Rep. 2.479, consid. 25. También por lo que se refiere al movimiento de trabajadores entre empresas de diferentes estados ver la opinión del abogado general LENZ, núm. 261, manifestada en la sentencia de 15 de diciembre de 1975, as. C-415/93, *Bosman*, Rep. I-5.040. Con mayor detalle sobre servicios admitidos por la Comisión, ver CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 144-5.

¹⁰²⁵. MICHEL WAELBROECK Y ALDO FRIGNANI: *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 256, sobre la base de la decisión de 12 de diciembre de 1978, *Kawasaki*, DOCE L 16 de 23 de enero, núm. 26. También el abogado general WARNER en la sentenciad del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1979, as. 34/79, *Henn & Darby*, Rep. 3.795.

¹⁰²⁶. Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1985, as. 260/82, *Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie*, consid. 53; y, as. ac. 240-.../82, *Stichting Sigarettenindustrie (SSI)*, Rep. 3.831, consid. 49.

¹⁰²⁷. Ver de forma general WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, ya cit., pág. 256.

máxime si se tiene en cuenta la latitud con que se interpretan o definen los otros términos típicos de esta previsión¹⁰²⁸. Interesa saber entonces cuándo es previsible que una afectación al comercio sea considerada de orden intracomunitario.

De forma general se entiende por «... comercio entre los Estados miembros ...» las corrientes de intercambios entre uno o varios Estados miembros de la Comunidad y otro u otros Estados miembros¹⁰²⁹. Normalmente se presumirá que una práctica afectará al comercio entre los Estados miembro, cuando se refiera directamente a transacciones internacionales, especialmente si restringe las importaciones o las exportaciones; o cuando las partes están situadas, operan, o la práctica se aplica en más de un Estados miembro o en toda la Comunidad, aunque sea a través de filiales o sucursales¹⁰³⁰. Para las autoridades comunitarias, habrá especialmente afectación al comercio entre los Estados miembros, cuando la práctica en cuestión sea capaz de compartimentar el mercado de determinados productos entre los Estados miembros¹⁰³¹. En estos casos, este requisito se entenderá particularmente cumplido¹⁰³².

Para que se entienda lesionado el comercio entre los Estados miembros, no se requiere que las prácticas discutidas se extiendan o afecten a todos y cada uno de los Estados miembros; ni siquiera es necesario que afecten de forma directa a más de un Estado, incluso una

¹⁰²⁸. Véase CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 146.

¹⁰²⁹. . WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, pág. 257.

¹⁰³⁰. Véase a CHILD/BELLAMY: *Ibidem*, pág. 147, donde se cita abundante jurisprudencia en apoyo e ilustración de estos supuestos presuntivos.

¹⁰³¹. CHILD/BELLAMY: Ídem, cit. supra, pág. 148.

¹⁰³². Ídem. Sentencias de 30 de junio de 1966, as. 56/65, *Societé Technique Minière*, Rep. 337; de 12 de julio de 1979, as. ac. 32-36-82/78, *BMW Belgium*, Rep. 2.435; o de 11 de julio de 1985, as. 42/84, *Remia*, Rep. 2.545;

práctica extendida sólo sobre un Estado o una parte de él puede ser suficiente¹⁰³³, siempre que, en estos últimos casos, pueda afectar también, aunque sea de forma indirecta o potencial, al comercio intracomunitario¹⁰³⁴. Esto será particularmente cierto cuando afecte a todo el territorio de un Estado por el posible efecto de compartimentación nacional¹⁰³⁵.

No es tampoco preciso que la corriente comercial directamente afectada sea sólo comunitaria, pues una corriente comercial entre un Estado miembro y un extranjero se considera que también puede afectar, aunque sea potencial o indirectamente, al comercio entre los

¹⁰³³. Ver espec. la sentencia de 4 de mayo de 1988, as. 30/87, *Bodson c. Pompes funèbres*, Rep. 2.479, el Tribunal apreció afectación del comercio entre los Estados miembros en la prestación de un servicio funerario por parte de un grupo de empresas beneficiarias de una concesión administrativa, que detentaba dentro de un Estado una posición de dominio sobre una parte importante de su territorio. También la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michélin c. Comisión*; Rep. 3461, consid. 103, por un sistema de descuento aplicado en el interior de un solo Estado miembro.

¹⁰³⁴. Sentencia de 18 de marzo de 1970, as. 43/69, *Bilger c. Jehle*, Rep. 127. En el caso *Centhandelaren (1972)*, el Tribunal de Justicia consideró que un cartel de cemento que se extendía sólo al mercado holandés y no era seguido por todas las cementeras y no se aplicaba a las exportaciones e importaciones, afectaba al comercio intracomunitario, porque entendió que un acuerdo que se extiende a todo un Estado miembro tenía por su propia naturaleza el efecto de reforzar la compartimentación de los mercados siguiendo las fronteras nacionales e impidiendo con ello la realización de los objetivos del Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1972, as. 8/72, *Centhandelaren c. Comisión*, Rep. 977). O en el caso *Salonia (1981)*, el Tribunal de Justicia se manifestó en los mismos términos respecto a un sistema cerrado de distribución de periódicos que se aplicaba a casi todos los puntos de venta italianos, y además señaló que en el caso de los periódicos este criterio debía aplicarse con mayor rigor que con otros productos, porque es particularmente necesario asegurar la libre circulación de noticias y opiniones (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1981, as. 126/80, *Maria Salonia c. Giorgio Poidomani*, Rep. 1563). Sin embargo, en la sentencia de 26 de noviembre de 1975, as. 73/74, *Groupement des Fabricants des Papiers Peints de Belgique*, Rep. 1.491, el Tribunal matizó esta afirmación señalando que era necesario analizar otros elementos como la fuerza de los implicados en la colusión o la importancia relativa de la práctica en cuestión. CHILD/BELLAMY: Ídem, cit. supra, pág. 151. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, págs. 260 y ss. WHISH: Ídem, cit. supra, pág. 218 y ss. FONT GALAN: Ídem, cit. supra, pág. 157.

¹⁰³⁵. Ver nota supra.

Estados miembros¹⁰³⁶. Y no es incluso necesario que la práctica discutida se realice en la Comunidad, pues prácticas proyectadas sólo fuera de ella, pueden afectar, aunque sólo sea de forma indirecta o potencial, también al comercio intracomunitario¹⁰³⁷. Ello es debido a que el criterio decisivo para valorar el carácter intracomunitario de una afectación, no es tanto la localización de la sede o establecimiento, o de la práctica de la empresa, como la efectiva incidencia, actual o potencial, directa o indirecta, de la práctica enjuiciada sobre el orden comunitario¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶. Respecto al artículo 82, sentencia de 6 de marzo de 1974, as. 6-7/73, *Comercial Solvens*, Rep. 223, consid. 33, respecto a un producto para ser exportado fuera del Mercado común; Sentencia del Tribunal de Justicia de de 14 de febrero de 1978, as. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rep. 1978-2, pág. 207, 294, consid. 207, o la decisión de 19 de diciembre de 1990, *ICI/Solvay*, DOCE L 152/21 de 15 de junio, respecto a importaciones del exterior a países miembros; la decisión de 14 de diciembre de 1985, DOCE L 374/1 de 31 de diciembre (en apelación sentencia del Tribunal de Justicia de de 3 de julio de 1991, as. C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comisión -AKZO III-*, Rep. I-3359); o la decisión de 1 de abril de 1992, *Comités de armadores frances y del África occidental*, DOCE L 134 de 18 de mayo. En la sentencia de 28 de marzo de 1984, as. 29/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines S.A. et Rheinzink GmbH c. Comisión*, Rep. 1.679, un acuerdo entre estas dos compañías conforme la segunda exportaría bienes al Oriente Próximo se consideró que afectaba al comercio entre los Estados miembros, porque podía producir el efecto de proteger el mercado alemán contra las importaciones paralelas. En la sentencia *Suiker Unie (1973)* el Tribunal de Justicia entendió que una práctica concertada entre empresas comunitarias orientada a exportar fuera de la Comunidad ciertas cantidades de azúcar, afectaba al comercio intracomunitario, porque, de no haberse realizado tales prácticas, parte de esas exportaciones hubieran tenido que venderse dentro la la Comunidad, con las consiguientes repercusiones que ello hubiera tenido sobre el precio (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, as. 40/73, etc., *Suiker Unie c. Comisión*, Rep. 1663). La Comisión consideró, en su decisión de 9 de junio de 1972, *Raymond-Nagoya*, L 143/39 de 23 de junio, que un acuerdo entre una empresa comunitaria y otra extracomunitaria, por el que la segunda se comprometía a no reimportar, perjudicaba al comercio entre los Estados miembros. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, pág. 257. CHILD/BELLAMY: Ídem, cit. supra, págs. 154 y ss. WHISH: Ibídem. FONT GALAN: Ídem, cit. supra; pág. 159.

¹⁰³⁷. FONT GALAN: Ídem, cit. supra, págs. 159 y ss.

¹⁰³⁸. Véase FONT GALAN: Ibídem, de forma general págs. 154 y ss.

III) LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA Y LA CLÁUSULA INTERCOMUNITARIA.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos si los distintos supuestos de explotación abusiva de una posición dominante pueden afectar o no el comercio entre los Estados miembros. A nuestro modo de ver, si la práctica reviste el mínimo de importancia para superar la regla de mínimos, la respuesta debe ser afirmativa. En efecto, primero, porque la cláusula intercomunitaria es ante todo un criterio de reparto de competencias entre los Derechos de la competencia nacionales de los Estados miembros y el Derecho de la competencia comunitario. Segundo, porque la existencia de la posición de dominio sobre el Mercado Común o una parte sustancial del mismo, hace muy difícil que una practica realizada desde una tal dominación no afecte o al menos sea razonable que pueda afectar, directa o indirectamente al comercio entre los Estados miembros. Y, tercero, porque la amplitud con que las autoridades comunitarias interpretan los términos «afectar» y «comercio» en la cláusula intracomunitaria, permite pensar que las prácticas abusivas podrán subsumirse en sus respectivos términos típicos, tanto desde la perspectiva de la acción, que se subsumirá en el término «afectar», como de la actividad económica en que consiste su objeto, que se subsumirá en el término «comercio». Ciertamente, incluso en los casos de abuso explotativo pensamos, en primer lugar, que desde el punto de vista cualitativo son conductas forzadas (en buena medida impuestas o posibles gracias a la posición de dominio), que no se darían en una situación de competencia normal. Son conductas que demuestran un desarrollo del comercio distinto al que se daría en una situación de competencia normal, y ello sin necesidad de acudir al dato de la disminución cuantitativa del

comercio que en ocasiones también pueden y suelen suponer las situaciones de monopolio ineficientes. Y, en segundo lugar, el carácter económico de la actividad discutida, hace que no pueda ser indiferente a una norma, cuya función es, precisamente, velar por el efectivo funcionamiento del sistema de mercado querido por el Tratado.

CAPÍTULO SÉPTIMO:

**LA «EXPLOTACIÓN ABUSIVA» I:
NOCIÓN GENÉRICA**

El artículo 82.1 TCE, al igual que el artículo 6 LEDC, prohíbe «, la explotación abusiva ... de una posición dominante ...». De este modo, el término típico «explotación abusiva» pasa a ser la noción fundamental del supuesto de hecho del 82 TCE, en torno a la que se articula la regla general prohibitiva de este precepto. Sin embargo, pese a su importancia, ni el Tratado en el artículo 82 TCE, ni la legislación derivada ofrecen definición alguna de este término típico clave de la norma antiabuso.

El artículo 82.2 TCE señala a su vez que «... [t]ales 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 según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.».

No obstante, esta enumeración se ha demostrado de escasa utilidad en la definición del término «explotación abusiva». A parte de que estos supuestos han sido redactados de una forma tan amplia que bien pueden justificar los más diversos contenidos, se trata de una enumeración no exhaustiva y a título meramente ejemplificativo, que sólo quiere ilustrar el concepto de explotación abusiva sin agotarlo. Es más, incluso se ha negado que estos supuestos tengan carácter absoluto, pues el Tratado tampoco ha pretendido establecer un catálogo de conductas abusivas *per se*¹⁰³⁹, sino más bien de presunciones de abuso¹⁰⁴⁰. Con el artículo 82.2 TCE los redactores del Tratado de Roma sólo quisieron ofrecer una lista orientativa de ejemplos claros que ayudaran a ilustrar la cláusula general del artículo 82.1 TCE, a la que deben subsumirse siempre las conductas enjuiciadas⁽¹⁰⁴¹⁾⁽¹⁰⁴²⁾.

¹⁰³⁹. VAN DER MEERSCH/WAELBROECK: *Droit des communautés européennes*. Les Nouvelles. Bruxelles: Larcier, 1969; pág. 838.

¹⁰⁴⁰. MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. Tomos I y IV: *La competencia*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 70.

¹⁰⁴¹. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72 *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. pág. 215.

¹⁰⁴². En el mismo sentido parece pronunciarse el Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto R 79/94 *Tandem-Ruta Sur*, cuando al disertar sobre la enumeración del artículo 6.2 LEDC (que con pequeñas variaciones sigue la del artículo 82.2 TCE) subraya su carácter ejemplificativo y no cerrado. Señala el Tribunal que «... [t]odos los supuestos del número segundo del artículo 6 son puros y meros casos de aplicación ejemplificativa de la cláusula general [del artículo 6.1] ...», y que «... carece totalmente de sentido pretender otorgar ningún tipo de jerarquía o preferencia a la aplicación de los supuestos del número segundo sobre los del primero: porque el tipo es el mismo, sin ninguna diferencia, más que la que exista de lo general a lo particular.». Para el Tribunal «... resulta lógico, dentro de la economía de la norma, que ante la necesidad de reflejar claramente lo que la *mens legislatoris* tiene previsto, se quiera establecer una lista o elenco de supuestos en los que el legislador

Se trata sin duda de una política de voluntaria imprecisión conceptual que, a fin de salvaguardar la máxima flexibilidad normativa, no define los términos típicos básicos que utiliza. Son las autoridades antimonopolio las que en su práctica decisoria han tenido que ir definiendo este término típico.

Por otra parte, a la hora de estudiar la doctrina de las autoridades antimonopolio, es importante tener en cuenta que su actividad hermenéutica va más orientada a buscar una solución correcta a los casos concretos que se les plantea, que a elaborar un sistema doctrinal coherente y completo sobre el sentido de este término; y que su doctrina puede y suele venir en buena medida determinada por las directrices de política económica que exige el contexto económico, social y político en el que nace, máxime si se comprende el carácter relativo e instrumental que se otorga a la competencia en el ámbito europeo. Esta técnica jurídica, más sajona que continental, genera una interpretación teleológica caracterizada por la máxima flexibilidad en la identificación de los elementos del tipo del abuso. El resultado es un cuerpo jurídico en evolución, zigzagueante unas veces, con lagunas otras, y que no debe considerarse completo o cerrado¹⁰⁴³. Esto, que en buena

tiene claramente establecido que ese supuesto de abuso de posición de dominio sí se da ... Y lo hace así para dejar claro que [normalmente] se trata de supuestos de comisión del tipo infractor, ...», siempre, claro está, que cumplan con los requisitos que definen el tipo general del apartado primero (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de diciembre de 1994, asunto R 79/1994 *Tandem-Ruta Sur*).

¹⁰⁴³. FERNÁNDEZ LERGA: *Derecho de la Competencia*, Pamplona: Aranzadi, 1994, pág. 3. Véase también FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 279. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX-Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 33. VAN OMMESLAGHE/VAN DE WALLE DE GHELCKE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les*

medida se puede predicar de la generalidad de Derecho de la competencia, es particularmente cierto en el caso del término «explotación abusiva».

El mismo problema hermenéutico plantea el artículo 6 LEDC, que transcribe casi literalmente el artículo 82 TCE. En su interpretación, el Tribunal de Defensa de la Competencia considera en *Talleres Muñoz (1992)* que «... [l]a redacción del artículo 616/89 de 17 de julio, así como las diferencias de su contenido con el artículo 2 TCE de la vieja Ley 110/63 de 20 de julio, hace que no exista en el derecho español de la competencia una noción general sobre "La explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional"; sin embargo la similitud de este precepto con el artículo 82 TCE, permite invocar la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar de la interpretación del derecho interno, en lo que aquél sea de aplicación.»¹⁰⁴⁴. Así pues se reconoce la doctrina comunitaria como un útil instrumento interpretativo del sentido del término «explotación abusiva» en el artículo 6 LEDC.

En base a ello, nos proponemos analizar ordenadamente distintos aspectos del término típico «explotación abusiva», común a ambas normas, y reflexionar sobre algunas de las cuestiones que su definición sigue planteando. Para ello, vamos a diferenciar aquellos rasgos generales sobre los que reina algún consenso en la doctrina y que permiten formular una noción genérica de explotación abusiva, cuestión que vamos a tratar a continuación; de aquellos otros no tan

décisions de la Commission (janvier 1973 - février 1982), en RMC, nº 1 y 2 de 1984, pág. 434.

¹⁰⁴⁴. En este sentido, ver la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, *Talleres Muñoz*.

pacíficos sobre los que se ha producido alguna controversia y en particular lo referente al alcance y sentido de esta noción¹⁰⁴⁵, que se tratarán en los dos últimos capítulos de este trabajo.

I) NOCIÓN GENÉRICA DE «EXPLOTACIÓN ABUSIVA»

A) *EL ABUSO EN EL LENGUAJE COMÚN Y EN EL JURÍDICO.*

Antes de entrar en la averiguación directa del significado de la expresión «explotación abusiva», es aconsejable recordar qué se entiende por «abuso» en el lenguaje común, y qué se entiende de forma general por «abuso de derecho» en el lenguaje jurídico¹⁰⁴⁶.

A) EL ABUSO EN EL LENGUAJE COMÚN.

Veamos cómo definen el abuso tres importantes diccionarios de nuestro entorno. Si acudimos al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*¹⁰⁴⁷, veremos que define el término «abusar» como el «1) Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa.» o como «2) Hacer objeto de trato deshonesto

¹⁰⁴⁵. Supone un paso más de concreción en la definición de la explotación abusiva y lleva ya a la definición de los tipos de abuso comprendidos en el término genérico de explotación abusiva. Su definición gira en torno a la determinación del qué y a quién protege el artículo 82 TCE, cuestión sobre la que se han suscitado encendidas polémicas.

¹⁰⁴⁶. El artículo 3.1 del Código Civil Español señala que «Las normas se interpretarán según en sentido *propio* de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y a la finalidad de aquellas». Ahora nos proponemos averiguar sólo el sentido del término «abuso» en el lenguaje común y en el técnico jurídico, lo que puede ayudar a la determinación del significado que este término tiene en los artículos 82 TCE y 6 LEDC.

¹⁰⁴⁷. *Diccionario de la Real Academia Española*, decimonovena edición, Madrid: Real Academia Española de la Lengua, 1982.

a una persona débil o inexperta»; y el término «abuso» lo define como «Infidelidad que consiste en burlar o perjudicar uno a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva, o descuido, le ha dado crédito.». De igual modo, si acudimos al *The American Heritage Dictionary*¹⁰⁴⁸, veremos que define la acción de «abuse» como «1) To use wrongly or improperly», o «2) To hurt or injure by maltreatment»; e igualmente define el sustantivo «abuse» como «1) Improper use or handling; misuse.» o «2) «A corrupt practice or custom»; o, de forma más precisa, el *Black's Law Dictionary*¹⁰⁴⁹, recogiendo también el significado común de este concepto, define la acción «abuse» como «To make excessive or improper use of a thing, or to employ it in a manner contrary to the natural or legal rules for its use. To make an extravagant or excessive use, as to abuse one's authority», y el sustantivo «abuse» como «Everything which is contrary to good order established by usage. Departure from reasonable use; immoderate or improper use.». Y, si consultamos al *Le Robert*¹⁰⁵⁰, veremos definida la acción de «abuser» como «user mal, avec excès.», y el sustantivo «abuso» como «usage mauvais, excessif ou injuste d'une chose». Parece entonces que todos ellos coinciden en definir el sentido común del abuso como *un mal uso de alguna cosa*.

B) EL ABUSO DEL DERECHO.

Como sabemos el *derecho subjetivo* es un poder que el Ordenamiento Jurídico atribuye a su titular para

¹⁰⁴⁸. *The American Heritage Dictionary*, Second college edition, Boston: Houghton Mifflin Company, 1991.

¹⁰⁴⁹. *Black's Law Dictionary*, sixth edition, Direction of HENRY CAMPBELL BLACK, St. Paul, minn.: West Publishing co., 1990.

¹⁰⁵⁰. *Le Robert micro*, nouvelle édition, Paris: Dictionnaires Le Robert, 1992.

la satisfacción de sus intereses. Y es posible que en el ejercicio de su poder el titular del derecho subjetivo cause un perjuicio a terceros (así, por ejemplo, el empresario que, en ejercicio de su libertad económica, con una mejor oferta arrebatara clientes a sus competidores); pero, en principio, éstos deberán soportar este perjuicio, porque rige en el Derecho el principio general *qui iure suo utitur neminem laedit*, según el cual quien ejercita un derecho no causa un daño ilegítimo (injusto), sino tolerado por el Ordenamiento Jurídico para la satisfacción del legítimo interés amparado por ese derecho. Se entiende que la adecuada satisfacción de los intereses individuales ha de conducir, con la coordinación ejercida por el Derecho, a la satisfacción del *interés general*¹⁰⁵¹.

Ahora bien, es evidente que este principio no puede tener una validez absoluta. Por ello, ya desde el principio ha tenido sus límites en las exigencias éticas del Derecho, y especialmente hoy, dentro de la tendencia actual del Derecho¹⁰⁵² a resolver la eterna dialéctica entre la satisfacción del interés individual y el general en favor de este último (interés social), es lógico que se entienda inadmisibles que los individuos puedan, usando sus facultades como titulares de derechos subjetivos, menoscabar intereses de mayor importancia para la comunidad¹⁰⁵³. Es aquí donde ha de situarse la aparición

¹⁰⁵¹. FERNÁNDEZ DE LA GARANDA en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid: Cívitas, 1994, págs. 42 y 43.

¹⁰⁵². Del Derecho, en general, y del Derecho de la Competencia, en particular. El Derecho de la competencia pasa con este proceso de ser un Derecho de clase orientado a la tutela de los intereses individuales de los competidores a un Derecho, un Derecho de conflictos interempresariales, a ser un Derecho general de ordenación del mercado (MENÉNDEZ, AURELIO: *La competencia desleal*, Madrid: Civitas, 1988, págs. 95 y ss.). Igualmente FONT GALAN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, pág. 118.

¹⁰⁵³. Véase la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944. Dice el Tribunal Supremo en esta sentencia que «Los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico

del abuso de derecho como una necesidad de reprimir ciertos actos que, aunque lícitos, pueden, sin embargo, dañar a la sociedad sin que el actor obtenga provecho o ventaja, o la que obtenga sea muy inferior a los daños causados¹⁰⁵⁴.

De este modo, y sin perjuicio de las numerosas cuestiones que plantea (algunas de evidente interés para el estudio de la figura que nos ocupa), la doctrina civil define el abuso del derecho como el acto realizado usando de un derecho objetivamente legal, que causa daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, y cuya inmoralidad o antisocialidad se manifiesta, de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio legítimo) u objetiva (cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho), según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución¹⁰⁵⁵. Vemos así que el abuso del derecho

y social, e incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha reconocido y perfilado el concepto del abuso del derecho, condiderándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y, c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)"

¹⁰⁵⁴. MARTÍN PEREZ: en *Nueva enciclopedia jurídica*, dirección de Carlos E. Macareñas. Barcelona: Seix, 1983, págs. 128, 129.

¹⁰⁵⁵. MARTIN PÉREZ: *Ibidem*; DÍEZ PICAZO, Luis: «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», DJ 1332 y ss. (1974). ALBALADEJO define el ejercicio abusivo o abuso del derecho como «una conducta activa o pasiva dañosa para tercero, que, aunque procede del titular de un derecho, sin embargo, sobrepasa manifiestamente los límites normales (límites que no son los legales, sino los que, dentro de éstos, considere corrientes la conciencia social de la época) del ejercicio del mismo (ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil I*, vol. 2, Barcelona: Bosch, 1996, pág. 39). LA CRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil I*, 3, Barcelona 1986, pág. 125 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral* 12 ed. Madrid, 1978,

no es sino una forma cualificada de abuso, el que consiste en un mal uso de un derecho.

Seguidamente interesa preguntarse si el abuso de posición de dominio es o no una forma cualificada de abuso del derecho, que consistiría en el mal uso de la especial libertad económica (y poder de mercado) que proporciona la posición de dominio, abuso del derecho que por su contenido concurrencial merecería un tratamiento especial en el Derecho de la competencia. No se trata de una cuestión sin importancia, pues, si fuera así, aún teniendo en cuenta las particularidades de este tipo cualificado, algunas o muchas de las aportaciones de la doctrina en el estudio de aquél podrían ser útiles para la comprensión de éste. En cualquier caso, existe una identidad sustancial entre ambos que, arrancando ya del significado común del verbo «abusar» y del sustantivo «abuso», consiste en un mal uso de los derechos subjetivos, que son los derivados de una especial libertad económica, en el tipo especial del abuso de posición de dominio. En fin, parece que el abuso de posición de dominio, es, al menos desde el punto de vista conceptual¹⁰⁵⁶, un tipo cualificado de abuso del derecho. Si hubiera un artículo 7.2 CC en el Derecho comunitario como lo hay en nuestro Derecho interno, se podría decir que el artículo 82 TCE es una norma especial respecto de aquella, que, para mejor aplicar el principio del abuso, establecería una regulación específica para la

págs. 59 y ss. ROCA JUAN: *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, I Madrid 1978, pág. 375. Véase la sentencia citada *supra*, cuyas definiciones, en la línea del pensamiento moderno viene a recoger el artículo 7 CC.

¹⁰⁵⁶. Contrástese la definición dada –comúnmente aceptada por la doctrina civil– con la general del abuso de posición de dominio también generalmente aceptada, que veremos a continuación. Parece evidente que el concepto de abuso de posición de dominio se incluye en el campo semántico del concepto de abuso de derecho, es decir, el resultado de la intersección entre ambos conceptos parece ser el mismo abuso de posición de dominio.

privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante¹⁰⁵⁷.

B) LA NOCIÓN GENÉRICA DE «EXPLOTACIÓN ABUSIVA» EN LA DOCTRINA COMUNITARIA.

A) PROPUESTAS DE LA DOCTRINA.

Al igual que las autoridades comunitarias, durante los primeros años de aplicación del Tratado, la doctrina se centró fundamentalmente en el artículo 81 TCE y dejó en cierto modo olvidado el artículo 82 TCE. En ese momento, la preocupación de la Comunidad se centraba en la lucha contra las ententes y toleraba el crecimiento de las empresas a fin de favorecer la formación de empresas comunitarias de dimensiones óptimas para el nuevo mercado común y capaces de hacer frente a la creciente competencia internacional. Fue con ocasión del *Memorandum sobre las concentraciones económicas en el Mercado Común de 1965*, en el que la Comisión pidió a un grupo de profesores un estudio del artículo 82 TCE, que la doctrina ofreció un primer concepto genérico de abuso que, conforme con el sentido común y jurídico del termino, venía a recoger el común sentir de los autores. El abuso de posición de dominio se veía, en ese informe, como

¹⁰⁵⁷. Véase el profesor MENÉNDEZ, que en el moderno Derecho económico considera apropiada una configuración del ilícito anticoncurrencial inspirada en el abuso del propio derecho a la libre iniciativa económica, con lo que se quiere subrayar la incongruencia o disconformidad de la propia conducta concurrencial respecto de la escala de intereses que ha cristalizado en un determinado orden económico. El ilícito anticoncurrencial se presenta así más que como un abuso individual como un abuso institucional fundado en la infracción de las reglas objetivas que delimitan el orden económico. El ejercicio de un derecho no puede lesionar la finalidad de un instituto jurídico -la competencia- en el que funcionalmente se integra. (cit. supra, pág. 110). Ver igualmente PAZ ARES: "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)" en RDM, nº 159, de 1981, pág. 84; y FONT GALAN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*», Madrid: Tecnos, 1987, pág. 166 y ss.

«... el ejercicio del poder de dominio para la obtención de ventajas que no se habría podido tener de haber reinado una competencia efectiva ...»¹⁰⁵⁸.

En sentido parecido definía también el abuso el profesor SAMKALDEN, que era miembro del grupo encargado del estudio, pero añadiendo la idea de daño a los intereses de los otros agentes del mercado:

«La explotación de aquellas ventajas en el mercado que no se obtendrían de no haber habido posición de dominio, resultando en daño a los intereses de otros partícipes en el mercado ...»¹⁰⁵⁹

Y, en esta misma dirección, el profesor GOLDMAN, recogiendo un amplio sentir de la doctrina¹⁰⁶⁰ y los elementos extraídos por la Comisión de los estudios de los profesores¹⁰⁶¹, señalaba que hay abuso de posición de dominio cuando:

«... la empresa o las empresas que se encuentran en esta situación se aprovechan de ella para procurarse,

¹⁰⁵⁸. Véase *infra* la cita del *Memorandum sobre las concentraciones económicas en el Mercado Común de 1965* que recoge la definición dada por los profesores encargados del estudio. GROUP D'ETUDE 1965-1967: *Les monopoles dans le Marché Commun (l'article 37 du traité de Rome)*. Milano: Giuffrè, 1968.

¹⁰⁵⁹. SAMKALDEN/DRUKER: "Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 3, n. 2, september 1965; pág. 176.

¹⁰⁶⁰. Análogas definiciones eran dadas por CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission". *Rev. Cahiers de Droit Européen*, n. 3 de 1972, pág. 291. BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles: Maison Ferd. Larquier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1977; págs. 300-301. LANGEN, E.: *Mrktbeherrschung und ihr Missbrauch nach art. 86 TCE des EWG-VERTRAGES* en *Estudes sur le droit Économique européenne*, pág. 49. Etc.

¹⁰⁶¹. Véase *infra*.

en perjuicio de sus proveedores, competidores y clientes, una ventaja que el juego normal de la competencia no les habría permitido obtener.»¹⁰⁶²

Se trataba de una interpretación simple y natural (no forzada) del artículo 82 TCE, de la que se desprendía un concepto de abuso respetuoso con los elementos constitutivos de la prohibición del artículo 82 TCE y correcto desde el punto de vista lógico-formal¹⁰⁶³.

B) DOCTRINA DE LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS.

En los primeros catorce años del Tratado de Roma, la acción comunitaria se centró en el art. 81 y dejó prácticamente inaplicado el art. 82. Ello se debió en buena medida a que es más difícil constatar la existencia de un abuso que la de una entente¹⁰⁶⁴. Sin embargo, sí hubo algunas incursiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia que, recogiendo la *communis opinio* de la doctrina, ya sea en el plano teórico ya en el decisorio, no dejaron de aportar una útil aproximación general al concepto jurídico que nos ocupa.

i) Primeros posicionamientos teóricos de la Comisión.

En el plano teórico, la Comisión, sin entrar en la polémica suscitada desde bien pronto en la doctrina en torno al sentido del artículo 82 TCE y el contenido del término «explotación abusiva», hizo un intento de aproximación teórica, con el que, reproduciendo las

¹⁰⁶². GOLDMAN: *Droit commercial européen*, troisième édition. Paris: Dalloz, 1975; pág. 417.

¹⁰⁶³. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 271.

¹⁰⁶⁴. PLAISANT, Robert /FRANCESCHELLI, Rémo /LASSIER, Jaques: *Droit européen de la concurrence*. Paris: Delmas et Cie., 1978; pág. 59.

conclusiones a que habían llegado el grupo de profesores al que consultó, no dejó de ofrecer importantes orientaciones¹⁰⁶⁵:

- *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965.*

Tras consultar con algunos profesores europeos sobre el posible contenido de los conceptos jurídicos del art. 82, con ocasión del *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965*, expresó algunas opiniones sobre la noción de explotación abusiva, de las que nos interesa destacar el concepto genérico de abuso dado. Para la Comisión, hay

«... explotación abusiva cuando el comportamiento de la empresa constituye *objetivamente un comportamiento culpable respecto a los objetivos fijados por el Tratado*». Y recuerda que, «como no hay definición general del abuso, su existencia deberá apreciarse, en cada caso, en función de los objetivos de la norma donde figure este concepto.»¹⁰⁶⁶.

En cuanto los sujetos pasivos del abuso señala que

¹⁰⁶⁵. MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. Tomos I y IV: *La concurrence*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 68. FRIGNANI/WAELBROECK: *Disciplina della concorrenza nella Comunità Economica Europea*, (tercera edición), Nápoles: Jovene editore napoli, 1983, pág. 115.

¹⁰⁶⁶. *Memorandum sobre el problema de las concentraciones en el m.c. de 1965*, Bruselas (Communauté économique européenne, collection «Etudes», série Concurrence, n° 3, documento 8182/1/VII/1966/5), 1966, págs. 25-26, n° 25.

«Las prácticas abusivas de una empresa dominante pueden manifestarse frente a los competidores actuales o potenciales, a los proveedores o a los usuarios.»¹⁰⁶⁷

- *Primer informe sobre la política de la competencia de 1972.*

En su primer informe, la Comisión, comentando el asunto *Gema* (1971)¹⁰⁶⁸ y parafraseando al grupo de profesores encargados del estudio sobre la aplicación del artículo 82, definió la explotación abusiva del modo siguiente:

«Hay explotación abusiva sobre un mercado de una posición dominante, cuando el detentador de esa posición utiliza las posibilidades que de ella se derivan para obtener ventajas que no hubiera podido obtener de haber habido una competencia efectiva»¹⁰⁶⁹.

Con todo, estas primeras aproximaciones teóricas de la Comisión, como las que realizó en otros textos de la época¹⁰⁷⁰, no pasaron de ser aproximaciones genéricas que seguían dejando en el aire la determinación del contenido

¹⁰⁶⁷. *Ibidem.*

¹⁰⁶⁸. Decisión de 2 de junio de 1971, *GEMA*, DOCE L 134/15 de 20 de junio.

¹⁰⁶⁹. Esta misma idea de abuso será reiterada más tarde en *United Brands* (1978), donde el Tribunal de Justicia señaló en el fundamento de derecho n° 249 que «conviene, pues, investigar si quien detenta esa posición ha utilizado las posibilidades derivadas de ella para obtener ventajas de operaciones que no habría obtenido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz.» (Sentencia de de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rep. 1978-2). El Primer informe sobre la política de la competencia está contenido en el Quinto informe general sobre la actividad de las Comunidades, 1971, Bruxelles/Luxembourg, février, 1972. Esta definición parafrasea la dada por el grupo de profesores encargados por la Comisión del estudio de la aplicación del artículo 82. Véase el *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1965*, pág. 22.

¹⁰⁷⁰. Ver más extensamente la relación de decisiones que ofrece FOCSANEANU, cit. infra.

concreto del concepto de explotación abusiva. Poca luz ofrecían sobre las cuestiones fundamentales que más interesaban del art. 82, aunque, como veremos más adelante, sí podían ofrecer algunas pistas nada desdeñables en orden a la determinación del qué y del a quién protege el artículo 82 TCE.

ii) La noción genérica en la doctrina del Tribunal de Justicia.

• *Precedentes.*

El Tribunal de Justicia tuvo ocasión de decidir si había o no explotación abusiva en tres cuestiones prejudiciales que se le plantearon: *Parke Davis (1968)*¹⁰⁷¹, *Sirena (1971)*¹⁰⁷², y *Deutsche Gramophon (1971)*¹⁰⁷³. En ellas el Tribunal de Justicia, después de observar que los derechos de propiedad industrial o intelectual no conferían por sí mismos a su titular una posición de dominio sino que era necesario además que le dieran la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva en una parte considerable del mercado a tomar en consideración; señaló que la existencia de una diferencia de precio importante y no justificada entre los productos protegidos y los similares no protegidos, podía constituir un importante indicio de abuso. De este modo, el Tribunal de Justicia, siguiendo el concepto reproducido por la Comisión, parecía ver el abuso como una ventaja injustificada que una empresa en posición de dominio obtenía frente a los otros agentes del mercado, y

¹⁰⁷¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1968, as. 24/67, *Parke Davis & Co. c. Centrafarm*, Rec. 81.

¹⁰⁷². Sentencia de 18 de febrero de 1971, as. 40/70, *Sirena Srl c. Eda Srl & autres*, Rec. 69.

¹⁰⁷³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1971, as. 78/70, *Deutsche Gramophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH*, Rep. 487.

parecía entender también que su constatación era un importante indicio de la existencia de una posición de dominio que, en principio, pudiera aparecer dudosa.

• *United Brands (1978)*.

El mismo concepto o idea de abuso reiteraría explícitamente el Tribunal de Justicia años más tarde en la sentencia *United Brands (1978)*, donde señaló en el punto 249 que

«Es pues necesario averiguar si el detentador de esta posición [de dominio] ha utilizado las posibilidades que de ellas se derivan para obtener ventajas de las transacciones que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz.»¹⁰⁷⁴.

Se trata en suma de una definición amplia que, básicamente conforme con el sentido común y jurídico del término «abuso» y con el sentir general de la doctrina¹⁰⁷⁵, busca establecer unos parámetros definitorios elementales sobre los que articular la interpretación y aplicación del artículo 82 TCE, y por extensión del artículo 6 LEDC¹⁰⁷⁶. Puede decirse que hasta este grado de concreción existe (o existió, si se entiende que más tarde se llegó a romper) un consenso general en la doctrina comunitaria en torno a esta noción

¹⁰⁷⁴. *United Brands (1978)*, cit. supra, consid. 249.

¹⁰⁷⁵. Así, por ejemplo, SAMKALDEN/DRUKER, cit. supra; GOLDMAN, cit. supra; o, en España, RODRÍGUEZ ARTIGAS «Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, 1996, por citar sólo un trabajo reciente.

¹⁰⁷⁶. Talleres Muñoz (1992), cit. supra.

genérica¹⁰⁷⁷ de explotación abusiva de una posición dominante y a sus rasgos básicos definitorios, en línea con el significado sustancial del término. Es en el desarrollo o concreción de este concepto, y especialmente en la definición de su sentido y contenido, donde en algún momento ha surgido cierta polémica.

Ciertamente las doctrinas comunitaria y española han ofrecido conceptos más detallados de abuso, como el que se refiere a los supuestos de abuso anticompetitivo o estructural; pero se trata de conceptos más específicos que, contenidos en la noción genérica vista, no agotan el tipo general del artículo 82 TCE. Entendemos, por ello, que esta exposición debe seguir el concepto acotado con prudente latitud por la doctrina comunitaria, para, sin contradecir básicamente los supuestos específicos a los que se refiere, no descartar, en la medida de lo posible, ningún supuesto de abuso que pueda darse en la realidad de los mercados. Como muy bien señala el Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto *Tandem-Ruta Sur* (1994) «... La interpretación debe realizarse siguiendo la idea general de eficacia de las normas de que su existencia responde a un contenido que tiene como finalidad operar sobre la realidad y acomodar tal contexto a la voluntad del legislador ...»¹⁰⁷⁸, y, siendo el Derecho de la competencia un instrumento de política económica, que puede perseguir sus fines por rutas muy variadas, parece aconsejable, como se hace siempre en materia de competencia (y así parece haberlo querido particularmente el legislador con la voluntaria imprecisión de los artículos 82 TCE y 6 LEDC), tratar la noción de «explotación abusiva» en su máxima amplitud a

¹⁰⁷⁷. Decimos genérica y no general, para diferenciarlo de un concepto general completo o acabado.

¹⁰⁷⁸. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de diciembre de 1994, as. R 79/1994, *Tandem-Ruta Sur*

fin de hacer de él un instrumento jurídico flexible que, con la seguridad que ofrece un acabado instrumento jurídico, sea capaz de abarcar sin encorsetamientos la infinita variedad de supuestos que ofrece la vida económica en los mercados modernos¹⁰⁷⁹.

II) EL ABUSO DESDE EL PUNTO DE VISTA FINAL.

De la noción de «explotación abusiva» formulada por la doctrina comunitaria se colige que, desde el punto de vista finalista o teleológico, el abuso de posición dominante se presenta como un comportamiento contrario a los objetivos del Tratado y a los fines del artículo 82 TCE.

A) RAZONES QUE JUSTIFICAN LA POSICIÓN DE DOMINIOO.

A) UN COMPORTAMIENTO CONTRARIO A LOS OBJETIVOS DEL TRATADO.

En el mismo sentir expresado por la Comisión en el *Memorándum sobre las concentraciones económicas (1965)*, la doctrina, como es de rigor, concebía el abuso también como un comportamiento contrario a los objetivos del Tratado, tal y como venían definidos en los artículos 2, 3, y, de forma más detallada, en el artículo 81.3 TCE (antiguo art. 85.3)¹⁰⁸⁰. Ello permitía augurar un amplio

¹⁰⁷⁹. Esta es precisamente una de las grandezas, la flexibilidad que necesita, y también uno de los defectos, la inseguridad jurídica que con frecuencia comporta, del Derecho de la competencia. La flexibilidad es también la nota dominante en la línea interpretativa que sigue la jurisprudencia comunitaria, a la que se ha llegado a acusar de legislar por la vía de la interpretación correctora (ver por todos FOCSANEANU comentando *Continental Can (1973)*, cit. *infra*).

¹⁰⁸⁰. DERINGER: "Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité", en *Revue du Marché Commun* de decembre de 1962, n° 64, pág. 488. SAMKALDEN/DRUKER: "Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 3, n. 2, september 1965; pág. 177. DUBOIS:

abanico de interpretaciones¹⁰⁸¹, pues, como suele suceder con las interpretaciones de objetivos, podían ser entendidos de distintas formas y con distintas prioridades y alcances. En cualquier caso, en lo que habrá unanimidad es en la comprensión del abuso como un comportamiento contrario a los objetivos expresados en el artículo 2 TCE¹⁰⁸².

También en el ordenamiento jurídico español, la explotación abusiva de posición de dominio se descubre como un comportamiento contrario al orden constitucional económico definido por la Constitución Española (en adelante CE), del que la Ley española de defensa de la competencia, como señalan muy bien los párrafos primero, segundo y quinto de su exposición de motivos, no es sino una concreción. En efecto, según la Exposición de motivos de la Ley 16/89 de 17 de julio, la defensa de la competencia y, con ella la prohibición del abuso de posición de dominio, tiene como finalidad «... garantizar el orden económico constitucional en el sector de la económica de mercado, ...» (párrafo quinto), asegurando «... la existencia de una competencia suficiente y ...» protegiéndola «... frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias

La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 290. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 285 a 289. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág.

¹⁰⁸¹. JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 690, FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 33, de un lado, y *Continental Can (1973)*, de otro, por citar sólo los ejemplos más extremos.

¹⁰⁸². Ídem. Ver infra.

jurídicas o económicas, de orden público o privado. ...» (párrafo segundo). Y ello, señala la exposición de motivos, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que «..., de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación¹⁰⁸³, ha de ...» entroncarse «... directamente con el artículo 38 CE [se relaciona con los artículos 14, 33 y 35 CE]. ...» (párrafo primero). Así lo reconoce también implícitamente el Tribunal Constitucional cuando, en la sentencia 88/86 de 1 de julio, ve las prácticas anticoncurrenciales como contrarias al sistema de mercado querido por la Constitución¹⁰⁸⁴, modelo económico que, como señala el profesor Aragón, se corresponde básicamente con el modelo definido por la Unión Europea, y que, por ser España Estado miembro, resulta de obligado cumplimiento¹⁰⁸⁵.

B) LIBERTAD ECONÓMICA, ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y ABUSO.

Lo anterior implica que el ejercicio de la libertad económica de la empresa dominante (y de sus derechos derivados) deberá ser conforme con el orden público económico definido por el Tratado y, en su caso, por la Constitución. ¿Significa esto que la libertad económica se reconoce a los agentes para la realización de los objetivos del Tratado? No exactamente. La base liberal del Tratado y los órdenes constitucionales de los

¹⁰⁸³. Queda por ver en qué medida ello es acorde con el Tratado de Roma. Probablemente esta última previsión quedará vacía de contenido por exigencias del Tratado de Roma, si es que éste puede imponerse a la Constitución, pues parece difícil que el Tratado de Roma admita la planificación como sistema económico enfrentado al sistema de mercado que postula y que sólo ahora, tras el Tratado de la Unión Europea comienza a verse atemperado con elementos sociales.

¹⁰⁸⁴. Sentencia del Tribunal Constitucional 88/86 de 1 de julio, cit. infra.

¹⁰⁸⁵. ARAGÓN, Manuel: «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* Madrid: Civitas, 1996, pág. 169.

Estados miembros demuestran que, al igual que ocurre con la generalidad de los derechos subjetivos, la libertad económica y sus derechos derivados se reconocen a los agentes y a las empresas dominantes para la realización de sus intereses particulares que el Ordenamiento comunitario considera dignos de protección (sobre la base de la propiedad privada -para España artículo 33.1 CE-, entre otros¹⁰⁸⁶, la maximización del beneficio los productores y de la utilidad los consumidores, que en un orden de mercado han de conducir a la realización de la eficiencia económica y del interés general), pero con el bienentendido de que su ejercicio ha de ser conforme con los objetivos del Tratado y conducir a la realización del interés general o social de la Unión, entre cuyos objetivos definitorios está el buen funcionamiento del mercado y la realización de la eficiencia económica y social¹⁰⁸⁷. Se les reconoce la plena libertad económica para la satisfacción de sus intereses particulares, pero su ejercicio no podrá ser contrario al interés general o social. De este modo, el interés general se constituye en límite general e interno al ejercicio de la especial libertad económica de que goza la empresa en posición de dominio. El abuso de posición de dominio aparece así como un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶. Pues es bien conocido por la ciencia económica que los agentes pueden perseguir otros objetivos o intereses, más o menos dignos de protección, que los clásicos de la maximización de beneficios y de la utilidad.

¹⁰⁸⁷. Recordemos que es precisamente la competencia económica la institución que realiza la coordinación de los distintos intereses económicos enfrentados de los particulares en el mercado conduciéndolos de forma natural e impersonal a la realización del interés general; pero que contiene contradicciones internas que la llevaban a su autodestrucción por lo que era necesario el auxilio del Derecho para garantizar su pervivencia y correcto funcionamiento.

¹⁰⁸⁸. Véanse FONT GALAN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, págs. 131 Y ss., espec. 186 y ss. para la deslealtad. También MENÉNDEZ: *La competencia desleal*, Madrid: Civitas, 1988, págs. 105 y ss.; y

La Comisión lo entiende así cuando, comentando el artículo 82 TCE en el *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965*, concibe el abuso como un comportamiento contrario a los objetivos del Tratado. En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal de Justicia, cuando, exponiendo su doctrina en la sentencia al caso *Continental Can (1973)*, señala en el punto nueve que «Las restricciones de la competencia que el Tratado admite en ciertas condiciones, por razones derivadas de la necesidad de conciliar los diversos objetivos a perseguir, encuentran en las exigencias de los artículos 2 y 3 TCE un límite a partir del cual el debilitamiento de la competencia entrañaría el riesgo de afectar las finalidades del mercado común»¹⁰⁸⁹.

Concretando este interés general en el sistema de mercado, señala nuestro Tribunal Constitucional que «... [e]l reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -artículo 38 CE, inciso segundo- por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la

PAZ ARES: "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)" en RDM, nº 159, de 1981, pág. 78 y ss.

¹⁰⁸⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. pág. 216.

economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.»¹⁰⁹⁰. El mismo sentir expresa el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando reiteradamente invoca el interés general como límite a la libertad económica de la empresa dominante¹⁰⁹¹.

Por otra parte, es importante observar que el interés general como límite intrínseco de la especial libertad económica de que goza la empresa dominante, tiende a cobrar en el Derecho comunitario cada vez una mayor importancia. Con la introducción de nuevos elementos sociales y la profundización en los económicos producida con la aprobación del Tratado de la Unión Europea y posteriores, se dibuja con mayor perfección el marco de orden público que define el interés general del Tratado de Roma. Es lógico que el paso de la Europa de los empresarios a la Europa de los ciudadanos a que

¹⁰⁹⁰. Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986 de 1 de julio.

¹⁰⁹¹. Vid., por ejemplo, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1995, as. R 110/95, *Médicos Canarias*; resolución de 1 de febrero de 1995, as. 350/94, *Teléfonos en Aeropuertos*, donde el Tribunal de Defensa de la Competencia señala refiriéndose al monopolio legal de Telefónica que «... la infracción es particularmente grave por cuanto el monopolio legal reviste una excepcionalidad -que exige una re reserva de ley- justificable exclusivamente en aras del interés general al que debe subordinarse en cualquier caso»; o más explícito la resolución de 1 de octubre de 1993, as. 328/1993, *Opciones de compra de equipos telefónicos*, donde el Tribunal de Defensa de la Competencia se define como «... la autoridad estatal garante de la concurrencia y del mercado, de forma que ... De conformidad con la Ley, ... actúa en términos de policía económica sobre el mercado salvaguardando el orden público económico que es una manifestación concreta sobre el mercado del interés general, cuya supervisión y disciplina corresponde a este órgano administrativo. ...»; o la resolución de 24 de enero de 1995, R 97/1994, *Armagós*, donde, razonando sobre una negativa de contratar de Armagós S.L., señala que la posición de dominio no obliga «... sin más a contratar con cualquier peticionario sino a explicar motivadamente, en términos de fundamentación jurídica bastante y razonabilidad económica suficiente, los motivos en cuya virtud se produce una determinada decisión y solamente, a partir del contraste legal y económico de esa fundamentación, demostrando, en su caso, la desviación de poder jurídica y la irrazonabilidad económica podría llegarse a la conclusión de la existencia de un abuso por la negativa a originar o mantener una determinada relación contractual. ...».

parece tender la evolución del Derecho comunitario, haya de traducirse también en una más avanzada definición del interés general del Tratado. Si se continua en esta dirección, la definición del orden público económico comunitario se irá aproximando a la de los órdenes constitucionales más avanzados de los Estados miembros, que definen economías sociales de mercado en equilibrio entre la razón económica y la razón social¹⁰⁹². Y todo ello no haría sino dibujar un marco de orden público cada vez más perfecto y acabado en el que deberá moverse la libertad económica de la empresa dominante.

B) *EL ABUSO COMO COMPORTAMIENTO CONTRARIO A LOS OBJETIVOS DEL ARTÍCULO 82 TCE.*

En consecuencia con lo anterior, el segundo límite con el que se encuentra la especial libertad económica de la empresa dominante es el determinado por la función o funciones que la norma o normas que la reconocen le atribuyen: el artículo 82 TCE, que también recoge las posiciones de dominio alcanzadas por la vía del artículo 81.3 TCE, y el artículo 86 TCE, en el orden comunitario; así como el artículo 6 LEDC, que recoge también las situaciones alcanzadas por la vía de los artículos 3, 4 y 5 LEDC, y las posiciones de dominio derivadas de una ley y/o la amparadas por el artículo 2 LEDC.

Se impone averiguar entonces cuál es la *ratio* de los artículos 82 TCE y 6 LEDC. Se trata de un punto capital que, a nuestro juicio, exige analizar dos cuestiones: 1) ¿Por qué se admite la posición de dominio?; y 2) ¿Qué y a quién se quiere proteger con la prohibición de la explotación abusiva?. Ahora vamos a centrarnos en la

¹⁰⁹². Vid. ARAGÓN, MANUEL: cit. *Supra*, nota nº 1085.

primera de las cuestiones poniendo especial atención en su importancia como elemento delimitador del abuso; y trataremos la segunda en los dos últimos capítulos de este trabajo.

A) RAZONES QUE JUSTIFICAN LA POSICIÓN DE DOMINIO.

Como es bien sabido, la libertad económica y sus derechos dimanantes se reconocen a los agentes para la satisfacción de sus intereses económicos particulares (artículo 3, g TCE y 33 CE¹⁰⁹³), y se espera que el encuentro competitivo de las libertades económicas de los distintos agentes en el mercado conducirá, con la asistencia del Derecho de la competencia, a la realización del interés general. Y, de igual modo, cabe imaginar que el artículo 82 TCE reconoce la especial libertad económica de que gozan las empresas en posición de dominio, porque, al menos¹⁰⁹⁴ -y al margen de otras consideraciones históricas que aquí no cabe tratar¹⁰⁹⁵-, debe ser consecuente con la lógica interna del sistema económico querido por el Tratado (3, g), que no puede castigar aquello que incentiva. Sería absurdo que, de un

¹⁰⁹³. No se olvide que la propiedad es la base jurídica de la competencia o si se quiere del orden económico de mercado establecido (JACQUEMIN/TULKENS: *Fondements d'économie politique* (deuxième édition), Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1986, pág. 18. Vid. en el mismo sentido a MANUEL ALARCÓN, cit. *supra*).

¹⁰⁹⁴. Decimos «al menos» porque el artículo 82 TCE no distingue entre buenos y malos modos de adquirir y mantener la posición de dominio, sino que se limita a reconocerlo; no obstante éstos pueden deducirse de las otras normas de defensa de la competencia y de la jurisprudencia sentada principalmente con *Continental Can* (1973) y siguientes. En general, se suele considerar legítima la posición de dominio adquirida y mantenida por la mayor industria de su titular como fruto del riesgo y el esfuerzo (mayor eficiencia económica, en lenguaje económico) o por disposición legal. Véanse *infra* los problemas que plantean las restricciones estructurales realizadas desde una posición de dominio.

¹⁰⁹⁵. Nos referimos a la influencia que las grandes agrupaciones económicas ejercieron en la redacción del Tratado de Roma y en la cultura de la competencia alemana que le sirvió de importante precedente.

lado, se exija la mayor eficiencia a los agentes mediante el establecimiento de un sistema competitivo que selecciona sólo a los más eficientes; y, de otro, si su mayor eficiencia les conduce a una posición de dominio, se reprenda esa posición prohibiendo su adquisición o mantenimiento por la sola virtud de la mayor eficiencia. Por otra parte, la razón económica desaconseja atacar las bases del poder (mediante acciones de descentralización) cuando quien detenta la posición de dominio es un monopolio natural o una empresa de la dimensión imprescindible para hacer frente a la competencia internacional u óptima para el Mercado común. Finalmente, en ocasiones, la posición de dominio se ampara en una ley que la establece para la gestión de intereses públicos o de interés económico general, o monopolios fiscales, o para la consecución de los especiales objetivos asignados por las normas que las posibilitan (artículo 86 TCE, en el orden comunitario; y artículo 2 LEDC en el ordenamiento jurídico español).

B) ESTAS RAZONES COMO LÍMITE INTERNO A SU EJERCICIO.

i) Límites internos a la excepcional libertad económica que otorga la posición de dominio.

Ahora bien, estos mismos fundamentos legitimadores de la posición de dominio se convierten a la vez en límites internos al ejercicio de la especial libertad económica que de ella se deriva. Si se admite la adquisición y mantenimiento de la posición de dominio amparada en la realización de estas funciones, lógico es pensar que los artículos 82 TCE y 6 LEDC no admitirán un ejercicio de esa excepcional libertad que sea contrario o incluso ajeno a la finalidad o función por la que ha sido

reconocida. Ello es particularmente claro para el caso de los monopolios legales o fiscales, para los que el mismo artículo 86 TCE, que los legitima, establece que:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, *en la medida* [y sólo en la medida] en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, la misión específica a ellas confiada. ...».

A nuestro juicio, esta misma *ratio*, expresada también en el artículo 81.3 TCE, debe extenderse a las posiciones de dominio legitimadas por el artículo 82 TCE en virtud, fundamentalmente, de su superior eficiencia y de la lógica misma del sistema de mercado querido por el Tratado¹⁰⁹⁶.

La transgresión de este límite interno a la especial libertad económica de la empresa dominante determinará así el carácter anormal de la conducta y con ello su calificación como abuso¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁶. Ver FONT GALAN: Ídem, pág. 281 y ss., esp. 290 y ss.

¹⁰⁹⁷. VOGELENZANG, desde un análisis de libertades, refiriéndose a la eficiencia como criterio justificador de la posición de dominio y delimitador del abuso, señala que de la jurisprudencia comunitaria cabe deducir que «Una limitación de la libertad [de los otros agentes] no puede considerarse abusiva en sí misma sino sólo cuando no puede justificarse en términos de mayor eficiencia. ...» y continúa generalizando que «un tal comportamiento en el mercado nunca puede ser abusivo, si es actualmente necesario para un mejor funcionamiento del mercado, siendo un elemento necesario de la competencia eficaz u operativa. Sólo cuando falte esta necesidad, el daño a los otros agentes del mercado será injustificado» y, por tanto, abusivo. Es decir, VOGELENZANG veía en la jurisprudencia comunitaria el principio de que la lesión a los intereses de los otros partícipes en el mercado es lícita (queda dentro del *ejercicio normal* de la libertad económica de la empresa dominante y por tanto debe ser soportada por los perjudicados), cuando es necesaria para la consecución de una mayor eficiencia o un mas correcto funcionamiento del mercado, que conducirá al mismo objetivo; y será ilícita (y se tratará por tanto de un *ejercicio anormal* -abusivo- de la libertad económica), cuando falte este justificante.

Esta idea es omnipresente en la práctica de las autoridades antimonopolio. Uno de los campos en los que más se ha tratado esta cuestión en el Derecho comunitario es el de los derechos de la propiedad industrial e intelectual. Cuando estos derechos llegan a definir una posición de dominio, la discusión sobre el carácter abusivo o no de su ejercicio gira frecuentemente en torno a si la conducta discutida forma parte o no del contenido o función esencial del derecho. En *Deutsche Grammophon* (1971) el Tribunal de Justicia recordó que el Derecho comunitario sólo admite las restricciones a la libre competencia que sean inherentes a la protección de la propia sustancia del derecho de propiedad intelectual¹⁰⁹⁸. Y en *Magill* (1991) el Tribunal de Primera Instancia, aun reconociendo que reservarse el derecho exclusivo a publicar la propia obra forma parte del objeto específico de los derechos de autor y por tanto no puede ser en sí mismo abusivo; consideró que, atendidas las excepcionales circunstancias del caso, esta reserva excedía ampliamente los límites de la función esencial de los derechos de autor y perseguía objetivos manifiestamente contrarios a los del artículo 82 TCE¹⁰⁹⁹.

(VOGELENZANG: "Abuse of a Dominant Position in Article 86; the Problem of Causality and Some Applications", *Common Market Law Review*, vol. 13, February, 1976, págs. 64 y ss.)

¹⁰⁹⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1971, as. 78/70, *Deutsche Grammophon*, Rec. 487, consid. 11. También sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1968, as. 24/67, *Parke Davis*, Rec. 81; de 31 de octubre de 1974, as. 15/74, *Centrafarm c. Sterling*, Rec. 1.147, sobre patentes; de 31 de octubre de 1974, as. 16/74, *Centrafarm c. Winthrop*, Rec. 1.183, sobre marcas; y más recientemente la sentencia de 5 de octubre de 1988, as. 238/87, *Volvo*, Rep. 6.211.

¹⁰⁹⁹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991, as. T 76/89, *ITP (Magill)*, Rec. 575, consid. 54 a 60. Confirmada por sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1996, as. ac. C-241/91 P y C-242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission*, Rep. I-743. También sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991, asunto T 70/89, *B.B.C. c. Commission*, Rep. II-535; y de 10 de julio de 1991, asunto T 76/89, *Independent Television Publication c. Commission*. Véase comentando esta jurisprudencia AMPHOUX: *Cronique de jurisprudence (1990-1991)*, 5-6 *Cahiers de Droit Européen*, 689 (1991).

La misma opinión sustenta el Tribunal de Defensa de la Competencia en reiterada jurisprudencia. Así, por ejemplo, en el asunto *Contenedores de Barcelona (1996)*, el Tribunal insta al Servicio a averiguar si ciertas actuaciones de la Autoridad del Puerto de Barcelona se realizan con el adecuado amparo legal y si tienen debido apoyo en el interés público de ordenación de la actividad portuaria a fin de valorar si puede haber abuso. En el asunto *Roca radiadores (1995)*, rechazó las pretensiones del demandante por entender que las peculiaridades del sistema de distribución de Roca se justificaban por la mayor eficiencia de Roca¹¹⁰⁰. En el asunto *Emorvisa (1993)* el Tribunal expone con claridad que «resulta trascendente determinar si la actividad que se desarrolla en régimen de monopolio [legal] se encuentra o no sujeta a regulación [está reglada], y, en caso afirmativo, si el comportamiento del monopolista se ha ajustado estrictamente a las normas establecidas o ha actuado al margen de las mismas. ...», porque «..., cuando por una Ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control de la actividad que éste desarrolle al amparo de dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá , por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. ...», pero «..., no sucede lo mismo, cuando no existen normas específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúa al margen de las mismas

¹¹⁰⁰. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, as. 356/94, *Roca Radiadores*. También resolución de 23 de noviembre de 1998, as. r 314/98, *Intertrace c. Telefónica*, fund. 4, donde el Tribunal rechaza considerar la conducta de Telefónica como abusiva en base al argumento de que los competidores no pueden acceder a su superior tecnología, pues esta tecnología es eficiente y beneficia a los consumidores.

...»¹¹⁰¹. Y en *Aparejadores de Madrid (1998)*, el Tribunal consideró que el Colegio de aparejadores abusó de su posición dominante, porque utilizó su facultad exclusiva de extender visados de obras preceptivos «... con una finalidad distinta a la que le otorga la Ley, distorsionando la competencia y causando perjuicios económicos a una tercera persona ...»¹¹⁰².

ii) Interpretación flexible de estos límites.

La doctrina generalmente considera que los límites internos a los derechos subjetivos deben ser interpretados de forma restrictiva como corresponde a toda limitación de derechos¹¹⁰³. Sin embargo, esto no parece tan claro en el caso del abuso de posición de dominio, que, al permitir a su titular sustraerse a una competencia efectiva y actuar sin tener en cuenta a sus competidores, sitúa a la empresa dominante en una situación privilegiada que, no sólo le sustrae (excepciona) de la ley general de la competencia, sino que incluso le permite dictar la ley del mercado. Ello le otorga una libertad económica que, edificada sobre la restricción de la de los otros agentes, reviste un carácter excepcional y privilegiado. Esto ocurre especialmente con los monopolios naturales edificados

¹¹⁰¹. Otros asuntos: resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de diciembre de 1994, as. R 79/1994, *Tandem-Ruta Sur*; resolución de 12 de septiembre de 1994, as. 310/1992, *Retransmisión TV fútbol extranjero*, donde se trata una desviación anticompetitiva de los fines que justifican el monopolio; el la ya citada resolución de 1 de octubre de 1993, as. 328/1993, *Opciones de compra de equipos telefónicos*; resolución de 10 de junio de 1993, as. 319/92, *Liga Nacional de Fútbol Profesional*; etc.

¹¹⁰². Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 1998, as. 397/97, *Aparejadores de Madrid*. En el mismo sentido la resolución de 28 de octubre de 1998, as. 410/97, *Aparejadores de Mallorca*, fund. 9. Ver también la resolución de 1 de febrero de 1995, as. 350/94, *Teléfonos en aeropuertos*, cit. infra.

¹¹⁰³. De CASTRO: *Temas de Derecho civil*, 1976, pág. 141. PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho Civil*, vol I, Barcelona: Bosch, 1997, pág. 160. ALBALADEJO: *Derecho civil I*, vol. Segundo, Barcelona: Bosch, 1996, pág. 40, citando repetida jurisprudencia del TRIBUNAL SUPREMO.

sobre barreras difícilmente salvables y con los monopolios legales, pues en el caso de las posiciones de dominio disfrutadas sólo gracias a la mayor eficiencia siempre pueda hablarse de una cierta presión de la competencia potencial. A nuestro juicio, el necesario control de este incontrolado poder excepcional y privilegiado aconseja admitir una interpretación más flexible de los límites internos a esa libertad, que permita la adecuada protección del interés general, la efectiva realización de la función legitimadora de la posición de dominio, y la justa protección de los intereses particulares de los otros agentes del mercado con sus libertades restringidas¹¹⁰⁴.

Creemos que el Tribunal de Defensa de la Competencia se refiere a esta flexibilidad, cuando, invocando la sentencia al caso *Michelín (1981)* del Tribunal de Justicia, señala en el asunto *Roca radiadores (1995)* que «... El hecho de que una empresa disfrute de poder de mercado le confiere una especial responsabilidad en las relaciones con sus competidores que *ha de ser objeto de una atención especial* por parte de las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, ...»¹¹⁰⁵; o cuando, refiriéndose al monopolio legal de Telefónica, subraya la importancia de la excepcionalidad del monopolio legal en el asunto *Teléfonos en aeropuertos (1995)* «La infracción es particularmente grave por cuanto el monopolio legal reviste una excepcionalidad -que exige una reserva de

¹¹⁰⁴. Véase *infra* la responsabilidad cualificada de las empresas dominantes.

¹¹⁰⁵. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, as. 356/94, *Roca radiadores*.

Ley- justificable, exclusivamente, en aras del interés general al que debe subordinarse en cualquier caso»¹¹⁰⁶

C) PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA EFICIENCIA ECONÓMICA COMO LÍMITE.

La función legitimadora de la posición de dominio como límite interno al ejercicio de la especial libertad económica que concede a su titular, se presenta sin grandes problemas en los monopolios legales, e, incluso, en los monopolios naturales; pero la consecución o realización de la eficiencia económica como criterio delimitador¹¹⁰⁷ no deja de plantear dos importantes problemas, convenientemente puestos de relieve por la doctrina:

i) La operatividad de la eficiencia como criterio.

Si bien desde el punto de vista formal construir el concepto de abuso sobre el de eficiencia es correcto, pues la consecución de la eficiencia es una de las principales finalidades del Tratado y del Derecho de la competencia; desde el punto de vista material, no es suficientemente operativa (en el sentido de que es muy difícil ponerla en práctica), pues la prueba positiva o negativa de la eficacia es muy difícil. Admitir todo lo que no se demuestra que es ineficaz, podría suponer un salvoconducto casi permanente a la práctica totalidad de situaciones, conductas y resultados de las empresas dominantes; y, al contrario, considerar abusivo lo que no se demuestre eficaz, significa casi considerar abusivo todo lo que no se justifique en economías de escala (un supuesto de monopolio natural) o en una superior

¹¹⁰⁶. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de febrero de 1992, as. 350/1994, *Teléfonos en Aeropuertos*.

¹¹⁰⁷. Véase nota nº 1097.

industria, lo cual condenaría a la inoperancia a las empresas dominantes¹¹⁰⁸.

Sin embargo, esta crítica, que no deja de apuntar una de los principales problemas que plantea la eficiencia económica como criterio justificador de la posición de dominio y delimitador del abuso, parece haberse visto superada por la experiencia americana de los ochenta, en la que la eficiencia y el consiguiente bienestar del consumidor pasan a ser el elemento valorativo central del juicio de restricción de la competencia¹¹⁰⁹, lo que demuestra que, a pesar de su cierta amplitud e indeterminación, como criterio marcadamente económico, no deja de ser operativo¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸. MARCHINI/CAMIA: "La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: L'expérience américaine et les problèmes européens", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, de 1971, págs. 410 y ss. Sin duda la observación de MARCHINI/CAMIA, que estuvieron como «Visiting Scholar» en la Harvard Law School durante 1969 y 1970, estuvo fuertemente influenciada por los planteamientos de esta importante escuela de Antitrust en ese periodo.

¹¹⁰⁹. WILLIAM F. BAXTER: «Responding to the Reaction: the Draftsman's View», en *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics* American Bar Association, 1984, pág. 308.

¹¹¹⁰. Así: ELLIG, Jerome, "Untwisting the strands of Chicago antitrust", en *The Antitrust Bulletin*, vol XXXVII, n° 4, Winter 1992, págs. 872 y 873 . Ver por todos MAY, James, "The role of the States in the first century of the Sherman Act and the larger picture of Antitrust History", en *The Antitrust Law Journal*, vol. 59, issue 1, 1990, pág. 95, establece que el único objetivo perseguido por la política de la competencia es la protección de la eficiencia económica o del bienestar del consumidor. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, April 6, 1995, pág. 16. FEJØ, Jens, *Monopoly Law and Market*, Deventer (The Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, pág. 28. WILS Geert, "«Rule of Reason»: une règle raisonnable en droit communautaire?", en *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelles, n° 1-2, 1990, págs.27 y 28. BORK, Robert H. , *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, Inc., Publishers, 1978, pág. 81 a 89. GILSTRA, Douwe, (General Editor), *Competition Law in Western Europe and the USA*, Deventer (Netherlands)-Boston (USA), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, vol. A2, pág.33. SULLIVAN, Thomas E. - HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust Law, Policy and procedure*, 3ª ed., Contemporary legal education Series, Charlottesville (Virginia), The Michie Company Law Publishers, 1994, pág.22. Ver por todos GELLHORN, Ernest - JAMES, Charles A. - POGUE, Richard - SIMS, Joe, "Has antitrust outgrown....", op. cit., págs. 709. RODINO, Peter W., Jr., "The future of Antitrust: ideology vs. legislative intent", en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXV, n° 3, Fall 1990, pág. 580 dice que

Tampoco las autoridades europeas de defensa de la competencia han sido ajenas al criterio de la eficiencia en el tratamiento del abuso. Así el Tribunal de Defensa de la Competencia rechazaba la calificación como abuso de ciertos elementos de la política de distribución de Roca o de la política tecnológica de Telefónica, por entender que, aun molestando a los competidores, incrementaban la eficiencia¹¹¹¹.

ii) La eficiencia como barrera de entrada.

A parte de que exigir a la empresa dominante la conducta más eficiente supondría, además de un difícil problema de definición¹¹¹², una vulneración de su libertad de empresa¹¹¹³; exigirle permanentemente la máxima eficiencia o diligencia en el mercado podría llegar a ser

durante la época reaganiana el Departamento de Justicia ha seguido las teorías de la escuela de Chicago, para quienes el *consumer welfare* y la *economic efficiency* son las nuevas guías del Derecho *antitrust*. KORAH, Valentine, "EEC Competition Policy - Legal Form or Economic Efficiency", en *Current Legal Problems*, nº39, 1986, págs. 85 y 86. Korah hace referencia a la importancia de la eficiencia económica para la administración norteamericana a partir de los años 80. WHISH, Richard, *Competition Law*, 2ª ed., London-Edinburgh, Butterworths, 1989, pág. 22.. WHISH, Richard - SUFRIN, Brenda, «Article 85 TCE and the Rule of Reason», *Yearbook of European Law*, nº 7 (1987], Oxford, Clarendon Press, 1988, pág.9. En esta obra se afirma el hecho de que en el derecho *antitrust* norteamericano la escuela de Chicago otorga prioridad a este objetivo. En Europa, la eficiencia económica tiene su papel importante en el derecho comunitario. SCHERER, F.M.: «EEC Merger Policy» en *1988 Fordham Corporation Law Institute* (Barry E. Hawk), New York, Matthew Bender & Company, Inc., 1989, pág.25-3 y 25-4. WAELBROECK, M.: Ídem, pág. 25-8.

¹¹¹¹. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, as. 356/94, *Roca radiadores*, cit. *supra*; y resolución de 23 de noviembre de 1998, as. r 314/98, *Intertrace c. Telefónica*, fund. 4, donde el Tribunal considera que el sistema de tarjetas de telefónica no es abusiva, porque, aunque Intertrace no pueda acceder a él, suponer la incorporación de una tecnología superior y eficiente que beneficia a los consumidores.

¹¹¹². Primero se habría de decidir la legitimidad del que determina la conducta, pues como señala WILLIAM BAXTER (entrevista en la Universidad de Stanford mayo de 1995), es difícil admitir que un funcionario sea el más idóneo para señalar a un empresario cuál es la conducta que más conviene. Y, segundo, se habría de determinar cuál es la conducta más eficiente a exigir, lo cual no siempre es fácil.

¹¹¹³. Véase *infra*.

incluso contraproducente. Podría cerrar el paso a la competencia residual y a la potencial, y contribuir así a consolidar la posición dominante actuando de facto como barrera de entrada.

Esta observación es cierta, pero debe ser matizada. Al menos en el plano teórico, parece que, entre la exigencia del mejor precio posible y el nivel de precio que incentive la entrada de nuevos competidores, puede haber un margen que permita a la empresa dominante ciertas ineficiencias menores o marginales (porque no anulan la eficiencia general o principal en el nivel que desincentiva la entrada de nuevos competidores) lesivas que, calculadas en el nivel adecuado para no incentivar la entrada de nuevos competidores, pueden ser no obstante susceptibles de constituir un abuso¹¹¹⁴. Este margen puede ser particularmente importante en muchos tipos de monopolios naturales, en los casos de posiciones de dominio relativa generadas por situaciones aisladas de dependencia, o en políticas calculadas a corto plazo para evitar una reacción a medio o largo plazo¹¹¹⁵. Quizá lo suficientemente

¹¹¹⁴. Observa WHISH, que es posible argumentar que los monopolios pueden obtener beneficios extraordinarios a expensas de los consumidores sin que ello se traduzca en una disminución del bienestar general, cuando ello no se traduce no en una pérdida sino en una transferencia de riqueza. En este caso se está ante un argumento de tipo político contra esas actuaciones del monopolio, que se apoya en la función de protección del consumidor y de redistribución de la renta que también se atribuye a la competencia (WHISH: *Competition Law*, London: Butterworths, 1993, pág. 13). Véase también FISHWICK: Ídem, cit. infra.

¹¹¹⁵. Para PASCUAL Y VICENTE sin barreras de entrada que cierren el mercado, sólo podrá mantener su vigencia un monopolio si es eficiente y traslada su eficiencia a los consumidores en términos de calidad y precio. Por eso, sin barreras de entrada, sólo perdurarán los monopolios que no obtenga rentas extraordinarias de su posición privilegiada porque, en otro caso, nuevas empresas dispuestas para participar en ellas. En definitiva sólo perduran los monopolios dañinos cuando el Estado los proteja. Estas consideraciones (la utilidad del abuso para la protección de clientes y proveedores) sin embargo, cobran su verdadera virtualidad a medio-largo plazo. A corto, sin embargo, la acción represora del Estado que sancione los abusos se hace necesaria PASCUAL Y VICENTE, Julio: «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», , 207 GJ, 14 (mayo/junio 2000). El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró esta posibilidad en *Ibertex (1999)*, donde el Tribunal centró su atención en el corto plazo, pues de lo contrario hubiera podido considerar que el potente desarrollo y los cambios que en ese momento estaba llevando

importantes incluso como para salvar la regla de mínimos y poder llegar a constituir un abuso reprimible desde el Derecho de la competencia. Por tanto, lo que se exigiría no es la máxima eficiencia, sino sólo suprimir las ineficiencias marginales o menores, que, perjudicando injustificadamente a los otros agentes, sin embargo, no revisten la suficiente entidad o importancia para incentivar la entrada de nuevos competidores. No parece pues que este nivel de exigencia deba preocupar excesivamente como barrera de entrada, si es que puede ser considerada tal, ya que no se exige el mejor precio posible, sino sólo evitar las ineficiencias menores o marginales, con lo que otras empresas podrán entrar desarrollando una eficiencia superior a la de la empresa dominante.

Pero en cualquier caso, la eficacia como criterio definidor del abuso cobra una particular importancia en el caso de los monopolios legales, pues, al no estar sometidos al control de la competencia residual o potencial, que ve cerrada la entrada por barreras legales, la eficiencia como límite interno al ejercicio de su libertad económica en el mercado puede constituir un útil o, incluso, imprescindible mecanismo de control. La misma utilidad presenta en el caso de los monopolios naturales protegidos por barreras físicas difícilmente salvables¹¹¹⁶. Y también puede ser importante en supuestos de posición de dominio relativa en los que la explotación abusiva de los clientes, proveedores o competidores en

internet hubieran borrado a medio plazo las prácticas monopolistas de Telefónica en Ibertex (resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 1999, as. 394/97, *Telefónica/Ibertex*).

¹¹¹⁶. Pensamos por ejemplo en barreras naturales de tipo físico, como el que detentan las compañías eléctricas, pues no es posible o no es razonable la pluralidad de redes, o en las de gas natural, etc.

situación de dependencia económica puede no afectar de forma general a la industria¹¹¹⁷.

C) *IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA.*

Conviene señalar además que, como recordaron contundentemente las autoridades comunitarias en *Continental Can* (1973) y han reiterado después, la interpretación del término «explotación abusiva, ..., de una posición dominante» no debe perder de vista en ningún momento la finalidad de la norma que lo contiene, acorde con los objetivos del Tratado¹¹¹⁸. Como se verá al estudiar cómo y a quién quiere proteger el artículo 82 TCE, las autoridades comunitarias han dado a la interpretación teleológica una evidente preeminencia¹¹¹⁹.

III) RASGOS GENERALES DE LA «EXPLORACIÓN ABUSIVA».

De la lógica de la noción genérica de «explotación abusiva» vista, se desprende que el abuso de posición de dominio implica:

¹¹¹⁷. En el sentido de que la explotación abusiva por una empresa de sus clientes, proveedores o competidores no significa necesariamente que haya de suponer una desventaja para el consumidor final y por tanto en una pérdida general de eficiencia económica (ver. FISHWICK: «Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and the EC», XXXIV/3 *The Antitrust Bulletin*, 456 (fall, 1989).

¹¹¹⁸. Véanse los considerandos 21 y ss. de *Continental Can* (1973), por señalar sólo los más rotundos o significativos.

¹¹¹⁹. Para un análisis crítico, véase por todos a FOCSANEANU, cit. *supra*.

A) DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ESTRUCTURA, UN PRESUPUESTO: LA POSICIÓN DE DOMINIO¹¹²⁰.

Cuando, siguiendo a la doctrina, la Comisión señala que «Hay explotación abusiva sobre un mercado de una posición dominante, cuando el detentador de esa posición, ...», recuerda que un primer factor que debe concurrir para que exista abuso es la posición de dominio. El Tribunal de Defensa de la Competencia señala con rotundidad en *Parking 86 TCE S.A. (1992)* que «si no hay posición de dominio falta la premisa para que exista el abuso, que es lo que sanciona la ley»¹¹²¹; y apostilla en *Beyena (1994)* que «la calificación de abuso de posición dominio exige inexcusablemente que esté acreditada dicha posición por medio de las técnicas que la economía ofrece para delimitar una situación que permita comportarse de forma independiente en el mercado.»¹¹²².

Se entiende que el artículo 82 TCE no prohíbe la posición de dominio, sino sólo su explotación abusiva. En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló en *Michelín (1983)*, que «... la existencia de una posición de dominio no implica en sí misma ningún reproche para la empresa que la detenta ...»¹¹²³; y el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Cofradía de pescadores de Cariño (1993)* dice que «... la existencia de una situación de dominio en el mercado que disfruta un operador económico en virtud de una norma o de una situación de hecho pura y

¹¹²⁰. El hecho de ser el presupuesto del abuso, unido a la trascendencia que ésta adquiere en el mercado, convierten la «posición de dominio» en el primer término clave del artículo 82 TCE. Por ello, hasta hace bien poco los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia se han centrado más, o mejor casi exclusivamente, en su estudio que en el del concepto de «explotación abusiva».

¹¹²¹. Asunto A31/92 *Párking 86 TCE S.A.*

¹¹²². Asunto 347/94 *Beyena*, cit. infra.

¹¹²³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, caso 322/81, *Michelín c. Comisión*; Rec. 3461, consid. 57.

simplemente, no está prohibida en sí misma ni constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia; ...»¹¹²⁴ A diferencia de las prácticas colusorias de los artículos 81 TCE y 1 LEDC que para entrar en el tipo basta con que el acuerdo de las empresas implicadas tenga un efecto restrictivo sensible sobre la competencia sin que sea necesario que éstas detenten individualmente o en conjunto una posición de dominio en el mercado; para que haya abuso es necesario que la empresa actora esté en posición de dominio¹¹²⁵. Así, pues, la posición de dominio en el mercado se constituye en condición necesaria del abuso.

Y, aunque para que haya posición de dominio no es necesario que la empresa en cuestión detente un monopolio puro y no es por ello incompatible con el mantenimiento de una cierta competencia (residual o potencial), sino que basta con que su poder de mercado sea lo suficientemente importante como para, obstaculizando una competencia efectiva, permitirle actuar sin tener en cuenta a los otros agentes del mercado¹¹²⁶; la existencia misma de este poder de dominio, implica una situación de mercado en la que, frente a una amplia libertad económica de la empresa en posición de dominio, que le otorga un amplio margen en la determinación de sus políticas en el mercado, se da una libertad restringida, fuertemente condicionada sino determinada, de los otros agentes

¹¹²⁴. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1993, as. 329/1993, *Cofradía de pescadores de Cariño*.

¹¹²⁵. GERVEN, Van: *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*; Bruxelles: Ed. Bruillant, 1966; pág. 89; BAEL/BELLIS 49.

¹¹²⁶. Comisión en el *Memorandum sobre las concentraciones en el mercado común de 1965*. Sentencia del Tribunal de Justicia de de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rep. 1978-2, pág. 207. Véase de forma general la sentencia del Tribunal de Justicia de 13/2/1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rep. 1979-2, pág. 462, punto 4.

(competidores, clientes y proveedores) del mercado. Se da, entonces, primero, una situación de *desequilibrio*, porque, mientras un agente detenta un gran poder de mercado, los otros agentes carecen de él, o lo tienen muy reducido y en mucha menor medida; y, segundo, existe una cierta situación de *privilegio*, pues la empresa dominante se encuentra en una situación excepcional (privilegiada) que, pudiendo hacer obstáculo y sustraerse a una competencia efectiva, le permite suplantar la competencia como fuerza ordenadora de las relaciones en el mercado y dictar la ley (su ley) del mercado¹¹²⁷.

B) *DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL COMPORTAMIENTO, UNA CONDUCTA EN LA QUE SE INSTRUMENTALICE EL ABUSO: «... SE EJERCITA LA POSICIÓN DE DOMINIO ...».*

A) UN PRESUPUESTO: EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA.

Como el artículo 82 TCE no condena la posición de dominio sino sólo su explotación abusiva, la sola posición de dominio no podrá constituir un abuso, aunque su misma existencia suponga una estructura de mercado de competencia limitada y una consiguiente restricción de la libertad de los otros agentes¹¹²⁸. Es necesario además que la empresa dominante desarrolle en ejercicio de su libertad económica, una conducta económica en el mercado (determinación y desarrollo de los procesos de producción, de la calidad del producto, de las condiciones de contratación, del precio, de sus políticas

¹¹²⁷. Véase FONT GALÁN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 274 y ss.

¹¹²⁸. Vid. *supra*.

publicitarias, de distribución, etc.) a través de la cual pueda instrumentalizarse el abuso.

Para las autoridades comunitarias no es necesario que la conducta abusiva sea una conducta económica en sentido estricto, es decir, de adquisición, producción o distribución de bienes y servicios en el mercado, sino que conductas de otra naturaleza también pueden instrumentalizar un abuso. En *ITT (1998)*, por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia, después de reconocer que el derecho a la tutela efectiva es un principio y un derecho fundamental incuestionable, consideró que en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial puede constituir un abuso de posición dominante. Para el Tribunal, esto ocurrirá cuando no se pueda considerar razonable que ésta tiene por efecto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate, por lo que sólo puede servir para hostigar a la parte contraria, y que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia. Ambos criterios deberán darse cumulativamente e interpretarse restrictivamente¹¹²⁹. Parece pues que para el Tribunal, no es tan importante la naturaleza en sí de la conducta abusiva como su verdadero objeto. Conductas que en sí mismas no tienen naturaleza económica pueden llegar a constituir un abuso, si se desvían de su fin legítimo para hostigar a otros agentes y restringir la competencia.

Cuando en el lenguaje común se habla de conducta, normalmente se piensa en una acción, en una conducta positiva; sin embargo, en el lenguaje técnico jurídico una conducta puede ser activa o pasiva. Y, si se analiza la jurisprudencia comunitaria del abuso de posición

¹¹²⁹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, as. T-111/96, *ITT Promedia NV c. Comisión*, Rep. II-2937.

dominante, se verá, con CHILD/BELLAMY, que los casos tratados por las autoridades comunitarias hasta el momento se refieren más a acciones que a omisiones¹¹³⁰. El artículo 82.2 TCE parece ejemplificar supuestos de abuso omisivo en su letra b), cuando señala que las prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en «limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores». Pero, queda por ver si el artículo 82.2,b TCE podrá ser utilizado por la Comisión para emprender acciones contra omisiones de las empresas dominantes que perjudiquen a los otros agentes¹¹³¹. Se plantea entonces la pregunta de si es posible o no el abuso de posición de dominio por omisión, esto es, si la pereza, la falta de dirección, la laxitud, etc., pueden constituir un abuso¹¹³².

A parte de que una conducta económica tanto puede consistir en un hacer como en un no hacer, pues tanto ejercita su libertad económica el que compra como el que no compra, el que invierte como el que no lo hace; parece que el abuso por omisión debería ser posible, pues queda dentro de la esfera de ejercicio de la libertad económica y de la lógica jurídica del concepto genérico de explotación abusiva. Desde esta perspectiva, cabría un abuso de posición de dominio pasivo, cuando, siempre a tenor de las circunstancias particulares del caso y del mercado concreto de que se trate, pueda predicarse, sobre la base de la realización de los fines del Tratado y del mismo artículo 82 TCE, un *deber de acción* de la empresa dominante y un perjuicio derivado de esa inactividad. Sin perjuicio de las dificultades que pueda plantear su tratamiento, el no hacer aparece como una forma de

¹¹³⁰. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 554.

¹¹³¹. *Ibidem.*

¹¹³². *Ibidem.*

ejercicio de la libertad económica que, objetivamente considerada, puede reportar una ventaja injustificada, aunque sólo consista en el disfrute de una vida cómoda, causar un daño, y contravenir los objetivos del Tratado y los fines mismos que justifican la posición de dominio. Quizás, aunque sea indirectamente, puede apreciarse una conducta omisiva subyacente en una práctica abusiva de precios inequitativos, en *Tournier (1989)* y *Lucazeau (1989)*¹¹³³, donde el Tribunal de Justicia señala que los precios excesivos son debidos al exceso y pesadez del aparato administrativo de la empresa, lo que no los excusa¹¹³⁴. Ello de algún modo supone una falta de diligencia organizativa, pereza, en definitiva, un no hacer. E, igualmente, aunque acompañada de conductas activas, cabe encontrar otro ejemplo, quizá más directo, en *Merci Convenzionali porto de Genova (1991)*, donde el Tribunal de Justicia considera abusiva una conducta de una empresa (la concesionaria del monopolio de operaciones portuarias en el puerto de Génova) consistente en negarse a utilizar la tecnología moderna, lo que repercutía en un incremento del coste de las operaciones y en la necesidad de esperar largo tiempo para recibir los servicios¹¹³⁵.

En cambio, el Tribunal de Defensa de la Competencia parece haberse mostrado contrario a que conductas pasivas puedan constituir abuso. En *Pompas funebres del Baix Llobregat (1995)* el Tribunal rechazó la denuncia del usuario que con ocasión de la muerte de su padre se había

¹¹³³. Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, as. 395/87, *Tournier*, as. ac.110-241-242/88, *Lucazeau*, Rep. 2521, 2811.

¹¹³⁴. Véanse comentarios en AMPHOUX: *Cronique de jurisprudence*, en *Cahiers de Droit Européen*, n. 1-2 de 1990, pág. 176.

¹¹³⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, Rep. I-5889, 5890. Véanse también los comentarios del abogado general VAN GERVEN, 15891 y ss.

sentido maltratado por el monopolio mortuorio del Baix Llobregat. El Tribunal, aun reconociendo el carácter deplorable de los hechos denunciados, señaló que «... el posible abuso sobre el denunciante no parece incluíble en los correspondientes al artículo 6 LEDC de la Ley de Defensa de la Competencia. No aparecen indicios de que, ..., las actuaciones referidas pudieran ser debidas a una política concreta de la empresa, sino más bien a la desidia, mal servicio e ineficiencia habituales en la gestión de los monopolios. No dándose esta condición en los hechos referidos, el Tribunal considera que no les es de aplicación el artículo 6 LEDC.»¹¹³⁶. Desde esta resolución parece que el Tribunal excluye el no hacer, o la vida cómoda y desidiosa típica del monopolista como conducta suficiente para instrumentar un abuso. El Tribunal de Defensa de la Competencia parece exigir alguna suerte de acción positiva. Así en *Funerarias de Madrid 2 (1997)*, a diferencia de *Pompas funebres del Baix Llobregat (1995)*, el Tribunal aprecia el abuso no tanto por la ineptitud del monopolio funerario de Madrid en sí misma considerada (conducta pasiva por la que el Tribunal explica las pérdidas alegadas por EMSFM para justificar la subida de precios) como por el hecho de que ésta redunde en una conducta activa: una subida inequitativa de los precios de sus servicios¹¹³⁷.

B) SÓLO LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA ESTÁ PROHIBIDA.

Evidentemente no toda actividad económica de una empresa dominante es abusiva y está por ello prohibida, pues sería absurdo que el artículo 82 TCE, por

¹¹³⁶. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de enero de 1995, as. 1149/94, r 103/94 *Pompas funebres del Baix Llobregat*.

¹¹³⁷. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, asunto 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, ap. 5.

un lado, admitiera la posición de dominio, y, por otro, le prohibiera toda actividad económica. Sería lo mismo que prohibir su misma existencia, ya que, al condenarla a la inactividad, la expulsaría del mercado. La empresa dominante ha de poder desarrollar de forma leal y razonable sus actividades económicas normales en el mercado, como, por ejemplo, mejorar la calidad de sus productos, su organización interna y externa, dar a conocer sus productos, adaptarlos a la demanda en su diversidad, calidad y cantidad, reducir los costes, fijar la política de ventas o compras que estime correcta, etc.; aunque su buen hacer aumente su fuerza en el mercado¹¹³⁸. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la misma línea que el Tribunal de Justicia, explica *docendi causa* (pues no hay posición de dominio en el asunto que trata) en *Seguridad Ceres S.A. (1992)* que, «... No existe obligación de no crecer económicamente, ...» no al menos con crecimiento interno «... Antes bien, el aprovechamiento de las economías de escala es un resultado lógico en economía que resulta perfectamente asumible por el derecho de la competencia. ...»¹¹³⁹.

Pero es más, de la lógica de este concepto, recordemos dado por la Comisión y aceptado por el Tribunal de Justicia, que diferencia entre la explotación normal y la abusiva («Hay explotación abusiva ... cuando el detentador de esa posición *utiliza las posibilidades que de ella se derivan [explotación normal] para obtener ventajas [no justificadas en perjuicio de los otros partícipes del mercado] que no hubiera podido obtener de haber habido una competencia efectiva [explotación*

¹¹³⁸. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 531.

¹¹³⁹. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de noviembre de 1992, asunto A 28/92, *Seguridad Ceres S.A. c. Unión Española de explosivos S.A.*

abusiva]), se desprende que tampoco la explotación razonable y leal de una posición de dominio («... utiliza las posibilidades que de ella se derivan ...») está prohibida, sólo su explotación abusiva («... para obtener ventajas [no justificadas en perjuicio de los otros partícipes del mercado] que no hubiera podido obtener de haber habido una competencia efectiva»). También el Tribunal de Defensa de la Competencia parece sustentar esta opinión en *Roca radiadores (1995)*, donde invoca la doctrina comunitaria recaída en *Michelín (1983)* en la interpretación del artículo 6 LEDC. Después de recordar que «... El hecho de que una empresa disfrute de poder de mercado [dominante] le confiere una especial responsabilidad ... que ha de ser objeto de una atención especial por parte de las Autoridades encargadas de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, ...», señala que «*El ejercicio de ese poder* [dominante] puede resultar o no abusivo según un análisis que ha de hacerse caso por caso, pero interesa destacar que no todas las actuaciones de la empresa que disfruta de posición de dominio pueden ser reputadas de abusivas y que las conductas abusivas han de estar acreditadas por pruebas que excluyan cualquier duda razonable sobre el comportamiento infractor. ...»¹¹⁴⁰, con lo que, como debe ser en buen Derecho, parte de la presunción de legitimidad de la actividad económica desarrollada desde una posición de dominio, aun en explotación de esa posición («... *El ejercicio de ese poder* ...»).

Por tanto, dentro de la lógica del sistema, tampoco se considera abusivo el tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio, si no concurre un

¹¹⁴⁰. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, asunto 356/1994, *Roca radiadores*. Ver también la

beneficio injustificado en perjuicio de los otros agentes del mercado; así por ejemplo no tiene por que ser abusivo tomar ventaja de la posición de dominio para desarrollar costosas líneas de investigación que, habiendo de beneficiar a todos y redundar en una mejor eficiencia final, no se hubieran podido desarrollar en una situación de mayor atonicidad; o para establecer la producción en el nivel de la escala de eficiencia mínima, aunque ello no deje espacio para otros competidores, si redundan en una mayor eficiencia económica que ha de beneficiar a todos. Ciertamente, no parecería consecuente con los objetivos del Tratado ni con la lógica de los artículos 81, 82 y 86 TCE (antiguo artículo 90), exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se haya de ver restringida más allá de lo razonable por el sólo hecho de detentar una posición de dominio. La empresa dominante seguirá gozando de la plenitud de su libertad económica, sin otros límites que los especiales e ineludibles que le vengan impuestos por razón de su excepcional posición de poder en el mercado. Lo contrario supondría un castigo a una posición alcanzada y sólo mantenible por la mayor competitividad y eficiencia, o poner trabas a una posición atribuida por disposición legal para la realización de un interés económico general o fiscal (art. 86).

C) VALORACIÓN DE LA CONDUCTA.

Se impone pues diferenciar entre una *explotación lícita o normal*, que está permitida, y una *explotación ilícita, anormal o abusiva*, que está prohibida por las normas antiabuso. Esta valoración descansará fundamentalmente sobre dos elementos: los

resolución de 23 de noviembre de 1998, as. r 314/98, *Intertrace c. Telefónica*, fund. 4.

rasgos objetivos del acto en relación a sus resultados y las circunstancias concurrentes.

i) Valoración objetiva: los rasgos objetivos del acto y sus resultados.

En primer lugar hay que señalar que la doctrina ha coincidido mayoritariamente en señalar desde el principio, que la conducta de la empresa dominante, sobre la que se instrumenta el abuso, debe entenderse y valorarse de forma objetiva, lo que significa que su carácter abusivo deberá desprenderse sólo de los rasgos económico-objetivos del acto, y no de la intención de su autor¹¹⁴¹ o de la infracción de criterios morales¹¹⁴².

¹¹⁴¹. Véase por, su claridad y contundencia la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89 *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, Rep. II-389, que señala en el apartado 70 que «El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición de dominio puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 86 (actual 82) TCE, al margen de cualquier culpa. En consecuencia, la alegación del demandante según la cual BG nunca tuvo la intención de desanimar o debilitar a Iberian carece de indicencia alguna en la calificación jurídica de los hechos.», esto es, en la calificación del abuso (pág. 418). También el Tribunal de Defensa de la Competencia suscribe la doctrina del carácter objetivo del abuso, aunque no de forma tan radical y parece no querer renunciar a la exigencia de un mínimo de culpabilidad (vid. *infra*). WHISH: *Competition Law*, London: Butterworths, 1993, pág. 274.

¹¹⁴². DERINGER: "Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité", en *Revue du Marché Commun* de décembre de 1963, págs. 489 y 490. BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1967; pág. 191. DUBOIS: *La position dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librairie de la Court de Casation), 1968; pág. 267. MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. Tomos I y IV: *La concurrence*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 67. GUYÉNOT/d'EVEGNÉE: *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris: ed. économique, 1976; pág. 114. GAVALDA/PARLEANI: *Droit Communautaire des affaires*, Paris: Litec, 1988, pág. 426. FONT GALAN: *Ibidem*, pág. 272. En contra, otorgando relevancia a la intención, aunque sólo sea en el grado de una negligencia mínima presumible, DUBOIS: *La position dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librairie de la Court de Casation), 1968; pág. 267. GOLDMAN: *Droit commercial européen*, troisième édition. Paris: Dalloz, 1975; pág. 417, apoyándose en los ejemplos del artículo 82.2. FOCSANEANU: *La notion d'abus dans les systèmes de l'article 86*

Bastará con que de esos rasgos objetivos se desprenda que la conducta es contraria a los objetivos del Tratado, o que puede otorgar al actor una ventaja inmerecida en perjuicio de los otros agentes, que no habría podido obtener en una situación de competencia efectiva, para que se entienda constatado el abuso, cualquiera que sea la valoración moral de la conducta o la intención de su autor¹¹⁴³. Como señala DERINGUER, el abuso debe verse como una conducta moralmente indiferente y objetivamente incorrecta¹¹⁴⁴.

La concepción objetiva, muy importante en el Derecho *antitrust* americano, permite una amplia apreciación de la ilegalidad de las conductas abusivas¹¹⁴⁵. Y, si se pone en relación con el amplio concepto de posición de dominio acogido por las autoridades comunitarias, se comprenderá fácilmente que el margen de apreciación del abuso puede ser muy elevado.

• *La voluntad del autor en la valoración objetiva.*

Ciertamente, en la concepción objetiva del abuso la intención del autor es irrelevante; sin embargo, a nuestro juicio, ello no significa que de algún modo no se reconozca subyacente en la conducta. Lo que ocurre es que se entiende implícita en los rasgos objetivos del acto y no necesita mayor constatación. Como sabemos, la voluntad puede tener distintos grados: en un extremo esta la voluntad perfecta, en la que el sujeto es plenamente

TCEE, en VAN DAMME, *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en Droit communautaires*, Collège d'Europe, Bruges, 1977, pág. 370. MARCHINI/CAMIA: "La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: L'expérience américaine et les problèmes européens", en *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, de 1971, pág. 416. Véase *infra*.

¹¹⁴³. GUYÉNOT/d'EVEGNÉE: *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris: ed. économique, 1976; pág. 114

¹¹⁴⁴. DERINGER: *Ibidem*, pág. 489.

¹¹⁴⁵. GUYÉNOT/d'EVEGNÉE: *Ibidem*, pág. 114.

consciente y quiere el acto que realiza y sus resultados; y en el otro, está la voluntad mínima implícita en la simple libertad de realizar un acto, que queda ampliamente cubierta. En efecto, de una parte, la empresa dominante goza de una libertad excepcional, tan importante que le permite una independencia de comportamiento de que carecen los demás agentes, y, de otra, es fácil presumir que, como ya observó el juez HAND en la sentencia del caso *Alcoa (1945)*¹¹⁴⁶, si se tiene en cuenta su privilegiada posición en el mercado, «ningún monopolista monopoliza inconscientemente»¹¹⁴⁷. De algún modo, en esta concepción se presume con fuerza una cierta negligencia mínima, pues se entiende que un monopolista, por su especial posición en el mercado, conoce, o al menos se espera que debe conocer, la especial trascendencia de sus actos¹¹⁴⁸. De ahí que no quepa eludir la aplicación del artículo 82 TCE arguyendo inconsciencia o ineludibilidad de la conducta abusiva.

Ahora bien, una cosa es negar la relevancia de la voluntad en la calificación del abuso, y otra distinta es su consideración a la hora de fijar la oportuna sanción (multa). Por ello, si la voluntad es la mínima, la sola libertad de realizar un acto, si se quiere, acompañada de una consciencia más o menos remota o previsible de su trascendencia, bastará la sola prohibición; pero, si la voluntad o negligencia del actor es de algún modo manifiesta (lo que en realidad supone un mayor grado de

¹¹⁴⁶. *Alcoa (1945)*, cit. supra.

¹¹⁴⁷. MARCHINI/CAMIA: "La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: L'expérience américaine et les problèmes européens", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, de 1971, pág. 416.

¹¹⁴⁸. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 267. Véase también *infra* «la responsabilidad cualificada de la empresa en posición de dominio».

voluntad que la mínima, una especial gravedad o reprobabilidad desde el punto de vista del derecho antimonopolio), se puede imponer multas a tenor del artículo 15.4 del Reglamento nº 17/62. Ello viene a demostrar que, sea o no un elemento constitutivo de necesaria constatación, su presencia no es del todo indiferente al Derecho de la competencia.

De hecho, la exigencia de una especial diligencia a la empresa dominante, y la consecuente amplitud y objetivación en la apreciación de una culpa mínima, no es en absoluto ajena a la jurisprudencia y praxis de las autoridades de defensa de la competencia. Se desprende de la exigencia de una especial diligencia, cuando el Tribunal de Justicia declara en *Michelín* (1983) que la empresa dominante tiene una «... especial responsabilidad ...»¹¹⁴⁹; o cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia señala en *Ermovisa* (1993) que la empresa dominante «... ha de ser especialmente cuidadosa a la hora de actuar ...»⁽¹¹⁵⁰⁾⁽¹¹⁵¹⁾, o, apoyando la noción objetiva del abuso en la doctrina comunitaria, considera en *Liga Nacional de Fútbol Profesional*(1993) que «... [b]asta con que la conducta del que abusa de la posición de dominio pueda considerarse negligente. ...»¹¹⁵².

¹¹⁴⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelín c. Comisión*; Rep. 3464.

¹¹⁵⁰. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de octubre de 1993, as. 325/1992, *Ermovisa*, pág. 3

¹¹⁵¹. Vid. *infra* «la responsabilidad cualificada de las empresas dominantes».

¹¹⁵². Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993, as. 319/92, *Liga Nacional de Fútbol Profesional*. Esta consideración vino a propósito de que la LNFP no había sido la promotora de los actos abusivo, ni fue tampoco su intención primordial cerrar el paso a las nuevas cadenas privadas de televisión. De ahí que el Tribunal considerara que su posición de dominio le imponía el deber de prever los resultados que la celebración de los contratos de exclusiva que cerraban el paso a las nuevas cadenas al mercado de derechos de emisión de fútbol por televisión podían tener en ese mercado.

- *El carácter objetivo del abuso en la praxis de las autoridades antimonopolio.*

En la misma dirección que la doctrina, la Comisión dejó ver desde bien pronto, que el abuso debe valorarse según criterios objetivos. Así, primero en el *Memorandum sobre las concentraciones económicas en el Mercado Común de 1965*, señaló que hay «... explotación abusiva cuando el comportamiento de la empresa constituye objetivamente un comportamiento culpable respecto a los objetivos fijados por el Tratado»¹¹⁵³; y, después, por la vía decisoria, recalcó en *GEMA (1971)* que el concepto de abuso es un concepto objetivo, independiente de toda idea de culpabilidad, de intencionalidad o de conducta reprobable desde el punto de vista de la deontología profesional, cuando señaló que la discriminación en cuestión debía apreciarse de modo objetivo e independientemente de toda idea de culpabilidad¹¹⁵⁴.

Pero es con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹¹⁵⁵ que la objetivación del abuso llega a su más radical expresión, para corregirse después. En ella se han diferenciar dos momentos:

1. *La objetivación absoluta: Continental Can (1973):*

La doctrina del carácter objetivo del abuso llega a su extremo más radical cuando el Tribunal de Justicia afirma en el considerando nº 27 de *Continental Can (1973)* que «... el refuerzo de la posición de dominio por la empresa puede ser abusivo y prohibido cualesquiera que sean los medios o procedimientos [entiéndase conductas] utilizados al efecto, desde el momento en que

¹¹⁵³. *Liga Nacional de Fútbol Profesional (1993)*, cit. supra.

¹¹⁵⁴. GEMA decisión de 2 de junio de 1971 (JOCE, nº L 134, de 20 de junio de 1971. VAN OMMESLAGHE comentando esta decisión (Ibídem, pág. 571).

¹¹⁵⁵. Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1971, asunto 40/70, *Sirena c. Eda*, Rep. 69.

tengan los efectos descritos;»¹¹⁵⁶, lo que, yendo más allá de la general afirmación del carácter objetivo del abuso, parecía indicar que el juicio de las conductas de una empresa en posición de dominio se haría, no ya sólo en función de los rasgos objetivos de la conducta, sino mejor en función de la situación del mercado, desterrando con ello cualquier precaución subjetivista¹¹⁵⁷. Con ello, el centro de gravedad de la antijuridicidad del abuso se desplazaba de la (anormalidad de la) conducta a su efecto sobre la estructura o condiciones del mercado⁽¹¹⁵⁸⁾⁽¹¹⁵⁹⁾.

2. *La objetivación moderada: Hoffmann La Roche (1979), AKZO (1991) y DLG (1994) : el recurso a medios anormales.*

No obstante, la radicalidad con que se afirmó el carácter objetivo del abuso en *Continental Can (1973)*, es en buena medida corregida por el mismo Tribunal de Justicia en *Hoffmann La Roche (1979)* y *AKZO (1991)*, donde, después de recordar que «El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a los comportamientos de una empresa que ocupa una posición dominante que puedan influir sobre la estructura de un mercado ...»¹¹⁶⁰, apuntaba «... mediante

¹¹⁵⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21/2/1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. pág. 248.

¹¹⁵⁷. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 424. GUYÉNOT/d'EVEGNÉE: *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris: ed. économique, 1976; pág. 114.

¹¹⁵⁸. GOLDMAN: *Droit commercial européen*, troisième édition. Paris: Dalloz, 1975; pág. 318, 319. BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1977, pág. 334. VANDAMME/GUERRIN: *La réglementation de la concurrence dans la CEE*, Paris, 1974, pág. 168. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 278.

¹¹⁵⁹. Ver *infra* las consecuencias que esto tiene sobre la relación de causalidad y la relación mercado dominado - abuso.

¹¹⁶⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rep. 1979-2, pág. 463. También sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Commission*, Rep. I-3359, pág. 3361.

el recurso a medios diferentes de los que rigen una competencia normal ...»¹¹⁶¹, con lo que parece devolver el centro valorativo a la conducta y con ello introducir algún fondo subjetivista, habida cuenta, por supuesto, de sus efectos o resultados⁽¹¹⁶²⁾. Ello se confirma poco más tarde en *DLG (1994)* cuando el Tribunal de Justicia dice explícitamente en el punto 49 que «... en lo que respeta al concepto de abuso de posición de dominante, procede afirmar, ..., que la creación o el refuerzo de una posición dominante no es en sí contraria al artículo 86 (actual 82) TCE»¹¹⁶³, alejando así la valoración de la antijuridicidad del resultado a la conducta.

También el Tribunal de Defensa de la Competencia suscribe la doctrina objetiva del abuso dada por la jurisprudencia comunitaria, cuando señala en *Liga Nacional de Fútbol Profesional (1993)* que para que exista abuso no es necesario que la LNFP tuviera la iniciativa de la conducta enjuiciada, ni tampoco que su intención primordial fuera cerrar el mercado a las nuevas cadenas privadas de emisión libre. Sin embargo, introduce una importante precisión, en el mismo asunto, cuando dice a continuación que, para que exista abuso según la Ley 16/89, «... Basta con que la conducta del que abusa de la posición de dominio pueda considerarse negligente. ...»¹¹⁶⁴. Con ello el Tribunal de Defensa de la Competencia, suscribiendo la tesis antes expuesta, parece reconocer una cierta relevancia a la intención en grado de negligencia a apreciar en la idoneidad de la conducta,

¹¹⁶¹. *Ibidem*.

¹¹⁶². GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 425.

¹¹⁶³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, caso 250/92, *Gøttrup-Klim y otros Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvareseleskab AmbA (1994)*, Rep. I-5641, 5691.

¹¹⁶⁴. Resolución de 10 de junio de 1993, asunto 319/92, *Liga Nacional de Fútbol Profesional*.

y situarse en la línea de la nueva jurisprudencia comunitaria recaída sobre la cuestión del carácter objetivo del abuso. Otra cosa es, claro está, la fuerza con que se presume esa negligencia, que será muy rigurosa para las empresas dominantes.

ii) Importancia de las circunstancias.

Aunque a primera vista puede parecer fácil distinguir cuándo una conducta es abusiva o no en base al criterio referencial, pues bastaría con comprobar si, mediando una ventaja y daño injustificados, ello habría sido posible en una situación de competencia efectiva; en la práctica, este criterio es poco operativo, pues resulta muy difícil de encontrar un mercado competitivo suficientemente similar para permitir una comparación válida¹¹⁶⁵. Evidentemente, la comparación deberá hacerse, no sobre un modelo abstracto de competencia perfecta, sino sobre un modelo real de competencia efectiva; pero, aun así, esta operación resulta en la práctica muy difícil y fácilmente atacable, pues son muchas las circunstancias que definen un mercado y no es fácil que coincidan en la medida suficiente para permitir una comparación correcta.

A la operatividad del criterio referencial no ayuda tampoco el hecho de que la conducta en la que se instrumenta el abuso sea muchas veces en sí misma legítima. Como hemos visto se trata de conductas que normalmente quedan dentro del ámbito de libertad económica de los agentes y están por ello permitidas en situación de competencia normal, y, en principio, también lo están para la empresa dominante. No se puede prohibir a una empresa, aunque esté en posición de dominio, fijar

¹¹⁶⁵. IMMENGA, U.: «A propos de l'évolution du Droit Allemand des ententes», 3 Revue Interanionele de Droit Économique, 432 (1994).

el precio de sus productos, determinar su calidad, la forma y contenido de su oferta, etc.; aunque sí se puede sujetar estas conductas a unos límites que quieren suplir los que establecería la propia competencia si existiera en grado suficiente. Por ello, la transgresión de estos límites no siempre, o mejor, normalmente no se desprende de la conducta en sí misma, sino de un conjunto de circunstancias que, unidas a la posición de dominio del actor, la envuelven y determinan en último término su carácter abusivo. Son estas circunstancias las que, junto a la posición dominante, determinan el resultado de la conducta, y con ello el carácter abusivo o no de la misma¹¹⁶⁶. En este sentido, señala el Tribunal de Primera Instancia en *Coca-Cola (2000)* que «... El comportamiento que la empresa considerada dominante deberá adoptar con el fin de evitar una posible infracción del artículo 86 (actual 82) TCE depende, de este modo, de una serie de parámetros que reflejan en cada momento las condiciones de competencia del mercado.»¹¹⁶⁷. Es frecuente en la práctica de las autoridades antimonopolio encontrar conductas en sí mismas legítimas que, dada una posición de dominio, devienen abusivas como consecuencia de las especiales circunstancias concurrentes. En *Radio Telefis (1995)* el Tribunal de Justicia confirmó que el ejercicio del derecho excluyente por el titular de unos derechos de autor «... puede dar lugar, en circunstancias

¹¹⁶⁶. Ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de junio de 1992, T-61/89, *Dansk Pelsdyravlereforening c. Comision*, Rec. II-1931, donde se observó que los efectos de unos compromisos de compra exclusiva sobre el mercado en cuestión dependían de las características de dicho mercado; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, C-234/89, *Delimitis*, Rep. I-935, donde se señala que los efectos de tales compromisos deben apreciarse en su contexto específico.

¹¹⁶⁷. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de marzo de 2000, as. ac. T-125-127/97, *Coca-Cola Company & Coca-Cola Enterprises Inc. c. Comisión*, de Curia, consid. 81.

excepcionales, a un comportamiento abusivo.»¹¹⁶⁸. E igualmente el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró en *Airtel c. Telefónica (1999)* unos contratos de distribución exclusiva abusivos, porque en las particulares circunstancias en que se daban dificultaban la entrada de Airtel en el mercado de la telefonía móvil¹¹⁶⁹.

Estas circunstancias son además indefinibles a priori, pues varían de unos mercados a otros y su relevancia en la apreciación del abuso en buena medida depende de las otras circunstancias con que concurren y del modo en que se relacionan unas con otras. De ahí que se señale que la determinación última del carácter abusivo de una conducta es una cuestión de hecho que no podrá realizarse sin tener en cuenta factores tales como si esa conducta es acorde con los objetivos del Tratado, el mayor o menor grado de dominación que detenta el actor, si la conducta en sí tiene un carácter claramente restrictivo o desleal, si es o no práctica habitual en el mercado, si es una respuesta legítima a la competencia y si es proporcionada esa respuesta, o sus efectos directos e indirectos sobre clientes y competidores¹¹⁷⁰, etc.

¹¹⁶⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, as. ac. C-241-242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión* (sentencia Magill), Rep. I-743, consid. 50. También, por ejemplo, *ITT Promedia (1998)*, cit. supra; o las sentencias cit. supra respecto de los compromisos de compra exclusiva.

¹¹⁶⁹. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*, consid. 6 y 7.

¹¹⁷⁰. DERINGER: "Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité", en *Revue du Marché Commun* de 1962 y 1963, 1964, 1965, 1966, 1967; pág. 490. MATILLA ALEGRE: «Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma» en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios jurídicos en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991, págs. 687 y ss. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 531. RODRIGUEZ ARTIGAS: "Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia" en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez», Madrid: Civitas, 1996, págs. 983 y ss., en especial pág. 1012.

También es importante tener en cuenta que estas circunstancias pueden y suelen variar con el tiempo, por lo que su valoración, y con ella la de la conducta en cuestión deberá ir referida a un momento o segmento temporal determinado. El Tribunal de Primera Instancia en la misma sentencia *Coca-Cola (2000)* recuerda a reglón seguido que «[a]demás, en el marco de una posible Decisión de aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE, la Comisión deberá volver a definir el mercado pertinente y a analizar las condiciones de competencia, análisis que no tiene que basarse necesariamente en las mismas consideraciones a partir de las cuales se apreció con anterioridad la existencia de una posición dominante. ...»¹¹⁷¹. En este sentido, la Comisión recuerda la imposibilidad de ofrecer una definición jurídica general y completa del abuso, cuando señala en el *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1965* que «... como no hay una definición general de abuso, su existencia deberá apreciarse, en cada caso, en función de los objetivos de la norma donde figure ...»¹¹⁷². Así lo entiende también el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando señala en *Roca radiadores (1995)* que «... El ejercicio de ese poder [dominante] puede resultar o no abusivo según un análisis que ha de hacerse caso por caso, ...»¹¹⁷³

¹¹⁷¹. *Coca-Cola (2000)*: cit. supra, consid. 82.

¹¹⁷². *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1965*, cit. supra.

¹¹⁷³. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, asunto 356/1994 *Roca radiadores*, pág. 3.

C) *DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL RESULTADO: «... PARA LA OBTENCIÓN DE VENTAJAS [...] QUE NO SE HABRÍAN PODIDO TENER DE HABER REINADO UNA COMPETENCIA EFECTIVA».*

Y, en tercer lugar, según se desprende también de la lógica de esta misma definición de referencia general, para que haya abuso es necesario también, desde el punto de vista del resultado:

A) «... LA OBTENCIÓN DE VENTAJAS [...] QUE NO HABRÍAN PODIDO TENER EN UNA SITUACIÓN DE COMPETENCIA EFECTIVA».

i) «... para la obtención de ventajas ...».

Al señalar que hay explotación abusiva cuando se ejercita la posición de dominio *para la obtención de ventajas* [injustificadas frente a los otros partícipes del mercado] que no se habrían tenido de haber reinado una competencia efectiva¹¹⁷⁴, las autoridades comunitarias y la doctrina parecen indicar que la obtención o la pretensión objetiva de obtener una ventaja o satisfacción injustificada que el juego normal de la competencia no habría permitido obtener, forma parte del mismo concepto de abuso.

De la utilización de la preposición «... *para* obtener ...» en la definición general, y de la importancia central del juicio objetivo sobre la idoneidad del acto, parece desprenderse que no es necesaria la consumación de la ventaja, basta la mera idoneidad del acto para alcanzarla, cualquiera que sea la voluntad del actor.

¹¹⁷⁴. Ver cita *supra*.

¿En qué puede consistir esta ventaja?, ¿Se trata de una ventaja concurrencial, o económica no concurrencial? ¿Puede incluso ser una ventaja extraeconómica? ¿Es posible una lesión gratuita? Como estamos hablando de conductas en el mercado y según parece deducirse de los ejemplos del artículo 82.2 TCE, lo normal es que sean ventajas de tipo económico, aunque sólo consistan en el disfrute de una vida cómoda¹¹⁷⁵. Si la ventaja ha de ser concurrencial o no es algo que trataremos en los dos últimos capítulos. Baste apuntar aquí que las autoridades comunitarias parecen exigir la implicación de algún tipo de ventaja concurrencial para apreciar el abuso. Con todo no parece tan importante la existencia de una ventaja como la concurrencia de un daño efectivo a los otros agentes del mercado.

Sin embargo, al menos en el plano conceptual que no en la práctica de las autoridades antimonopolio, parece que incluso ventajas con otro contenido¹¹⁷⁶, como por ejemplo la simple satisfacción personal sin trascendencia económica por el daño causado, podrían quedar en el ámbito de la noción genérica vista. Pensamos, por ejemplo, en el caso en que un monopolista que, sin esperar un beneficio o aun soportando pérdidas, discrimina a uno de sus proveedores o a uno de sus clientes por la sola satisfacción por el daño causado. Sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieran

¹¹⁷⁵. De poco sirvió a la EMSFM alegar que la subida inequitativa de tarifas practicada iba orientada a compensar sus cuantiosas pérdidas, y que por tanto no suponían beneficios extraordinarios. El Tribunal de Defensa de la Competencia contestó que «... la existencia de pérdidas no justifica por sí sola el aumento de las tarifas, antes bien refuerza la conclusión de que la EMSFM se ha comportado como un monopolista típico que opta siempre por subir los precios en lugar de reducir sus costes, política que puede practicar por no tener ningún competidor; ...» (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, as. 316/95, *Funerarias de Madrid 2*, fund. 5).

¹¹⁷⁶. CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission". Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972, pág.291.

exigirse en virtud de otras normas, también desde el punto de vista del Derecho de la competencia y del artículo 82 TCE, se podrían ver como una conducta reprobable, pues, al margen de las consideraciones morales que no interesan al Derecho de la competencia, esta conducta supone una utilización de la privilegiada libertad económica que confiere la posición de dominio, para la satisfacción de un interés distinto o incluso contrapuesto a aquél para cuya satisfacción ha sido concebida. Es decir, supone una clara y lesiva desviación de un poder en el mercado que debe usarse, según la propia doctrina de las autoridades antimonopolio, con la máxima responsabilidad, con lo que defrauda las expectativas que en ella habían depositado las normas que admiten la dominación. Una conducta con este resultado no se demuestra razonable (correcta) ni se corresponde con la que cabría esperar (y esperan las normas que legitiman la posición de dominio, pero no el abuso) de un empresario diligente en una situación de competencia operativa, so pena de perder al cliente o al proveedor, o de sufrir una reacción del competidor. Por lo demás, cabe la posibilidad de que este tipo de conductas, aunque no reporten una ventaja económica a su autor, puedan lesionar intereses económicos de otros agentes y redundar incluso en graves ineficiencias económicas. El mismo razonamiento parece aplicable a la ventaja gratuita, sin otro contenido que el de la inercia de la pura negligencia. En fin, cabe esta posibilidad porque para que haya «explotación abusiva» no parece tan importante la existencia de una ventaja para el autor, como la naturaleza y contenido del daño causado con dicha explotación que es lo que verdaderamente definirá la afectación a la competencia.

ii) Injustificada.

Debido a la identidad de razón la falta de justificación de la ventaja se trata junto al perjuicio no justificado.

iii) «... que no habrían podido tener de haber reinado una competencia efectiva.».

Cuando las autoridades comunitarias adjetivan el sustantivo «ventajas» con la subordinada relativa «... que no habría podido tener de haber reinado una competencia efectiva.», recuerdan que las empresas dominantes también están sometidas al imperio de la competencia, al menos, desde la perspectiva del resultado, en todo lo que no sea necesario para la realización del fin que justifica su excepcional posición. El comportamiento y, sobre todo, el resultado de las empresas dominantes no deberá alejarse de los que determine la ley de la competencia más allá de la razón que justifique su dominación¹¹⁷⁷. De ahí que con ello las autoridades comunitarias vean en las ventajas obtenidas gracias a la dominación una indicación de abuso, si los terceros soportan un perjuicio no justificado¹¹⁷⁸. Por otra parte, esta precisión conceptual, aunque necesaria, tiene el inconveniente de introducir en la definición del abuso un elemento comparativo de difícil apreciación¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁷. Una razón común a todo el Derecho de la competencia es evitar que por medio del juego desleal, de la formación de cárteles o del abuso de posición dominante, los agentes puedan obtener en el mercado ventajas que no tienen su correspondencia en la prestación de un servicio y no se habrían tenido de haber reinado una competencia de calidad y no limitada (FIKENSTCHER: "Las tres funciones del control de la economía", 171 RDM, 466 y ss. -enero-marzo, 1984).

¹¹⁷⁸. *United Brands (1978)*: *cut supra*, consid. 247. BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1967; pág. 191.

¹¹⁷⁹. El recurso al criterio comparativo es también decisivo en el actual párrafo 22.4 BGW alemán. Véase *infra*. Nótese que la ley alemana después de señalar que las conductas abusivas en cuestión «... difieren de las que resultarían con alta probabilidad en una

Estas dificultades frecuentemente se intentan compensar desplazando el acento hacia la lesión injustificada de los intereses de los otros agentes del mercado, aunque ello suponga remitirse al nada fácil problema de decidir cuándo un perjuicio está justificado y cuándo no lo está, y es, por tanto, en este último caso, abusivo¹¹⁸⁰.

B) «... FRENTE A LOS COMPETIDORES, ACTUALES O POTENCIALES, A LOS PROVEEDORES O A LOS USUARIOS.».

i) Un daño.

Y, por fin, cuando la Comisión señala en el *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común (1965)* que «las prácticas abusivas de una empresa dominante pueden manifestarse *frente a* los competidores actuales o potenciales, a los proveedores o a los usuarios.»; o el Tribunal de Justicia habla de «... ventajas de las transacciones que no habría podido obtener ...»¹¹⁸¹ en la sentencia al caso *United Brands (1978)*, o de que el artículo 82 TCE «... no se refiere sólo a las prácticas susceptibles de causar un *perjuicio inmediato* a los consumidores, sino también las que se lo causan ...»¹¹⁸² en la sentencia al caso *Continental Can (1973)*; o la doctrina subraya «..., en *perjuicio de sus proveedores, competidores y clientes, ...*»¹¹⁸³, indican

competencia efectiva; ...», preveyendo las dificultades del criterio comparativo, advierte que «...; a estos efectos debe atenderse especialmente a los comportamientos de empresas en *mercados comparables* con competencia efectiva; ...».

¹¹⁸⁰. RODRIGUEZ ARTIGAS, cit. *Supra*, pág. 1012.

¹¹⁸¹. Cit. *supra*.

¹¹⁸². Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215, pág. 246, párrafo 26.

¹¹⁸³. Cit. *supra*.

que el abuso es un acto apto para causar un daño o perjuicio económico a los otros agentes del mercado¹¹⁸⁴. No es necesario que el daño sea actual y efectivo, basta con que la conducta sea objetivamente adecuada para causarlo.

La naturaleza y alcance del daño se trata en los dos últimos capítulos de este trabajo.

ii) No justificado.

Si la ventaja y el daño están proporcionalmente justificados, en la contraprestación dada, en la realización de una mayor eficiencia económica, o en la realización del interés económico general o fiscal encomendado, esto es, si media justa causa¹¹⁸⁵; la práctica de que se trate, aunque lesiva, será legítima, los agentes perjudicados deberán soportarla como una consecuencia normal del ejercicio de un derecho (*qui iure suo utitur neminem laedit*), y, por supuesto, no habrá abuso de posición de dominio¹¹⁸⁶. Y ello en virtud de la ley civil en el primer caso, de la lógica del sistema y de los objetivos del Tratado en el segundo, y del artículo 86.2 (antiguo artículo 90.2) del Tratado en los dos últimos; siempre, claro está, que la pretendida lesión se reduzca al mínimo indispensable para la

¹¹⁸⁴. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 292 y 293. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 272

¹¹⁸⁵. La idea de la justa causa se repite en la jurisprudencia de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia. Véase, por ejemplo, las resoluciones de 30 de julio de 1992, as 309/1991, *ACIMA C. Mutua Madrileña Automovilística*, pág. 3; o la resolución de 15 de diciembre de 1994, as. R 79/1994, *Tandem-Ruta Sur (1994)* del Tribunal de Defensa de la Competencia; o la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, caso 250/92, *Gettrup-Klim y otros Grovwareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovwareseleskab AmbA*, Rep. I-5641.

¹¹⁸⁶. Véase supra «El abuso como comportamiento contrario a los objetivos del artículo 86 TCE».

realización de tan encomiables funciones¹¹⁸⁷. No en vano la correcta actividad y honrados beneficios conseguidos gracias al riesgo y el esfuerzo es un bien jurídico protegido por el Derecho de la competencia¹¹⁸⁸.

iii) A los otros agentes del mercado. Los sujetos pasivos del abuso.

Siguiendo las indicaciones del grupo de profesores consultados, la Comisión señaló, en el *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado común (1965)*, que «Las prácticas abusivas de una empresa dominante pueden manifestarse frente a los competidores actuales o potenciales, a los proveedores y a los usuarios.». En el mismo sentido se ha manifestado la mayoría de la doctrina. Ahora bien, en qué medida, y de qué modo es algo que trataremos en el último capítulo de este trabajo.

iv) La lesión al interés general, la lesión al interés particular y la legitimación actora

Como hemos visto, en la doctrina propuesta las autoridades comunitarias hablan de ventajas *frente a los competidores presentes o potenciales, a los proveedores o*

¹¹⁸⁷. La idea de la ausencia de justificación se recoge con claridad en el párrafo 22.4 del BGW alemán: «Cuando una empresa que domina el mercado como oferente o demandante de mercancías o prestaciones comerciales de una clase determinada: 1) Perjudica las posibilidades competitivas de otras empresas de una manera significativa para la competencia en el mercado, *sin una razón objetivamente justificada*; 2) Exige compensaciones o condiciones contractuales, que difieren de las que resultarían con alta probabilidad en una competencia efectiva; a estos efectos debe atenderse especialmente a los comportamientos de empresas en *mercados comparables con competencia efectiva*; 3) Exige compensaciones o condiciones contractuales más desfavorables, de las que la propia empresa dominante del mercado exige en *mercados comparables de clientes similares, a no ser que la diferencia esté objetivamente justificada*

¹¹⁸⁸. FIKENSTCHER: "Las tres funciones del control de la economía", en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 171, Madrid, enero-marzo, 1984.

a los usuarios. A la vista de ello, cabe preguntarnos qué papel juega la lesión a los intereses de los otros agentes en la realización del tipo del abuso, y en la legitimación para iniciar y/o ser parte en el procedimiento que se seguirá para su represión: ¿ha de instrumentarse la lesión al interés general en una lesión a intereses particulares?.

En el estudio de esta cuestión se han de diferenciar dos planos, el conceptual que lleva a la calificación del abuso, y el procesal en el que se decide la legitimación para actuar en el procedimiento.

Desde la óptica conceptual, la diferenciación no es nítida, pues, en la materia que nos ocupa, es difícil de imaginar, al menos desde un punto de vista teórico, que toda lesión al interés general no perjudique de algún modo a los otros agentes del mercado (proveedores, competidores, clientes o consumidores), aunque sólo sea por la restricción de su libertad o por la pérdida de eficiencia económica que habrán de soportar, al menos en este último caso, como consumidores finales; o que toda lesión a los intereses particulares no afecte también de algún modo al interés general, aunque sólo sea lesionando la confianza en el buen funcionamiento del mercado o la eficiencia económica. De ahí que se descubra una relación de implicación biunívoca entre la lesión al interés particular y la lesión al interés general. Desde esta perspectiva, la cuestión planteada sería pues intrascendente: el abuso implicará siempre de algún modo una lesión a los dos tipos de intereses.

Sin embargo, esta cuestión adquiere nuevas perspectivas si se analiza desde la óptica procesal. Es verdad que todos los agentes tienen un interés legítimo y **directo** en el buen funcionamiento del mercado, pues de ello depende, al menos, el contenido de su libertad económica

y la mejor satisfacción de sus legítimos intereses económicos. También es verdad que a ese interés debe corresponderle el derecho subjetivo público a exigir a la autoridad la restauración del orden económico quebrado por el abuso. Y también es cierto, que el Derecho de la competencia y las autoridades encargadas de aplicarlo tienen como función esencial asegurar el buen funcionamiento del mercado mediante la defensa de la competencia.

Pero, con todo, la Ley 16/89 de defensa de la competencia, a la hora de configurar la legitimación para instar y ser parte en el procedimiento que seguirá al posible abuso, discrimina entre los agentes según hayan visto directamente afectado su interés privado o sólo indirectamente a través de la lesión al interés general, lo que no significa, como enseguida veremos, que se desentienda del buen funcionamiento del mercado.

Establece primero el artículo 36.1 LEDC que «el procedimiento se inicia por el Servicio de oficio o a instancia de parte interesada.». Hasta aquí puede muy bien pensarse que el legislador entiende por «parte interesada» legitimada para iniciar el procedimiento toda persona con un interés directo (particular) o indirecto (general) en la restauración del orden público económico; y así es. Sin embargo, continúa el mismo artículo 36.1 LEDC, en su párrafo segundo, diciendo que «La denuncia de las conductas prohibidas por este texto legal es *pública; cualquier persona, interesada o no*, puede formularla ante el Servicio, que incoará el expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia.»; para continuar en la regulación del resto del procedimiento hablando sólo de *los interesados* (36 y ss. LEDC). De ello cabe deducir que el legislador diferencia entre la persona con un interés directo a la que reconoce la condición de parte

interesada con legitimación para iniciar, continuar o entrar como parte en el procedimiento; y la persona afectada sólo indirectamente por la lesión del interés general, que sólo puede iniciarlo mediante denuncia, pero carece de legitimación para continuar como parte en el procedimiento, ésta deberá limitarse a denunciar (comunicar) los hechos a la Autoridad, que es a quien corresponderá, si procede, incoar el procedimiento.

En esta línea el Tribunal de Defensa de la Competencia explica en el asunto *Seguridad Ceres S.A. (1992)*¹¹⁸⁹ que es persona interesada¹¹⁹⁰ «... quien se considere titular de un interés personal, subjetivo y directo en el asunto, o, naturalmente de quien ostente un

¹¹⁸⁹. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de febrero de 1992, as. 28/92, *Seguridad Ceres S.A. c. Unión Española de Explosivos S.A.*

¹¹⁹⁰. El Tribunal de Defensa de la Competencia entra con mayor abundamiento sobre este primer concepto en *Agencias Viaje Cataluña/Iberia (1999)*, cit. infra, donde señala que, como la LDC, pese a hacer numerosas referencias a los interesados y conferirles diversas facultades ante los órganos de defensa de la competencia, no define el concepto de interesado, «... en virtud de lo establecido en el artículo 50 LDC y en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que dice que los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es necesario acudir al artículo 31 de ésta que establece que se consideran interesados en el procedimiento administrativo: "a) quienes lo promuevan como titulares de intereses legítimos individuales o colectivos; b) los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; c) aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva". Además en su punto 2 señala que "las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca".

Según la Jurisprudencia constitucional, el interés legítimo "equivale a la titularidad potencial de una posición o ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercite la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta", por lo que no es suficiente con alegar un interés genérico, sino que es necesario que la resolución que vaya a recaer en el procedimiento de que se trate sea capaz de otorgarle un beneficio apreciable que, como señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de junio un beneficio apreciable que, como señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1997, ha de ser alegado y probado por la parte que considera que tiene dicho interés legítimo.» (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de febrero de 2000, as. r/406/99, *Agencias Viaje Cataluña/Iberia*, fund. 2).

derecho subjetivo pleno y perfecto; ...»¹¹⁹¹, con lo que niega tal derecho a todos los agentes no directamente afectados por el abuso. Y, reconociendo de algún modo ese interés legítimo y el consecuente derecho de todo agente a exigir el buen funcionamiento del mercado que reconoce de alguna manera el artículo 36.1 LEDC, continúa en el mismo asunto explicando que hay pura denuncia cuando se comunica «... un hecho supuestamente contrario a la normativa de competencia realizado por *cualquier miembro* de la comunidad jurídica, puesto que la Ley permite a estos efectos una *actuación popular* ya que tiene vocación de permitir la *dictatio ad populum* en temas de competencia. Legitimación, bien entendido, para poner en marcha, en su caso, el procedimiento, sin que de ahí derive necesariamente que quepa otorgarle la condición de legitimado como parte en un ulterior procedimiento si éste llega a tener lugar; ...»¹¹⁹², pues, de acuerdo con la legislación administrativa, «..., la denuncia resulta a la postre un puro sistema de comunicación al órgano competente para que éste, de oficio, proceda, si aparentemente se dan los requisitos legales, a iniciar el procedimiento.»¹¹⁹³. Con ello el Tribunal de Defensa de la Competencia, en lo que nos parece una interpretación natural del artículo de la LEDC, sólo reconoce al agente con un interés indirecto fundado en la sola defensa del interés general, un derecho a comunicar el abuso a la Autoridad, pero no a continuar como parte en el procedimiento, si llega a tener lugar. No se otorga pues en la Ley española una suerte de acción popular a los interesados indirectos, que son los que sólo se apoyan en el interés general, sino sólo un derecho a denunciar

¹¹⁹¹. *Seguridad Ceres* (1992), cit. supra.

¹¹⁹². *Ibídem.*

¹¹⁹³. *Ibídem.*

(comunicar). Pero ello no significa en absoluto que el interés general quede desprotegido, pues el artículo 36.1 LEDC confía su defensa a la Autoridad que, de apreciar lesión al interés general, deberá iniciar el procedimiento de oficio. Así pues para que una persona pueda ser parte en el proceso es necesario que pruebe la lesión al interés general en un daño causado a un concreto interés particular suyo.

Por otra parte, conviene hacer notar que el requisito de la lesión a los intereses económicos de los otros agentes o el de la prueba de un perjuicio directo para poder iniciar y continuar un procedimiento, no significa de ningún modo que la función de las Autoridades encargadas de la defensa de la competencia y del mercado sea la resolución de cuestiones privadas o la reparación del daño causado. Como señala el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Opciones compra equipos Telefónica (1993)*, esto «... corresponde solamente a los Tribunales de Justicia. ...». «... De conformidad con la Ley, ...» la función del Tribunal de Defensa de la Competencia, como la de las autoridades comunitarias, se limita a actuar «... en términos de policía económica sobre el mercado *salvaguardando el orden público económico* que es una manifestación concreta sobre el mercado del interés general, *cuya supervisión y disciplina corresponde a este órgano administrativo*. Para ello, definido un mercado, el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa como el ojo del Estado sobre el mismo, *evitando que se dañe la competencia* por actuaciones de los operadores en dicho mercado. Y queda dotado para ello de potestades públicas, muy especialmente de las sancionadoras, que se han de utilizar siempre con el fin específico de *garantizar que la depresión, supresión o daño a un mercado determinado no se produzca con*

beneficio para el sujeto que produjo esas lesiones al orden público económico. Por ello, cuando se define un mercado en el que se detecta una práctica y luego se comprueba, en términos de técnica económica, los beneficios que dicha práctica ha producido al operador, esa es precisamente la base que se constituye en parámetro jurídico para aplicar el poder sancionador.»¹¹⁹⁴.

¹¹⁹⁴. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de octubre de 1993, as. 328/1993 *Opciones compra equipos telefónica*.

CAPÍTULO OCTAVO:

**LA CUESTIÓN DEL VÍNCULO.
RESPONSABILIDAD CUALIFICADA DE
LA EMPRESA DOMINANTE.**

Puesto que el artículo 82 TCE habla de «explotación abusiva ..., de una posición dominante ...», se plantea la cuestión del tipo de vínculo que debe existir entre posición dominante y explotación abusiva. Esto lleva a analizar la relación de causalidad entre dominación y abuso; y la relación entre mercado dominado y abuso. La definición del término «explotación abusiva» y la solución dada a estas cuestiones, se basa en una responsabilidad cualificada que el artículo 82 TCE impone a las empresas dominantes.

I) LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

En la lógica del concepto genérico de abuso que acabamos de ver, parece que debe haber un vínculo causal entre la posición de dominio y el abuso, pues de lo que se habla es precisamente de «... explotación abusiva, ..., de una posición dominante ...» (art. 82 TCE). Realmente parece difícil que se pueda explotar o abusar de lo que no se tiene. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha repetido en varias ocasiones que el vínculo causal no es un elemento necesario del abuso. Se

plantea entonces la cuestión de averiguar cuál puede ser el alcance de estas afirmaciones, y en qué medida el vínculo causal forma parte del abuso.

A) TIPOS DE VÍNCULO.

Siguiendo a VOGELENZANG¹¹⁹⁵, cabe contemplar al menos tres tipos de relación causal, dos conexas y una tercera desconexa. Una primera relación es la de causalidad inmediata dominio-conducta. Se da cuando la conducta abusiva en sí misma sólo puede ser realizada por una empresa en posición de dominio; por ejemplo, la imposición de un precio monopolístico, que sólo puede hacer quien tiene poder para ello¹¹⁹⁶.

Un segundo tipo de relación es la de causalidad mediata dominio-resultado. Se da este tipo de relación cuando, aunque la conducta abusiva en sí misma pueda ser realizada por agentes sometidos a una competencia normal (una fusión, una política de descuentos, etc.), el resultado sólo es posible si el autor está en posición de dominio¹¹⁹⁷. Por ejemplo, cualquier empresa puede negar una

¹¹⁹⁵. VOGELENZANG: "Abuse of a Dominant Position in Article 86; the Problem of Causality and Some Applications", *Common Market Law Review*, vol. 13, February, 1976, págs. 66 y ss.

¹¹⁹⁶. Aunque no siempre se ha llegado al final, se plantean supuestos de precios excesivos, el abuso de primer grado por antonomasia, en los asuntos, por ejemplo, *General Motors* (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975, caso 26/75, *General Motors v. Commission*, Rec. 1367); *United Brands* (1978), ya cit.; *British Leyland* (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, caso 226/84, *British Leyland c. Commission*; Rec. 3263); o *Ahmed Saeed Flugreisen* (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, as. 66/86, Rep. 803); *Torunier y Lucazeau* (entencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, as. ac. 110-241-242/88, Rep. 2512 y 2811); o, en materia de condiciones inequitativas, *Tetra Pak II* (decisión de 24 de julio de 1991, DOCE L 72/1 de 18 de marzo de 1992). En la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia puede verse sobre precios excesivos la resol. de 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, espec. fund. 5; o sobre condiciones inequitativas la resolución de 27 de julio de 1997, as. 394/199, *Ibertex c. Telefónica*.

¹¹⁹⁷. Son abundantes en la jurisprudencia comunitaria los supuestos de prácticas usuales y aceptadas que adquieren sin embargo carácter abusivo como consecuencia de la posición dominante del actor. Ver, por ejemplo, respecto a cláusulas de exclusividad, descuentos de fidelidad o de bonificaciones por objetivos, las decisiones de 2 de enero de 1973, *Industria Europea del Azúcar*,

compra o una venta, lo que ocurre es que las consecuencias para los proveedores y compradores de esa negativa no serán las mismas si quien la deniega es una empresa sometida a una competencia normal o una empresa dominante.

En este segundo supuesto caben a su vez dos posibilidades, que la posición de dominio sea *condictio sine qua non* del tipo de resultado; o bien que la posición de dominio sea sólo *condictio sine qua non* del peor efecto. En el primer caso la dominación es la causa del tipo de resultado dañoso; en cambio, en el segundo, la dominación es sólo la causa de la magnitud del resultado lesivo, que igualmente se habría producido si lo hubiera realizado una empresa sujeta a una competencia efectiva aunque en menor medida. El daño es el mismo, pero por la fuerza dominante del actor en el mercado adquiere una mayor gravedad¹¹⁹⁸. Así puede ocurrir, por ejemplo, en casos de concentraciones, violaciones de patentes, boicots, etc.

Y un tercer supuesto es el definido por la desconexión o ausencia de relación. Se da cuando el abuso no guarda ninguna conexión, ni en la conducta ni en los resultados, con la posición de dominio. Esa misma conducta podía

DOCE L 140/17 de 25 de mayo; de 18 de julio de 1988, *Napier Brown/British Sugar*, DOCE L 284/41 de 19 de octubre; o de 5 de diciembre de 1988, *BPB Industries*, DOCE L 10/55 de 13 de enero de 1989; o de 23 de diciembre de 1992, *CEWAL*, *COWAC*, *UKWAL*, DOCE L 34/20 de 10 de febrero de 1993. Ver también sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1978, as. 102/77, *Hoffmann La Roche*, Rec. 1139, y de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, Rec. 461; y *Michelin v. Comisión (Michelin)* de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Rec. 3461; y del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, as. T-65/89, *BPB Industries & British Gypsum*, Rec. II-392. En la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia puede verse, por ejemplo, las resoluciones de 29 de junio de 1999, as. 438/98, *Interflora*; o de 26 de octubre de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*.

¹¹⁹⁸. Véase, respecto a los derechos de propiedad industrial e intelectual, *Radio Telefis (1995)*, donde el ejercicio del derecho exclusivo a editar unas listas de programas que concede el derecho de autor, por la posición dominante del actor y las circunstancias, adquiriría una gravedad susceptible de calificar ese ejercicio como abusivo (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, as. ac. C-241/91 P y C-242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión*, Rep. I-743. Ver en general también los supuestos de la nota supra.

haberla realizado con igual resultado una empresa sometida a una competencia normal.

B) VALORACIÓN DE LA DOCTRINA.

El consenso en la doctrina sobre la suficiencia del vínculo entre abuso y posición de dominio se ha dado en orden decreciente del primero al último: todos los autores están de acuerdo en que la relación de causalidad entre posición de dominio y conducta es un vínculo suficiente; algunos autores han podido dudar que la posición de dominio como *condictio sine qua non* del resultado sea una relación suficiente, y las dudas aumentan si la causalidad se limita sólo a agravar el resultado lesivo; y pocos autores han defendido desde el principio la admisión de un abuso de posición de dominio en el que no exista relación entre ambos elementos¹¹⁹⁹.

C) EL VÍNCULO CAUSAL EN LOS DISTINTOS CONCEPTOS DE ABUSO¹²⁰⁰:

En cualquier caso, se ha de hacer notar que la relevancia del vínculo causal varía según la interpretación que se adopte.

A) LA CAUSALIDAD EN LAS INTERPRETACIONES RESTRICTIVA Y FORMAL.

En la interpretación formal y especialmente en la interpretación restrictiva, la causalidad, aunque sea en su mínima expresión, es vista como un elemento necesario del abuso. Se entiende que cuando el artículo 82 TCE establece que queda prohibida «..., la explotación

¹¹⁹⁹. VOGELENZANG: *Ibidem*, pág. 67.

¹²⁰⁰. Vid. *infra*.

abusiva, ..., de una posición dominante ...», la norma expresa claramente que no basta la sola concurrencia desconexa de una posición de dominio y un abuso, sino que con la preposición «de» y el término «explotación» indica la necesidad de un vínculo causal entre dominación y abuso¹²⁰¹. Del mismo modo, si se analizan los ejemplos de abuso que ofrece el mismo artículo 82 TCE, se verá que los supuestos a) y d) parecen referidos a una relación causal del tipo dominación-conducta; y los supuestos contemplados en las letras b) y c) se sitúan al menos en el vínculo dominación-resultado¹²⁰², lo que parece indicar la necesidad de algún tipo de causalidad, aunque sea del tipo dominación-resultado, para apreciar el abuso.

Pero, lo que es más importante, se entiende que el vínculo causal viene exigido por la misma lógica interna del abuso, que, como hemos visto, en la interpretación formal, al igual que en la restrictiva, se concibe como un acto por el que la empresa en posición de dominio *utiliza* las posibilidades que de ella se derivan para obtener, en perjuicio de sus competidores, clientes y proveedores (sólo los dos últimos, en la interpretación restrictiva), *ventajas que no habría podido obtener de haber habido una competencia normal*¹²⁰³. Es precisamente la posición de dominio del actor la que impide a los clientes y proveedores eludir el abuso acudiendo a la competencia, en el abuso explotativo; o a los competidores hacer frente a la conducta monopolizadora, en el abuso anticompetitivo. Piénsese que, si se concibe la explotación abusiva como un mal uso de la posición de

¹²⁰¹. VOGELENZANG: *Ibidem*. DERINGER: "Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité", en *Revue du Marché Commun* de 1962 y 1963, 1964, 1965, 1966, 1967; pág. 488.

¹²⁰². Véase más extensamente VOGELENZANG: *Ibidem*, págs. 67-68.

¹²⁰³. Véanse *supra* las primeras aportaciones de las autoridades comunitarias y la definición dada por la doctrina.

dominio, es lógico pensar que esa dominación es causa mediata o inmediata del abuso¹²⁰⁴. Se señala, por otra parte, que negar la causalidad podría llevar a confundir la posición de dominio con la explotación abusiva¹²⁰⁵ y vaciar así de contenido el artículo 82 TCE.

B) LA CAUSALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA.
DOCTRINA DE LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS.

Pese a la esencial importancia que reconocen al vínculo causal la interpretación formal y la restrictiva, las autoridades comunitarias no se han manifestado con igual claridad a la hora de tratar la cuestión de la causalidad en su doctrina del abuso anticompetitivo. En su tratamiento por la jurisprudencia comunitaria, se ha de diferenciar, varios pronunciamientos zigzagueantes de cuestionable claridad y armonía:

i) Continental Can (1973): ¿Negación del vínculo?

Contradiendo aparentemente la doctrina formal del abuso suscrita¹²⁰⁶ y como consecuencia lógica de la absolutización del carácter objetivo del abuso anticompetitivo¹²⁰⁷, el Tribunal de Justicia sorprendió a la doctrina negando tácitamente todo vínculo causal en *Continental Can (1973)*¹²⁰⁸. La negación vino en esta conocida sentencia fundamentalmente por dos vías.

¹²⁰⁴. JOLIET: «Monopolization et abus de position dominante», RTDE, 1969, págs. 679-680.

¹²⁰⁵. BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, 2ª edition, Bruxelles: Maison Larcier S.A., Bruxelles, 1977; pág. 331.

¹²⁰⁶. Vid. supra.

¹²⁰⁷. Vid. supra.

¹²⁰⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rep. 215.

1. *Negando la causalidad inmediata en el considerando 27:*

Primero, después de presentar los artículo 81 y 82 TCE como instrumentos complementarios de un mismo sistema cerrado de defensa de la competencia que no ha de permitir eludir por el artículo 82 TCE lo que se prohíbe con rigor en el artículo 81 TCE hasta el punto de poner en peligro el sistema de competencia querido por el Tratado¹²⁰⁹; contestó a la queja de los recurrentes sobre la necesidad de una *relación causal*¹²¹⁰ en el considerando 27 que: «..., el problema evocado por los recurrentes, de la conexión de causalidad, que en su opinión, debería existir entre la posición de dominio y su explotación abusiva, no reviste interés, el refuerzo de una posición de dominio por una empresa podrá ser abusivo y prohibido por el artículo 86 (actual 82) TCE, cualesquiera que sean los medios o procedimientos utilizados al efecto, desde el momento que tengan tales efectos.».

De este modo, desplazando el núcleo valorativo de la conducta al resultado restrictivo sobre la estructura, negaba ciertamente la *relación inmediata de causalidad*¹²¹¹ como elemento necesario del abuso. En efecto, si el resultado restrictivo basta para caracterizar el abuso y con ello se prueba la lesión directa o indirecta a los intereses de los consumidores, como se hace en *Continental Can (1973)*, los medios o procedimientos empleados devienen irrelevantes y es, por tanto, indiferente discutir sobre si tienen su causa inmediata o no en la detentación de una posición de dominio. Ello, en

¹²⁰⁹. *Continental Can (1973)*, cit. supra, consids. 21 y ss, esp. 25.

¹²¹⁰. Démonos cuenta que no consideraban necesario cualquier tipo de vínculo causal, sino sólo la relación de causalidad, que corresponde al primer tipo de relación mencionada. Para ellos, sólo habría abuso si la conducta abusiva sólo hubiera podido ser realizada desde una posición de dominio. Vid supra. Véase VOGELENZANG: Ibídem.

¹²¹¹. Y no cualquier tipo de vínculo causal. El problema viene por la segunda vía.

buena medida, supone también que el abuso puede tener lugar en un mercado distinto de aquél en el que se detenta la posición de dominio¹²¹².

2. *Ignorando la posición de dominio como presupuesto del abuso:*

Y, segundo, apreciando el abuso en un supuesto de concentración, en el que la posición de dominio material (que no formal en la argumentación del Tribunal¹²¹³) era más el resultado de la concentración que el presupuesto, con lo que se hacía difícil también ver en la posición de dominio la causa, aunque sea mediata, anterior del abuso⁽¹²¹⁴⁾⁽¹²¹⁵⁾.

No obstante, a parte de que no se ve una clara voluntad del Tribunal de Justicia, al menos en el plano formal, de negar la necesidad de todo vínculo causal sino más bien sólo de la perfecta relación causal; como observa ALBERTO BERCOVITZ, la causalidad no deja de estar de algún modo también presente en *Continental Can (1973)*, pues la concentración (conducta), y sus efectos

¹²¹². GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 424. Véanse *AKZO (1991)*: sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, as. C-62/86, *AKZO-Chemie c. Commission*, Rep. I-3359 (un importante precedente lo encontramos también en *ICI y CSC/Zoja* de 6 de marzo de 1974). Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, *Tetra Park International S.A. c. Comisión*, Rep. II-755, pág. 758, particularmente explicativa: «... los comportamientos de esta empresa [empresa en posición de dominio] pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE del Tratado y ser sancionados con arreglo al mismo, aún cuando estén localizados en un mercado distinto del mercado dominado, en la medida que por la estrecha conexión existente entre ambos mercados y por la preeminencia de que dispone en él, pueda actuar con una independencia de comportamiento frente a los demás operadores existentes en dicho mercado que le confiere, también en éste y sin que sea necesario demostrar la existencia de la posición dominante, una responsabilidad particular en el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada»

1213 .

¹²¹⁴. VOGELZANG: *Ibidem*.

¹²¹⁵. Con todo, el Tribunal de Justicia manifiesta la voluntad de salvar la formalidad jurídica del presupuesto de la posición de dominio, con lo que, al menos formalmente, no hay una voluntad tácita de negar todo vínculo causal.

restrictivos sobre la competencia actual o potencial, adquieren precisamente su carácter abusivo por la trascendencia que les da esa posición de dominio actual. Hay una cierta relación de causalidad entre esa posición y la gravedad del cambio en la estructura del mercado. Si esa posición de dominio no se diera el acto en cuestión no revestiría en absoluto la misma trascendencia¹²¹⁶. La posición de dominio actual es de algún modo la causa mediata de la gravedad del resultado¹²¹⁷.

ii) United Brands (1978): Regreso a la causalidad.

Sin embargo, frente a la oscuridad con que se trata la cuestión de la causalidad en *Continental Can* (1973), el Tribunal de Justicia vuelve drásticamente a afirmar la importancia del vínculo causal poco después en *United Brands* (1978), cuando señala en el punto 249 que es necesario «... averiguar si el detentador de la posición de dominio hizo uso de las posibilidades que de ella se derivaron, para obtener ventajas de las transacciones que no habría obtenido de haber habido una competencia suficientemente eficaz.»¹²¹⁸.

¹²¹⁶. ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, pág. 427.

¹²¹⁷. Lo que correspondería al supuesto de la dominación como causa mediata de la gravedad del resultado.

¹²¹⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands*, Rep. 1978, 207, considerando 249. GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Ed. Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1984, pág. 407 .

iii) Hoffmann La Roche (1979), AKZO (1991) y DLG (1994): ¿En qué medida?

Con todo, poco después el Tribunal de Justicia vuelve en cierto modo sobre los pasos de *Continental Can (1973)*, cuando, en *Hoffmann La Roche (1979)* el Tribunal de Justicia rechazó la interpretación del demandante según la cual «... la explotación abusiva implicaría que la utilización del poder económico conferido por una posición de dominio, es el medio por el que el abuso se ha cometido ...»¹²¹⁹. Pero, paralelamente, primero en *Hoffmann La Roche (1979)*, y después en *AKZO (1991)* el Tribunal de Justicia repite una importante referencia a los medios, cuando señala que «..., por el recursos a unos medios distintos de los que rigen una competencia normal de los productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores económicos, ...»¹²²⁰, con la que, desplazando el centro valorativo del resultado a la anormalidad de la conducta, vuelve en cierto modo a enfatizar la causalidad, contemplada de forma más amplia que la sola relación inmediata de causalidad. Ello parece confirmarse todavía con mayor fuerza, pues se subraya lo mismo desde otro ángulo y de forma más explícita, en *DLG (1994)*, cuando el Tribunal de Justicia señala que «En lo que respecta al concepto de abuso de posición dominante, procede afirmar, ..., que la creación o el refuerzo de una posición dominante no es en sí contraria al artículo 86 (actual 82) TCE.»¹²²¹. Las referencias a la causalidad han sido también importantes en casos de ejercicio de

¹²¹⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann La Roche*, Rep. 1979, 461 considerando nº 91. GOLDMAN/LYON CAEN: *Ibidem*.

¹²²⁰. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra, *Ibidem*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Commission*, Rep. I-3359, pág. 3455, considerandos 69 y 70.

¹²²¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, caso 250/92, *Gettrup-Klim y otros Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvareseleskab AmbA*, Rep. I-5641, pág. 5691.

derechos de propiedad industrial. El Tribunal ha señalado que, aunque del ejercicio de estos derechos pueda derivarse una restricción del comercio entre los Estados miembros, sólo se infringirá el artículo 82 TCE, cuando el derecho sea utilizado como instrumento de explotación abusiva de tal posición¹²²². Con esta última doctrina parece volverse a enfatizar la importancia de la conducta.

Así pues, contrariamente a lo que en un primer momento pudiera haber parecido, ahora es difícil sostener que el Tribunal de Justicia niegue toda relación de causalidad (entendida en su forma más amplia) como elemento constitutivo del abuso. Como hemos visto, el Tribunal de Justicia mas bien parece reconocer a la causalidad, aunque sea tácticamente y al menos en su forma mediata, un papel necesario en la formación del abuso. Se ha de tener en cuenta que, ante la falta de una normativa específica para las concentraciones económicas, en *Continental Can (1973)*, el Tribunal de Justicia sin duda se vio obligado a forzar un instrumento normativo que no había sido concebido para esa función. Además debe tenerse en cuenta el particular contexto (de ausencia de regulación de las concentraciones, excesivo grado de concentración en la Comunidad, etc.), en el que apareció el caso extremo de *Continental Can (1973)*. Se habrá que esperar, no obstante, a que fallos posteriores confirmen o desmientan esta apreciación.

¹²²². Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de abril de 1997, as. 402/85, *Basset c. SACEM*, Rep. 1.747, consid. 21; de 5 de octubre de 1988, as. 238/87, *Volvo c. Veng*, Rep. 6.211, consid. 8; de 5 de octubre de 1988, as. 53/88, *CICRA Maxicar c. Renault*, Rep. 6.039, consid. 15. WAELBROECK/FRIGNANI: Ídem, cit. supra, pág. 371.

D) *EL VÍNCULO CAUSAL EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.*

La cuestión del vínculo causal entre posición de dominio y abuso ha sido menos problemática en el Derecho de la competencia español. La existencia de una regulación más o menos acertada de las concentraciones económicas en la Ley 16/89, ha evitado que el Tribunal de Defensa de la Competencia se haya visto obligado a forzar la relación posición de dominio - abuso hasta el punto a que tuvo que llegar el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en *Continental Can* (1973). Así, en una doctrina que arranca ya de la anterior Ley 110/63¹²²³, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha parecido considerar la causalidad, al menos en su relación mediata (posición de dominio - resultado), como un elemento constitutivo necesario del abuso de posición de dominio.

En *Talleres Landaluce* (1996) el Tribunal en la desestimación del recurso encuentra a faltar incluso la causalidad inmediata, cuando contestó a los recurrentes que «A mayor abundamiento, las conductas que describe ... como constitutivas de abuso de posición de dominio, tampoco merecen tal calificación, pues ni la propagación de rumores falsos tiene relación con la posición de dominio (cualquiera puede realizar actos de denigración aun cuando no tenga una posición dominante en el mercado), ni tampoco el dejar de pagar una cantidad que se dice adeudada constituye una conducta que exclusivamente se pueda realizar desde posiciones de dominio. ...»¹²²⁴.

En *Interflora* (1999) no se planteó directamente el problema de la causalidad; sin embargo, es evidente que el Tribunal entendió que era suficiente la relación de

¹²²³. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de julio de 1992, as. A27/1992, *ONLAE*; de 28 de julio de 1992, as. 305/91, *Igualatorio médico colegial*; de 2 de marzo de 1991, as. 284/1990, *Campsa*; y de 5 de noviembre de 1992, as. 316/92, *Castellana de ascensores c. Zardoya Otis y Giesa Schindler*.

¹²²⁴. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de julio de 1996, as. R 158/1996, *Talleres Landaluce*, fund. 4.

causalidad mediata para satisfacer el tipo del abuso, cuando consideró abusivas las cláusulas de exclusiva que Interflora imponía a sus floristerías por las que se les impedía ejecutar encargos transmitidos por establecimientos no incorporados a su red. Se trata de una conducta que normalmente hubiera podido realizar legítimamente y soportar una empresa sujeta a una competencia normal, pero debido a la clara posición de dominio que detentaba interflora, dicha conducta producía unos resultados y adquiriría una gravedad sobre el mercado que no se habría producido si la hubiera adoptado una empresa sometida a una competencia operativa. En este sentido, señalaba el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Interflora* que «... Conviene recordar que, cuando una empresa ocupa una posición dominante en un mercado, la estructura de la competencia en el mismo está ya debilitada, por lo que cualquier restricción adicional de la competencia producida por el comportamiento de dicha empresa constituye una explotación abusiva de su posición de dominio. ...»¹²²⁵. La posición de dominio es pues la causa de la gravedad del resultado.

Esta doctrina de *Interflora* podría llevar a pensar que basta incluso cualquier restricción estructural realizada desde una posición dominante, aunque no tenga su causa inmediata o mediata en la dominación, para calificar la conducta como abusiva. No obstante, no parece que sea ésta la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia. Primero, porque en esta misma sentencia el Tribunal no deja de enfatizar que la gravedad del resultado restrictivo se debe precisamente a la fuerte posición de dominio de la

¹²²⁵. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1999, as. 438/98, *Interflora*, fund. 7. También resolución de 1 de abril de 1992, as. 305/91, *IMECOSA*.

empresa en el mercado¹²²⁶. Y, segundo, porque en casos similares, como *Airtel/Telefónica (1999)*, donde el Tribunal se ha pronunciado en parecidos términos, éste no ha dejado de recordar expresamente la importancia de la causalidad, siquiera sea mediata, al invocar una importante referencia a los medios de la jurisprudencia comunitaria¹²²⁷: «... Al analizar la conducta de la empresa, lo que importa es si, *al recurrir a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de los productos en función de las prestaciones de los operadores económicos*, el comportamiento controvertido tuvo por objeto o pudo tener el efecto de influir en la estructura de un mercado en el que, a raíz de la presencia de la empresa dominante, el nivel de competencia estaba ya debilitado.»¹²²⁸.

Queda por ver, no obstante, hasta qué punto se sentirá el Tribunal vinculado por esta doctrina en el futuro.

II) EL ABUSO Y EL MERCADO DOMINADO. LOS MERCADOS CONEXOS.

Si el artículo 82 TCE dice poco sobre la necesidad de un vínculo causal entre posición de dominio y abuso, todavía dice menos sobre la relación que debe existir entre mercado dominado y abuso. Como observó el Tribunal de Primera Instancia en *Tetra Pak (1994)*, «... el artículo 86 (actual 82) TCE [ni define la posición de dominio, ni] contiene ninguna indicación explícita sobre exigencias

¹²²⁶. En efecto, Interflora contaba con una cuota del 77%, una fuerte implantación de su marca, y con el control de un gran número de floristerías entre las que se contaban las mejores y de mayor calidad del mercado. Prueba de ello era la dificultad con que se encontraba la competencia para entrar en el mercado en cuestión.

¹²²⁷. Ver supra. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra, consid. 9.

¹²²⁸. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel/Telefónica*, espec. funds. 6 y 7.

relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos. ...»¹²²⁹. Este precepto se limita a establecer requisitos sobre la extensión de la posición de dominio, y ha sido la jurisprudencia, con posterioridad, la que ha definido la posición dominante, su relación con el abuso, y la noción de mercado relevante de los productos, para delimitar el ámbito en el que deben analizarse las condiciones de competencia y el poder económico de la empresa.

Como hemos visto, en su concepción objetiva del abuso de posición dominante, las autoridades comunitarias han llegado a flexibilizar la relación entre posición de dominio y abuso hasta el punto de plantear serias dudas sobre la necesidad de un vínculo causal¹²³⁰. Parece entonces que una concepción objetiva del abuso, poco preocupada por los medios y el vínculo causal, ha de posibilitar también la apreciación de un abuso en un mercado distinto del dominado. Si entre abuso y posición de dominio se admite una relación mediata del tipo dominio-resultado o, simplemente, no se considera necesario ningún vínculo causal, se tiene que convenir también que no es necesario que el abuso y la posición de dominio coincidan siempre en un mismo mercado, pues no es imprescindible detentar una posición de dominio en un mercado para poder realizar en él una conducta o un resultado abusivo. De ahí que la objetivación del abuso lleve necesariamente también a la

¹²²⁹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión*, as. T-83/91, Rep. II-775, consid. 113.

¹²³⁰. No faltan autores que opinan que la concepción objetiva del abuso de posición de dominio ha sido llevada hasta el extremo de exonerar la Comisión de la necesidad de constatar la existencia de una relación de causalidad entre la posición dominante y las prácticas comerciales que configuran el abuso, lo que es lo mismo que afirmar que el vínculo causal no es un elemento típico del abuso de posición de dominio. Así, Ruíz Jacobo-Colomer, abogado general en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala quinta) de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak SA c. Comisión*, as. C-333/94, Rep. I-5951, 5971. WAELBROECK/FRIGNANI: *Derecho europeo de la competencia*, Barcelona: Bosch, 1997, pág. 371.

flexibilización de la relación entre mercado dominado (posición de dominio), y mercado afectado.

Ciertamente de una interpretación estrictamente formalista, como la que sostenían en su momento las tesis más restrictivas¹²³¹, se desprende la necesidad de que el abuso y sus efectos recaigan en el mismo mercado dominado, pues, en un primer momento, parece difícil de admitir que pueda realizarse una práctica monopolística en un mercado en el que no se tiene poder de monopolio suficiente para sustentarla. Sin embargo, la práctica comunitaria ha demostrado que el poder de monopolio puede alcanzar a mercados distintos del dominado, y, consecuentemente, se ha decidido a flexibilizar esta relación y admitir que el abuso y/o sus efectos puedan recaer en un mercado distinto de aquél en el que el actor detenta la posición dominante. Esta posibilidad adquiere además especial relevancia, cuando una empresa controla un recurso esencial que otras necesitan para desarrollar sus actividades en otros mercados, ya que abre la posibilidad de usar el poder que genera la dependencia para incidir sobre ellos. Ello ha dado lugar a que la doctrina de las «essential facilities» aparezca implícita y frecuentemente confundida con supuestos de mercados vinculados o conexos¹²³².

La posibilidad de extender la responsabilidad de la empresa dominante a un mercado distinto del dominado no

¹²³¹. A parte de las tesis doctrinales expuestas *infra*, véanse también las argumentaciones de las partes recurrentes en *Continental Can* (1973), cit. *supra*; y en *Tetra Pak* (1994), esp. consid. 102 (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak International SA c. Comisión*, as. T-83/91, Rep. II-762), donde se resumen los argumentos más importantes.

¹²³². De hecho la mayoría de los casos que se citan como precedentes o supuestos de aplicación de la doctrina de «las essential facilities» en el Derecho comunitario son también supuestos de mercados vinculados. Ver, por ejemplo, la exposición del abogado general JACOBS en sus conclusiones a *Bronner* (1998) (Conclusiones del abogado general Sr. F.G. JACOBS, presentadas el 28 de mayo de 1998, Rep. I-7794, a la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros* (sentencia *Bronner*), Rep. I-7791).

carece en absoluto de importancia, porque, de ser así, significaría que una empresa con una posición de dominio en un mercado A, podría ver calificado como abusivo un comportamiento realizado en un mercado B, en el que la empresa no detenta una posición de dominio; y ello tiene evidente trascendencia en el mercado.

Se plantea entonces la conveniencia de delimitar hasta qué punto el abuso y sus efectos pueden tener lugar en un mercado distinto de aquél en el que la empresa detenta su posición de dominio.

A) POSIBLES TIPOS DE RELACIÓN.

Como observa el abogado general RUÍZ JACOBO-COLOMER en *Tetra Pak (1996)*¹²³³, del análisis de la jurisprudencia comunitaria se desprenden estos posibles supuestos:

1. Cuando el abuso (conducta y resultado) se produce íntegramente en el mismo mercado en el que la empresa detenta la posición de dominio. Es el supuesto típico de abuso de posición dominante.
2. Cuando el abuso se produce sólo parcialmente en el mercado dominado.

Se han de diferenciar aquí dos supuestos: a) cuando la conducta abusiva se desarrolla en el mercado dominado, pero que sus efectos se dejan sentir en un mercado distinto, en el que la empresa no tiene posición de dominio; y, b) cuando la conducta abusiva se desarrolla en un mercado en el que la empresa no tiene posición de dominio, pero produce el efecto de reforzar su posición en el mercado dominado.

¹²³³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Comisión*, Rep. I-5951. Conclusiones del Abogado General RUÍZ-JACOBO COLOMER, presentadas el 27 de junio de 1996, Rep. I-5954, punto 38.

3. Y, cuando el abuso se produce íntegramente en un mercado distinto al dominado.

En este último caso, caben a su vez dos posibilidades: que el mercado en el que se produce el abuso y sus efectos, pese a ser distinto, sea conexo al dominado; o que, por el contrario, sea distinto y además este desconexo del dominado. En el primer caso, hay entre ambos mercados distintos alguna forma de vínculo o conexión; en el segundo, no hay ningún vínculo o conexión que los una.

En la actualidad la jurisprudencia se ha pronunciado ya, en mayor o menor medida, sobre estos distintos supuestos.

B) *EL ABUSO INTEGRAMENTE EN EL MERCADO DOMINADO.*

Como ya hemos avanzado constituye el supuesto perfecto e indiscutido de abuso. En este caso la conducta abusiva y sus efectos recaen en el mismo mercado en que el actor detenta la posición de dominio, por lo que el vínculo entre ambos está fuera de toda duda. Tanto la Comisión como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia admiten siempre la aplicación del artículo 82 TCE a estos supuestos¹²³⁴.

C) *EL ABUSO SÓLO PARCIALMENTE EN EL MERCADO DOMINADO.*

Tiene lugar cuando el abuso se produce sólo parcialmente en el mercado dominado, pues la conducta abusiva o sus efectos se producen en un mercado próximo en el que la empresa no tiene posición de dominio. Caben pues dos posibilidades.

¹²³⁴. Así sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, caso 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. pág. 215. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Comisión*, Rep. 207; y Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1994, as. C-53/92, *Hilti c. Comisión*, Rep. I-667.

A) EL ABUSO CON EFECTOS EN UN MERCADO DISTINTO DEL DOMINADO.

Como ya hemos señalado, en este caso, la conducta abusiva se realiza en el mismo mercado dominado, pero sus efectos trascienden a otro mercado en el que el actor no tiene posición dominante. El Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre este supuesto en la sentencia *Instituto Chemioterápico Italiano (1974)*¹²³⁵.

En *Zoja* el Tribunal de Justicia apreció la existencia de un abuso de posición dominante, cuando Comercial Solvents, que tenía una posición de dominio en el mercado de la materia prima (aminobutanol) necesaria para la fabricación del etambutol (un medicamento contra la tuberculosis), se negó a suministrar esas materias a Zoja, fabricante de este medicamento, con la finalidad de introducirse ella misma en el mercado del etambutol. Comercial Solvens realizó así una práctica abusiva en el mercado del aminobutanol, en el que detentaba una posición de dominio, cuyos efectos restrictivos se habían de dejar sentir en el mercado del etambutol, en el que carecía de poder dominante¹²³⁶.

Otro supuesto similar se planteó al Tribunal de Justicia en el asunto *Telemárketing (1985)*¹²³⁷. En este caso, la empresa CLT y su filial de publicidad televisiva IPB, dominaban el mercado de la publicidad de televisión en francés dirigida al público belga, a través del control de la cadena de televisión RTL, propiedad de CLT. El abuso consistió en la negativa por parte de CLT de suministrar a las empresas de telemárketing los servicios necesarios para

¹²³⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 marzo de 1974, as. ac. 6/73 y 7/73, *Instituto Chemioterápico Italiano y Commercial Solvents c. Comisión*, Rep. I-223.

¹²³⁶. Ídem, vid esp. aps. 19 a 22.

¹²³⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 octubre de 1985, as. 311/84, *CBEM (telemarketing)*, Rep. I-3261.

que pudieran desarrollar su actividad a través de la cadena RTL. El grupo CLT-IPB impedía el acceso a las empresas de telemarketing a su mercado dominado de la publicidad televisiva, con la finalidad de debilitarlas e imponerse en el mercado conexo del telemarketing. Con ello, abusaba de su posición en el mercado dominado, la publicidad televisiva, para conseguir un efecto restrictivo en otro mercado distinto, el del telemarketing.

Es importante observar que en estos casos el Tribunal de Justicia admite como abuso prácticas cuyos efectos restrictivos se producen en mercados distintos del mercado dominado en el que se realizan las conductas abusivas. Se trata de conductas realizadas en el mercado dominado con la finalidad de debilitar la competencia e imponerse en un mercado próximo en el que no se tiene posición de dominio. Frente a ello las autoridades comunitarias reaccionan flexibilizando la relación entre el mercado dominado (posición de dominio) y el resultado del abuso para reprimir efectos lesivos producidos fuera del ámbito al que alcanza estrictamente la posición de dominio. Ello significa que la especial responsabilidad que el artículo 82 TCE impone a las empresas dominantes, se puede extender a los efectos que sus conductas producen más allá de lo que estrictamente constituye el mercado dominado.

B) EL ABUSO EN MERCADO DISTINTO CON EFECTOS EN EL MERCADO DOMINADO.

Un supuesto inverso es el que se da cuando una empresa dominante realiza una práctica fuera del mercado dominado, cuyos efectos restrictivos se hacen sentir, sin embargo, dentro del propio mercado dominado.

Esta posibilidad se planea al Tribunal de Justicia años más tarde en *AKZO (1991)*¹²³⁸, aunque con algunos matices en la delimitación del mercado. En este caso la práctica abusiva consistía en la aplicación por parte de AKZO, que dominaba el mercado de los peróxidos orgánicos aplicados en la fabricación del plástico, de precios predatorios en el mercado de peróxidos orgánicos para la fabricación de harina, en el que trabajaba ECS, con el fin de debilitar la posición de ECS en ese mercado, y evitar así que pudiera entrar en el mercado dominado por AKZO (1991). En este asunto se observa que la práctica abusiva de AKZO (1991), aplicación de unos precios predatorios a los peróxidos orgánicos para la harina, se realiza en un mercado distinto del que domina, para conseguir el resultado de restringir la entrada de un posible rival en su dominio de los peróxidos orgánicos para el plástico.

Un caso parecido se plantea también al tribunal en *British Gypsum (1995)*¹²³⁹. El Tribunal de Justicia confirmó el abuso de una empresa con posición de dominio en el mercado de las placas de yeso, consistente en ofrecer importantes ventajas a los clientes de yeso que también compraban sus placas. Se realizaba así una práctica abusiva en el mercado del yeso que debilita a los partícipes de ese mercado, con el fin de evitar que éstos pudieran penetrar en el mercado dominado de las placas de yeso. Así la práctica abusiva desarrollada en el mercado del yeso, estaba destinada a conseguir el resultado de restringir la entrada en el mercado dominado de las placas de yeso.

¹²³⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, as. C-62/86, *AKZO-Chemie c. Comisión*, Rep. I-3359, pág.

¹²³⁹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, as. T-65/89, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, Rep. II-389; y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 abril de 1995, as. C-310/93 P. *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, Rep. I-865, donde el pleno del Tribunal confirma la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en casación.

Se ha de notar en estos casos que el Tribunal admite como abuso prácticas que, aunque producen sus efectos restrictivos en el mercado dominado, sin embargo, tienen lugar en mercados distintos del dominado. Se trata de conductas realizadas en otro mercado con el fin de evitar que competidores potenciales establecidos en ese mercado puedan entrar en el mercado dominado. Ante esta práctica las autoridades comunitarias vuelven a reaccionar flexibilizando la relación entre mercado dominado (posición dominante) y conducta abusiva, a fin de reprimir abusos que, aunque se producen fuera del ámbito de la posición de dominio, van a producir el efecto de reforzarla. Se abre así la posibilidad de aplicar el artículo 82 TCE también a conductas desarrolladas en un mercado no dominado, si acaban repercutiendo en el ámbito propio de la posición dominante.

Interesa destacar que en ninguno de ambos supuestos de abuso parcial se produce una desvinculación total del abuso respecto del mercado dominado. En el primer caso, la conducta abusiva sigue desarrollándose en el mercado dominado, aunque sus efectos lesivos trasciendan a otro mercado; y, en el segundo, aunque la conducta tenga lugar en otro mercado, sus efectos restrictivos se dejan sentir en la posición de dominio. Así, pues, de los dos elementos que integran el abuso (la conducta y el resultado) al menos uno se producen dentro del mercado dominado, y se mantiene por tanto un nexo de unión entre la posición de dominio y el abuso¹²⁴⁰.

¹²⁴⁰. No se rompe pues totalmente la secuencia posición de dominio + abuso (= conducta + resultado) que definen el abuso de posición dominante. Véase en este sentido a RUÍZ-JACOBO COLOMER, cit. supra, ap. 52.

D) *EL ABUSO INTEGRAMENTE EN UN MERCADO DISTINTO DEL DOMINADO.*

Se da este último supuesto cuando tanto la conducta abusiva como sus efectos, se producen en un mercado distinto del dominado. Como ya hemos avanzado, en este caso caben todavía dos posibilidades: que el abuso se produzca en un mercado distinto, pero vecino o conexo con el dominado; o que se produzca en un mercado distinto y desvinculado del dominado. Se ha de notar que, tanto en un caso como en otro, el abuso tiene lugar enteramente en un mercado diferente del dominado, y falta, por tanto, el nexo de unión interno (posición de dominio - conducta o resultado abusivo) que, en los casos anteriores, unía el abuso al mercado dominado.

Se trata pues de dos supuestos distintos a los planteados hasta el momento. Entre ellos hay una importante diferencia determinada por la existencia o no de conexión o proximidad entre los mercados, razón por la que deben ser tratados separadamente.

A) *EN UN MERCADO DISTINTO, PERO VINCULADO AL DOMINADO.*

El supuesto de mercados distintos vinculados, se plantea a las autoridades comunitarias en *Tetra Pak (1996)*. Tetra Pak es un fabricante de máquinas y cartones para el envasado aséptico y no aséptico de productos alimenticios, que detenta una clara posición de dominio en el mercado de envasado aséptico, donde tiene un 90% cuota de mercado. Entonces, comienza a realizar prácticas agresivas (cláusulas de exclusividad, precios predatorios, ...) en el mercado de envasado no aséptico, que repercuten en este mismo mercado, donde, aunque tiene un peso importante (aproximadamente una cuota creciente del 48% del mercado de

cartón y del 52% del mercado de máquinas de embalaje no aséptico, superiores en un 10 o 15% a suma de sus dos mayores rivales), no se llega a constatar su posición de dominio. Ahora bien, pese a tratarse de mercados distintos, existen entre ambos mercados un conjunto de circunstancias que los vinculan estrechamente: hay una tendencia a que los mismos proveedores y clientes (se observa, por ejemplo, que aproximadamente el 35% de los clientes de Tetra Pak trabajan en los dos mercados) estén presentes en ambos mercados, y además tanto un mercado como otro sirven esencialmente para unos mismos productos. Con este caso, se plantea a las autoridades comunitarias un supuesto nuevo, en el que la conducta y el resultado abusivo recaen en un mercado distinto del dominado, pero que está estrechamente vinculado a éste.

Frente a ello, el Tribunal de Justicia, confirmando la opinión avanzada por la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia, recuerda primero que «... el artículo 86 (actual 82) TCE no contiene ninguna indicación expresa sobre exigencias relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos. ...»¹²⁴¹, pero que «... la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE presupone la existencia de un vínculo [interno] entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo,»¹²⁴² para apostillar a reglón seguido que «[este] vínculo ... normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado produce efectos en ese mismo mercado.»¹²⁴³. De ahí, continua el alto Tribunal, que «[c]uando se trata de mercados distintos, pero conexos, ..., sólo la existencia de *circunstancias especiales*

¹²⁴¹. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala quinta) de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94, Rep. I-5951, *Tetra Pak SA c. Comisión*, consid. 24

¹²⁴². *Ibidem*, consid. 27.

¹²⁴³. *Ibidem*.

[vínculo externo] puede justificar la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE a un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado.»¹²⁴⁴.

Y, para el Tribunal, en *Tetra Pak (1996)*, se dan estas circunstancias especiales, capaces de suplir la insuficiencia de vínculo interno, cuando los rasgos estructurales antes descritos «..., considerad[os] en su totalidad y no aisladamente, permit[en] ... atribuir a Tetra Pak una independencia de comportamiento frente a los demás operadores económicos en los mercados no asépticos, ...». Con ello, el Tribunal equipara los vínculos estructurales o externos, que definen la conexión entre mercados, a los vínculos internos, y los reconoce capaces de extender la posición de dominio de una empresa, y con ella su especial responsabilidad, a un mercado distinto del dominado. De este modo, se amplía el alcance del artículo 82 TCE a un nuevo tipo de relación entre mercado dominado y mercado afectado, definida, no por vínculos internos, sino por vínculos estructurales. Ya no es sólo la posición de dominio detentada en el mercado dominado la que explica el abuso en el mercado afectado, sino la conjunción de esa posición dominante, por sí misma insuficiente, con un conjunto de factores estructurales que hacen de puente entre ambos mercados. El Tribunal da con ello un importante paso adelante en la flexibilización del vínculo entre posición de dominio y abuso que, como reconoce el propio Tribunal, exige el artículo 82 TCE¹²⁴⁵.

Con todo, no debe perderse de vista que el nivel de exigencia para los vínculos estructurales se demuestra, al

¹²⁴⁴. *Ibidem*.

¹²⁴⁵. En este mismo sentido el abogado general RUÍZ-JACOBO COLOMER en sus conclusiones presentadas en *Tetra Pak (1996)*, pág. I-5974, consid. 46, cit. *supra*.

menos en *Tetra Pak (1996)*, muy elevado. Es la preeminencia de Tetra Pak en el mercado no dominado, unida a la posición cuasimonopolista que tiene en el mercado dominado y a los importantes vínculos que conectan a ambos mercados, en los que, considerados globalmente, podría llegar a apreciarse una posición dominante de Tetra Pak, la que permite realizar la extensión de responsabilidad. Sin duda todo ello define unas «... circunstancias [muy] especiales ...»¹²⁴⁶, que permiten prever una interpretación restrictiva de este supuesto excepcional.

B) EN UN MERCADO DISTINTO Y DESVINCULADO DEL DOMINADO.

Hasta el momento, la Comisión ni ha planteado abiertamente, ni se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicar el artículo 82 TCE a un comportamiento supuestamente abusivo, desarrollado en un mercado distinto y desvinculado del dominado, que produce efectos en ese mismo mercado. No obstante, en *Tetra Pak* alega que «... ni la letra, ni la finalidad del artículo 86 (actual 82) TCE permiten pensar que este precepto prohíbe sólo los abusos cometidos sobre el mercado relevante que ha servido para definir la posición dominante, permitiendo así que la empresa de que se trate pueda desarrollar prácticas abusivas sobre otros mercados, especialmente cuando éstos están estrechamente vinculados al mercado dominado.»¹²⁴⁷. Y, de ello y en particular del término «especialmente»¹²⁴⁸ con que introduce el supuesto planteado en *Tetra Pak (1996)*, no sería aventurado inferir que la Comisión no cierra o,

¹²⁴⁶. Cit. supra.

¹²⁴⁷. Decisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pak II*, DOCE L 72/1 de 18 de marzo de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE, recogida en las alegaciones por el Tribunal de Primera Instancia en *Tetra Pak (1994)*, cit. supra, Rep. II-810, consid. 107.

¹²⁴⁸. *Ibidem*.

mejor, podría dejar abierta la posibilidad de, llegado el caso, apreciar un abuso en un mercado desvinculado del dominado.

Ni el Tribunal de Primera Instancia en fase de recurso, ni el Tribunal de Justicia en fase de casación, se pronuncian expresamente sobre esta posibilidad que no les ha sido planteada. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, respondiendo al caso *Tetra Pak*, parece excluirla tácitamente, cuando en el considerando 27 señala que «Es cierto que la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE presupone la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del dominado produce efectos en ese mismo mercado. Cuando se trata de mercados distintos, pero conexos, como ocurre en [*Tetra Pak*], sólo la existencia de circunstancias especiales puede justificar la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado.»¹²⁴⁹.

En efecto, aunque no lo diga expresamente, el Tribunal no parece dejar espacio en su doctrina para el abuso consumado en un mercado distinto y no vinculado. Para el Tribunal de Justicia, cuando el abuso se desarrolla y produce sus efectos fuera del mercado dominado, normalmente, falta el vínculo entre posición de dominio y abuso que presupone el artículo 82 TCE. En estos casos, sólo un conjunto de circunstancias especiales, que pueden llegar a darse en los mercados conexos, son, según el Tribunal, capaces de llegar a suplir la ausencia de ese vínculo. Y, si ya es difícil encontrar unas circunstancias

¹²⁴⁹. *Tetra Pak* (1991), cit. supra, Rep. I-6008, consid. 27.

especiales¹²⁵⁰ que justifiquen la aplicación del artículo 82 TCE a abusos consumados en mercados vinculados (y muy excepcionales son las que se dan en *Tetra Pak -1996*), a la vista de *Tetra Pak (1996)*, parece imposible imaginar circunstancias tan especiales que justifiquen su aplicación a mercados distintos y no vecinos. La misma interpretación restrictiva que el Tribunal de Justicia aplica a los primeros¹²⁵¹, parece excluir a los segundos.

Aunque en un primer momento se ha planteado la posibilidad de extender la norma antiabuso a conductas consumadas en mercados no vecinos, así el abogado general VERLOREN VAN THEMAAT en *Michelín (1983)*¹²⁵² o, según nuestra interpretación, la Comisión en *Tetra Pak (1994)*¹²⁵³, y, ciertamente, si se niega la necesidad de todo vínculo causal, esta posibilidad no queda descartada en absoluto; lo cierto es que hoy, los argumentos contrarios a este evento, parecen contundentes.

En efecto, contemplar una desvinculación absoluta entre posición de dominio y abuso, hasta el punto de admitir que puedan tener lugar en mercados distintos y desvinculados resulta difícil de conciliar con los objetivos del Tratado. Ello supondría que las empresas que han alcanzado una posición de dominio en un mercado verían muy difícil la penetración en otros mercados, pues la mayoría de las prácticas comerciales que desarrollasen en ellos podrían ser consideradas abuso de su posición dominante. Además, el hecho de que una empresa tenga una

¹²⁵⁰. Se trata de un supuesto en el que las mismas autoridades comunitarias reconocen que cabría apreciar una posición de dominio de *Tetra Pak*, no sólo en un mercado general que englobara el envasado aséptico y el no aséptico, sino incluso sólo en el mercado vecino; a parte, claro está de los vínculos que unen a ambos mercados.

¹²⁵¹. Aun teniendo en cuenta estas circunstancias.

¹²⁵². Conclusiones del abogado general Sr. VERLOREN VAN THEMAT en el asunto 322/81 sobre el que versó la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *Michelín c. Comisión*, caso 322/81, Rep. 3461.

¹²⁵³. *Tetra Pak (1994)*, ya cit.

posición de dominio en un mercado no significa que esté en mejores condiciones que otras empresas para competir en un mercado desconexo. Una gran empresa con significativas participaciones en varios mercados, que no alcanzan el punto de la dominación en ninguno de ellos, puede tener un mayor potencial económico para penetrar en un mercado con una política comercial agresiva, que una empresa de menores dimensiones que ha alcanzado una posición dominante en un solo mercado. Extender hasta tal punto la especial responsabilidad que el artículo 82 TCE impone a las empresas dominantes, se descubre contrario al objetivo de garantizar una competencia operativa en la Comunidad (art. 3, g TCE) que sin duda debe guiar la interpretación del artículo 82 TCE¹²⁵⁴. Una política de este tipo podría actuar como repulsivo de la competencia desincentivando a las empresas de triunfar en el juego competitivo, cuando esto las ha de llevar a una posición dominante que acabaría condenándolas a la parálisis. Al final se podría estar castigando y expulsando del mercado al que en su momento se demostró más eficiente, o se podría forzar políticas de encubrimiento de posiciones dominantes, que no harían sino dibujar un panorama de competencia falseada. Por otra parte, admitir la desvinculación abriría sin duda las puertas a una dilatación excesiva del ámbito de aplicación del artículo 82 TCE por la vía práctica. Bastaría a la Comisión con reducir el mercado relevante hasta el punto de definir una posición de dominio, para, en base a esa posición dominante así definida, poder llevar al artículo 82 TCE una conducta de la empresa realizada en cualquier mercado. En verdad ello supondría una excesiva inseguridad y presión para las empresas que se verían en muchas ocasiones retraídas de competir eficazmente.

¹²⁵⁴. Conclusiones del abogado general RUÍZ-JACOBO COLOMER en el asunto sobre el que recayó la sentencia *Tetra Pak (1996)*, consid. 42, pág. I-5972, cit. supra. También con el primer argumento FRIGNANI/WAELBROECK, pág. 261, cit. supra.

E) LOS MERCADOS VINCULADOS EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.

Del mismo modo que en la doctrina comunitaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en la interpretación del artículo 6 LEDC, admite también la flexibilización de la relación entre mercado dominado y abuso hasta el supuesto de los mercados conexos. En *Intertrace c. Telefónica (1998)*, el Tribunal recordaba que en algunos casos, puede resultar irrelevante discutir si existe un sólo mercado o dos mercados distintos desde el momento en que se «... puede extender los efectos abusivos a un mercado vecino ...» y «... tanto en uno como en otro supuesto puede existir abuso de posición dominante.»¹²⁵⁵.

Aunque sin excesiva locuacidad en lo fundamental, el Tribunal de Defensa de la Competencia trata un supuesto de abuso en mercado conexo en el caso *Airtel c. Telefónica (1999)*. En este asunto, se planteaba al Tribunal un posible abuso de posición dominante por el que Telefónica, mediante un sistema de contratos de distribución exclusiva, procuraba obstaculizar la penetración de Airtel en el mercado de la telefonía móvil digital. Telefónica detentaba directamente o a través de sus filiales el monopolio de la telefonía fija y hasta el año 2007 un derecho de explotación exclusiva sobre el mercado de la telefonía móvil analógica. El Tribunal consideró que Telefónica se valía del monopolio de que disfrutaba en la telefonía fija y de la dominación de la telefonía móvil analógica, para abusar en el mercado de la telefonía móvil digital. Para ello, desarrolló un sistema de distribución en exclusiva por el que aprovechando la estructura de distribución de sus sistemas fijo y móvil analógico, consiguió con un alto grado de eficacia evitar una penetración importante de

¹²⁵⁵. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de noviembre de 1998, as. R. 314/1998, *Intertrace c. Telefónica*, fund. 3.

Airtel en el nuevo mercado de la telefonía móvil digital. Se trataba, por tanto, de una conducta desarrollada en el mercado de la telefonía móvil digital y que producía el efecto de obstaculizar el acceso de un nuevo operador a ese mismo mercado, cuyos resultados eran posibles gracias a la dominación que Telefónica tenía de los mercados de la telefonía fija y móvil analógica. Había pues un abuso desarrollado y con efectos en un mercado conexo pero distinto del dominado. El nexo o conexión entre ambos mercados que justificaba la extensión de la dominación, parecía radicar fundamentalmente en el hecho de que ambos servicios son modalidades de un sistema más amplio que es el de la telefonía celular (hasta el punto que en un primer momento no constituyen mercados separados); y en el uso que Telefónica hacía de los sistemas de distribución propios y de sus filiales TSM de telefonía móvil analógica para distribuir el servicio de telefonía móvil digital, lo que le permitía llevar clientes de sus sistemas dominados para el nuevo sistema digital. También observó el Tribunal que en el caso concurrían circunstancias muy particulares que ayudaban a justificar la extensión de la dominación al mercado vecino, como eran la cuota del 64'7% que la filial de Telefónica tenían en el mercado de la telefonía móvil digital frente al 35'3% de Airtel, y el hecho de que en el mercado de la telefonía móvil (analógica y digital) considerada en su conjunto, Telefónica detentaba una posición de dominio del 75'9% frente al 24'1% de su rival de telefonía móvil digital, Airtel¹²⁵⁶.

No parece tampoco que en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia quepa esperar una interpretación extensiva del supuesto de abuso en mercados conexos. Para que el vínculo externo o estructural pueda sustituir al

¹²⁵⁶. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*, funds. 3 y ss., espec. funds. 5 y 7.

vínculo interno del abuso, es necesario, además de una cierta conexión, que concurren circunstancias tan especiales como las que concurren en el asunto *Tetra Pak* (1996) en la doctrina comunitaria, o en *Telefónica c. Airtel* (1999) en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia. Así, en *Talleres Landaluce* (1996) el Tribunal se negó a extender la posición dominante que supuestamente Talleres Landaluce tenían en el mercado de la calderería para instalaciones cerveceras al mercado vecino de automatización de instalaciones cerveceras, porque, a parte de que no cabía apreciar posición dominante en el mercado conjunto de instalaciones cerveceras llave en mano ni una posición importante de Talleres Landaluce en el mercado de automatización, para el Tribunal «... una fuerte posición en el mercado de la calderería, el que menos preparación tecnológica precisa, difícilmente puede servir para extender los efectos de su posición de dominio hacia otros mercados que precisan de mayor tecnología, como ocurre con el mercado de automatización de instalaciones cerveceras, por mucha conexión que exista entre uno y otro mercado. ...»¹²⁵⁷. No bastará por tanto, cualquier conexión, será necesario además que concurren un conjunto de circunstancias y vínculos externos particularmente importantes, capaces de suplir la ausencia de vínculo interno en el abuso y hacer posible la extensión.

III) LA CUESTIÓN DEL VÍNCULO.

Las soluciones que ofrecen las autoridades comunitarias al problema del abuso en mercado distinto del dominado, suponen en verdad una importante flexibilización del vínculo entre mercado dominado y abuso; sin embargo,

¹²⁵⁷. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de julio de 1996, as. R 158/1996, *Talleres Landaluce*, fund. 4.

ello no significa la negación de todo vínculo entre ellos o entre la posición de dominio y el abuso. Al contrario, cuando la doctrina comunitaria, a falta de vínculo interno suficiente, exige en *Tetra Pak (1996)* vínculos externos entre mercado dominado y abuso, parece confirmar la necesidad del vínculo causal. Sería muy difícil apreciar un abuso en *Tetra Pak (1996)* si esta empresa no tuviera una situación de cuasimonopolio en su mercado dominado. Por tanto, aunque sea de forma mediata y a través de vínculos externos, esa posición dominante también es causa del abuso realizado en el mercado vecino. En efecto, en todos los casos analizados la posición de dominio es, al menos, la causa mediata del resultado. Lo que ocurre es que, en el caso excepcional de los mercados vinculados, no basta por sí sola para definir el abuso, es necesario también que concurren un conjunto de circunstancias estructurales capaces de extender el poder dominante al mercado vecino afectado. Pero ello, no niega el vínculo causal sino que, a nuestro juicio, lo confirma¹²⁵⁸. Así parece entenderlo el Tribunal de Justicia, cuando en el considerando 27 de *Tetra Pak (1996)*, señala que «... la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE presupone la existencia de un vínculo entre posición dominante y comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del dominado produce efectos en ese mismo mercado. ...»¹²⁵⁹. Con ello, el Tribunal de Justicia parece alejarse de las tesis objetivas más extremas y afirmar el vínculo de causalidad como elemento constitutivo del abuso de posición de dominio en general, y, unido a la conexión entre mercados, como elemento constitutivo del abuso de posición dominante en mercados vecinos. Hasta el

¹²⁵⁸. Vid. en sentido parecido FRIGNANI/WAELBROECK comentando la decisión recaída en *Tetra Pak*, cit. supra, pág. 261.

¹²⁵⁹. *Tetra Pak (1996)*, cit. supra.

momento, no parece que la dominación y el abuso puedan ser fenómenos totalmente desconexos.

IV) RESPONSABILIDAD CUALIFICADA DE LAS EMPRESAS EN POSICIÓN DE DOMINIO:

Como hemos visto con la noción de «explotación abusiva» definida por la práctica comunitaria, se imputa a las empresas dominantes un régimen especial de responsabilidad cualificada al que no están sometidas en la misma medida las empresas sujetas a una competencia operativa.

Cuando el artículo 82 TCE permite que una empresa pueda detentar una posición de dominio en el mercado, admite un poder de monopolio tal que posibilita a la empresa dominante obstaculizar una competencia efectiva y definir su actuación en el mercado sin tener en cuenta a sus competidores, clientes y proveedores¹²⁶⁰. Se trata de una situación de competencia restringida en la que la empresa dominante puede sustraerse a la competencia y dictar su ley en el mercado¹²⁶¹. El artículo 82 TCE reconoce así una situación de mercado excepcional, en la que mientras una empresa goza de una amplia libertad económica que le permite actuar independientemente del mercado, los demás agentes pueden ver sus libertades constreñidas por la actuación de la empresa dominante¹²⁶². Este reconocimiento, como hemos visto, se justifica por la necesidad de admitir

¹²⁶⁰. *Memorandum sobre las concentraciones en el mercado común* de 1 de diciembre de 1965, pág. 57; decisión de 2 de junio de 1971, *Gema*, JOCE L. 134 de 20 de julio, o de 9 de diciembre de 1971, JOCE L. 7 de 8 de enero, pág. 25; sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Continental c. Comisión*, Rep. 2, consid. 65, 66, y sentencia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche*, Rep. 461, consid. 38.

¹²⁶¹ FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 275-6.

¹²⁶². Ídem.

los monopolios legales y por la lógica interna del mismo sistema de mercado.

Ahora bien, reconocimiento no significa en el Tratado ausencia de control. Todo lo contrario, es precisamente el reconocimiento de la dominación el que permitirá sujetar su ejercicio al control antiabuso. Es aquí donde aparece la especial responsabilidad cualificada de las empresas dominantes. Sin que en principio ello suponga ningún reproche a la dominación, las autoridades comunitarias, también sobre la misma base del Tratado y especialmente del artículo 82 TCE, derivan del reconocimiento de la dominación la exigencia de un régimen especial de responsabilidad para la empresa dominante que, con independencia de las causas de dicho poder, le impone la obligación de no realizar aquellas conductas que, fuera del fin que justifica el monopolio, puedan afectar la competencia en el Mercado común. Y esta obligación, precisamente por la preponderancia que la empresa tiene en el mercado y la consiguiente trascendencia de sus conductas, tiene para la empresa dominante un rigor y gravedad superior al exigido a las empresas sujetas a una competencia normal.

En este sentido, el Tribunal de Justicia, frente a los argumentos del Gobierno francés de que con la posición de dominio podría estar penalizándose la calidad de los productos y las prestaciones, señala en *Michelín* (1983) que «... la constatación de una posición dominante no implica en sí misma ningún reproche para la empresa en cuestión, sino que sólo significa que, independientemente de las causas de esa posición, tiene una responsabilidad particular de no perjudicar con su comportamiento a una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.»¹²⁶³.

¹²⁶³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelín c. Comisión*, Rec. 3461, consid. 57.

Y en *British Gypsum* (1993) el Tribunal de Primera Instancia consideró que, aunque unos compromisos de compra exclusiva serían admisibles en una situación de competencia normal, «... no pueden admitirse sin reservas en el caso de un mercado en el que, precisamente por el hecho de que uno de los operadores ostenta una posición dominante, la competencia se encuentra ya restringida. En efecto, incumbe a la empresa dominante una responsabilidad particular, la de no perjudicar una competencia efectiva y no distorsionada en el mercado común.»¹²⁶⁴.

En la práctica comunitaria esta doctrina comporta importantes consecuencias para la empresa dominante. Primero significa que por su particular posición en el mercado, tiene especialmente el deber de conocer y prever razonablemente las consecuencias que sus conductas pueden tener en el mercado, a fin de evitar aquellas actuaciones que sean contrarias a la competencia y obrar en consecuencia¹²⁶⁵. Por tanto, la empresa dominante no podrá eludir la aplicación del artículo 82 TCE alegando no haber querido o no haber conocido el carácter abusivo del acto¹²⁶⁶.

En segundo lugar, también supone que la empresa dominante no sólo deberá abstenerse de realizar conductas típicamente monopolistas, sino también conductas que, aunque en sí mismas puedan ser legítimas y estar permitidas a empresas sujetas a una competencia suficiente, pueden

¹²⁶⁴. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, As. T-65/89, *British Gypsum c. Comisión*, Rep. II-417, consid. 65. Ver también, además del considerando número 26 de *Continental Can* (1973), cit. supra.

¹²⁶⁵. Este deber que pesa sobre las empresas dominantes es una consecuencia lógica de la noción extensiva de explotación abusiva de las autoridades antimonopolio (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Comisión*, Rep. 461, consid. 91). Si conductas admitidas en el mercado pueden ser consideradas abusivas porque, debido a la posición dominante, producen un efecto contrario a la competencia, resulta claramente que, por su privilegiada posición, se impone a la empresa dominante el deber de prever y conocer razonablemente los efectos que sus conductas tienen en el mercado.

¹²⁶⁶. Ver supra «valoración de la conducta: valoración objetiva».

producir o agravar un resultado abusivo¹²⁶⁷. Esto implica que la empresa dominante no podrá defenderse con el argumento de que la conducta en sí misma es usual o normal en el mercado, desde el momento en que su resultado, como consecuencia de la dominación, sea abusivo¹²⁶⁸.

En tercer lugar, para las autoridades antimonopolio, significa también que la empresa dominante deberá velar no sólo por las conductas y resultados que se produzcan dentro del mercado dominado, sino también por las conductas y resultados que puedan producirse o repercutir como consecuencia de su dominación, en otros mercados próximos al mercado dominado. De este modo la especial responsabilidad de la empresa dominante puede alcanzar también a mercados conexos al dominado¹²⁶⁹. Por ello, la

¹²⁶⁷. Son abundantes en la jurisprudencia comunitaria los supuestos de prácticas usuales y aceptadas, que adquieren carácter abusivo como consecuencia de la posición dominante del actor. Ver, por ejemplo, respecto a cláusulas de exclusividad, descuentos de fidelidad o de bonificaciones por objetivos, las decisiones de 2 de enero de 1973, *Industria Europea del Azúcar*, DOCE L 140/17 de 25 de mayo; de 18 de julio de 1988, *Napier Brown/British Sugar*, DOCE L 284/41 de 19 de octubre; o de 5 de diciembre de 1988, *BPB Industries*, DOCE L 10/55 de 13 de enero de 1989; o de 23 de diciembre de 1992, *CEWAL, COWAC, UKWAL*, DOCE L 34/20 de 10 de febrero de 1993. Ver también sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1978, as. 102/77, *Hoffmann La Roche*, Rec. 1139, y de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, Rec. 461; y *Michelin v. Comisión (Michelin)* de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Rec. 3461; y del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, as. T-65/89, *BPB Industries & British Gypsum*, Rec. II-392. En la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia puede verse, por ejemplo, las resoluciones de 29 de junio de 1999, as. 438/98, *Interflora*; o de 26 de octubre de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*.

¹²⁶⁸. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 424. Respecto a los usos señalaba el Tribunal de Primera Instancia en *Tetra Park (1994)* que «Para una empresa en posición dominante en un mercado ...» la realización de una práctica restrictiva (en ese caso, una obligación de aprovisionamiento exclusivo vinculada a la venta de sus máquinas que limitaba a los clientes la posibilidad de elegir sus fuentes de aprovisionamiento y limitaba el acceso al mercado de otros productores) constituye un abuso y «... [p]oco importa que semejante venta asociada se ajuste a los usos comerciales, puesto que un uso incluso aceptable en situación normal en un mercado en el que existe competencia no puede admitirse en el caso de un mercado en el que la competencia ya está restringida.» (cit. supra, 759). Ver supra «La relación de causalidad».

¹²⁶⁹. Así las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, as. ac. 6/73 y 7/73, *Instituto Chemioterápico Italiano e Commercial Solvens c. Comisión*, Rep. I-223; de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Comisión*; Rep. I-3359; o de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94, *Tetra Pak SA c. Comisión*, Rep. I-5951. En la doctrina del Tribunal de Defensa de la

empresa dominante no podrá eludir su responsabilidad señalando que la conducta abusiva y/o sus resultados se han producido en un mercado que, aunque próximo, es distinto del dominado¹²⁷⁰.

Y, por fin, supondrá que la valoración de las conductas de la empresa dominante se harán de forma objetiva, lo que significa que su carácter abusivo no se desprenderá de la intención del autor, sino de los rasgos objetivos del acto en atención a sus resultados¹²⁷¹. Si el acto es en sí mismo objetivamente idóneo para producir el resultado abusivo, se considerará un acto negligente y no será necesaria la constatación de ningún otro elemento intencional del sujeto. La sola realización del acto ya ha infringido el deber de cautela y abstención impuestos a la empresa dominante¹²⁷².

Como hemos podido ver al estudiar la noción genérica de «explotación abusiva», esta particular responsabilidad de las empresas dominantes puede ser exigida en distintos grados, especialmente por lo que se refiere a la objetivación del abuso y a la cuestión del vínculo. El mayor o menor rigor con que las autoridades comunitarias consideran la responsabilidad de la empresa dominante es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso¹²⁷³. Con todo, cuanto mayor sea la dominación del

Competencia, por ejemplo, la resolución *Airtel c. Telefónica* (1999), cit. supra.

¹²⁷⁰. Ver supra «El abuso y el mercado dominado. Los mercados conexos».

¹²⁷¹. Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, caso 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215, espec. consid. 26; y de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Comisión*, Rep. I-461, consid. 91.

¹²⁷². Ver supra «valoración de la conducta: valoración objetiva».

¹²⁷³. En *Tetra Pak* (1994) el Tribunal de Primera Instancia señala con respecto al campo material de esta responsabilidad que «El campo de aplicación material de la responsabilidad particular que pesa sobre una empresa dominante debe valorarse en atención a las circunstancias específicas de cada caso, que descubran una situación de competencia debilitada, ...» (ya cit., consid. 115, doctrina confirmada por el Tribunal de Justicia en *Tetra Pak* (1996), cit. infra).

mercado, mayor será también el grado de responsabilidad exigido a la empresa dominante y mayor también la posibilidad de que la conducta en cuestión sea considerada abusiva¹²⁷⁴.

A la hora de definir el grado de responsabilidad las autoridades comunitarias deberán buscar el equilibrio entre el exceso y el defecto. La falta de rigor podría conducir a la monopolización de los mercados. Y un exceso podría desincentivar la lucha competitiva y mover a las empresas a eludir el éxito para evitar una situación de libertad tan restringida que las aboque a la parálisis, lo que generaría también una situación de competencia falseada. Sólo en el equilibrio se garantizará un régimen en el que la competencia no esté falseada¹²⁷⁵.

El Tribunal de Defensa de la Competencia sigue también esta misma doctrina en la aplicación del artículo 6 LEDC. Ya al aplicar la Ley 110/1966, de 20 de julio sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia, señaló en *Igualatorio Médico Colegial (1992)* que «... la existencia de una posición de dominio en el mercado coloca a la empresa que la detenta en una especial situación que la lleva a no poder realizar determinadas actuaciones que, si no se dieran las anteriores circunstancias, serían

¹²⁷⁴. Ver las decisiones de 19 de diciembre de 1974, *General Motors*, DOCE L 29 de 3 de febrero de 1975; de 2 de julio de 1984, *British Leyland*, DOCE L 207 de 2 de agosto; 10 de diciembre de 1982, *British Telecom*, DOCE L 360 de 21 de diciembre. GAVALDA/PARLEANI: *Droit Communautaire des affaires*, Paris: Litec, 1988, pág. 428. Esto es particularmente cierto respecto a la extensión material de la responsabilidad. Para el Tribunal de Justicia en *Tetra Pak (1996)* la enorme fuerza dominante de Tetra Pak en el mercado de los envases asépticos unida a su importante posición en el mercado global del acondicionamiento de envases de cartón fue decisiva para extender la responsabilidad de Tetra Pak al mercado de envases no asépticos (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94 P, *Tetra Pak c. Comisión*, Rep. I-5951, espec. consid. 31).

¹²⁷⁵. Así respecto a la extensión del ámbito material de la responsabilidad, el abogado general RUÍZ-JACOBO COLOMER en el informa a *Tetra Pak (1996)*, cit. supra, pág. I-5972, consid. 42.

plenamente válidas.»¹²⁷⁶. Después ha reiterado esta misma doctrina en repetidas ocasiones¹²⁷⁷; así, por ejemplo, en *Mutua Madrileña Automovilística (1992)* en aplicación del artículo 6 LEDC contestó a la alegación de la libertad de contratar del denunciado que «La libertad de contratar, facultad esencial del derecho de libre empresa (art. 38 CE), ..., juega efectivamente cuando quien la ejercita no ocupa una posición de dominio en el mercado: todo operador económico puede contratar cómo y con quien quiera. Pero cuando se llega a una posición dominante, la facultad de contratar se convierte en una obligación cuyo incumplimiento -la negativa a contratar- exige la concurrencia de una justa causa. [Por ello, a]firmada la posición de dominio ... deben valorarse las razones específicas que motivaron su actuación para decidir si su conducta estaba o no justificada.»¹²⁷⁸.

¹²⁷⁶. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de julio de 1992, as. 305/1991, *Igualatorio Médico Colegial*.

¹²⁷⁷. También, por ejemplo, las resoluciones de 23 de diciembre de 1996, as. Mercado Común 15/1996, *Tabacos Canarias*, fund. 10; de 23 de diciembre de 1997, as. R 263/1997, *MOB-MOVILES*, fund. 4; de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*, espec. funds. 6 y 7;

¹²⁷⁸. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 1992, as. 309/1991, *ACIMA c. Mutua Madrileña Automovilística*.

CAPÍTULO NOVENO:

**LA «EXPLOTACIÓN ABUSIVA» II:
NOCIONES RESTRICTIVA Y EXTENSIVA**

Como hemos visto, el estudio de los fines del artículo 82 TCE como límites internos al ejercicio de la excepcional libertad económica de que goza la empresa en posición de dominio, o, si se prefiere, como línea interna divisoria entre la normalidad (ejercicio o explotación normal o legítima) o la anormalidad (ejercicio o explotación anormal, ilegítima o abusiva) del comportamiento de la empresa dominante exige preguntarse, después de conjeturar¹²⁷⁹ sobre por qué admite el Tratado la posición de dominio en el artículo 82 TCE, qué y a quién quiere proteger el Tratado con la prohibición de la explotación abusiva de una posición de dominio en el mismo artículo 82 TCE¹²⁸⁰. Se trata de una cuestión clave en la interpretación de este precepto, y también en la determinación del alcance del sistema de economía mixta de mercado querida por el Tratado, con

¹²⁷⁹. Decimos conjeturar porque el Tratado no dice nada sobre el modo de adquirir la posición de dominio, sólo se limita a admitirla y a prohibir su explotación abusiva.

¹²⁸⁰. SAMKALDEN/DRUKER: "Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 3, n. 2, september 1965; pág. 177. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 267. VOGELZANG: "Abuse of a Dominan Position in Article 86; the Poble of Causality and Some Aplications", *Common Market Law Review*, vol. 13, February, 1976, pág. 62.

cuyos fundamentos ideológicos y finales deberá ser conforme¹²⁸¹.

Sin embargo, en el estudio de la *ratio* objetiva y subjetiva del artículo 82 TCE no tardaron en formarse dos líneas interpretativas diferentes que, apoyadas en distintos criterios hermenéuticos y con una importante polémica, conducían a diferentes respuestas sobre el «qué» y el «a quién»: la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva. Se descubriría así la existencia de dos espíritus¹²⁸² en el artículo 82 TCE que, transcurrido un periodo inicial de relativa indefinición¹²⁸³, habrían de tener distinto seguimiento en las autoridades comunitarias. Con todo, como veremos, ambas interpretaciones o espíritus corresponden en líneas generales a los dos grandes tipos de abuso identificados por la doctrina -el abuso explotativo y el anticompetitivo¹²⁸⁴-, y paradójicamente tienden a converger en una tercera interpretación superadora.

I) INTERPRETACIONES HISTÓRICA Y LITERAL.

¹²⁸¹. Véase supra «El abuso desde el punto de vista final».

¹²⁸². «Le due anime dell'articolo 86 TCE» en palabras de MARENCO («Le due anime dell'articolo 86 TCE», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionalli*, nº 1, Gennaio-Marzo di 1986).

¹²⁸³. Es el periodo que va desde 1957 a 1973, en que las autoridades comunitarias entraron decididamente sobre la cuestión con *Continental Can (1973)* (Véanse *infra*)

¹²⁸⁴. Se trata de una distinción acuñada por CHILD/BELLAMY en 1978 (*Common Market Law of Competition*, 1978 2ª edición, págs. 186-7 y 196), pero que tiene ya su origen en el debate inicial sobre la determinación del sentido del artículo 82 TCE. Ahora CHILD/BELLAMY se refieren al abuso explotativos como explotación abusiva, a secas, o explotación desleal (CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 532 y 550)

A) *TESIS RESTRICTIVA: LA PROTECCIÓN DIRECTA DE LOS INTERESES DE CLIENTES Y PROVEEDORES.*

Para la interpretación restrictiva, que tuvo su máxima expresión en la tesis *Monopolization and Abuse of a Dominant Position* (1970) del profesor JOLIET¹²⁸⁵, la principal finalidad (o la única, si se llevara a sus últimas consecuencias) del artículo 82 TCE tiene que ser la protección directa de los intereses económicos, concurrenciales¹²⁸⁶ o extraconcurrenciales, de los consumidores y proveedores de la empresa dominante; pero no se preocupa apenas (o en absoluto, en la postura más radical) de los actos de la empresa encausada que resultan en la adquisición, consolidación o aumento de su poder de mercado dominante (restricciones estructurales)¹²⁸⁷. Su finalidad principal (o única) no es proteger la competencia o a los competidores de la empresa dominante, sino sólo los intereses económicos de consumidores y proveedores¹²⁸⁸. No quiere salvaguardar una competencia residual o potencial que le es indiferente, sino sólo proteger a quienes contratan con la empresa dominante frente a sus previsibles abusos controlando directamente su conducta comercial en el mercado, pues quien tiene poder tiene una tendencia natural a abusar de

¹²⁸⁵. JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970.

¹²⁸⁶. Pero sólo de los intereses concurrenciales dentro de su fuerza de mercado, es decir, la competencia horizontal de los clientes y de los proveedores; y no, por ejemplo, su libertad de elección, que supondría defender la competencia estructural interior de la fuerza de mercado opuesta donde se edifica la posición de dominio, es decir, la competencia horizontal de la empresa dominante.

¹²⁸⁷. Así FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de concurrence: VII- L'abus de position dominante" En RMC, n° 190 de novembre de 1975; pág. 532, 534. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 156 y ss. JOLIET: Ídem, ya cit.

¹²⁸⁸. Ídem.

él¹²⁸⁹. Sería una norma parecida a la contenida en el artículo 2597 del CC italiano que obligaba a los monopolios legales a guardar la paridad de comportamiento¹²⁹⁰. Para la tesis restrictiva, el artículo 82 TCE no está destinado a salvaguardar las estructuras competitivas, sino a suplir su ausencia, asegurando que el comportamiento de la empresa dominante se sujetará a la ley de la competencia¹²⁹¹.

La tesis restrictiva admite fundamentalmente dos modulaciones. Una primera formulación, que podríamos llamar *tesis restrictiva moderada*, consideraría que la protección directa de los intereses económicos de clientes y proveedores sería la finalidad principal del artículo 82 TCE, que coexistiría con una finalidad secundaria de protección de la competencia reducida a supuestos de restricción por medios agresivos o coercitivos¹²⁹². Y una segunda formulación, que podríamos llamar *tesis restrictiva pura o radical*, entendería que la protección directa es la única finalidad posible del artículo 82 TCE¹²⁹³.

B) LA JURISPRUDENCIA Y LA TESIS RESTRICTIVA.

¹²⁸⁹. Ídem. Véase también ROEMER abogado general en sus conclusiones en *Continental Can (1973)* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 254 y ss.)

¹²⁹⁰. MARENCO: «Le due anime dell'articolo 86 TCE», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionalli*, n° 1, Gennaio-Marzo di 1986, pág. 11.

¹²⁹¹. FOCSANEANU: Ibídem. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 2t6.

¹²⁹². MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. Tomos I y IV: *La concorrenza*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 68.

¹²⁹³. JOLIET: Ibídem, cit. supra, FOCSANEANU: Ibídem, cit. supra.

A) ACTITUD GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL
ABUSO EXPLOTATIVO

A diferencia de la tesis extensiva, cuya tipificación jurisprudencial está avanzada y consolidada¹²⁹⁴; la tesis restrictiva apenas ha sido desarrollada¹²⁹⁵, y no puede decirse que haya habido una voluntad decidida de sentar una doctrina jurisprudencial del abuso explotativo¹²⁹⁶.

¿Significa esto que no hay en la jurisprudencia comunitaria caso alguno de abuso explotativo? ¿Acaso las lesiones directas no han sido nunca objeto de la actividad de los órganos de defensa de la competencia en aplicación del artículo 82?. No exactamente. Los órganos de defensa de la competencia comunitaria parecen haber eludido hasta el momento la represión directa de los abusos explotativos o desleales puros, exigiendo, como señala la Comisión, alguna suerte de restricción a la competencia estructural, para apreciar el abuso de

¹²⁹⁴. Véase *infra* la JURISPRUDENCIA «Las autoridades comunitarias y la tesis extensiva».

¹²⁹⁵. Durante la primera década de aplicación del Tratado la atención de los órganos comunitarios se centró sobre el artículo 81 TCE y el artículo 82 TCE puede decirse que quedó algo olvidado. Ello fue debido fundamentalmente a que era mucho más difícil constatar la existencia de una posición dominante y de un abuso que de una entente (PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER: *Droit europeen de la concurrence*. París: Ed. J. Delmas et Cie., 1966; pág. 59), y a que Europa ha sido tradicionalmente la Meca de los cartels, la cooperación colusoria entre competidores ha sido tan frecuente en Europa, que no es extraño que hasta 1971 se haya centrado sólo en el artículo 81 TCE y haya dejado el artículo 82 TCE casi como letra muerta (JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; pág. 427).

¹²⁹⁶. KESSLER, PRIETO: "Los principales problemas de regulación del abuso de posición de dominio", 205 GJ, 31 (ener. febr. 2000). Observa KESSLER que, no obstante, esta situación podría variar en breve cuando se resuelva el asunto *World Cup Ticketing*, actualmente pendiente de una decisión de la Comisión, donde el Comité organizador del Mundial de fútbol restringió desde su posición de dominio deliberadamente la venta de entradas en favor de los consumidores franceses. Se plantea a las autoridades comunitarias un supuesto de discriminación al consumidor que no produce efectos sobre la estructura del mercado.

posición de dominio¹²⁹⁷. Esta actitud tiene su fundamento en el temor de las autoridades antimonopolio de convertirse por esta vía en reguladoras de precios¹²⁹⁸. Este sentir lo avanzó la Comisión muy ilustrativamente en su decisión recaída en el asunto *AKZO (1985)*, donde, después de reconocer que «la forma más probable de que los consumidores sufran de un abuso de posición de dominio es a través de precios excesivos, que no serían posible si existiera una competencia efectiva.», señaló a reglón seguido que «Sin embargo, la Comisión no controla o condena normalmente los precios excesivos en sí mismos. Se preocupa de si éste es un instrumento diseñado por la empresa para preservar su posición de dominio privilegiada, contra su competencia real o potencial»¹²⁹⁹.

Sin embargo, como ambos tipos de abuso, aunque distintos, no son compartimentos estancos separados, sino que en la realidad hay entrambos una importante zona de superposición¹³⁰⁰; los órganos comunitarios, pese a su

¹²⁹⁷. Ver KESSLER: *Ibídem*.

¹²⁹⁸. Se trata de un temor común a las autoridades antimonopolio. Y ello no sólo en EEUU (Ver los temores expresados por el juez HAND en *Alcoa -1945*, cit. supra); pese a ser Alemania la pionera en el control de abusos, hoy se considera un terreno particularmente sensible del control de comportamientos, pues tiende a atentar contra la libertad de la empresa de fijar el precio (IMMENGA, U.: «A propos de l'évolution du Droit allemand des ententes», 3 *Revue International de Droit Économique*, 421, 431). El mismo temor expresa el Tribunal de Defensa de la Competencia en varias resoluciones, así las resoluciones de 23 de diciembre de 1996, as. MC 15/1996, *Tabacos Canarias*, fund. 20., o de 10 de junio de 1993, as. 319/1992, *Liga Nacional de Fútbol Profesional*, ambas cit. infra. Ahora bien, difícil no significa imposible, como lo demuestra la misma práctica de las autoridades antimonopolio; así resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, espec. fund. 5, cit. supra. Ver más ampliamente nota infra.

¹²⁹⁹. Decisión de 14 de diciembre de 1985, DOCE L 374/34, *ECS/AKZO*, de 31 de diciembre, puntos 75 y ss. Igualmente, en el *V Informe de la Comisión sobre la política de la competencia*, la Comisión señala que «las medidas para frenar el control del abuso de posición de dominio no pueden basarse en un control de precios continuado. En los procedimientos contra abusos que consisten en la fijación de precios excesivamente altos, es difícil decidir, en un caso dado, si se ha establecido un precio abusivo, porque no hay ningún medio objetivo de establecer exactamente cuál es el precio que cubre el valor de los costes, más un beneficio aceptable.» (cit. infra).

¹³⁰⁰. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 532.

temor a entrar sobre el abuso explotativo o desleal¹³⁰¹, con ocasión de reprimir los abusos anticompetitivos, aunque de forma incompleta y tangencial¹³⁰², no han dejado de dar alguna idea útil en orden a la determinación del primer sentido¹³⁰³ del artículo 82 y de la tipificación del abuso explotativo.

¹³⁰¹. Este temor ya es antiguo y tiene su principal razón de ser en rechazo una intervención pública excesiva. En el ámbito americano, se expresó con rotundidad, cuando, en el marco del debate sobre si el juicio de monopolización debía descansar más sobre criterios de estructura o sobre los de resultado, se señaló que el valorar la monopolización más sobre los segundos que sobre los primeros, llevaría a los órganos de defensa de la competencia a tener que reglamentar directamente el ejercicio del poder de mercado, con lo cual se daría la paradoja de que, pretendiendo defender la libre empresa, se la reduciría o eliminaría, al tener que determinar las autoridades antitrust los resultados que tienen que ser alcanzados por las empresas (En este sentido cabe destacar, por ejemplo, a ROSTOW: *How to Comply with the Antitrust Laws*, 1954, pág. 111; o a WILCOX: *Public Policies Toward Business*, Chicago, 1955; ambos citados por JOLIET). En el ámbito jurisprudencial americano, sin necesidad de recurrir a los juicios expresados por el juez HAND en *Alcoa (1945)*, es en este sentido bien conocida la sentencia dada por WYZANSKI en *Uniget Shoe Machinery Corp*, según la cual «la ley no autoriza a una empresa a mantener su control en el mercado por el recurso a prácticas que no son económicamente inevitables, bajo pretexto de las ventajas sociales que de ello se derivan», donde se expresaba esta ideología subyacente (110 F. Supp. 295, 347 (D. Mass. 1957)).

Evidentemente el rigor de estas ideas está hoy muy matizado sino superado. Tanto en el ámbito americano, donde la eficiencia se ha convertido el elemento valorativo más importante, como en el europeo, donde el legislador dispuso el artículo 82 y donde la competencia se ha visto siempre de una forma más relativizada que en el ámbito americano (JACQUEMIN, ALEX: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*. Ed. Hispano europea SA, Barcelona 1980; pág. 18), nadie piensa seriamente en una política antitrust centrada sólo en las estructuras y de espaldas a la eficiencia.

¹³⁰². Evidentemente serían mucho más de desear para la seguridad jurídica la realización de una doctrina jurisprudencial, que, abordando los distintos aspectos del abuso explotativo, contribuyera a la completa tipificación de esta figura.

¹³⁰³. «Primer» en el sentido de ser el que se desprende de la letra y de la interpretación histórica y contextual del artículo 86 (actual 82), frente a la extensiva del abuso anticompetitivo debida principalmente a la jurisprudencia (BERCOVITZ, FOCSANEANU, VAN OMMESLAGHE, JOLIET, GOLDMAN/LYON CAEN, ya cits).

B) INCURSIONES DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL ABUSO EXPLOTATIVO.

i) Incursiones generales.

El reconocimiento más importante que han hecho el Tribunal de Justicia de la tesis de la protección directa de clientes y proveedores, fue el reconocimiento formal, que no material, dado primero en el considerando nº 26 de *Continental Can (1973)*, donde el Tribunal de Justicia señala, para afirmar la tesis estructuralista, que el artículo 82 TCE «... no se refiere sólo a las prácticas susceptibles de causar un *perjuicio inmediato* a los consumidores, sino también ...»¹³⁰⁴. Y, poco después reiterará con la misma finalidad en *Comercial Solvens Corporation (1974)*, que el abuso de posición de dominio «... se refiere tanto a las conductas susceptibles de causar un *perjuicio directo* a los consumidores, como las que les causan un perjuicio indirecto afectando a la estructura de competencia efectiva, tal como se contempla en el artículo 3,f (actual 3,g) TCE»¹³⁰⁵. Otra aproximación general que debe citarse, aunque se refiere más al concepto genérico que al restrictivo, es la que dio el Tribunal de Justicia, en materia de precios inequitativos, en *United Brands (1978)*, cuando el Tribunal considera necesario averiguar «... si el detentador de esa posición ha utilizado las posibilidades que de ellas se derivan para obtener ventajas de las

¹³⁰⁴. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215, consid. 26.

¹³⁰⁵. *Comercial Solvens Corporation (1974)*, ya cit., 255.

transacciones que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz»¹³⁰⁶.

ii) Incursiones específicas.

Pero, a parte de ello, como señalan CHILD/BELLAMY¹³⁰⁷, las aportaciones más importantes de los órganos comunitarios en orden a la interpretación del abuso explotativo, se han dado en cuestiones de precios, condiciones inequitativas, abusos de derechos de propiedad intelectual e industrial, y de discriminación. De este conjunto de jurisprudencia del abuso explotativo o desleal, se pueden destacar la siguientes enseñanzas:

- *El abuso por precios inequitativos.*

En materia de precios, la jurisprudencia comunitaria ha admitido, no sin temor, que el abuso pueda consistir en la fijación de precios inequitativos. El abuso puede consistir tanto en la fijación de un precio excesivamente bajo¹³⁰⁸ como excesivamente alto⁽¹³⁰⁹⁾⁽¹³¹⁰⁾. El

¹³⁰⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Comisión (1978)*, Rep. I-207, 306, punto 249.

¹³⁰⁷. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 550 y ss.

¹³⁰⁸. Dentro de la doctrina del abuso anticompetitivo, el Tribunal de Justicia señaló que los precios inferiores a la media de los costes variables (esto es, los que varían en función de la cantidad de producto), por los que una empresa dominante trata de eliminar a un competidor son abusivos. En este caso la empresa dominante no tiene otro interés que el de eliminar a sus competidores con la esperanza de resarcirse después con una política de precios monopolísticos. En cuanto a los precios inferiores a la media de los costes totales (que son los que comprenden los costos fijos y los variables), pero superiores a la media de los costes variables, serán abusivos, cuando sean fijados en el marco de un plan orientado a eliminar a un competidor. Un precio de esta naturaleza puede incluso eliminar a competidores más eficientes que la empresa dominante, pero que no disponen de una capacidad financiera suficiente para hacer frente a una política de esta naturaleza (AKZO (1991): sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Comisión*; Rec. I-3359).

¹³⁰⁹. De ambos tipos de precios, a los efectos que ahora nos interesan, nos centraremos en el precio excesivamente alto o

Tribunal de Justicia ha señalado en varias ocasiones – *Sacchi* (1974)¹³¹¹, *General Motors* (1975)¹³¹², *United Brands* (1978)¹³¹³, *British Leyland* (1986)¹³¹⁴, *Tournier* (1989)¹³¹⁵, *Lucazeau* (1989)¹³¹⁶– que los precios excesivamente altos son abusivos y que, por tanto, están prohibidos por el artículo 82 TCE.

En *General Motors* (1975), el Tribunal de Justicia, aunque no llegó a declarar el abuso porque General Motors admitió que el precio era excesivo y renunció al exceso, dijo que podría ser un abuso el «... imponer un precio excesivo en relación al valor económico del servicio suministrado ...», que desincentiva las importaciones paralelas o que obliga a aceptar transacciones

monopolístico, que puede considerarse como un genuíno ejemplo de abuso explotativo (TEMPLE LANG: "Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979, pág.346).

¹³¹⁰. El primero, aunque también podría ser calificado como explotativo, es en esencia anticompetitivo; el segundo, en cambio, es esencialmente explotativo, aunque también pueden considerársele efectos anticompetitivos (TEMPLE LANG: *Ibidem*, op. cit. pág. 346 y 349, nota nº 8.). Ver la parte doctrinal del concepto de abuso.

¹³¹¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974, as. 155/73, *Sacchi*, Rec. 409, consid. 17.

¹³¹². Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975, caso 26/75, *General Motors v. Commission*, Rec. 1367, consids. 11, 12.

¹³¹³. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rec. 207, consid. 249.

¹³¹⁴. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, *British Leyland c. Commission*. Rec. 3263, consid. 27, donde el Tribunal se remite a *General Motors* (1975). En ella el Tribunal de Justicia señala que hay explotación abusiva cuando la empresa que disfruta de una situación de monopolio administrativo exige por sus servicios el pago de unos derechos desproporcionados en relación con el valor económico del servicio prestado (párrafo, nº 27). Véase que el tribunal usa un concepto amplio de precio referido a derechos.

¹³¹⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, caso 395/87, *Ministerio público C. Tournier*, Rec. 2521.

¹³¹⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, as. ac. 110, 241 y 242/88, *Lucazeau y otros c. SACEM*, Rec. 2811.

inequitativas en el sentido expresado en el artículo 82.2,a) TCE¹³¹⁷.

En *United Brands* se sentó una importante jurisprudencia en la que, además de importantes aportaciones en orden a la calificación del precio excesivo como abusivo¹³¹⁸, se apuntaba un importante criterio de aproximación al abuso, válido tanto para el abuso anticompetitivo como para el abuso explotativo. En efecto, en ella el Tribunal de Justicia señaló que era «aconsejable determinar si la empresa dominante había usado de las oportunidades que se derivaban de su posición para obtener ventajas que no habría podido conseguir si hubiera estado sujeta a una competencia normal y suficientemente efectiva». En aquel caso, «fijar un precio excesivo por no guardar una relación razonable con el valor económico del producto suministrado es abusivo»¹³¹⁹. Pero, y esto es muy importante, sin que importe, como señaló el en el caso *Tournier (1989)*, que ello sea debido a un exceso de burocracia interna, pues el exceso de ésta reside precisamente en la falta de competencia sobre el mercado¹³²⁰.

¹³¹⁷. *General Motors (1975)*, cit. supra, consids. 11 y 12 sobre la explotación abusiva.

¹³¹⁸. Aunque de los cuatro posibles abusos que se apuntaron en *United Brands* —la prohibición de reventa por los distribuidores de las bananas verdes, la negativa de suministrar a un distribuidor, la discriminación de precios, y el precio excesivamente alto—, el Tribunal de Justicia sólo admitió los tres primeros, por entender que los precios excesivos no habían sido suficientemente probados; la reflexión que se dio en torno a éste último, además de ser útil para entender el precio excesivo como abuso, sentó importantes reflexiones útiles para la comprensión del abuso en general.

¹³¹⁹. *United Brands (1978)*, cit. supra, consids. 235 y ss.

¹³²⁰. Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, as. ac. 110-241-242/88, *Ministerio público c. Tournier*, y *Lucazeau y otros c. SACEM*, Rep. 2512 y 2811. Opinión evidentemente muy importante ya que descubre que la mala gestión interna (mala organización de las fuerzas de producción, pereza, falta de diligencia en fin las fáciles consecuencias de la vida fácil del monopolio —que como señala la ciencia económica es el mejor de todos los beneficios posibles) no puede excusar un abuso en el precio. AMPHOUX, 1990, pág. 176, donde comenta más ampliamente este abuso

Y continuaba el Tribunal de Justicia apuntando en *United Brands (1978)* que la determinación del precio excesivo se hará: primero, averiguando el margen de beneficio después de sustraer al precio de venta los costes de producción; y, segundo, comparando ese margen con el que se obtiene en mercados similares sometidos a una competencia normal¹³²¹. Por ello, desde esta doctrina pueden considerarse inequitativos unos precios y unas condiciones que son notablemente menos favorables que los precios y las condiciones que ésta hubiera podido negociar en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz¹³²². Sin embargo, el Tribunal de Justicia no da pista alguna para determinar el nivel a partir del cual los beneficios serán considerados monopolísticos o excesivos. De todos modos, de la misma jurisprudencia se puede deducir que, para que un precio sea considerado excesivo, no bastará cualquier pequeña diferencia respecto de los precios considerados competitivos¹³²³, sino que deberá venir marcado por una fuerte desproporción que vaya más allá de lo considerado razonable¹³²⁴. En ocasiones la complejidad o la oscuridad de las tarifas, lo que dificulta la comparación, puede constituir un indicio de la falta de conexión entre el coste real de la prestación y el precio facturado¹³²⁵. También cuando mayor sea la posición de dominio, mayores

¹³²¹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rec. 207, consids. 204 y ss. Este procedimiento ha sido reiterado por la jurisprudencia comunitaria en ocasiones posteriores, por ejemplo, en los referidos casos *Tournier (1989)* y *Lucazeau y otros (1989)*, cits. supra.

¹³²². El abogado general VAN GERVEN en sus conclusiones presentadas en el Informe sobre el asunto *Merci Convenzionale Porto de Genova [1991]*, punto 18.

¹³²³. Utilizamos el plural, porque el precio competitivo no tiene por que ser sólo uno, hay un margen dentro del cual los disintos precios son competitivos.

¹³²⁴. GAVALDA/PARLEANI: *Droit Communautaire des affaires*, Paris: Litec, 1988, pág. 428

¹³²⁵. VAN GERVEN, *Ibidem*.

serán las posibilidades de que la conducta en cuestión caiga en el ámbito del abuso⁽¹³²⁶⁾⁽¹³²⁷⁾, y, por tanto, en este caso, menor deberá ser el exceso para que el precio sea considerado monopolístico¹³²⁸. Cuanto más necesario sea el bien para los compradores, menor podrá ser el margen abusivo. Por ello, las posibilidades de que un precio sea considerado excesivo serán mayores, si se trata de un bien de primera necesidad que si se trata de bien de lujo¹³²⁹. La dificultad de determinar ese margen para los bienes de lujo será mucho mayor que para los bienes de primera necesidad¹³³⁰. Con todo, pese a esta pequeña aproximación, el problema de la determinación del precio excesivo, o, si se quiere de su reverso, el precio competitivo, es extremadamente difícil y dista mucho de ser un problema cerrado¹³³¹.

Es quizá por ello que, después de la sentencia de *United Brands*, la Comisión se muestra reacia a fundar sus decisiones en precios inequitativos, excepto cuando las diferencias de precio perpetúan las divisiones en el

¹³²⁶. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983; caso 322/81, *Michelín c. Comisión*, Rep. 3461, pág. 3346, apartado 57. Véase también, por la sugerente forma en que recoge esta doctrina, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, *Tetra Park International S.A. c. Comisión (Tetra Pak II)*, Rep. II-755, pág. 758.

¹³²⁷. Véase GAVALDA/PARLEANI: Ídem, 428. Búsquese también la sentencia en que se sienta esta regla y otros autores que la afirman y comentan.

¹³²⁸. TEMPLE LANG: Ídem, pág. 347

¹³²⁹. No es casual que probablemente, el mejor ejemplo de explotación abusiva por precios inequitativos que ofrece la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia sea la resolución *Funerarias Madrid 2 (1997)*, que detentaba el monopolio legal de los decesos en Madrid (resol. ya cit.)

¹³³⁰. TEMPLE LANG: Ibídem.

¹³³¹. IMMENGA, U.: Ídem, 431. Este problema, no muy alejado del problema mediaval de la determinación del precio justo, es uno de los más difíciles con los que se enfrentan las ciencias jurídicas y económicas. Hoy en Alemania hay una tendencia a resolverlo acudiendo al criterio diferencial respecto al mercado comparable, pero, como ya se ha apuntado en algún otro momento, no es fácil encontrar un mercado lo suficientemente similar como para permitir articular una comparación correcta.

mercado¹³³². De este modo, la Comisión en cierto modo retoma las reticencias iniciales expresadas ya en el *V informe sobre la política de la competencia de 1976*, donde ya observó que «... las medidas para frenar el control del abuso de posición de dominio no pueden basarse en un control de precios continuado. En los procedimientos contra abusos que consisten en la fijación de precios excesivamente altos, es difícil decidir, en un caso dado, si se ha establecido un precio abusivo, porque no hay ningún medio objetivo de establecer exactamente cuál es el precio que cubre el valor de los costes, más un beneficio aceptable ...»¹³³³.

Un ejemplo reciente de precios inequitativos lo encontramos en *Bodson-Pompes funebres des regions liberées (1988)*¹³³⁴. Se trata de un caso de monopolio fundado en concesiones administrativas exclusivas controladas por una empresa matriz, que le permite obstaculizar una competencia efectiva (los usuarios no pueden elegir) y cargar precios inequitativos.

- *El abuso por condiciones inequitativas.*

Cabe imaginar muchas formas de abuso de una empresa dominante consistentes en imponer a sus clientes y proveedores condiciones inequitativas (onerosas y no razonables) impuestas por la vía de contratos de adhesión o no, o, simplemente, por la vía de hecho: retrasos en el pago o en el cobro injustificados e innegociables; cláusulas de sumisión; oscuridad en la prestación de los servicios; falta de diligencia; condiciones desventajosas

¹³³². CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 552.

¹³³³. *Quinto informe de la Comisión sobre la política de la competencia de 1976*, punto 3.

¹³³⁴. sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1988, as. 30/87, *Bodson c. Pompes Funébres des Régions Libérées SA*, Rec. 2479.

en el pago o en la prestación del servicio, etc. La práctica comunitaria también se encuentra con supuestos de condiciones inequitativas como abuso. En *Eurofirma* (1973), la Comisión consideró que un comprador monopolístico infringió el artículo 82, cuando exigió derechos ilimitados sobre todas las patentes obtenidas de sus proveedores a través de contratos, así como el derecho a conceder licencias a terceros sin pago adicional¹³³⁵. También la imposición a los compradores de bienes o servicios de la calidad inferior a la estándar podría ser considerada un abuso¹³³⁶. En *SACEM* (1987) el Tribunal recordó que la utilización por una empresa de gestión de derechos de autor de las posibilidades que le confiere la legislación nacional, no es abusiva; pero sí lo será, si, gozando de una posición de dominio, realiza prácticas abusivas consistentes, por ejemplo, en la imposición de condiciones inequitativas¹³³⁷. Y en *Ahmed Saeed* (1989) el Tribunal de Justicia entendió que la aplicación de las tarifas aéreas que una compañía aérea impone a otros transportistas valiéndose de su posición dominante pueden constituir un abuso, si éstas pueden ser consideradas condiciones de transporte inequitativas, ya sea frente a los competidores, ya frente a los viajeros; así, tasas de transporte excesivamente elevadas o excesivamente bajas para eliminar a los competidores exteriores al acuerdo, o desproporción entre las tarifas y el conjunto de los costes, habida cuenta de las necesidades de los consumidores, de una remuneración

¹³³⁵. *Eurofirma*, EC Commission 3rd Report on Competition Policy, 68,69.

¹³³⁶. TEMPLE LANG: *Ibidem*, op. cit. pág. 346, nota nº 5.

¹³³⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de abril de 1987, caso 402/85, *Basset c. SACEM*, Rec. 1747.

satisfactoria para el capital invertido y de la situación del mercado¹³³⁸.

• *El abuso por contratos ligados.*

Como abusos explotativos¹³³⁹ los contratos ligados pueden calificarse también como condiciones inequitativas¹³⁴⁰. No obstante, se trata de una categoría lo suficientemente importante como para merecer un trato independiente. Así parece haberlo entendido también el legislador al enumerarlos expresamente en la letra d) del artículo 82.2.

La jurisprudencia también ha tratado los contratos ligados como abuso, habida cuenta, por supuesto, de las evidentes connotaciones anticompetitivas que éstos pueden tener; así, por ejemplo, en el caso *Eurofix-Bauco/Hilti*¹³⁴¹, donde Hilti era dominante en el mercado de pistolas grapadoras y en el de cartucheras y cartuchos para éstas, pero no en el de suministro de grapas. El abuso consistió en vincular la adquisición de las grapas a las de la pistolas y cartuchos¹³⁴².

¹³³⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, caso 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Rec. 803.

¹³³⁹. Los contratos ligados, enumerados expresamente en la letra d) del artículo 86.2, pueden tener tanto efectos anticompetitivos como explotativos, esto es, igual pueden lesionar directamente a clientes y proveedores, como a los competidores.

¹³⁴⁰. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 552 y 554.

¹³⁴¹. Decisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, DOCE L65/19 de 11 de marzo de 1988.

¹³⁴². Se trata de un ejemplo claro de la doble naturaleza abusiva de los contratos ligados: de una parte suponen una lesión directa a los clientes que tienen que soportar unas condiciones inequitativas; y, de otra, tiene unos evidentes efectos anticompetitivos (probablemente los que más interesaron a los órganos comunitarios) al cerrar un sector de mercado a los competidores presentes o potenciales. Se trata también de un buen ejemplo de superposición de ambos abusos. Aunque hay casos puros, la superposición es notable.

- *El abuso por discriminación.*

Una discriminación consiste en tratar casos iguales de forma distinta. Por tanto, no hay discriminación cuando el trato diferente se funda en razones objetivas que hacen a un caso distinto de otro. Un ejemplo típico de discriminación contemplada en el mismo Tratado, es el de la discriminación por razones de nacionalidad que, en caso de ser realizada por una empresa en posición de dominio, tendrá muchas posibilidades de incurrir en el ámbito del artículo 82 TCE¹³⁴³. Otro tipo cualificado es el recogido en el artículo 82.2,c) que consiste en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». La práctica comunitaria, conforme a la línea antes apuntada¹³⁴⁴, ha reconocido en varias ocasiones abusos en discriminaciones de efectos anticompetitivos, que han producido el efecto de situar a los discriminados en desventaja competitiva frente a los favorecidos¹³⁴⁵. Un ejemplo de abuso discriminatorio por razones de nacionalidad o domicilio lo encontramos en *GVL (1981)*, donde se consideró que hay abuso de posición dominante, cuando una empresa que ostenta un monopolio de hecho, se niega a prestar sus servicios a todos los que puedan tener necesidad de ellos, bajo el argumento de no pertenecer a una determinada categoría fijada por la

¹³⁴³. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*, pág. 532.

¹³⁴⁴. Esto es, la práctica de vincular los abusos a algún tipo de restricción estructural.

¹³⁴⁵. Véase, por ejemplo, las decisiones de 29 de julio de 1983 y de 14 de diciembre de 1985, *ECS/AKZO*, DOCE L 252 de 13 de septiembre y L 374 de 31 de diciembre; o *United Brands (1978)*, ya cit. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun.* Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 542 y 552.

empresa sobre la base de la nacionalidad o del domicilio¹³⁴⁶.

• *El abuso de derechos de propiedad industrial e intelectual*

En este punto la jurisprudencia comunitaria, después de recordar que la mera existencia de una patente, marca registrada o derecho de autor no es suficiente para que haya una posición dominante, y que el sólo ejercicio o explotación de esos derechos no es por sí mismo un abuso; ha señalado que habrá abuso y se infringirá por tanto el artículo 82, si dan lugar a comportamientos abusivos por parte de una empresa dominante¹³⁴⁷. Por ejemplo, la decisión de no producir más piezas de recambio para un modelo del que circulan todavía un número importante de ejemplares, la de fijar precios inequitativos para los recambios o la negativa injustificada a suministrar recambios a talleres de reparación independientes¹³⁴⁸, insistir en condiciones no equitativas en acuerdos de licencias¹³⁴⁹, plantear pleitos de forma abusiva para obligar a los demandados a firmar licencias restrictivas, negarse a conceder licencias o a ejercitar derechos de autor contra fabricantes de recambios, y, aunque la negativa a conceder licencias no

¹³⁴⁶. Decisión de 29 de octubre de 1981, *Gesellschaft zur Vermarktung von Leistungsschutzrechten c. Commission*, DOCE L 370/49 de 28 de diciembre. También decisión de 2 de junio de 1971, *GEMA*, DOCE L 134/15 de 20 de junio.

¹³⁴⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1968, as. 24/67, *Parke Davis & Co./Probel, Reese, Reintema -Inerpharm et Centrafarm*, Rec. 81; de 18 de febrero de 1971, 40/70, *Sirena S.r.l./Eda S.r.l. y otros*, Rec. 69; 8 de junio de 1971, as. 78/70, *Deutsche Gramophon Gesellschaft/Metro - SB - Grossmärkte*, Rec. 487; de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rec. 461; de 5 de octubre de 1988, caso 55/87, *Consortio Italiano delle Componentistica di Ricambio per Autoveicoli (CICRA) e Maxicar c. Régie nationale des Usines Renault*, Rec. 6039; o 5 de octubre de 1988, caso 238/87, *Volvo c. Veng*, Rec. 6211.

¹³⁴⁸. *CICRA (1988)*, cit. supra.; y *Volvo c. Veng (1988)*, cit. supra.

¹³⁴⁹. *Eurofirma*, cit. supra.

es por sí misma un abuso¹³⁵⁰, sí lo es el ejercicio de estos derechos con una finalidad manifiestamente contraria a los objetivos del artículo 82 TCE¹³⁵¹.

De todo ello parece desprenderse que el abuso explotativo es una realidad contemplada por el artículo 82 y por la jurisprudencia¹³⁵². Pero, a diferencia de lo que ha ocurrido con el abuso anticompetitivo, no ha habido una voluntad clara de establecer una doctrina del abuso explotativo; al contrario, más bien parece haber reticencia o temor a entrar abiertamente sobre él¹³⁵³. Ello viene confirmado por el hecho de que los abusos explotativos contemplados por la jurisprudencia, suelen ir envueltos en cuestiones de restricción estructural.

C) *BASES ARGUMENTALES: LAS INTEPRETACIONES HISTÓRICA Y LITERAL.*

La tesis restrictiva se edificaba fundamentalmente sobre una interpretación histórico-comparada y literal del artículo 82 TCE.

A) *INTERPRETACIÓN LITERAL.*

En primer lugar, la tesis restrictiva atiende a la letra y arquitectura del artículo 82 TCE. Se observa

¹³⁵⁰. *Zip Fasteners* (aspectos de patente), Comunicado de Prensa 1 P (78) 111. También decisión de 21 de diciembre de 1988, *Decca Navigator System*, DOCE L 143/27 de 15 de febrero de 1989. Ver *Ford* (paneles de carrocería) *Decimoquinto Informe (1986)*, punto 49. Ver también *CICRA (1988)*, cit. supra.; y *Volvo c. Veng (1988)*, cit. supra.

¹³⁵¹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991, caso T-69/89, *Radio Telefis Eireann & Independant Television Publication Ltd c. Comisión*; en casación, sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, as. ac. C-241/91 P y C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann & Independant Television Publication Ltd c. Comisión*, Rep. I-743.

¹³⁵². CHILD/BELLAMY: *Ibídem.* Págs. 550 y ss.

¹³⁵³. CHILD/BELLAMY: *Ibídem.* 552 y 554.

que, cuando el artículo 82.1 establece que «Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, ..., la explotación abusiva, ..., de una posición de dominante ...», éste no prohíbe la posición de dominio en sí misma, ni siquiera el monopolio, que es su máxima expresión, sino sólo el abuso de esa posición¹³⁵⁴. Y si se avanza en el tenor literal de la cláusula general del 82.1 TCE, se observará también que lo que este prohíbe no es tampoco toda explotación de una posición de dominio, sino sólo su explotación abusiva¹³⁵⁵.

En segundo lugar, aunque algunos autores han entendido, desde la interpretación extensiva, que el adjetivo «abusiva» podría ser una mera redundancia, que la explotación de una posición de dominio es en sí misma

¹³⁵⁴. Esta interpretación que se desprende de manera natural de la letra del artículo 82 TCE es aceptada por las autoridades antimonopolio y por la generalidad de la doctrina. ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la CE*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986, t. II, cap. XXV, pp. 327 y ss; pág. 410. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*; Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 247. BURGBACHER: "Problemas de derecho comunitario y de Derecho alemán de defensa de la competencia: art. 86", en *Información Comercial Española (ICE)*, n. 138, octubre de 1987; pág. 140. CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 506. GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Ed. Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1984, pág. 391. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 407. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes en matière de concurrence: VII- L'abus de position dominante" En *RMC*, n° 190 de novembre de 1975; pág. 532. VAN OMESLAGHE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome a travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1966 - février 1973)*, en *RMC*, n° 4 de 1973, pág. 564. En fin, en este mismo sentido WAELBROECK, CEREXHE, BRAUN/GLEISS/HIRSCH, etc. FISHWICK, FRANK: *Making Sense of Competition Policy*, London: Grandfield, 1993, pág. 103. En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia, resumiendo el sentir jurisprudencial señalaba en *Michelin* (1983) que «constatar la existencia de una posición dominante no es por sí mismo un reproche, ...» (sentencia de 9 de noviembre de 1983, caso 322/81, *Michelin c. Comisión*; Rec. 3461, punto 10).

¹³⁵⁵. Ídem. DERINGER: "Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité", en *Revue du Marché Commun* de 1962 y 1963, 1964, 1965, 1966, 1967; pág. 488. La misma conclusión extrae FISHWICK de las versiones alemana y francesa del Tratado (FISHWICK: *Ibidem*).

ya abusiva; desde la tesis restrictiva, se considera que, redundante o no, el legislador comunitario lo consideró necesario, y con ello expresa la voluntad de diferenciar entre una explotación normal de la posición de dominio, que no está prohibida, y una explotación abusiva que sí lo está, lo que demuestra la aceptación de la posición de dominio¹³⁵⁶.

Y, si, por otra parte, se contrastan los textos de los artículos 81 y 82 TCE, pilares centrales del sistema de defensa de la competencia comunitario, se observa también que, mientras el artículo 81.1 TCE manifiesta expresamente la voluntad de mantener la competencia, cuando exige que las prácticas colusorias «... *tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común ...*»); el artículo 82.1 TCE no hace referencia alguna al mantenimiento de la competencia, sino que sólo se limita a prohibir el abuso de la falta de competencia¹³⁵⁷.

Por otra parte, continuando con la interpretación literal, la tesis restrictiva señala también que, aunque los supuestos enumerados en el artículo 82.2 TCE tienen

¹³⁵⁶. Para las tesis restrictivas esta distinción es importante, porque significa que para que una conducta pueda ser considerada abusiva es necesario que tenga su causa directa en la posición de dominio, esto es, debe tratarse de una conducta que sólo puede realizarse desde un monopolio, como la fijación de un precio monopolístico. Desde esta perspectiva una conducta usual en el mercado no podría considerarse abusiva porque también la pueden realizar empresas no dominantes (argumentos sostenidos por la defensa de *Continental Can (1973)*, cit. supra, fund. 19). Este es el primer punto de disensión con las autoridades comunitarias que responden con la doctrina objetiva del abuso (*Continental Can -1973-* cit. supra) .

¹³⁵⁷. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 158. A este argumento FOCSANEANU añade, en 1976 con ocasión de la crítica de *Continental Can (1973)* y a la doctrina del abuso anticompetitivo, que el artículo 82 TCE no está destinado a asegurar el mantenimiento de la competencia, sino a suplir la falta de competencia. Se trata del argumento más genuino de la tesis restrictiva. Argumento sostenido también por la defensa de *Continental Can (1973)*, cit. supra.

sólo un carácter ejemplificativo¹³⁵⁸, de la lectura y análisis de los mismos, cuya elección por el legislador no es casual¹³⁵⁹, es fácil deducir que los redactores del Tratado pensaban más en el abuso como un instrumento de protección de los clientes y proveedores de la empresa dominante (tanto respecto de sus intereses económicos como respecto de las relaciones competitivas que se puedan establecer entre ellos) que en un instrumento de protección frente a sus competidores o de mantenimiento de la estructura competitiva del mercado dominado¹³⁶⁰.

Así, desde esta óptica interpretativa, se observa que la imposición de precios o de condiciones no equitativas de compra o de venta, así como la limitación de la producción, los mercados, o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores (letras a y b del artículo 82.2 TCE), como formas típicas de explotación

¹³⁵⁸. Carácter ejemplificativo y relativo: En primer lugar, la doctrina ha hecho notar que los supuestos particulares que el artículo 82.2 TCE enumera en su segunda parte, son a título de ejemplo y no tienen carácter absoluto (VAN DER MEERSCH/WAELBROECK: *Droit des communnautés européennes*. Les Nouvelles. Bruxelles: Larcier, 1969; pág. 837. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 302.). El carácter ejemplificativo se desprende de la literalidad del artículo 82.2 TCE, cuando señala que «Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente —«... peuvent ..., notamment, ...», en el original francés—, en: ...»; y significa, ha reconocido la jurisprudencia comunitaria en el fundamento número 26 de *Continental Can (1973)*, que «... se trata de una enumeración a título de ejemplo que no agota los modos de explotación abusiva prohibidos por el Tratado. ...». El carácter relativo supone que los supuestos enumerados no son prohibiciones absolutas, per se, sino sólo presunciones de abuso, que no llegarán a ser consideradas abuso hasta que cumplan los requisitos típicos de la prohibición general contenida en el artículo 82.1 TCE (MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. Tomos I y IV: *La concurrence*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 838. FONT GALAN: *Ibidem*). Esto es lógico, pues, si se les diera un carácter absoluto, como el artículo 82 TCE contiene una prohibición absoluta del abuso (no podía ser de otro modo, pues nunca puede admitirse un abuso), la amplitud de su redacción podría llevar a la parálisis e inoperancia de las empresas en posición de dominio.

¹³⁵⁹. JOLIET: "Monopolization et abus de position dominante". Rev: RTDE, 1969, pág. 682.

¹³⁶⁰. Ídem, entre otros, cit. infra. También la defensa en *Continental Can (1973)*, cit. supra.

monopolística que conducen a la ineficiencia económica, hacen pensar en la voluntad del Tratado de establecer un mecanismo de control directo de resultados¹³⁶¹.

Igualmente, aunque en la prohibición de discriminar, aplicando «a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva» (artículo 82.2,c TCE), se haga referencia expresa al término «competencia»; para la tesis restrictiva, ello no debe conducir a pensar que se quiere proteger a los que compiten con la empresa dominante en el mercado dominado (lo que en el ámbito americano se ha venido a llamar primera línea de competencia), sino que lo que en realidad se quiere proteger, es los intereses de los contratantes y, en particular, también la competencia que puedan hacerse entre ellos en sus respectivos mercados (la segunda línea de la competencia)¹³⁶².

Y, del mismo modo, tampoco la prohibición de la imposición de contratos ligados va orientada a proteger a los competidores directos de la empresa dominante, sino que más bien se encamina a proteger la competencia interior del mercado del producto ligado a la prestación principal, y sobre todo a los contratantes evitando que sean forzados a adquirir lo que no quieren¹³⁶³.

¹³⁶¹. JOLIET: *Ibidem*; TEMPLE LANG: "Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979, pág.346. KORAH: *Introducción al estudio y práctica de la competencia en la Comunidad Económica Europea*. Edición española a cargo de a. Fernández de Aráoz Gómez-Acebo. 1ª edición. Barcelona: Ariel, 1988, págs. 214 y 215.

¹³⁶². JOLIET: *Ibidem*, pág. 685. TEMPLE LANG: *Ibidem*, refiriéndose a la protección de la competencia entre los proveedores o los consumidores como un supuesto de abuso anticompetitivo. KORAH: *Ibidem*, pág. 215. MARENCO: «Le due anime dell'articolo 86 TCE», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionalli*, n° 1, Gennaio-Marzo di 1986, págS 13 Y 14.

¹³⁶³. JOLIET: *Ibidem*, pág. 687. MARENCO: *Ibidem*, págs. 14 y 15.

Es más, para estos autores, el modo como se han redactado dichos ejemplos, en relación con la letra de la prohibición general del artículo 82.1 TCE y en comparación con la letra de los ejemplos (sobre todo las letras a y b) del artículo 81.1 TCE, refuerzan aún más esta interpretación. Expresiones como «imponer ... precios ... u otras condiciones de transacción no equitativas;», «... en perjuicio de los consumidores;», «... terceros contratantes ...», «... los otros contratantes ...», corroboran que la protección de los intereses de quienes contratan con la empresa dominante es la nota vertebral de este precepto o, al menos, de los ejemplos apuntados¹³⁶⁴.

En fin, desde este enfoque, los ejemplos que ofrece el artículo 82 TCE parecen indicar que, no es tanto la competencia estructural del mercado dominado lo que se quiere proteger con el abuso de posición de dominio, como los legítimos intereses económicos concurrenciales o extraconcurrenciales de los clientes y proveedores que contratan con ella¹³⁶⁵. Para la tesis restrictiva, la

¹³⁶⁴. TEMPLE LANG: "Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979, págs. 345 y ss. KORAH: *Ibidem*; págs. 214, 215. BRAUN/GLEISS/HIRSCH: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1967; pág. 190. ALBERTO BERCOVITZ: *Ibidem*, pág. 423. «Dans la constatation des abus de position dominante, c'est donc l'intérêt des consommateurs [entiéndase también consumidores intermedios y proveedores] en matière de prix, de qualité, etc., qui constitue le critère décisif. Celà semble indiquer que l'intérêt général es le facteur déterminant pour la constatation de l'abus prévu à l'article 86.» (VAN GERVEN: *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*; Bruxelles: Ed. Bruillant, 1966; pág. 92). GÓMEZ SEGADÉ: "Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE", en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo V, Madrid, 1978; pág. 115. Y otros.

¹³⁶⁵. JOLIET: *Ibidem*. MARENCO (*Ibidem*) recogiendo la opinión de éste. KORAH (*Ibidem*), resumiendo esta opinión doctrinal. ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, págs. 423. JOLIET: "Monopolization et abus de position dominante". *Rev: RTDE*, 1969, pág. 682. RICHEMONT: "Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante". *Droit et*

letra del artículo 82 TCE descubre una mayor preocupación por la protección directa de los contratantes de la empresa dominante que por la protección indirecta a través de la defensa de sus inmediatos competidores.

B) INTERPRETACIÓN HISTÓRICO-COMPARADA.

En segundo lugar, Si la letra del artículo 82 TCE y su arquitectura se sitúan en el contexto en el que fueron elaboradas, se verá que en una cierta reducción académica a sistemas puros, en el momento de redactarse el Tratado, había básicamente en el Derecho de la competencia comparado dos formas o sistemas de tratar el poder de mercado. Los *sistemas de prohibición* que optaban fundamentalmente por atacar la adquisición, mantenimiento o expansión del poder de mercado salvaguardando las estructuras competitivas. Para ello se dota a las autoridades antimonopolio, incluso, de la facultad de adoptar medidas de desconcentración para atacar las posiciones de dominio ya adquiridas¹³⁶⁶. Es el sistema americano, que llega a Europa por la vía de las ordenanzas de ocupación impuestas a Alemania tras la II Guerra mundial. Y los *sistemas de abuso o a posteriori*, que admiten las posiciones de dominio y optan por reglamentar su ejercicio¹³⁶⁷, como era el caso del sistema alemán anterior a la II Guerra mundial. En los primeros,

affaires, Paris, 15-5-1970, pág. 15. GUYÉNOT/d'EVEGNÉE: *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris: ed. économique, 1976; pág. 113. KORAH: *Introducción al estudio y práctica de la competencia en la Comunidad Económica Europea*. Edición española a cargo de a. Fernández de Aràoz Gómez-Acebo. 1ª edición. Barcelona: Ariel, 1988, pág. 214. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 423.

¹³⁶⁶. JOLIET: "Monopolization et abus de position dominante". Rev: RTDE, 1969, pág. 672, explicando el sistema americano de prohibición.

¹³⁶⁷. JOLIET, explicando el sistema alemán de control de monopolios y de comportamientos de empresas dominantes anterior al Tratado de Roma (JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 163).

los clientes y proveedores son defendidos indirectamente mediante la salvaguarda de las estructuras competitivas del mercado; y, en el segundo, son defendidos directamente, mediante la reglamentación del ejercicio del poder de mercado para evitar el abuso¹³⁶⁸.

Entonces, si ello se pone en relación con el hecho de que el artículo 82 TCE admite la posición de dominio y no manifiesta voluntad alguna de defender la competencia y reduce sus ejemplos a supuestos de protección directa de clientes y proveedores, es fácil pensar que los redactores del Tratado se inclinaron, frente a los dos modelos antimonopolio que ofrecía el Derecho comparado, por el sometimiento de las conductas individuales de las empresas dominantes a un sistema de abuso¹³⁶⁹.

Y consecuentemente con esta interpretación, la tesis restrictiva extrae varias conclusiones. Es la primera que el artículo 82 TCE no prohíbe la posición de dominio, sino sólo su explotación abusiva¹³⁷⁰. En segundo lugar, se observa que, como el artículo 82 TCE, a diferencia del artículo 81 TCE no hace referencia alguna a que las prácticas abusivas sean contrarias a la competencia, y puesto que la posición de dominio, que puede llegar hasta el monopolio, es una situación en la que la competencia o no existe o es muy poco importante; el abuso de posición de dominio no puede tener por finalidad, o, al menos, su principal finalidad no puede ser la de proteger la competencia estructural, ya que admite su inexistencia,

¹³⁶⁸. Ibídem.

¹³⁶⁹. JOLIET: Ibídem. RICHEMONT: "Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante". Droit et affaires, Paris, 15-5-1970, pág. 6. CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission". Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972, pág. 294 y ss. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes en matière de concurrence: VII- L'abus de position dominante" En RMC, n° 190 de novembre de 1975; pág. 516.

¹³⁷⁰. Es un postulado pacífico, aceptado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia.

sino la de proteger directamente los legítimos intereses de quienes contratan (clientes y proveedores, y, si se quiere, aunque no contraten, más ampliamente, consumidores) o se sitúan frente a la empresa dominante¹³⁷¹.

Es más, ello, unido al dato de que el artículo 82 TCE, a diferencia del artículo 66 CECA que conocían bien los redactores del Tratado, no dice nada sobre el modo de adquirir la posición de dominio, si se lleva a sus últimas consecuencias, puede conducir a afirmar que el artículo 82 TCE establece para las empresas dominantes un sistema de abuso puro completamente indiferente al modo como se adquiriera la posición de dominio, aunque sea por medios coercitivos o agresivos¹³⁷².

En cualquier caso, de la letra del artículo 82.1 por sí misma y en comparación con la del artículo 81.1 TCE y 66 CECA, de los ejemplos que ofrece el artículo 82.2, del contexto histórico-comparado en que se redactó el Tratado, así como de las consecuencias lógicas que de ella se derivan; se desprende la voluntad del Tratado (de los Estados firmantes expresada en el artículo 82 TCE) de establecer un sistema de control a posteriori de las conductas de las empresas dominantes principalmente, o

¹³⁷¹. Vid JOLIET: *Ibidem*. Es aquí donde comienza la tesis restrictiva propiamente dicha.

¹³⁷². Se trata de la conclusión extrema a que llega JOLIET llevando la interpretación literal e histórico a sus últimas consecuencias, con la finalidad de evidenciar los absurdos que ésta encierra (JOLIET: "Monopolization et abus de position dominante". *Rev: RTDE*, 1969, pág. 688). Pero, ciertamente el común de los autores, admitiendo la base moderada de la tesis restrictiva y el tipo de abuso a que se refiere (el abuso explotativo), no llegan a este extremo, y, admitiendo diferenciar entre modos de adquirir legítimos e ilegítimos, ven en la protección directa sólo la finalidad principal o genuina del artículo 82 TCE (VAN OMMESLAGHE, WAELEBROECK, SAINT ESTEBEN, FOCSANEANU, CEREXHE, BIENAYMÉ, ALBERTO BERCOVITZ, MARENCO, etc.). Será, en realidad, la mayor o menor amplitud con que se considere la posibilidad legítima de adquirir o consolidar la posición de dominio, sin necesidad de llegar al extremo de JOLIET, la que determinará que estemos ante una postura u otra. Aquí, como JOLIET, sólo hemos querido señalar cuál es el extremo a que podría llegarse llevando la tesis restrictiva a sus últimas consecuencias.

sólo (en la lógica última y perfecta del sistema de abuso), frente a clientes y proveedores. El artículo 82 TCE, para los redactores del Tratado, sería más un mecanismo de reglamentación de resultados que de control de estructuras. Desde esta perspectiva, para las empresas dominantes, se optaría por el aseguramiento directo de la eficiencia mediante el control de su conducta. El Tratado, cuando se trata de conductas no colusorias, no se preocuparía tanto por la competitividad de la estructura como por el carácter eficiente (competitivo) del resultado. Ciertamente, la letra del artículo 82 TCE parece expresar que su finalidad principal es la de procurar que las conductas y los resultados de las empresas dominantes (que, por estar precisamente en esta posición, pueden actuar sin tener en cuenta a sus competidores, clientes y proveedores¹³⁷³) se ajusten a los que corresponderían en una situación de competencia estructural normal, o, dicho en otras palabras, procurará que, aunque la estructura no sea competitiva, sí lo sean los resultados. El artículo 82 TCE velaría así para que la competencia sea efectiva¹³⁷⁴, al menos, desde la perspectiva de los resultados¹³⁷⁵.

¹³⁷³. El Tribunal de Justicia en *United Brands* (1978) define la posición de dominio como una situación que de poder económico que permite a su titular «... obtaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva ..., proporcionándole de forma importante la posibilidad de adoptar comportamientos independientes frente a los competidores, los clientes y los consumidores.» (*United Brands* (1978), cit. supra aps. 65 y 66.

¹³⁷⁴. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*; págs. 505 a 507.

¹³⁷⁵. Téngase en cuenta en este punto, el concepto de competencia efectiva dado por MARKHAM y recogido por Scherer (*JESSE MARKHAM: An Alternative Approach to the Concept of Workable Competition*, 40 *American Economic Review*, juny 1950, págs. 349 a 361.

D) CRÍTICA

Hoy, al menos en su forma más radical y excluyente, la tesis restrictiva ha sido rechazada por la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, se entiende que esta tesis se funda sólo en una interpretación histórica y literal demasiado apegada a la letra del precepto. Esta hermenéutica ignora los criterios finalistas y sistemáticos, y trata el artículo 82 TCE como un elemento aislado del Tratado y sin relación con otras normas de defensa de la competencia como los artículos 2 y 3,g TCE, o el artículo 81 TCE, que, junto al artículo 82 TCE, constituye la base del sistema antimonopolio del Tratado¹³⁷⁶.

En segundo lugar, como ya observó JOLIET, si bien en un principio el sistema de abuso así configurado parece muy respetuoso con la libertad y la pujanza económica, en realidad, si se lleva a sus últimas consecuencias, puede abocar a una reglamentación tal que, ahogando la libertad de empresa, destruya el sistema de mercado querido por el Tratado (artículo 3,g)¹³⁷⁷.

Por otra parte, se entiende que el hecho de que el Tratado no prohíba la posición de dominio y el artículo 82 TCE no diga nada sobre el modo de adquirirla, no significa necesariamente que esa adquisición no pueda ser calificada como explotación abusiva, si cumple los requisitos del abuso¹³⁷⁸. La reconducción del artículo 82 TCE a unos supuestos sistemas puros anteriores al Tratado que habrían inspirado a los redactores no es argumento suficiente, pues no importa tanto la hipotética voluntad

¹³⁷⁶. Véase *infra* la tesis o la interpretación extensiva del Tribunal de Justicia en *Continental Can* (1973).

¹³⁷⁷. JOLIET: "Monopolization et abus de position dominante". Rev. RTDE, 1969, pág. 690.

¹³⁷⁸. MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. Tomos I y IV: *La concurrencia*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 68.

de la Comunidad originaria que aprobó el Tratado, como la voluntad de la actual que lo mantiene.

Quizá sólo en la hipótesis de que la posición de dominio se refiriera a casos de verdaderos monopolios, en los que la empresa dominante no tiene ninguna competencia, la tesis extrema podría ser correcta; pero, como las autoridades comunitarias consideran la posición de dominio compatible con una cierta competencia residual o potencial, es evidente que la posibilidad de extender el abuso a prácticas restrictivas de la competencia puede resultar imprescindible para la defensa de la competencia subsistente que de otro modo quedaría desprotegida, y con ello se puede hacer necesaria para la defensa del interés general del Tratado¹³⁷⁹.

Y, en fin, aunque los ejemplos del artículo 82.2 TCE pueden ayudar de algún modo a determinar el contenido del abuso, lo cierto es que no pueden convertirse en un argumento definitivo en la cuestión que nos ocupa, pues el artículo 82.2 TCE ha sido redactado de una forma tan amplia y generosa que no está claro en absoluto que ninguno de ellos se refiera a supuestos de adquisición de poder¹³⁸⁰. Además, como la relación de supuestos de abuso enumerados en el artículo 82.2 TCE tiene un carácter ejemplificativo, siempre queda abierta la puerta a

¹³⁷⁹. Considerandos 21 a 24 de *Continental Can* (1973). En la línea hoy unánime de la doctrina, entre otros, MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Ibidem*. Es importante recordar que, como muy bien recuerda el Tribunal de Justicia en *Continental Can* (1973), la función del artículo 82 TCE es también servir al interés general del Tratado, definido en los artículos 2, 3 y 81 TCE que quedaría desatendido, si en la aplicación del artículo 82 TCE las autoridades comunitarias permanecieran indiferentes a las restricciones de la competencia efectiva realizadas desde el artículo 82 TCE. A propósito del interés general como criterio definidor y delimitador del abuso, ver DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; págs. 38 y 285 a 296.

¹³⁸⁰. SAMKALDEN/DRUKER: "Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 3, n. 2, september 1965; pág. 176. MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *Ibidem*.

supuestos de abuso por lesión de la competencia estructural¹³⁸¹.

Por lo demás, no debe perderse de vista que, como reconocen las autoridades comunitarias, aunque la lesión directa es la forma más probable de abuso, el control directo de los resultados es muy problemático en la práctica¹³⁸².

II) INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA Y FINALISTA.

A) TESIS SISTEMÁTICO-FINALISTA: LA PROTECCIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA DEFENSA DE LAS ESTRUCTURAS COMPETITIVAS.

Frente o junto a la tesis restrictiva, surgió pronto la tesis extensiva, que tuvo en los trabajos del profesor MESTMÄCKER¹³⁸³ su primer valedor. Para la tesis extensiva, el artículo 82 TCE no puede interpretarse aisladamente del contexto en el que está incardinado y de

¹³⁸¹. Ídem.

¹³⁸². Ver el *V informe sobre la política de la competencia*. En la ciencia económica es bien conocida la problemática que plantea el control de precios. Señala IMMENGA desde la experiencia antitrust alemana que el problema de la determinación del precio o resultado competitivo, lo que debe hacerse acudiendo a mercados de referencia, no ha tenido hasta el momento éxito en el control directo, o lo que es lo mismo en la aplicación del abuso como mecanismo de control de precios. Ninguno de los grandes procedimientos iniciados en esta línea en el Derecho alemán en los mercados farmacéutico y petrolero han llevado hasta el momento a resultados satisfactorios (IMMENGA, U.: "A propos de l'évolution du Droit Allemand des ententes", 3 *Revue Internationale de Droit Economique*, 431-2 (1994). También recoge esta observación GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Ed. Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1984, pág. 409. Véase también *supra* «problemática que plantea la eficiencia económica como límite»

¹³⁸³. MESTMÄCKER: "Die Beurteilung von Unternehmungszusammenschlüssen nach Artikel 86 TCE des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft" en *Probleme des Europäischen Rechts*, Festschrift für Walter Hallstein, (Frankfurt AMPHOUX Main, 1966), págs. 322 y ss.

los objetivos a los que debe servir. Es una norma más de defensa de la competencia que, en el cumplimiento del mandato del artículo 3,f (actual 3,g) de que la competencia no sea falseada, no puede ser en absoluto indiferente a las restricciones estructurales no colusorias de una empresa dominante que vengán a consolidar o aumentar su dominio en el mercado, y debe proteger también la competencia y los intereses concurrenciales de los competidores directos de la empresa dominante¹³⁸⁴.

En esta tesis, como en la restrictiva, caben distintas modulaciones. Una primera formulación, que podríamos llamar *tesis extensiva moderada*, consideraría que la protección de la competencia debe estar junto a la protección directa de clientes y proveedores (considerando 26 de *Continental Can -1973*)¹³⁸⁵. Un segundo planteamiento, que podríamos llamar *tesis extensiva estructuralista*, vería en el abuso restrictivo el principal objetivo del artículo 82 TCE y sólo accesoriamente (esto es, cuando vengán como parte de un abuso restrictivo) admitiría considerar abusos "directos". Es la que se corresponde con la práctica de las autoridades comunitarias, que, no sólo en el plano teórico, sino también en el práctico se ha centrado casi exclusivamente en las prácticas abusivas restrictivas, o sólo se ha interesado en las explotativas, cuando de algún modo han estado implicadas en prácticas anticompetitivas. O, incluso, una tercera posición, que podríamos llamar *tesis correctora o estructuralista*, entendería que la protección de la competencia estructural debe ser el único objetivo del artículo 82

¹³⁸⁴. Ídem.

¹³⁸⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215.

TCE (como podría afirmarse, si se llevaran a sus últimas consecuencias las afirmaciones vertidas en el considerando 27 de *Continental Can -1973*)¹³⁸⁶.

¹³⁸⁶. *Continental Can (1973)*, cit. supra.

B) LA JURISPRUDENCIA Y LAS TESIS ESTRUCTURALISTAS (1973-1995)¹³⁸⁷.

¹³⁸⁷. ANTECEDENTES DECISORIOS:

Es en los últimos años del periodo de inaplicación (1971 a enero 1973), cuando la Comisión se apoya por primera vez en el art. 82 de forma importante, aunque, como observa FOCSANEANU, esta decisión también hubiera podido fundarse en el artículo 82 TCE, lo que demuestra la voluntad de entrar sobre el artículo 82 TCE ("Première application de l'article 86 du Traité de Rome par la Commission de la Communauté Economique Européenne: La décision GEMA du 2 juin de 1971" en RMC, n° 149 de décembre de 1971, págs. 485). La decisión más destacada rendida en este periodo es *GEMA (1971)*, donde comienza a dibujarse lo que habrá de ser la doctrina jurisprudencial del abuso. Después de recordar que el art. 82 es de aplicación directa y que su aplicación supone la intervención de una o más empresas y una incidencia del abuso sobre el comercio entre los Estados miembros (decisión de 2 de junio de 1971, L 134/15); a los efectos que ahora nos interesan, en ella (Y en la decisión de 14 de diciembre de 1972, DOCE L 299/51 de 31 de diciembre, *Zoja/Commercial Solvents Corporation et Instituto Cheminote-rapico italiano*; y en la decisión de 2 de enero de 1973, DOCE L 140/ 17 de 25 de mayo, *Industria europea del azúcar*) se comenzaron a apuntar tres importantes ideas de las que, contradiciendo a la doctrina mayoritaria, se habría de desdibujar la primera y confirmar la segunda y tercera en la jurisprudencia posterior:

1. *La clara delimitación entre posición de dominio y abuso:*

El art. 82 integra dos elementos fundamentales: la existencia de una posición dominante sobre un mercado determinado y el abuso de esa posición de dominio. Pues bien, en el asunto *GEMA (1971)*, cit. supra, la Comisión confirmó que la posición dominante, como tal, no constituye una infracción del art. 82, por lo que su intervención en el asunto *GEMA* no podía versar sobre ella, sino que sólo debía limitarse a poner fin a ciertos abusos de posición dominante. En este punto, la actividad interpretativa de la Comisión se mostraba conforme con la letra del art. 82 y con el común sentir de la mayoría de la doctrina (VAN OMMESLAGHE, PIERRE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome a travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1966 - février 1973)*, en RMC, n° 4 de 1973, pág. 564.). La posición dominante en sí misma no infringe el artículo 82, no es abuso; el artículo 82 sólo prohíbe ciertos abusos de esa posición, ciertas conductas anormales o poco razonables (Resumiendo esta opinión general de la doctrina, por ejemplo, VAN OMMESLAGHE -Ibídem, pág. 564- o CHILD/BELLAMY -*Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 530).).

2. *El abuso como restricción de la competencia estructural:*

En *Zoja (1972)*, cit. supra, e *Industria europea del azúcar (1973)*, cit. supra, la Comisión comenzó a tratar el abuso como un conducta susceptible de afectar la estructura competitiva, cuando consideró abusos la negativa de venta y las rebajas de fidelidad de monopolistas orientados a eliminar la competencia.

3. *El carácter objetivo del abuso:*

EN *GEMA (1971)*, la Comisión señaló que el concepto de abuso es un concepto objetivo, independiente de toda idea de culpabilidad, de intencionalidad o de conducta reprobable desde el punto de vista de la deontología profesional, cuando señaló que la

A diferencia de la tesis restrictiva que es de elaboración fundamentalmente doctrinal, es con la doctrina de las autoridades comunitarias, vertida sobre todo en materia de concentraciones¹³⁸⁸, que la tesis extensiva recibe el espaldarazo definitivo y abre la polémica sobre sus límites. Es en 1973, con *Continental Can*, cuando el Tribunal de Justicia abandona la relativa indefinición frente al concepto de abuso mantenida hasta entonces, y abre un importante periodo en el que irá sentando de forma inequívoca la doctrina extensiva o del abuso anticompetitivo, que queda de este modo sólidamente fijada⁽¹³⁸⁹⁾⁽¹³⁹⁰⁾.

Se ha de señalar, no obstante, que este periodo jurisprudencial generador de conceptos fundamentales se caracteriza por el hecho de que, tanto las decisiones de

discriminación en cuestión debía apreciarse de modo objetivo e independientemente de toda idea de culpabilidad (Así lo observa VAN OMMESLAGHE (Ibídem, pág. 571). Como ya hemos señalado el carácter objetivo del abuso será reafirmado con fuerza por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

¹³⁸⁸. En defecto del reglamento de concentraciones, el periodo 71-79 se caracteriza también por una larga aplicación del artículo 82 TCE como instrumento de política de concentraciones, siguiendo así la línea abierta por la sentencia *Continental Can -1973-* (VAN OMMESLAGHE/VAN DE WALLE DE GHELCKE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1973 - février 1982)*, en RMC, n° 1 y 2 de 1984, pág. 434).

¹³⁸⁹. Puede decirse que este es el periodo más importante en la formación de la doctrina extensiva del abuso o, si se prefiere del abuso anticompetitivo. Ha sido en este periodo cuando el Tribunal de Justicia ha definido, en sentencias recaídas sobre recursos contra decisiones de la Comisión o en aplicación del artículo 177 del Tratado de Roma, los conceptos fundamentales de la aplicación del artículo 82 TCE. En la mayoría de resoluciones dictados resolviendo recursos contra la Comisión, el Tribunal de Justicia, precisando ciertos puntos y afirmando nociones jurídicas, ha respaldado en general la política de la Comisión. VAN OMMESLAGHE/VAN DE WALLE DE GHELCKE: Ibídem, págs. 571 y 433.

¹³⁹⁰. Conviene señalar también que, aunque ninguno de los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia después de *Continental Can (1973)*, versase sobre concentraciones o, mejor, sobre el tipo de conductas condenadas en aquella sentencia; éste aprovechó la ocasión para afirmar su doctrina de forma inequívoca. De ahí que pueda concluirse que en este periodo, la doctrina del abuso anticompetitivo, sin perjuicio de los importantes problemas que pueda suscitar, queda sólidamente fijada (VAN OMMESLAGHE: Ibídem, pág. 458.)

la Comisión como las sentencias del Tribunal de Justicia, han estado en su primera etapa fuertemente influenciadas por las circunstancias económicas en las que se han desarrollado los comportamientos críticos en cuestión¹³⁹¹. Así lo demuestra el hecho de que, a diferencia del artículo 81 TCE, largamente aplicado en el periodo anterior, el Tribunal de Justicia se ha reservado la facultad de revisar a fondo las deducciones hechas por la Comisión y ha intervenido frecuentemente para pedir complementos de información o precisar cuestiones de hecho¹³⁹².

Esta observación es importante porque recuerda que, a la hora de valorar la interpretación estructuralista de las autoridades comunitarias, como la de todos los órganos jurisdiccionales, y de una forma especial cuando el objeto de interpretación es Derecho de la competencia, no se debe perder de vista que la base doctrinal más importante de esta interpretación, *Continental Can* (1973), que versó sobre un caso de concentraciones económicas, estuvo fuertemente influenciada por su contexto. Este contexto venía determinado, de un lado, por la explosión de las concentraciones económicas que, perdiendo la bondad que se les atribuía en el momento de redactarse el Tratado, amenazaban con falsear la competencia en el Mercado común¹³⁹³, ante la ausencia de

¹³⁹¹. VAN OMMESLAGHE/VAN DE WALLE DE GHELCKE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1973 - février 1982)*, en RMC, n° 1 y 2 de 1984, pág. 458.

¹³⁹². Ídem.

¹³⁹³. En el contexto de *Continental Can*, eran bien conocidas las opiniones de J. HOUSSIAUX que advertía sobre la importancia del fenómeno de transformación de las estructuras como consecuencia de de la acción de los monopolios y de las grandes empresas en nuestra época (HOUSSIAUX, J.: *Le pouvoir de monopole*, Paris: Sirey, 1958; o la opinión de A. JACQUEMIN resumida en un artículo publicado en «Le Monde» en enero de 1973, un mes antes del la sentencia *Continental Can*: «L'analyse économique montre que la constitution ou le renforcement d'une position de monopole privée, même si elle accroît l'efficacité de la production, porte en germe une atteinte aux intérêts du consommateur. Ce qui est

una reglamentación expresa¹³⁹⁴; y, de otro, por la fiebre integradora, manifestada en una clara voluntad de conseguir una pronta y completa integración comunitaria (artículo 2 TCE). Este cúmulo de circunstancias, en opinión de algún autor, movió a las autoridades comunitarias a desarrollar, en su tarea jurisdiccional, una labor interpretativa del artículo 82 TCE que en algunos extremos alcanzaba un carácter más legislativo que hermenéutico, llevando a los textos normativos, para la consecución de los fines indicados, a decir lo que ciertamente no decían¹³⁹⁵. En la averiguación del sentido del artículo 82 TCE en *Continental Can (1973)*, las autoridades comunitarias permanecieron más fieles que nunca a los objetivos del Tratado que a la letra del precepto¹³⁹⁶.

plus dangereux pour les intérêts du consommateur, ce sont les *stratégies* qui transforment, généralement de façon irréversible, *les structures même du marché*. A la limite, il paraît vain d'attaquer une politique de prix parce qu'elle cause à l'utilisateur un dommage immédiat, si en même temps on laisse se constituer des monopoles qui transforment les conditions d'offre et de demande et qui débouchent inévitablement sur des productions et des prix défavorables au consommateur»; opiniones correctamente reflejadas en la decisión de la Comisión y en el fallo del Tribunal de Justicia.

¹³⁹⁴. Cuya necesidad fue tantas veces denunciada como aplazada por la dificultad de alcanzar un consenso entre los Estados miembros, debido a los importantes intereses económicos nacionales que subyacían a esta cuestión, y que ya se suscitaron en el momento de redactarse el Tratado, pero fue excluida por esta misma causa.

¹³⁹⁵. En este sentido, dice FOCSANEANU en 1976 que "... la Cour de Luxembourg s'est, plus d'une fois, éloignée des règles classiques d'interprétation, pour se laisser guider par al foi de l'intégration européenne. ..." ("La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'herméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de 1976, pág. 33, p2). CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission". Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972, pág. 298.

¹³⁹⁶. VAN OMMESLAGHE: *Ibidem*, pág. 435; FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'herméneutique de la Cour" en RMC, n° 192 de janvier de 1976, pág. 33. Esta polémica creada en torno a *Continental Can* no se debió tanto a la configuración del abuso anticompetitivo (aunque fuera contraria a importantes opiniones doctrinales (JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; entre otros), como al hecho de tratar las concentraciones que, en base a la interpretación histórica y literal del artículo 82, se creían voluntariamente excluidas por los autores del Tratado (TEMPLE LANG: "Monopolisation and the definition of

Sabido es que en la búsqueda de la mejor solución a los casos que se les plantean, los órganos jurisdiccionales se muestran más preocupados por la consecución de la justicia material que la formal, esto es, por buscar una solución correcta al caso que se les plantea que por elaborar una teoría perfecta¹³⁹⁷. Sin perjuicio del daño que ello pueda causar a la seguridad jurídica, se trata, en efecto, de una labor perfectamente legítima, y sabido es también que el sentido que las autoridades jurisdiccionales dan a los textos legales prevalece sobre el que éstos tienen, aunque sea erróneo¹³⁹⁸. Pero, con todo, no se olvide tampoco que las máximas autoridades jurisdiccionales no quedan vinculadas por su propia doctrina, pueden cambiarla cuando juzgan que el caso que se les plantea o el cambio de las circunstancias así lo aconsejan, lo cual, si ya es cierto para el Derecho en general, lo es todavía más para el Derecho de la competencia¹³⁹⁹, como parte importante que es del Derecho económico.

«abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979, pág. 349) . No se olvide sin embargo que tras el rechazo inicial, los autores han ido aceptando la interpretación teleológica creadora de abuso anticompetitivo (vid. GOLDMAN/LYON CAEN pág. 409 il).

¹³⁹⁷. FERNÁNDEZ LERGA: "El abuso de la posición dominante en la Comunidad Europea: el artículo 86 TCE", en *Gaceta de la Comunidad Económica Euorpea*, n° 18, Derecho-3 de 1986, pág. 3.

¹³⁹⁸. Como afirma la teoría general del Derecho (ALBALADEJO: *Derecho civil I*, vol. 1º, Barcelona: Bosch, 1985, págs. 127 y ss.). Pero, con todo, no se olvide que estamos ante el texto de un tratado internacional y, como observa FOCSANEANU, una correcta intepretación de un término o cláusula contenido en un tratado internacional debe hacerse, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, debe hacerse a) Sobre los términos de la cláusula, tomados en su sentido ordinario; b) sobre el contexto de la cláusula; y c) sobre su objeto y fin (FOCSANEANU: "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour" en *RMC*, n° 192 de janvier de 1976, pág. 157). No obstante, no estamos ante un tratado convencional, sino ante un Tratado especial que tiene mucho de constitución, sobre todo después del Tratado de la Unión Europea, (DIEZ PICAZO) y de derecho interno.

¹³⁹⁹. Observa en este sentido PETITBÓ que «... La política de defensa de la competencia debe reelaborarse continuamente en respuesta a los cambios

Recogemos estas reflexiones, porque, dado la radicalidad que en algún momento parece alcanzar la interpretación estructuralista del Tribunal de Justicia y el contexto en que había nacido, los autores pensaron pronto que, pese a su voluntad universalista, se trataba de una doctrina transitoria elaborada *ad hoc* para suplir la ausencia de reglamentación de las concentraciones económicas¹⁴⁰⁰. Sin embargo, como observan CHILD/BELLAMY, el tiempo ha demostrado que, aun experimentando una moderación no del todo clara¹⁴⁰¹, después de *Hoffmann La Roche* (1979)¹⁴⁰², la doctrina estructuralista se ha consolidado en los términos expresados en esta última y en *Continental Can* (1973)¹⁴⁰³. Primero, el tribunal confirmó en el caso *Michelín* (1983)¹⁴⁰⁴ el concepto de abuso (anticompetitivo) dado en *Hoffmann La Roche*; y,

económicos que tienen lugar en el mundo contemporáneo. La Ley lo permite. Y deben aprovecharse todas las posibilidades de la Ley. ...» (PETITBÓ, AMADEU: "La defensa de la competencia", 118 Economía industrial, 11, 23 (1997)).

¹⁴⁰⁰. En la doctrina extranjera, por ejemplo, RICHEMONT: "Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante". Droit et affaires, Paris, 15-5-1970, pág. 479. VAN OMMESLAGHE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome a travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1966 - février 1973)*, en RMC, n° 4 de 1973, pág. 565 y 573. En nuestra doctrina, por ejemplo, ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, págs. 427 y 428. O FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 279.

¹⁴⁰¹. Ver, por ejemplo, más ampliamente en lo relativo a la causalidad «La causalidad en la interpretación extensiva. La doctrina de las autoridades comunitarias.».

¹⁴⁰². *Hoffmann La Roche* (1979), ya cit.

¹⁴⁰³. *Continental Can* (1973), cit. supra.

¹⁴⁰⁴. «L'article 86 vise les comportements qui son de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite de la présence de l'entreprise qui détient une position dominante, la concurrence est déjà affaiblie et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché en cause ou au développement de cette concurrence» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, caso 322/81, *Nederlandse Banden-Industrie Michelin c. Commission*, publicado en el DJCE .)

después, la doctrina de *Continental Can* ha vuelto a ser aplicada recientemente por la Comisión en *Tetra Park*¹⁴⁰⁵ a un caso de concentración. De hecho, hasta la adopción del Reglamento sobre concentraciones económicas del 21 de septiembre de 1990, el control de las concentraciones económicas ha descansado enteramente en la aplicación de la doctrina de *Continental Can*; y, aunque pudiera pensarse lo contrario¹⁴⁰⁶, después del Reglamento, se ha continuado aplicando los mismos conceptos desarrollados por la Comisión y el Tribunal de Justicia en la doctrina del abuso anticompetitivo, pues el Reglamento no define los términos sustantivos que contiene, sino que se limita a dar competencias a la Comisión para aplicar los artículos 81 y 82 TCE a unos supuestos determinados¹⁴⁰⁷. Con todo, bien puede pensarse que las tesis más extremas de *Continental Can* (1973), que parecen haberse diluido en la jurisprudencia posterior de *Hoffmann La Roche*

¹⁴⁰⁵. Decisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pak II*, DOCE L 72/1 de 18 de marzo de 1992; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, as. T-83/91, *Tetra Pak International S.A. c. Comisión*, Rep. II-762; y sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94/ P, Rep. I-5951.

¹⁴⁰⁶. Como así lo entendieron algunos autores que vieron en la necesidad de dotar a las concentraciones de un tratamiento específico, una posibilidad de abandono de la doctrina de *Continental Can* y de vuelta del artículo 82 a su genuína función de control de conductas y resultados explotativos (Así RICHEMONT: "Concentrations et abus de positions dominantes: article 86 du Traité de Rome: affaire Continental Can.", en *Revue Trimestrelle de Droit Européen* de 1973, pág. 479. ALBERTO BERCOVITZ: *Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, pág. 427.).

¹⁴⁰⁷. CHILD/BELLAMY: *Ibidem*; págs. 547 y 550

(1979)¹⁴⁰⁸, AKZO (1991)¹⁴⁰⁹ y DLG (1994)¹⁴¹⁰, podían haber sido debidas a las preocupaciones mencionadas¹⁴¹¹.

C) BASES ARGUMENTALES DE LAS INTERPRETACIONES TELEOLÓGICA Y FINALISTA.

La tesis extensiva se edifica fundamentalmente sobre las interpretaciones finalista y sistemática del artículo 82 TCE, perfectamente expuestas por el Tribunal de Justicia en *Continental Can* (1973)⁽¹⁴¹²⁾⁽¹⁴¹³⁾, con ocasión de rebatir los argumentos de la tesis restrictiva expuestos por Continental Can Company¹⁴¹⁴ y contestados ya por la Comisión¹⁴¹⁵.

A) INTERPRETACIÓN FINALISTA.

Primero, el Tribunal de Justicia señala que la interpretación de las normas del Tratado debe hacerse conforme a los fines u objetivos generales que el Tratado persigue y que expone debidamente en sus artículos 2, 3,

¹⁴⁰⁸. Hoffmann La Roche (1979), ya cit.

¹⁴⁰⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, AKZO-Chemie c. Comisión; Rep. I-3359.

¹⁴¹⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, caso 250/92, Gøttrup-Klim y otros Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvareseleskab AmbA, Rep. I-5641.

¹⁴¹¹. Para más detalle, ver supra las cuestiones de la objetivación del abuso y el vínculo causal.

¹⁴¹². Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. Págs. 244 y ss. Consids. 19 a 27: «Sur l'article 86 TCE et l'exploitation abusive de position dominante», pág. 243.

¹⁴¹³. Hay otras sentencias que desarrollan y matizan o atemperan la tesis estructuralista extrema de *Continental Can* (1973). Se irán citando y comentado a medida que se traten las cuestiones que suscita *Continental Can* (1973). Ver referencias *infra*.

¹⁴¹⁴. *Continental Can* (1973): *Ibidem*, pág. 225 y ss.

¹⁴¹⁵. Si se quiere ver un análisis detallado de estos extremos, véase al respecto FOCSANEANU: "La jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes en matière de concurrence: VII- L'abus de position dominante" En RMC, n° 190 de novembre de 1975. También los números de 1976 y 1977.

y, especialmente, por lo que a las normas sobre la competencia se refiere, en el artículo 3,f (actual 3,g). Según el Tribunal de Justicia, entre los objetivos del artículo 2 TCE, destaca el «... promover, ... mediante el establecimiento de un mercado común ..., un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, ...»; y, entre los del artículo 3 TCE, el expresado en el apartado f) «A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, ...: ... f) El establecimiento de un régimen que garantice la que competencia no será falseada en el Mercado Común; ...». Por tanto, la interpretación que se haga del artículo 82 TCE no podrá ignorar esta sucesión de objetivos, que exige que la competencia no sea restringida más allá de lo necesario para la correcta realización de los objetivos del Tratado. Y ,a la luz del párrafos 8 y 9 del considerando 25 de *Continental Can*, la restricción no habría de llegar hasta el grado de eliminar un mínimo de competencia, máxime si se tiene en cuenta el carácter imperativo que se atribuye a estos objetivos (principalmente considerandos 21 a 24 de *Continental Can*¹⁴¹⁶).

B) INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.

Y, segundo, el Tribunal de Justicia observa que el artículo 82 TCE está ubicado en el capítulo I bajo la rúbrica «Normas sobre la competencia», que se establece precisamente en desarrollo de la línea de actuación expresada en el artículo 3,f (actual 3,g); y además, aunque sea una obviedad recordarlo, conviene observar que está situado justo detrás del artículo 81 TCE, que junto al artículo 82 TCE se puede considerar la segunda norma

¹⁴¹⁶. *Continental Can* (1973): *Ibidem*.

básica del Derecho de la competencia comunitario. De ello cabe deducir que el artículo 82 TCE no es, ni mucho menos, un elemento o sistema aislado, sino un elemento básico de un sistema general de defensa de la competencia establecido por el Tratado en aplicación del mandato del artículo 3,f (actual 3,g) para la realización de los objetivos del Tratado; y, por tanto, cualquier interpretación que se haga de él debe tener en cuenta esta consideración (principalmente considerando 25 de *Continental Can -1973-¹⁴¹⁷*).

Entonces el Tribunal de Justicia ve los artículos 81 y 82 TCE como dos normas complementarias que, como partes de un mismo sistema, persiguen, desde planos distintos, un mismo objetivo, a saber, el mantenimiento de una competencia efectiva en el Mercado Común: el artículo 81 TCE controlando los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas, y prácticas concertadas; y el artículo 82 TCE controlando las acciones unilaterales de una o mas empresas, que puedan poner en peligro esa competencia efectiva (principalmente considerando 25 de *Continental Can¹⁴¹⁸*).

Y, en base a ello, se concluye que no es ni lógico ni acorde con el Tratado admitir que pudiera eludirse por el artículo 82 TCE lo que el Tratado persigue con tanto énfasis en el artículo 81 TCE, permitiendo a las empresas dominantes restringir la competencia estructural por el recurso a mecanismos o conductas que, por no revestir la forma de acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresa o prácticas concertadas, escapan al artículo 81 TCE, hasta el punto de poner en peligro la

¹⁴¹⁷. Ídem.

¹⁴¹⁸. Ídem.

competencia efectiva en el Mercado Común (considerando 25 de *Continental Can*¹⁴¹⁹).

Por ello, el artículo 82 TCE, el abuso, no sólo alcanza a las prácticas susceptibles de causar un perjuicio directo a los consumidores [entiéndase también proveedores], sino igualmente a las que les puedan causar un perjuicio [indirecto] atentando contra la estructura de la competencia efectiva tal como se menciona en el artículo 3,f (actual 3,g) (considerando 26 de *Continental Can*¹⁴²⁰).

Entonces, en la doctrina de *Continental Can* (1973) hay abuso, cuando una empresa en posición de dominio refuerza su dominación hasta el punto de obstruir substancialmente la competencia, esto es, hasta no dejar subsistir otras empresas que las dependientes, en su comportamiento, de la empresa dominante (considerando 26 de *Continental Can*¹⁴²¹). Y ello es así, cualesquiera que sean los medios o procedimientos [parece que legítimos o ilegítimos] empleados al efecto (considerando 27 *Continental Can*¹⁴²²).

Con ello, el centro valorativo de la antijuridicidad pasa de la conducta al resultado, y se establece una regla de intangibilidad de las estructuras desde una posición de dominio¹⁴²³.

¹⁴¹⁹. Ídem.

¹⁴²⁰. Ídem.

¹⁴²¹. Ídem.

¹⁴²². Ídem.

¹⁴²³. FOCSANEANU: "La jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes en matière de concurrence: VII- L'abus de position dominante" En RMC, n° 190 de novembre de 1975; pág. 534. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 278. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 423 y ss. Se trata de una tendencia apuntada ya antes en *Comercial Solvens Corporation*, ya cit., pero que ahora alcanza su máxima gravedad.

Conforme con las bases liberales y el sistema de mercado querido por el Tratado, se alcanzaría la eficiencia económica, el bienestar de los consumidores, sólo o principalmente de forma indirecta a través del control de la estructura de la competencia, y no directamente con la reglamentación o planificación económica a que puede conducir la interpretación restrictiva¹⁴²⁴. Aunque limita la libertad económica de unos agentes de acceder a la posición de dominio, en realidad, está garantizando, no ya sólo la libertad de los demás, sino también la de los mismos empresas dominantes que la perderían por la reglamentación, una vez llegaran a alcanzar un poder dominante¹⁴²⁵.

D) CRÍTICA:

Aunque ciertamente en su posición más moderada la tesis extensiva es perfectamente razonable, nótese que en esta sucesión de razonamientos, el Tribunal de Justicia desliza peligrosamente de una interpretación extensiva moderada, que admitiría por igual ambas interpretaciones o tipos de abuso, a una tesis extrema que en la práctica reduciría el artículo 82 TCE al control de estructuras. Ello se hace además de un modo que puede hacer la posición de dominio muy difícil de alcanzar y sostener, en cuanto desde esta interpretación extrema se podría llegar a calificar como abusivas

¹⁴²⁴. Ahí está precisamente la razón fundamental que explica la reticencia de las autoridades comunitarias y de las autoridades antimonopolio en general a establecer un control directo decidido de los resultados. Véase en el Derecho alemán en el que se inspiró el artículo 82 TCE. Ver IMMENGA, U.: "A propos de l'évolution du Droit Allemand des ententes", 3 Revue Internationale de Droit Economique 431 (1994); a las autoridades comunitarias en la Unión Europea cuando la Comisión recuerda en AKZO (1991) que aunque el abuso explotativo es la forma más probable de que los consumidores sufran un abuso de posición de dominio, la Comisión no controla normalmente los precios excesivos (cit supra). En el mismo sentido el V Informe sobre política de la competencia ya citado supra.

conductas que, aunque sean legítimas, pueden producir de algún modo el efecto de restringir la competencia estructural¹⁴²⁶.

Es, por otra parte, evidente que la radicalidad a la que puede acabar deslizando la interpretación extensiva del Tribunal de Justicia dada en *Continental Can* (1973) (donde evidenció la voluntad de sentar doctrina¹⁴²⁷, y confirmada en algún sentido en *Hoffmann La Roche* (1979)¹⁴²⁸ y *AKZO* (1991)¹⁴²⁹) plantea, según denunció la doctrina en su momento¹⁴³⁰, numerosos problemas, como el del alcance del carácter objetivo del abuso, el de la causalidad, o el de la definición de la restricción de la competencia¹⁴³¹.

Es esta doctrina del abuso estructural, unida a la falta de un desarrollo jurisprudencial del abuso directo, y acompañada de una práctica comunitaria dominada por la aplicación de los abusos anticompetitivos, la que lleva a preguntarse si el abuso explotativo está vigente o, dicho de otro modo, si la restricción de la competencia

¹⁴²⁵. JOLIET: "Monopolization et abus de position dominante". RTDE, 676 y ss. también 690-1 (1969).

¹⁴²⁶. Ver FISHWICK: *Making Sense of Competition Policy*, London: Grandfield, 1993, pág. 105 y ss. Este autor observa que afortunadamente, no ha llevado su práctica a este extremo interpretativo deducible de la doctrina de las autoridades comunitarias (Ibídem, pág. 107).

¹⁴²⁷. Señala FOCSANEANU que toda la parte del razonamiento jurídico relativo a la interpretación del término «explotación abusiva *Continental Can* (1973), es superfluo y carece de utilidad práctica para la solución del litigio. Los considerandos mencionados toman la forma de una declaración de principios teórica, de un acto político, legislativo, más que de un acto jurisdiccional FOCSANEANU: Ibídem, 153, 156, pónganse en relación con pág. 33.

¹⁴²⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rep. 461.

¹⁴²⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Commission*; Rep. I-3359.

¹⁴³⁰. FOCSANEANU, GOLDMAN, VAN OMMESLAGHE, etc., ya cits.

¹⁴³¹. Cabe ver en el tratamiento de estas cuestiones una cierta tendencia, que tiende a confirmarse, del Tribunal de Justicia a corregir los excesos estructuralistas de *Continental Can* (1973). Nos remitimos para ello a las referencias dadas *supra*.

estructural es o no un elemento constitutivo del abuso de posición de dominio.

Démonos cuenta que, aunque, en principio, fundar el abuso en una regla de intangibilidad de las estructuras no supone negar, al menos expresamente, la protección directa, pues cabe pensar que se refiere sólo al tipo del abuso estructural; tácitamente significa, si no negarlo, sí al menos relegarlo en la práctica al sólo control de los monopolios legales o de las posiciones de dominio ya existentes en el momento de entrar en vigor el Tratado, en cuanto hace muy difícil alcanzar o mantener una posición de dominio¹⁴³². Esto supone vaciar el artículo 82 TCE de buena parte de su contenido y en cierto modo lo reduce a un absurdo¹⁴³³. En algunos extremos de *Continental Can* (1973) se encierra una cierta contradicción en cuanto a la existencia de protección directa. En efecto, mientras, de un lado, se reconoce formalmente la existencia del abuso explotativo en los considerandos 21 y 26 (el artículo 82, «... no sólo se refiere a las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a ...»), de otro, se niega tácitamente o se vacía de buena parte de su contenido, en cuando serán muy pocas las empresas dominantes a las que se podrá aplicar este control¹⁴³⁴.

¹⁴³². GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 525-6. FISHWICK: *Making Sense of Competition Policy*, London: Granfield, 1993, págs. 106-7.

¹⁴³³. Que supondría validar las posiciones de dominio sólo según criterios temporales, y reducir en este sentido el artículo 82 TCE (una norma básica y fundamental del sistema) a una norma de derecho transitorio que habría de regir sólo hasta la desaparición de las posiciones dominantes.

¹⁴³⁴. Se acabaría reduciendo sólo a los monopolios legales y como mucho a algún que otro monopolio natural, pues la parálisis a la que se verían abocadas las restantes empresas las acabaría apartando del mercado. Vid. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Idem*, cit. supra, pág. 425-6, VAN OMMESLAGHE/VAN DE WALLE DE GHELCKE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1973 - février 1982)*, en RMC, n° 1 y 2 de 1984, pág. 571 y ss.

Se denuncia también que, si se admitiera la tesis restrictiva en su máxima expresión, se bloquearía inmerecidamente la libertad económica de las empresas que estuvieran próximas a la posición de dominio¹⁴³⁵. Es absurdo que el artículo 82 TCE, de un lado, admita la posición de dominio; y, de otro, prohíba cualquier modo, ilegítimo o no, de adquirirla o incluso mantenerla¹⁴³⁶. Ello supondría que el sistema comunitario de mercado entra en contradicción consigo mismo, pues, mientras, de un lado, quiere un sistema competitivo para la consecución de la mejor competencia, que, por su propia esencia lleva al triunfo de los más eficientes y a la desaparición de los ineficientes; de otro se castigaría también el éxito de las empresas que por su mayor eficiencia quedan en posición de dominio en el mercado, lo que es también contrario a los objetivos del Tratado.

En la práctica, ello acabaría resultando en una pérdida de eficiencia económica, debida a la desincentivación del éxito competitivo. A parte de que no podrían constituirse monopolios naturales de escala de eficiencia mínima, las empresas próximas a triunfar en el juego competitivo por su mayor eficiencia y a entrar, con ello, en una situación de poder susceptible de ser calificada de posición de dominio, se vería tentadas de reducir su eficiencia so pena de ver sus prácticas competitivas calificadas como abuso o, lo que es peor, so pena de verse abocadas a la parálisis.

La tesis sistemático-finalista en su expresión más radical convierte el artículo 82 TCE en una norma de prohibición y aproxima peligrosamente el sistema de competencia del Tratado hacia un sistema de prohibición

¹⁴³⁵. Vid. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; págs. 425 y ss. FISHWICK, FRANK: *Making Sense of Competition Policy*, London: Grandfield, 1993, pág. 106-107.

¹⁴³⁶. Ídem.

puro para las empresas dominantes; lo cual resulta difícil de conciliar con la letra y arquitectura del artículo 82 TCE, que es la que es, y con la letra y arquitectura del sistema general del Tratado de Roma, que, como no podría ser de otro modo, manifiesta inequívocamente la voluntad de establecer un sistema mixto¹⁴³⁷.

No parece razonable admitir, sobre todo después del Tratado de la Unión Europea, que el interés general del Tratado (definido en los artículos 2 y 3 TCE) se agote o complete desde el artículo 82 TCE con la sola defensa de la competencia estructural. Las críticas arriba expuestas lo constatan. La tesis estructuralista ignora que la competencia efectiva también puede y debe ser defendida desde la perspectiva del resultado¹⁴³⁸. La realización de la eficiencia puede exigir ir más allá, y el abuso puede ser un instrumento idóneo. Es cierto que el orden económico de mercado querido por el Tratado se edifica sobre la competencia, y también que el artículo 82 TCE está sistemáticamente encuadrado entre las normas «sobre la competencia», por lo que el concepto de explotación abusiva debe definirse en función de sus efectos sobre la competencia; sin embargo, esta conclusión no sería del todo acertada, porque, una cosa es aceptar que la competencia es una noción general de referencia y un objetivo del Tratado a perseguir por las normas contenidas en este capítulo, y otra distinta es querer hacer de su defensa un criterio absoluto de calificación del interés general en marco del artículo 82 TCE¹⁴³⁹. Ello

¹⁴³⁷. Vid supra.

¹⁴³⁸. Entiéndase, claro está, por el control de conductas valoradas principalmente desde la perspectiva o según criterios de resultado.

¹⁴³⁹. DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; págs. 285-288. Vid también FONT GALAN: *La libre competencia*

no tendría suficientemente en cuenta que la competencia no es un fin en sí mismo, sino sólo un instrumento entre otros para la consecución de los objetivos del Tratado¹⁴⁴⁰. El interés general del Tratado es un concepto más amplio que el de competencia estructural, como lo demuestra el hecho de que pueda exencionarse o no considerarse restrictiva una restricción estructural basándose en la regla de la razón o en la exención contenida en el artículo 81.3 TCE; o que, incluso, pueda admitirse el sacrificio de la realización de la máxima eficiencia económica en favor de la consecución de objetivos extraeconómicos (sociales, culturales, etc., que se pueden juzgar prioritarios¹⁴⁴¹) desde las mismas normas de defensa de la competencia, por ejemplo, admitiendo exenciones para la mejor consecución de estos objetivos cuando se juzgan prioritarios¹⁴⁴². Ello viene a

en la Comunidad Europea. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; págs. 280 y ss.

¹⁴⁴⁰. Ídem. JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; pág. 19.

¹⁴⁴¹. WHISH: *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths, 1989 (Secondo edition), pág. 255-6). GONZÁLEZ DE LENA: "La situación hasta Maasticht" en *España y el Tratado de la Unión Europea, una aproximación al Tratado elaborada por el equipo español en las conferencias intergubernamentales sobre la unión política y la unión económica y monetaria*, Madrid: Colex, 1994, págs. 233 a 247. DÍEZ HOCHLEITENER: "Las políticas sectoriales de la Unión. Del perfeccionamiento a la innovación competencial de la Unión Europea: las políticas sectoriales de investigación, industria, grandes redes, protección de los consumidores, educación y cultura" en *España y Tratado de la Unión Europea*, Madrid: Codex, 1994, págs. 225 a 230.

¹⁴⁴². ¿Qué es la previsión del artículo 86.2 TCE («Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. ...») o la reciente demanda de restringir mediante cuotas la competencia en el sector cinematográfico con el fin de proteger la producción y la cultura propia, etc., sino una forma de subordinar la competencia e, incluso, la eficiencia económica a la consecución de los más variados intereses generales o no de los Estados o de la Comunidad?. Esto debe además ponerse en relación con la idea general de El concepto de calidad de vida. Cuando el Tratado de la Unión Europea añade que la Comunidad tendrá por misión promover ... la elevación del nivel y de la calidad de vida, ...» está reconociendo que el ciudadano comunitario tiene como consumidor derecho a una adecuada

confirmar que, aunque muchas lesiones al interés general vienen definidas por la vía de la restricción de la competencia, no toda lesión al interés general pasa por una restricción de la competencia estructural¹⁴⁴³.

Entonces, no parece razonable que el Tratado admita, por un lado, que no se califiquen como restrictivas o se exencionen prácticas que restringen la competencia estructural, en aras de la realización del interés general (definido en los artículos 2, 3 TCE y 81.3 TCE para la defensa de la competencia; y, por otro, rechace la posibilidad de defender ese interés general desde el artículo 82 TCE en base al sólo argumento de que la conducta de que se trate ha restringido la competencia estructural, máxime si se tiene en cuenta la letra y la arquitectura que los redactores del Tratado dieron al artículo 82 TCE y al sistema de defensa de la competencia comunitario en el momento de fundar la Comunidad¹⁴⁴⁴.

También se ha observado que, sobre todo en materia de concentraciones, un exceso de estructuralización del

calidad de vida, lo que se manifiesta, evidentemente, en conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que precisa en las mejores condiciones posibles, evitando, por supuesto toda clase de engaños o la imposición de condiciones no equitativas por parte de las empresas. Pero incluye también el interés por obtener satisfacción a otras necesidades que no pueden satisfacerse en el mercado y que sin embargo son también indispensables para asegurar la calidad de vida, como el derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y sostenido (vid. ALBERTO y RODRIGO BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987, págs. 28 y 107-8). Véase también DUBOIS y FONT GALAN, cit. supra. .

¹⁴⁴³. Así entre otros DUBOIS: Ídem, pág. 285. En nuestro Derecho vid para el artículo 86 TCE KESSLER, PRIETO: "Los principales problemas de regulación del abuso de posición de dominio", 205 GJ, 31 (ener. febr. 2000).

¹⁴⁴⁴. Del que resulta dudoso que puede llegarse a la tesis estructuralista extrema (vid. FISHWICK: *Ibidem*). Véase DUBOIS: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; págs. 290 y ss. No vamos a entrar aquí en la polémica de si las normas de defensa de la competencia y en particular el artículo 82 TCE pueden o deben perseguir objetivos extraeconómicos. Nosotros nos hemos limitado a apuntar esta posibilidad conscientes de que su rechazo no invalida este argumento, si se parte de un concepto de competencia efectiva estructuralista o mixto, pues, en ese caso, el criterio decisorio será la eficiencia económica.

abuso puede llevar a confundir explotación abusiva y posición de dominio, si ésta no permanece perfectamente estática¹⁴⁴⁵.

Por fin, se ha señalado que la tesis correctora yerra al atribuir un carácter imperativo al artículo 3,f (actual 3,g) TCE, pues no tiene en cuenta ni el carácter ni la letra del artículo 3 TCE. Según la opinión de algunos autores, el art. 3 TCE no tiene carácter normativo, sólo se limita a enunciar los principios que deben dominar la acción de la Comunidad. El mismo artículo 3 TCE expresa sus propios límites en su letra, cuando señala que los principios que él enuncia deben realizarse «dentro de las condiciones ... previstas por el presente Tratado», de lo que se deduce que esos principios son meramente programáticos y que sólo podrán ser aplicados a través de las normas que los desarrollan, pero no directamente. Por tanto, no se puede extender¹⁴⁴⁶ (o limitar) la aplicación del artículo 82 sobre la base de un texto cuya fuerza no se puede determinar sino es en base al mismo artículo 82 TCE⁽¹⁴⁴⁷⁾⁽¹⁴⁴⁸⁾.

¹⁴⁴⁵. JOLIET: *Monopolization and abuse of dominant position*. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 253. VAN OMMESLAGHE/VAN DE WALLE DE GHELCKE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (janvier 1973 - février 1982)*, en RMC, n° 1 y 2 de 1984, pág. 564 y 565. GOLDMAN/LYON CAEN: *Derecho comercial europeo*. Ed. Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1984, pág.

¹⁴⁴⁶. Se hablaba sólo de extender porque este argumento lo dió CEREXHE en el marco de la crítica a Continental Can.

¹⁴⁴⁷. CEREXHE: "L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission". Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972, pág. 296.

¹⁴⁴⁸. En este punto CEREXHE critica los fundamentos jurídicos dados por la jurisprudencia comunitaria en Continental Can; pero no parece que esta crítica, aunque apoyada por otros autores, haya hecho mella en la jurisprudencia posterior. Para el TJ la sumisión a los objetivos fundamentales del Tratado se deriva de la fuerza imperativa que se atribuye a estos principios. Ello se entiende fácilmente, si se tiene en cuenta que si las autoridades jurisdiccionales deben optar entre resolver un caso incorrectamente mediante una interpretación perfecta desde el punto de vista formal, o resolverlo correctamente aunque con una solución heterodoxa, se inclinan siempre, como debe ser, por la

segunda, pues prefieren la justicia material a la formal. Y es evidente que en *Continental Can (1973)* el Tribunal de Justicia topó con unas prácticas que, de no ser atajadas, amenazaban con desvirtuar el sistema de competencia querido por el Tratado. Se trataba pues de buscar la mejor solución material posible, correcta o no desde el punto de vista formal, a un caso necesitado de solución.

CAPÍTULO DÉCIMO:

**LA «EXPLOTACIÓN ABUSIVA» III:
NOCIÓN INTEGRADORA****I) INTERPRETACIÓN NATURAL DEL ARTÍCULO 82 TCE.**

En la interpretación de la *ratio* del artículo 82 TCE contenida en el término típico «explotación abusiva», caben fundamentalmente dos posturas. Una primera postura restrictiva que, fundada en la interpretación histórico-gramatical, ve en el artículo 82 TCE una *norma de abuso*, que tiene como única o principal finalidad la protección directa de quienes contratan con la empresa dominante; y que, a lo más, admitiría también la represión de conductas restrictivas no colusorias que revistieran una especial gravedad (agresividad, coacción, etc.).

Y, una segunda postura estructuralista que, teniendo su fundamento en la interpretación sistemático-finalista, ante todo ve en el artículo 82 TCE una *norma de prohibición*, que, completando al artículo 81 TCE, tendría como única o principal finalidad salvaguardar la competencia frente a aquellas conductas restrictivas que escapan a la prohibición del artículo 81 TCE; y que, a lo sumo, junto a esta finalidad, vería también una cierta protección directa de los que contratan con la empresa dominante, es decir, admitiría en el artículo 82 TCE, no

sin desagrado o desconfianza¹⁴⁴⁹, una *doble naturaleza*: de un lado, lo vería como una *norma de prohibición*, y, de otro, como una *norma de abuso*.

Entonces, si estudiamos atentamente las dos líneas interpretativas del artículo 82 TCE, veremos que ambas se apoyan en buenos fundamentos jurídicos y económicos, lo que aconseja no ignorar por completo ninguna de ellas; que las críticas que las afectan cobran fuerza a medida que se radicalizan y la pierden en la medida que se moderan y aproximan; y, que, por tanto, parece que ambas interpretaciones convergen y han de converger necesariamente hacia una postura superadora que, dentro del marco definido por el concepto genérico visto, se situaría en una *tesis extensiva moderada*, que recogiendo lo mejor de ambas interpretaciones habría de ver en el artículo 82 TCE una *norma mixta*, que integraría, en la consecución de los objetivos del Tratado, la óptima combinación de ambos sistemas.

Luego, en la línea de la tesis extensiva moderada, parece consecuente concluir que el artículo 82 TCE protege, tanto los intereses económicos (concurrentiales y extraconcurrentiales) de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Y ello lo hace de forma indirecta, defendiendo razonablemente la competencia; y directa prohibiendo las conductas de la empresa que, aunque no afecten a la estructura, lesionan injustificadamente los legítimos intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores en general. La restricción estructural no nos parece pues un elemento constitutivo ni necesario ni suficiente del abuso.

¹⁴⁴⁹. Como lo demuestra la doctrina estructuralista de *Continental Can* (1973) y la práctica comunitaria que la sucede. Ver en el Derecho alemán IMMENGA, U.: «A propos de l'évolution du Droit Allemand des ententes», 3 *Revue Internationale de Droit Économique* 431 (1994).

II) TIPOS DE ABUSO: ABUSOS EXPLOTATIVOS Y ANTICOMPETITIVOS.

A) TIPOS DE ABUSO.

A) TIPOS GENERALES.

Consecuentemente con esta apreciación, según cuáles sean los agentes afectados, la naturaleza concurrencial o no de los intereses lesionados, y el mercado o fuerza en el que se recibe la lesión, la doctrina de los autores y de algún modo también la de las autoridades comunitarias, ha diferenciado normalmente tres tipos de abusos:

1. Los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores de la empresa dominante, restringiendo injustificadamente la competencia del mercado sobre el que se proyecta la posición de dominio (es lo que en el Derecho americano se convino en llamar la primera línea de competencia).
2. Los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivas fuerzas de mercado (lo que en el Derecho americano se ha venido a llamar la segunda línea de competencia); por ejemplo, mediante discriminaciones anticompetitivas que sitúan a los discriminados en desventaja competitiva frente a los beneficiados con la discriminación.

3. Y los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores; por ejemplo, mediante la imposición general de precios o condiciones de contratación desproporcionadamente onerosos o gravosas; o mediante la limitación del mercado, la producción o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. En este caso, no parece que se afecte directamente la estructura competitiva, a no ser que se considere que, al sustraer la empresa dominante votos monetarios indebidos (no meritorios o compensados) de los clientes y proveedores, lo que hace es fortalecer su posición de dominio en el mercado al tiempo que debilita la de esos otros agentes, con lo que se sitúa en una mejor posición en la competencia que se desarrolla entre todos los agentes del mercado para captar o retener los votos monetarios del sistema.

B) CLASIFICACIONES Y TERMINOLOGIA.

La doctrina suele agrupar estos tres tipos de abuso en dos grupos, a los que ha venido a llamar, siguiendo la terminología de CHILD/BELLAMY¹⁴⁵⁰, *abusos anticompetitivos y abusos explotativos o desleales*¹⁴⁵¹.

¹⁴⁵⁰. BELLAMY/CHILD: *Common Market Law of Competition*, 2º edition, 1978, págs. 186, 187 y 196.

¹⁴⁵¹. Una distinción similar es la implícita en el actual GWB alemán al diferenciar en su art. 22.4 entre abuso «excluyente» y abuso «explotativo» (CHILD/BELLAMY). La distinción entre abuso explotativo y anticompetitivo es una idea muy familiar en el derecho de la competencia alemán, del que saca mucha inspiración la regulación de la competencia del Tratado de Roma (TEMPLE LANG: "Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979, pág. 357 citando a MARKET). Téngase en cuenta que la ley alemana sobre restricciones de la competencia (texto de septiembre de 1980) enuncia como supuestos en los que en particular existe abuso: «Cuando una empresa que domina el mercado como oferente o demandante de mercancías o prestaciones comerciales de una

Entonces si se atiende al criterio del sujeto lesionado por el abuso, puede diferenciarse entre abusos *anticompetitivos*, que serían los referidos al primer tipo en cuanto lesionan los intereses económicos (concurrenciales) de los competidores de la empresa dominante; y abusos *explotativos*, referidos al segundo y tercer grupo, en cuanto lesionan los intereses económicos, concurrenciales y no concurrenciales, de clientes y proveedores. Y dentro de estos últimos cabe a su vez diferenciar entre abusos *explotativos mixtos o anticompetitivos referidos* al segundo grupo, en cuanto lesionan directamente la posición concurrencial de los clientes y proveedores frente a los otros agentes de sus respectivas fuerzas; y abusos *explotativos puros* referidos al tercer grupo, en cuanto no afectan directamente la estructura de la competencia, sino sólo los intereses económicos no concurrenciales de los clientes y proveedores.

En cambio, si se atiende a la naturaleza del interés lesionado y al mercado en el que se ubica, cabe llamar abusos *anticompetitivos*, a los dos primeros grupos, en cuenta afectan a la competencia estructural, aunque en distintas fuerzas¹⁴⁵². A su vez, dentro de ellos, cabría diferenciar entre abusos *anticompetitivos de primer grado*

clase determinada: 1) Perjudica las posibilidades competitivas de otras empresas de una manera significativa para la competencia en el mercado, sin una razón objetivamente justificada; 2) Exige compensaciones o condiciones contractuales, que difieren de las que resultarían con alta probabilidad en una competencia efectiva; a estos efectos debe atenderse especialmente a los comportamientos de empresas en mercados comparables con competencia efectiva; 3) Exige compensaciones o condiciones contractuales más desfavorables, de las que la propia empresa dominante del mercado exige en mercados comparables de clientes similares, a no ser que la diferencia esté objetivamente justificada.» (párrafo 22, apartado 4).

¹⁴⁵². La jurisprudencia comunitaria es prolija en ejemplos de este tipo de abuso que es casi el único tratado desde el punto de vista teórico y en buena medida práctico. Véase *infra* los comentarios a la interpretación extensiva del artículo 82.

referidos a los primeros, en cuanto restringen la primera línea de competencia; y abusos anticompetitivos de segundo grado referidos a los segundos, en cuanto restringen la segunda línea de competencia estructural. Y, puede llamarse abusos explotativos al tercer grupo, en cuanto lesionan directamente intereses económicos no concurrenciales de consumidores y proveedores¹⁴⁵³.

B) PROTECCIÓN DIRECTA Y PROTECCIÓN INDIRECTA.

Es importante destacar que, mientras en el abuso anticompetitivo, los intereses de los clientes y los proveedores de la empresa dominante son protegidos indirectamente a través de la salvaguarda de la competencia residual o potencial de la empresa dominante; en el abuso explotativo, lo que se pretende es protegerlos directamente prohibiendo aquellas conductas injustificadas de las empresas dominantes que los lesionan directamente. De ahí que el Tribunal de Justicia, al entrar sobre la doctrina del abuso anticompetitivo, recordara en *Continental Can* (1973) que «El artículo 82 TCE no se refiere sólo a las prácticas [abusivas] susceptibles de causar un perjuicio directo a los consumidores, sino también aquellas otras que les causan un perjuicio [indirecto] al afectar la estructura de competencia efectiva, ...»¹⁴⁵⁴.

Los distintos tipos de abuso señalados por la doctrina tienen su correspondencia en las interpretaciones vistas: el abuso explotativo tiene sus

¹⁴⁵³. Véase de forma general principalmente CHILD/BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 532. TEMPLE LANG: "Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979, pág. 345 y ss. MARENCO: «Le due anime dell'articolo 86 TCE», en *1 Diritto Comunitario e degli scambi internazionalli* 11 y ss. (Gennaio-Marzo di 1986).

¹⁴⁵⁴. *Continental Can* (1973): *Ibidem*.

principales fundamentos en la interpretación histórico-gramatical; y el abuso anticompetitivo los encuentra en la interpretación sistemático-finalista. Se evidencian así lo que se ha venido a llamar las dos almas del artículo 82 TCE¹⁴⁵⁵.

III) EL ABUSO ANTICOMPETITIVO: LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL ARTÍCULO 82 TCE.

Ciertamente, el abuso anticompetitivo no necesita mayor justificación que la aducida por las autoridades comunitarias en *Continental Can (1973)*: la mejor consecución de los objetivos enunciados en el artículo 2 TCE, exige completar la defensa estructural del sistema de libre competencia querido por el Tratado (artículo 3,g) mediante la prohibición de las restricciones no colusorias realizadas desde posiciones de dominio (artículo 82 TCE), evitando así peligrosas fisuras legales por las que las empresas dominantes pudieran llegar a falsear el sistema.

Ello plantea la necesidad de definir la restricción de la competencia en el artículo 82 TCE.

A) EL RECURSO A MEDIOS ANORMALES.

Con *Hoffmann La Roche (1979)*¹⁴⁵⁶, el Tribunal de Justicia vuelve a reafirmarse en la doctrina de *Continental Can (1973)*¹⁴⁵⁷; pero, con una importante matización relativa a los medios, que habrá de repetirse

¹⁴⁵⁵. MARENCO: *Ibidem*.

¹⁴⁵⁶. Vid. nota supra.

¹⁴⁵⁷. Vid. nota supra.

después y, más recientemente, en *AKZO (1991)*¹⁴⁵⁸ y de otro modo, aunque no menos importante en *DLG (1994)*¹⁴⁵⁹. En efecto, después de reiterar solemnemente el carácter objetivo del abuso y la negación del vínculo causal como elemento constitutivo en el considerando n° 91 de *Hoffmann La Roche*; en el mismo considerando, el Tribunal de Justicia, en cierto modo, atenuó, o mejor, matizó esta afirmación, cuando hizo una referencia expresa a los medios, que acabará desembocando en el posterior reconocimiento formal y expreso de que no toda restricción estructural hecha desde una posición de dominio es contraria al artículo 82 TCE.

Aunque sólo en base a una interpretación puramente objetivista del abuso los jueces pudieron reprobar los contratos concluidos entre Hoffmann La Roche y Unilever, y pese a que el Tribunal de Justicia comenzó afirmando el carácter objetivo del abuso, cuando señaló en el considerando 91 que «El concepto de abuso es un *concepto objetivo* que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado ...»; el Tribunal de Justicia continuó en la misma sentencia «... cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a *métodos distintos de los que configuran una competencia normal* en las transacciones comerciales de bienes y servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aun existente en el mercado o el incremento

¹⁴⁵⁸. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Comisión*, Rep. I-3360, considerandos 69 y 70.

¹⁴⁵⁹. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, caso 250/92, *Gøttrup-Klim y otros Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvareseleskab AmbA (DLG)*, Rep. I-5641.

del tal competencia.»¹⁴⁶⁰. Igualmente en *AKZO (1991)* el Tribunal de Justicia señala que «... el artículo 86 (actual 82) TCE, ..., prohíbe a una empresa dominante eliminar a un competidor y reforzar así su posición de dominio *recurriendo a medios distintos de los que corresponde a una competencia meritoria ...*»¹⁴⁶¹. Y en *DLG (1994)*, como corolario de estas afirmaciones y de conformidad con la letra y arquitectura del precepto, concluyó que «... En lo que respecta al concepto de abuso de posición dominante, procede afirmar, ..., que la creación o el refuerzo de una posición de dominante no es en sí contraria al artículo 86 (actual 82) TCE ...»¹⁴⁶².

Estas reiteradas y recientes referencias a los medios, y en especial esta última afirmación en *DLG (1994)*, parecen introducir importantes matizaciones a las afirmaciones anteriores sobre el carácter objetivo del abuso y la inexistencia de vínculo causal, ya que una concepción totalmente objetiva del abuso vinculada a la modificación de la estructura competitiva del mercado, como la contenida en *Continental Can (1973)*, parece que debería ser indiferente a los medios empleados por la empresa dominante, si el resultado se ha traducido en un reforzamiento del poder de dominio¹⁴⁶³. En cambio, el Tribunal de Justicia ha visto necesario introducir, junto a las declaraciones solemnes vistas, referencias a los medios que significan la introducción de un importante grado de subjetividad en el concepto de abuso¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁶⁰. Sentencia Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76 *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rep. 1979-2, considerando 91.

¹⁴⁶¹. *AKZO (1991)*: cit. supra, *Ibidem*.

¹⁴⁶². *DLG (1994)*: cit. supra, apartado 49.

¹⁴⁶³. *GOLDMAN/LYON CAEN*: cit. supra, págs. 407 y 408.

¹⁴⁶⁴. En el sentido de que ya no bastará la mera constatación de una restricción estructural, sin otra consideración, sino que habrá de verse la idoneidad del medio e, incluso, su legitimidad o justificación.

¿Significa entonces que no basta con constatar una simple restricción de la competencia estructural, sino que estas alusiones a los medios exigen algo más? ¿Supone entonces el abuso estructural el recurso a medios anormales?. Lo cierto es que, sin perjuicio del carácter objetivo del abuso, la lógica del sistema del Tratado parece exigir que no toda restricción estructural realizada por empresa dominante sea abuso.

Primero se ha de hacer notar que, contrariamente a lo que cabría pensar, esta alusión a los medios o a una competencia meritoria (y la subjetivación consecuente que puede conllevar), que enseguida veremos, no parece que comporte una idea de falta de deontología de los negocios, sino sólo un análisis objetivo de un comportamiento económico, sin que ni siquiera sea necesario probar que ese comportamiento resulta de la utilización del poder de dominio, pero exigiendo a la vez el recurso a medios impropios de una competencia normal¹⁴⁶⁵.

Segundo, si bien es cierto que poner el acento en los medios podría dar lugar a la subjetivación de un juicio que el Tribunal quiere que sea objetivo, y lo es también que, si el artículo 82 se ha de convertir en un instrumento de preservación de las estructuras, este argumento se basta ya a sí mismo; todavía lo es más, que un exceso de objetivación que considerase abusivo cualquier acto lesivo de la competencia estructural, abocaría a la parálisis de las empresas dominantes y ello haría que la competencia entrara en contradicción consigo misma, al obstaculizar la realización de una posible mayor eficiencia que ella persigue. No se olvide además

¹⁴⁶⁵. VAN OMMESLAGHE, Pierre: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome a travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission (février 1973 - décembre 1982)*, en RMC, n° 3 y 4 de 1984, pág. 460.

que el artículo 82 no condena la posición de dominio, sino sólo el abuso de esa posición¹⁴⁶⁶. La objetivación del abuso no significa que cualquier comportamiento que aumente el poder de mercado de la empresa sea abuso. De ahí, que las autoridades comunitarias sólo quieran considerar abuso las restricciones especialmente graves de la competencia¹⁴⁶⁷. Esta nueva línea, correctora de la objetivación absoluta de *Continental Can* (1973), descubre que no basta el mero análisis de las estructuras para decidir el abuso, es necesaria además que la restricción estructural provenga de la utilización de prácticas anormales¹⁴⁶⁸. Por tanto, pese a la rotundidad de *Continental Can*, la restricción estructural parece un elemento necesario, pero no suficiente del abuso estructural o anticompetitivo.

B) *PRINCIPAL CRITERIO DELIMITADOR DE CONDUCTAS: EXISTENCIA DE UNA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA.*

Entonces se impone una segunda pregunta ¿de las distintas conductas de una empresa dominante susceptibles de producir algún tipo de restricción sobre la estructura, cuáles son abusivas y cuáles no?, o mejor, ¿cuál es el criterio general, si lo hay, que habrá de permitir diferenciar entre prácticas (medios o conductas) legítimas e ilegítimas, normales o anormales?.

De las sentencias *Continental Can* (1973)¹⁴⁶⁹, *Comercial Solvens* (1974)¹⁴⁷⁰, *United Brands* (1978)¹⁴⁷¹,

¹⁴⁶⁶. Con razón señala el Tribunal de Justicia, en de *DLG* (1994), cit. supra, que la creación o el refuerzo de una posición de dominio no es en sí contraria al artículo 82 TCE.

¹⁴⁶⁷. GOLDMAN/LYON CAEN: Ídem., pág. 408.

¹⁴⁶⁸. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; págs. 424 y 425.

¹⁴⁶⁹. *Continental Can* (1973), cit. infra.

¹⁴⁷⁰. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, as. 6-7/73, *Comercial Solvens*, Rec. 223.

Hoffmann La Roche 1979)¹⁴⁷², *AKZO* (1991)¹⁴⁷³, y *DLG* (1994)¹⁴⁷⁴, entre otras; se deduce que el artículo 3,g) (antiguo 3,f) puede ser utilizado para determinar qué prácticas prohíbe el artículo 82 TCE. A la luz de estos textos y conforme a la lógica económica del Tratado¹⁴⁷⁵, se puede decir que, aunque, en principio, por lo menos se considera sospechosa toda conducta de una empresa dominante que restrinja o elimine la competencia¹⁴⁷⁶; ello no significa, sin embargo, que la correcta competencia esté prohibida, incluso en el caso de que lleve al competidor más eficiente al monopolio, pues la finalidad del artículo 3,g) es proteger antes la competencia y sus frutos naturales (aunque sea la adquisición de todo el mercado) que a los competidores⁽¹⁴⁷⁷⁾. En efecto, si una empresa es la más eficiente del mercado, es normal que sus precios de venta y otras legítimas prácticas competitivas, que se traducirán al final en la oferta de la mejor relación calidad-precio a los consumidores, produzcan un aumento de su parte o importancia en el mercado en detrimento de la de sus competidores, incluso puede por esta vía llegar a un monopolio actual, si sus competidores se pliegan ante su mayor eficiencia; pero

¹⁴⁷¹. *United Brands* (1978), ya cit.

¹⁴⁷². Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rep. 461.

¹⁴⁷³. Sentencia de 3 de julio de 1991, as. C-62/86, *AKZO III*, Rec. I-3359.

¹⁴⁷⁴. Sentencia de 15 de diciembre de 1994, as. C-250/92, *Gottrup-Klim y otros Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (DLG)*, Rep. I-5641.

¹⁴⁷⁵. Vid JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980.

¹⁴⁷⁶. Según el principio establecido en *Continental Can* (1973) y confirmado después de algún modo con la doctrina del abuso anticompetitivo; aunque, como se verá en *DLG* (1994) la creación o el refuerzo de la posición de dominio no está en sí misma prohibida.

¹⁴⁷⁷. TEMPLE LANG: «Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty», en 16 *Common Market Law Review*, 351 (august de 1979). También FISHWICK considerando de esta opinión a la mayoría de los economistas (*Making Sense of Competition Policy*, London: Grandfield, 1993, pág. 112).

ello, no infringe la competencia efectiva ni el artículo 82 TCE, al menos en su concepto más amplio, al contrario, desde el punto de vista del resultado, la aumenta¹⁴⁷⁸. No puede ni debe imponerse a una empresa dominante, desde el sistema competitivo querido por el Tratado y en base al artículo 82 TCE, la obligación de no ser, en la realización de sus políticas en el mercado, todo lo competitiva o eficiente que pueda, sobre el solo argumento de que esa conducta pueda aumentar su cuota o importancia en el mercado a costa de sus últimos competidores actuales. Podrá exigírsele que su fin sea la eficiencia y no la restricción, que, a la hora de decidir y ejecutar sus legítimas políticas o prácticas en el mercado, evite las restricciones estructurales innecesarias o que las minimice al máximo cuando sean inevitables; pero no podrá imponérsele la obligación de abstenerse de realizar, en la consecución de sus intereses, la más eficiente política comercial, aunque pueda tener algún efecto restrictivo inevitable sobre la atonicidad, si al final se estima que su resultado ha de llevar a una mayor eficiencia¹⁴⁷⁹. Parece, pues, que también en el artículo 82 TCE se impone la necesidad de distinguir entre prácticas competitivas con una justificación económica legítima y prácticas cuyo principal efecto es anticompetitivo¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁸. TEMPLE LANG: Ídem, pág. 360.

¹⁴⁷⁹. TEMPLE LANG: Ídem, págs. 361 y 362. Como se ha puesto de relieve, una cosa es la atonicidad y la cuota, y otra las barreras a la entrada y la competencia, porque si no hay barreras a la entrada efectivas, aunque sólo exista una sola empresa en el mercado, su comportamiento no podrá dejar de ser eficiente o competitivo, so pena de incitar a la entrada de otros competidores actuales que le disputarían su posición (BAUMOL /PANZAR y /WILLIG: *Contestable Markets and the theory of industry Structure*, Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982; BAILEY: «Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy», 71 *American Economics Review* 178 (1981), págs. 178 a 183.).

¹⁴⁸⁰. Véase GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, cit. supra. pág. 425. Véase también a FISHWICK, ya cit.

Ciertamente las autoridades comunitarias no han permanecido del todo indiferente a esta cuestión y, aunque el Tribunal de Justicia no se haya pronunciado hasta *DLG (1994)*¹⁴⁸¹ de forma clara e inequívoca en favor de admitir como legítima una restricción estructural realizada desde una posición de dominio; la comisión, avanzándose al Tribunal de Justicia, sí lo hizo en el asunto *National Carbonising Company (1977)*, que en cierto modo ya fue confirmado más tarde por el Tribunal de Justicia en *Hoffmann La Roche (1979)*¹⁴⁸² y *AKZO (1991)*⁽¹⁴⁸³⁾⁽¹⁴⁸⁴⁾. Así ya en *AKZO (1991)* el Tribunal de Justicia dijo que el artículo 82 TCE no prohíbe que una empresa en posición de dominio elimine a un competidor y refuerce con ello su posición de dominio, cuando ello lo haga sólo recurriendo a los medios que rigen una competencia meritatoria. Por ello, en ese caso, unos precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costos fijos y los costos variables, pero superiores a la media de los costos variables, fueron considerados abusivos, pero no en sí mismos, sino por obedecer a un plan encaminado a eliminar un competidor, pues, de lo contrario se permitiría eliminar a empresas que quizás fueran tan eficaces como la empresa dominante, pero que, debido a su inferior capacidad económica, son

¹⁴⁸¹. *DLG (1994)*: cit. supra, *Ibidem*.

¹⁴⁸². *Hoffmann La Roche (1979)*: cit. supra.

¹⁴⁸³. Por otra parte, Como señaló el Tribunal de Justicia en *Continental Can (1973)* los comportamientos unilaterales restrictivos de la competencia estructural están prohibidos. Pero, ante una denuncia, de oficio, o una petición de certificación negativa, la Comisión deberá proceder al examen del comportamiento, y, como observa PELLICER ZAMORA, habrá de decidir si ese comportamiento es positivo o negativo, con lo que al menos existe la posibilidad de que aunque un comportamiento restrinja la competencia estructural, sea considerado positivo y, por ello, no abusivo, en base a sus eficientes resultados (véase PELLICER ZAMORA: *Derecho comunitario de la competencia. Artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, Madrid: Trivium, 1986, (Política comunitaria europea), XI, pág. 50).

¹⁴⁸⁴. Véase TEMPLE LANG: *Ídem*, pág. 360.

incapaces de resistir la competencia que se les hace¹⁴⁸⁵. Y en *DLG (1994)* el Tribunal de Justicia, después de recordar que la creación o el refuerzo de una posición de dominio no es en sí contraria al artículo 82 TCE, señaló que una conducta restrictiva de una cooperativa de consumo en posición de dominio, consistente en prohibir a sus miembros integrarse en otras formas de cooperación organizada que competían con ella, no era abusiva, si se limitaba a garantizar su buen funcionamiento y a mantener su poder de contratación frente a terceros, porque entendió que ello podía fomentar una competencia más eficaz en algunos mercados⁽¹⁴⁸⁶⁾⁽¹⁴⁸⁷⁾. De ahí que del examen de sus distintas sentencias, quepa pensar que se reputará anormal o ilegítimo todo acto de una empresa dominante que no sea necesario para la protección de los intereses legítimos de la empresa dentro de una competencia meritoria (por una mayor eficiencia), lo cual obliga a las autoridades comunitarias a pronunciarse previamente

¹⁴⁸⁵. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Comisión*; Rep. I-3359, pág 3361, ap. 7 a contrario sensu.

¹⁴⁸⁶. *DLG (1994)*: cit. supra, 5691, consids. 49 a 50.

¹⁴⁸⁷. Pero, quizá el Tribunal de Primera Instancia es en esta dirección todavía más explícito al señalar claramente el objeto principal del acto como el criterio delimitador decisivo. Así en , el Tribunal de Primera Instancia señaló que «... la existencia de una posición de dominio no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, ...» y «... dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses ...»; pero «... no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es reforzar tal posición dominante y abusar de ella» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89 *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, Rep. II-389, 341, consid. 4). Démonos cuenta que al objeto de «reforzar la posición de dominio» añade el de «abusar de ella». Y un poco más tarde en *Tetra Park (1994)*, después de reiterar lo dicho en *BPB/British Gypsum (1993)*, subraya que la competencia debe basarse en los méritos y no en los precios, y que, por ello, la duración de unas prácticas de precios en el marco de un plan destinado a perjudicar a un competidor, constituye un elemento que debe tenerse en cuenta. (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, *Tetra Park International S.A. c. Comisión*, Rep. II-755, 759 y 660, consids. 6 a 9)

sobre la legitimidad de los objetivos perseguidos y sobre la adecuación de los medios escogidos para alcanzarlos, esto es, sobre el valor del acto¹⁴⁸⁸.

C) *EL JUICIO DE RAZONABILIDAD DE LA RESTRICCIÓN ESTRUCTURAL.*

Todo ello nos conduce a una tercera pregunta: si, como hemos visto, la lógica del Tratado exige que no toda restricción estructural realizada desde una posición de dominio sea considerada abuso, ¿cómo operará este juicio de legitimidad, a la vista de *Continental Can* (1973), si el artículo 82 TCE, a diferencia del artículo 81 TCE, contiene una prohibición absoluta?

Para algunos autores, dada la prohibición absoluta del artículo 82 TCE y puesto que desde *Continental Can* se admite con toda la fuerza el abuso anticompetitivo, al artículo 82 TCE se le aplicará un juicio de razonabilidad, una suerte de «rule of reason», en base al que sólo se subsumirá en el tipo del abuso las restricciones no razonables (ilegítimas) de la competencia hechas desde una posición de dominio, de lo contrario, dada la fuerza con la que se afirma el principio del abuso anticompetitivo, se condenaría a la inactividad a las empresas dominantes, se castigaría la misma posición de dominio, y la competencia entraría en contradicción consigo misma castigando los resultados que ella misma persigue y con ellos, por supuesto, la eficiencia¹⁴⁸⁹. Esta hipótesis, además de tener su apoyo en la lógica económica y jurídica, viene respaldada en

¹⁴⁸⁸. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994; pág. 425.

¹⁴⁸⁹. Ver FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Económica Europea*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, 181 y ss, espc. 191 y ss. También PELLICER ZAMORA: *Derecho comunitario de la competencia*, 1986, pág. 50, ver también nota 99.

cierto modo por el Tribunal de Primera Instancia que, en sus recientes sentencias *BPB/British Gypsum (1993)*¹⁴⁹⁰ y *Tetra Park (1994)*, reconociendo implícitamente que no toda restricción estructural realizada desde una posición de dominio es contraria al artículo 82 TCE, ha venido ha señalar que «... el Derecho comunitario de la competencia reconoce en una medida razonable el derecho de una empresa en posición de dominio a preservar sus intereses comerciales, ...», siempre que esos actos no persigan «... precisamente reforzar esa posición y abusar de ella»¹⁴⁹¹.

Por ello, volviendo a la cuestión anterior, parece que este juicio de razonabilidad debe conectarse con el de operatividad o efectividad de la competencia, que es el que se corresponde con el modelo de competencia efectiva, que es la querida por el Tratado. En este sentido el Tribunal de Justicia señalaba en el considerando 25 de *Continental Can (1973)* que «... sobre planos distintos los artículos 85 (actual 81) TCE y 86 (actual 82) TCE tienden a un mismo objeto, a saber el mantenimiento de una competencia efectiva dentro del Mercado Común; ...»¹⁴⁹². No parece entonces que sea consecuente con la lógica del Tratado, aplicar al artículo 82 TCE un rígido concepto de competencia estructural alejado de la preocupación eficientista que éste evidencia. Desde esta lógica, parece que sólo deberá ser considerada abuso anticompetitivo, la restricción de la competencia efectiva (y no sólo estructural) realizada desde una posición de dominio. El

¹⁴⁹⁰. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89 *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, Rep. II-389, 341, consid. 4.

¹⁴⁹¹. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, *Tetra Park International S.A. c. Comisión (Tetra Pak II)*, Rep. II-755, 759 y 660, consid. 6 a 9.

¹⁴⁹². Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, caso 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 246, consid. 25.

juicio de razonabilidad de la restricción aparece entonces como el mecanismo que, frente a la prohibición absoluta del artículo 82 TCE, ha de permitir valorar si la conducta restrictiva de la competencia estructural realizada desde la posición de dominio, restringe o no la competencia efectiva, a fin de decidir si hay o no abuso anticompetitivo.

D) *EL PROBLEMA DE LA RESTRICCIÓN ESTRUCTURAL QUE AFECTA A LOS ÚLTIMOS COMPETIDORES.*

Ahora bien, una cosa es decir que el artículo 82 TCE también quiere proteger la competencia efectiva, y otra distinta es determinar el concepto de competencia efectiva que parece tener en mente el Tribunal de Justicia a la hora de interpretar y aplicar el abuso anticompetitivo¹⁴⁹³. Qué duda cabe, que si se parte de un concepto amplio de competencia efectiva, como el que hemos visto, el juicio valorativo descansará en último término en el resultado, y por ello se habrá de reputar restrictiva, y por tanto abusiva, toda conducta de la empresa dominante restrictiva de la competencia estructural, que produzca más una pérdida que una ganancia de bienestar para los consumidores, o que no sea indispensable en sí misma o en su grado para la consecución de ese mayor bienestar¹⁴⁹⁴; y, viceversa, no se podrá considerar abuso aquella práctica que, pese a restringir la competencia estructural (sólo en lo indispensable), si se prohibiera se derivaría más una pérdida que una ganancia de bienestar para la sociedad,

¹⁴⁹³. Es importante tener en cuenta que, según la prioridad que se dé a los distintas funciones u objetivos de la competencia, la noción de competencia efectiva puede variar desde un concepto estructuralista a un concepto atento ante todo a la eficiencia de los resultados.

¹⁴⁹⁴. TEMPLE LANG: Ídem, pág. 362.

aunque la competencia restringida fuera la última. Sin embargo, como hemos visto, el Tribunal de Justicia, en sus razonamientos en *Continental Can* (1973), que más parecen haber sido matizados que contradichos en la jurisprudencia posterior¹⁴⁹⁵, a la hora de valorar una conducta restrictiva de la competencia estructural realizada por una empresa en posición de dominio, no parece renunciar a un cierto concepto estructuralista de competencia efectiva, que considera ineludible el mantenimiento de un cierto grado último de competencia estructural, o, si se quiere, de libertad de elección de los consumidores. Esto es, parece considerar que restringe la competencia efectiva en el artículo 82 TCE, toda conducta que lleve a reducir o eliminar los últimos competidores actuales, cualesquiera que sean los medios empleados y su resultado, y no está claro que, pese a las matizaciones vistas, esta idea se haya corregido decididamente en la jurisprudencia posterior. No en vano, en esta preocupación estructuralista, señala el Tribunal de Justicia en *Continental Can* que «... constituye un abuso el hecho de reforzar esta posición, por una empresa en posición de dominio, hasta el punto que el grado de dominación así alcanzado, dificulte sustancialmente la competencia, esto es, sólo deja subsistir empresas dependientes en su comportamiento de la empresa dominante; ...», y añade poco después que «... cualquiera que sean los medios o procedimientos utilizados al efecto, a partir del momento que tengan dichos efectos.»¹⁴⁹⁶. En cierto modo, el Tribunal de Justicia parece continuar con la idea de que el mejor mecanismo para lograr una eficiencia duradera es asegurar alguna

¹⁴⁹⁵. Realmente no parece que se llegue a la gravedad del supuesto de *Continental Can* (1973), ya cit.

¹⁴⁹⁶. *Continental Can* (1973): Ídem, ya cit., considerandos 26 y 27,

atomicidad actual, que salvaguarde una cierta libertad de elección y asegure la pervivencia de una rivalidad certera y actual¹⁴⁹⁷.

No obstante, como ya hemos apuntado, queda por ver si las referencias hechas a los medios en *Hoffmann La Roche (1979)*¹⁴⁹⁸ y posteriores, y el recordatorio de que no toda restricción estructural es abuso hecha en *DLG (1994)*¹⁴⁹⁹, permitirá el grado de flexibilidad necesaria en la valoración de las conductas de las empresas dominantes, para legitimar, en base al resultado (la mejora de la eficiencia), conductas que llevan o pueden llevar a la disminución o incluso desaparición de los últimos competidores actuales¹⁵⁰⁰.

E) LA CUESTIÓN DE LA AMPLITUD DEL CONCEPTO DE RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA Y EL ABUSO.

Por otra parte, la discusión sobre si el abuso explotativo puro es o no objeto del artículo 82 TCE, se puede enfocar también sobre la amplitud del concepto de restricción de la competencia, lo que sería abordar el mismo problema desde otra perspectiva¹⁵⁰¹: averiguar si la restricción estructural es o no un elemento constitutivo de la restricción de la competencia efectiva.

Podría pensarse que, si se parte de un concepto amplio de competencia efectiva como el propuesto por

¹⁴⁹⁷. Véanse en esta línea en el Derecho *antitrust* norteamericano, las conclusiones del juez HAND en *Alcoa (1945)*, ya cit.

¹⁴⁹⁸. *Hoffmann La Roche (1979)*, cit. supra.

¹⁴⁹⁹. *DLG (1994)*, cit. supra.

¹⁵⁰⁰. Véase nota infra.

¹⁵⁰¹. Es lo que apuntó DUBOIS en su obra *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 287.

MARKHAM¹⁵⁰² que permita valorar el carácter restrictivo de una determinada conducta desde la sola perspectiva del resultado; no debería de haber inconveniente en calificar, en una situación de competencia estructural restringida hasta la dominación, una determinada práctica de una empresa dominante como restrictiva, cuando, pese a no afectar la competencia estructural, su resultado no es competitivo (no desarrolle el grado de eficiencia que correspondería a una situación de competencia operativa).

Imaginemos un supuesto en el que un perfecto monopolio de carácter legal alcanzara la eficiencia perfecta en su industria. ¿Qué duda habría en calificar por el resultado la competencia de ese mercado estatal cautivo como efectiva, aunque estructuralmente fuera un monopolio? ¿Qué inconveniente debería haber entonces en calificar una práctica ineficiente, como restrictiva de la efectividad de la competencia (como no competitiva), aunque ésta no existiera en sentido estructural?. Si se admite calificar una práctica restrictiva de la competencia estructural como no restrictiva en atención al resultado, ¿qué inconveniente debe haber en calificar una práctica no restrictiva de la competencia estructural, como restrictiva de la competencia efectiva también en atención al resultado, en una situación de competencia estructural restringida hasta la dominación?, ¿no es en realidad lo que se hace a la hora de valorar un acuerdo?. Si se admitiera esta hipótesis, lo que procedería sería calificar el abuso explotativo puro como un *abuso anticompetitivo explotativo* y no habría mayor problema en aceptar la restricción de la competencia como elemento constitutivo del abuso de posición de dominio.

¹⁵⁰². MARKHAM, JESSE: «An Alternative Approach to the Concept of Workable Competition», 40 American Economic Review, july, 1950.

Se trata evidentemente de una cuestión muy compleja en la que no vamos a entrar. Además, se trate conceptualmente como se trate, se estaría en cualquier caso ante un supuesto de intervención directa, que choca con todos los problemas que plantea la regulación de precios. Esta es probablemente la causa por la que las autoridades antimonopolio se han preferido centrar en la salvaguarda de las estructuras tratando la restricción estructural casi como un elemento constitutivo del abuso, y dejar, para otro momento, el control directo del resultado¹⁵⁰³.

IV) EL ABUSO EXPLOTATIVO: NECESIDAD, DIFICULTAD Y DISCRECIÓN.

Al estudiar la interpretación histórico-gramatical, hemos visto los argumentos gramaticales, históricos, lógicos y económicos que se aducen en favor del abuso explotativo. Nos preguntamos ahora cuál es la razón de fondo que pide el control directo; en qué medida son fundados los recelos que evitan su decidida aplicación; y de qué modo cabe congeniar la necesidad del abuso explotativo con los peligros y dificultades que cabe prever certeramente en su aplicación.

A) NECESIDAD DE CONTROL DEL EJERCICIO FRENTE A CLIENTES Y PROVEEDORES DE LA EXCEPCIONAL LIBERTAD QUE OTORGA LA POSICIÓN DE DOMINIO.

Del mismo modo que el abuso anticompetitivo es necesario para evitar la destrucción de la competencia residual por las empresas dominantes, tampoco puede

¹⁵⁰³. IMMENGA, U: «A propos de l'évolution du Droit allemand des ententes», 3 Revue Internationale de Droit Économique, 431 (1994).

negarse que el abuso explotativo obedece a una clara necesidad jurídica: evitar que quien tiene un poder dominante en el mercado, abuse de su dominio lesionando injustamente los intereses económicos de sus clientes, proveedores y, si se quiere, de los consumidores en general.

En efecto, la posición de dominio implica una situación marcada por una fuerte desigualdad: mientras la empresa dominante goza de una libertad económica tan importante que puede llegar a condicionar fuertemente o a determinar el precio, los agentes que han de contratar con ella carecen de libertad o la tienen muy reducida. Esto hace que la competencia como fuerza impersonal reguladora del contenido de las relaciones contractuales (es la interacción de la oferta y la demanda la que determina el precio entendido en su más amplio sentido), no actúe o no pueda hacerlo en la medida suficiente, y sea, en su insuficiencia, la fuerza personal de la empresa dominante la que determine el contenido de los contratos. La posición de dominio sustituye a la competencia como fuerza reguladora de las relaciones en el mercado y pasa a dictar la ley ("su" ley) del mercado¹⁵⁰⁴. En cierto modo, la empresa dominante podría llegar a decir "el mercado soy yo".

Sucede entonces que, como, de un lado, esa posición dominante no puede o no conviene ser atacada, y, de otro, quien tiene poder tiene tendencia a abusar de él; surge la necesidad de un mecanismo jurídico compensador de la ausencia de poder de los contratantes (y también de los consumidores), que permita sujetar a la empresa dominante a la ley de la competencia. Aparece así el abuso explotativo que prohíbe las conductas (abusivas) que,

¹⁵⁰⁴. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 275-276.

lesionando injustamente los legítimos intereses de los consumidores y proveedores, se aparten del dictamen de la competencia. Corresponde entonces a la autoridad antimonopolio velar por medio del abuso explotativo para que el ejercicio que haga de su especial libertad económica la empresa dominante frente a consumidores y proveedores se ajuste, en la medida de lo conveniente¹⁵⁰⁵, al que se daría en una situación de competencia eficiente. El abuso explotativo tiene entonces un función *correctora* de la ausencia de libertad de los contratantes y con ello *equilibradora* de las relaciones en el mercado dominado, que quiere asegurar su correcto funcionamiento, mediante la intervención desde la normativa antimonopolio¹⁵⁰⁶.

A nuestro juicio, a diferencia del artículo 86.2 TCE que establece una norma excepcional, cuando deroga para determinadas empresas la regla general de sujeción a la competencia, en la medida que ello impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada; el artículo 82 TCE es una norma especial que, primero, apartándose de la regla general de sujeción a la competencia para mejor realizar el principio que la preside (la salvaguarda de la libertad económica, la incentivación de la eficiencia y el éxito empresarial), admite la posición de dominio; y segundo, consecuentemente con ello, establece un mecanismo de control a posteriori de esa posición de dominio frente a la competencia residual o potencial y a los clientes, proveedores y consumidores en general, para velar que su

¹⁵⁰⁵. Decimos en la medida de lo conveniente porque, en ocasiones, la posición de dominio se justifica precisamente para que su titular pueda desarrollar determinadas conductas que no podría realizar en una situación de competencia normal.

¹⁵⁰⁶. Sobre la utilidad del abuso explotativo en Europa ver PASCUAL Y VICENTE, Julio: «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», 207 GJCE 14 (mayo/junio 2000).

ejercicio se ajuste en sus resultados a la regla general de la competencia. No deroga por tanto el régimen general de competencia para las posiciones de dominio (no es una norma excepcional), sino que sólo las somete a una regulación especial para mejor asegurar la regla general de la competencia (es una norma especial). El abuso explotativo es en este sentido imprescindible para asegurar la correcta realización de la competencia en sus resultados. Es la continuación lógica y necesaria del régimen especial de las posiciones de dominio.

B) *PELIGROS DE LA INQUISITORIALIDAD Y EL INTERVENCIONISMO COMO LÍMITES DEL ABUSO EXPLOTATIVO.*

Desde este punto de vista, el abuso explotativo aparece ciertamente como un útil instrumento de las autoridades antimonopolio que, corrigiendo los abusos explotativos de las empresas dominantes, compensa en la medida de lo posible la falta de libertad y poder de sus clientes y proveedores, y equilibra las relaciones de intercambio en el mercado dominado, asegurando así su correcto funcionamiento, al menos, desde el punto de vista del resultado. Sin embargo, su aplicación no deja de presentar importantes dificultades o problemas convenientemente puestos de relieve por la práctica y la doctrina antimonopolio.

En este sentido, se ha señalado acertadamente que el abuso explotativo, a diferencia del anticompetitivo que defendiendo la estructura asegura el correcto juego de las libertades y evita la intervención directa, es poco respetuoso con la libertad económica de la empresa dominante. Ésta puede llegar a ver por esta vía directamente controlada su actividad (precios y producción) por las autoridades antimonopolio, que de algún modo quedan dotadas de facultades de reglamentación

e, incluso, más ampliamente de planificación. Y qué duda cabe que cualquier exceso en su aplicación, unido a la inseguridad jurídica que ya de por sí suele acompañar la aplicación de las normas y conceptos de la competencia, puede dar lugar a un régimen inquisitorial de sospecha e intervención permanente que choque con el sistema liberal de mercado querido por el Tratado, y, ahogando la libertad de empresa, desincentive lo que el mismo artículo 82 TCE quiere promover: el éxito empresarial por la eficiencia, el triunfo permanente de los más eficientes. Con ello, el abuso explotativo, no sólo entraría en contradicción con el Tratado, sino también con los objetivos que el mismo artículo 82 TCE persigue.

Por otra parte, una aplicación rigurosa del abuso explotativo a las posiciones de dominio que coexisten con una mayor competencia residual o potencial, puede producir un efecto contrario sobre esa competencia. Al corregir mediante el abuso ciertas conductas de la empresa dominante contra clientes y proveedores, se puede estar cerrando la puerta que ciertas conductas de la empresa dominante dejan abierta a los competidores.

Sin embargo, estas acertadas críticas no son definitivas y deben ser matizadas. Primero, es cierto que, en algunos casos, un exceso en la aplicación del abuso explotativo puede producir el efecto de apartar a los últimos competidores, y en este sentido su aplicación sería contraproducente. Esto además sería particularmente cierto en los casos en los que la posición de dominio, si cabe apreciarla, se sustenta sobre la sola eficiencia de la empresa dominante y no hay fuertes barreras a la entrada. En estos casos, mientras una aplicación rigurosa del abuso anticompetitivo sería del todo deseable, podría cuestionarse la conveniencia de acudir al abuso explotativo. Sin embargo, este problema no se da cuando

no existe competencia potencial o residual por estar el monopolio amparado por fuertes barreras legales o naturales difícilmente atacables. Y cabe cuestionarse si existe este problema al menos en el corto plazo, cuando la competencia residual subsistente es mantenida por la propia empresa dominante para evitar el monopolio formal en un mercado de difícil entrada, cuando la competencia residual se limita a seguir a la empresa dominante, o también en los casos de paralelismo oligopolista consciente y no colusorio. Y, como se ha comentado en otras partes de este trabajo¹⁵⁰⁷, incluso en el primer caso podría quedar, al menos en el plano teórico y en el corto plazo, un margen aunque muy estrecho¹⁵⁰⁸, para la aplicación del abuso explotativo. Por todo ello, una aplicación prudente del abuso explotativo aconseja exigir un grado mayor de dominación del mercado que el que se exige para la aplicación del abuso anticompetitivo¹⁵⁰⁹.

En segundo lugar, se ha de señalar que la libertad de empresa no es una libertad absoluta, sino *sub lege* que está sujeta a los límites internos determinados por su función social, y externos definidos por la libertad económica e intereses de los otros agentes, en este caso clientes, proveedores y consumidores. La limitación de la libertad de empresa mediante el abuso explotativo se justifica, como ya hemos visto, en la necesidad de compensar la falta de libertad de clientes y proveedores y equilibrar con ello las relaciones en el mercado. Cuando, por haber una posición de dominio, existe ese

¹⁵⁰⁷. Ver «Problemática que plantea la eficiencia como límite».

¹⁵⁰⁸. Muy estrecho sino inexistente, si se tiene en cuenta la regla de mínimos por la que se exigirá una cierta entidad al abuso explotativo, en cuanto la finalidad del Derecho de la competencia no es tanto proteger el partícipe individual en el mercado como la institución de la competencia que es la que debe verse afectada.

¹⁵⁰⁹. Ver en este sentido MICHEL WAELBROECK Y ALDO FRIGNANI: *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 323.

desequilibrio, la intervención puede hacerse necesaria, para salvaguardar los legítimos intereses de clientes, proveedores y consumidores en general.

Como evidencia la responsabilidad cualificada que se imputa a la empresa dominante, con el artículo 82 TCE el Tratado exige a las empresas dominantes una diligencia mayor que la que se exige a los empresas sujetas a una competencia normal. Ello es debido a la especial trascendencia que sus conductas pueden tener en el mercado debido a su posición de dominio. Por ello, conductas que estarían permitidas a un empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, puede que no se permitan a una empresa dominante que no está sujeta a la misma presión de la competencia.

Por otra parte, a nuestro juicio, el abuso explotativo pierde una buena parte de su carga intervencionista, si se realiza de forma negativa, esto es, si las autoridades antimonopolio se limitan a prohibir la conducta infractora que no es conforme con la que desarrollaría un buen empresario en una situación de competencia eficaz, y se abstienen de ordenar una conducta positiva. El empresario, al que debe presumirse buen conocedor del mercado de su producto¹⁵¹⁰, ya conoce bien cuál debería ser la conducta adecuada en una situación de competencia suficiente. Parece aconsejable que, en la aplicación del abuso explotativo, los órganos de defensa de la competencia se limiten a castigar las conductas que estimen abusivas, y se abstendrán de ordenar de forma positiva conductas concretas. Para ello, se remitirán al estándar de la conducta de un buen empresario en una situación de competencia normal, conducta que la empresa sancionada ya debe conocer. De

¹⁵¹⁰. Y al que efectivamente se presume conocedor del mercado con la concepción objetiva del abuso.

este modo, el empresario conservará siempre la libertad de escoger, entre las diversas conductas competitivas, la que estime más oportuna para cohonestar la satisfacción de sus intereses con las exigencias del artículo 82 TCE y del Tratado. Con ello, lo único que hará el abuso explotativo es sujetar la especial libertad económica de la empresa dominante a los mismos límites a que estaría sujeta de estar sometida a una competencia operativa.

Igualmente resulta aconsejable, y exigible desde la filosofía liberal del Tratado, limitar la calificación como abuso explotativo a aquellas prácticas lesivas de la empresa dominante que, por su importancia cualitativa o cuantitativa o por el riesgo efectivo que puedan comportar de generalización o de degeneración, revistan una especial gravedad y se haga por ello aconsejable la intervención desde la norma antimonopolio. Desde este punto de vista, también en el artículo 82 TCE para el abuso explotativo cabe contemplar una regla de mínimos. Aunque este límite carece de un apoyo directo en la letra del artículo 82 TCE, encuentra su fundamento en el carácter liberal del Tratado. En el Derecho de la competencia español, en cambio, puede encontrar un fundamento directo en el artículo 1.3 LEDC, que establece que «Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia». Esta regla, por lo que la protección directa supone de intervención dentro de un sistema de mercado, además debería ser especialmente exigente, reservándose este tipo de abuso sólo para aquellos supuestos más graves que, trascendiendo el

interés privado de las partes, afecten notoriamente al interés general en el buen funcionamiento del mercado¹⁵¹¹.

C) *CONFIANZA EN LA DISCRECIÓN JUDICIAL.*

Todo ello nos mueve a pensar que el verdadero punto neurálgico del abuso explotativo, como el del abuso anticompetitivo y en buena medida como el de todo el Derecho de la competencia, se sitúan en la discrecionalidad judicial. Deberán ser las autoridades antimonopolio las que, a la vista de lo que exijan las circunstancias (o coyuntura) de cada momento¹⁵¹² (y las políticas diseñadas al efecto) y de las peculiaridades del caso concreto que se les plantee, después de hacer el oportuno balance de bienes jurídicos protegidos, deberán valorar la medida e intensidad de la aplicación del abuso explotativo en aras a la mejor realización de los objetivos de la norma y del Tratado. La confianza del Tratado de Roma en la discreción judicial es patente si se compara el régimen que establece el artículo 82 TCE para las posiciones de dominio generales con el que establece el artículo 66.7 CECA para las del carbón y acero, pues, mientras CECA prevé la posibilidad de reglamentación directa por la Alta autoridad, el TCE se limita a prohibir el abuso de posición de dominio, y confía su interpretación y aplicación a las autoridades comunitarias. Así parecen haberlo entendido también las

¹⁵¹¹. Esta es la solución más acorde con el sistema de defensa de la competencia; no obstante, desde la teoría del contratante obligatorio, explícitamente acogida en varias normas antiabuso estatales -Alemania, 1973; Francia, 1986; España, 1999-, se podría llegar a aplicar el artículo 82 TCE, sobre la base de la posición de dominio relativa, a supuestos muy particularizados que no reúnan estas características. Lo mismo puede ocurrir con el artículo 6 LEDC, pero con mayor facilidad en cuanto con la reforma introducida por la Ley 52/1999 de 28 de noviembre, dicho precepto recoge expresamente la explotación de la situación de dependencia económica.

¹⁵¹². No se pierda de vista la importancia que las circunstancias o los elementos contextuales tienen en la valoración de los rasgos objetivos de la conducta en aras de la calificación del abuso.

autoridades comunitarias, que en la interpretación de los medios de defensa de la competencia parten del principio de la no restricción en su apreciación¹⁵¹³.

El precio de esta flexibilidad es, como en tantas otras normas de la competencia, una escasa seguridad jurídica, que hace difícil prever a las empresas cuál será la opinión de las autoridades comunitarias, sobre todo, si la valoración debe hacerse en función de la variable coyuntura económica y de las políticas diseñadas al efecto, que no parece que pueda exigirse que conozcan las empresas¹⁵¹⁴. Con todo, la especial diligencia empresarial que cabe esperar de ellas puede ser un buen instrumento orientador; y además siempre disponen de otros mecanismos de consulta del Derecho de la competencia comunitario¹⁵¹⁵.

En fin, no se pierda de vista, además, que el abuso explotativo puede ser un útil instrumento en manos de las autoridades antimonopolio para corregir las prácticas abusivas o, incluso, si procede, para hacer desagradable la posición de dominio, de aquellas empresas reguladas que por haber atrapado al regulador disfrutaban y abusan de una posición de dominio no justificada. En algunos casos puede llegar a actuar como un verdadero mecanismo indirecto de desconcentración.

¹⁵¹³. Principio establecido en *Continental Can* (1973), donde el Tribunal de Justicia deduce, en base a una interpretación teleológica, que los objetivos trazados en líneas generales por el Tratado excluyen toda restricción en la represión de las conductas susceptibles de falsear o eliminar la competencia (VAN OMMESLAGHE: *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome a travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission* (janvier 1966 - février 1973), en RMC, n° 4 de 1973, pág. 572.). Aunque referido al abuso anticompetitivo, véase al considerando 25 de *Continental Can*.

¹⁵¹⁴. GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL: cit. supra, pág. 425.

¹⁵¹⁵. Vid. supra.

**V) RELACIÓN ENTRE AMBOS TIPOS DE ABUSO:
COMPLEMENTACIÓN Y PRELACIÓN.**

*A) LOS ABUSOS EXPLOTATIVOS Y LOS ABUSOS ANTICOMPETITIVOS
NO SON INCOMPATIBLES.*

Podría pensarse, sobre todo a la vista de la virulenta polémica suscitada con la primera doctrina del abuso anticompetitivo, que los abusos explotativos y anticompetitivos son antitéticos e incompatibles, que ambos obedecen a sistemas y fundamentos incompatibles entre sí; y ciertamente así sería, si se partiera de posturas excesivamente dogmáticas, esto es, si se vieran los sistemas de abuso y prohibición, y las filosofías que los subyacen, como radicalmente opuestos, como dos formas de afrontar el poder de mercado incompatibles. Pero, como ya tuvimos ocasión de ver con el estudio de los sistemas de defensa de la competencia, los supuestos puros son figuras más de laboratorio que reales, son más entelequias teóricas obedientes a la necesidad de analizar los complejos fenómenos que se dan en la realidad, que formas reales de afrontar el poder de mercado. Vimos que, sobre todo en la actualidad, la realidad no se compone de sistemas puros o perfectos, sino de pragmáticos sistemas mixtos que, en el control del poder de mercado, integran a la vez elementos de ambos sistemas, dependiendo de la combinación que se haga en su filosofía, letra, arquitectura y aplicación, que nos encontremos ante un sistema mixto de abuso o de prohibición. Y, señalamos también, que esos sistemas no eran estáticos sino dinámicos pudiendo, por la vía de la interpretación, moverse de un polo a otro según los cambios que se operen en sus bases filosóficas y las necesidades de las políticas económicas.

Entonces, si los distintos sistemas de defensa de la competencia no son supuestos puros que den lugar a compartimentos estancos separados, sino realidades mixtas profundamente imbricadas en la consecución de unos mismos objetivos; no habrá de haber inconveniente en admitir que una misma norma, o un mismo sistema, pueda a la vez integrar elementos, métodos y objetivos de prohibición y abuso. No estaríamos, por tanto, ante interpretaciones opuestas y antitéticas, sino armónicas y complementarias en la realización de los objetivos de la norma y del Tratado¹⁵¹⁶.

B) *LOS ABUSOS EXPLOTATIVOS Y LOS ANTICOMPETITIVOS SON COMPLEMENTARIOS.*

Luego, si ambos tipos de abusos, que obedecen a supuestos distintos (prohibir las restricciones no colusorias de una posición de dominio, el anticompetitivo; y las lesiones injustificadas a clientes, proveedores y consumidores, el explotativo), no son incompatibles dentro del artículo 82 TCE y se rechazan con ello las tesis extremas; se impone averiguar qué tipo de relación se establece entre ellos y en qué orden, si lo hay, se desarrolla esa relación.

A) *COMPLEMENTARIEDAD.*

A nuestro juicio, ambos tipos de abuso se complementan en la función de asegurar el correcto desarrollo de las relaciones económicas en el mercado, dando respuesta a dos necesidades jurídicas planteadas

¹⁵¹⁶. En el mismo sentido TEMPLE LANG: "Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979. En sentido discordante MARENCO: «Le due anime dell'articolo 86 TCE», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, n° 1, Gennaio-Marzo di 1986.

por las dos caras de una misma realidad. Sabido es que quien tiene poder tiende a abusar de él, y que una empresa dominante puede verse especialmente (porque su poder es dominante y puede llegar a dictar la ley del mercado) tentada a desarrollar dos tipos de conductas beneficiosas para ella y lesivas para los otros agentes del mercado y para el sistema en general, sin temor a una reacción seria de la competencia: usar su poder para reforzar ilegítimamente su posición de dominio (prácticas restrictivas), o para imponer a quienes tienen que contratar con ella condiciones más onerosas o gravosas de las que habrían obtenido de reinar una competencia normal. Es cierto que, si la estructura fuera competitiva, el abuso explotativo sería innecesario; pero ésta no es la realidad de unos mercados en los que impera la competencia imperfecta y en los que, a parte de posiciones de dominio de base legal, surgen otras de base natural por el normal devenir del sistema, por las barreras físicas, por las exigencias de las escalas de eficiencia mínima, o a veces por el paralelismo de conductas no concertadas. La explotación abusiva de clientes y proveedores puede entonces devenir tan real y necesitada de tratamiento jurídico, como la explotación anticompetitiva.

Afirmar lo contrario, supondría sustraer al control del poder de mercado mecanismos necesarios: si se viera en el artículo 82 TCE sólo una norma de abuso, se dejaría que por la vía de restricciones no colusorias las empresas pudieran falsear la competencia en el Mercado Común; y si, por el contrario, se considerara sólo una norma de prohibición, las posiciones de dominio legítimas quedarían sin control y los clientes y proveedores quedarían desprotegidos frente a una situación de flagrante desigualdad.

Ambos tipos de abuso se complementan así dando solución jurídica a dos problemas distintos de una misma realidad, problemas, cada uno de ellos, que sería insatisfactoriamente resuelto sólo desde el otro tipo de abuso: ni el abuso anticompetitivo puede erradicar todos los abusos explotativos, ni el explotativo puede por sí sólo atacar los abusos restrictivos, sin caer en ambos casos en aplicaciones extremas cuyos efectos serían más perjudiciales que beneficiosos para el sistema. Ignorar una de las dos formas de abuso sería cerrar los ojos a una faceta dañosa de la realidad económica de los mercados, a una necesidad jurídica demandante de regulación. Es pues la adecuada combinación, la complementación de ambos tipos de abuso, la única que proporciona una solución integral al problema jurídico-económico que plantean las posiciones dominantes en el mercado. Así parece haberlo entendido también el Tribunal de Justicia cuando, en el considerando 25 de *Continental Can* (1973) y más tarde en *Hoffmann La Roche* (1979), señala que el artículo 82 TCE «... no se refiere sólo a las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino igualmente las que les pueden causar un perjuicio [indirecto] afectando a la estructura de la competencia efectiva, tal como se menciona en el artículo 3,f (actual 3,g) del Tratado»¹⁵¹⁷.

B) PRELACIÓN.

Ahora bien, una cosa es reconocer la complementación de los dos tipos de abuso, y otra distinta es preguntarse sobre el orden en que se da esa complementación. Esta cuestión, que puede parecer

¹⁵¹⁷. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 247. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Comisión* (1979), Rep. 461.

irrelevante desde el punto de vista de la aplicación del artículo 82 TCE, pues la conducta de que se trate será calificada de abuso, sea cual sea el tipo al que obedezca, y entrará sin más en la prohibición del artículo 82 TCE; no deja de presentar, sin embargo, un cierto interés en la averiguación de las preferencias de las autoridades comunitarias en la utilización del artículo 82 TCE como instrumento de política de competencia, pues, al situarnos ante la necesidad de determinar la relación entre el espíritu prohibitivo y el espíritu de abuso en una misma norma, nos obliga a hacer una reflexión sobre los principios que guían o han de guiar la acción de las autoridades comunitarias.

En este punto se ha de reconocer que, aunque ambos tipos de abuso contribuyen complementariamente al aseguramiento del correcto funcionamiento del mercado, como hemos visto a lo largo de este trabajo, lo hacen desde planos y fundamentos bien distintos. El abuso anticompetitivo procura indirectamente la eficiencia velando por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, procura que, en la medida de lo posible, la fuerza impersonal de la competencia siga conduciendo el ejercicio de las libertades económicas hacia la eficiencia. Salvando la estructura en la medida de lo posible, procura evitar la reglamentación directa del resultado. En cambio, el abuso explotativo, cuando no existe competencia o la que subsiste no es suficiente para asegurar unos resultados eficientes o no lesivos, actuando en defensa de consumidores y proveedores, los procura directamente prohibiendo las conductas que, aunque no afecten a la estructura, conducen a resultados dañosos. Entonces, como el Tratado quiere un sistema de mercado fundado en la competencia, que se descubre además el más operativo, eficiente y respetuoso con la

libertad¹⁵¹⁸, se impone acudir al abuso anticompetitivo, primero, para evitar, en la medida de lo posible y conveniente, el refuerzo o la consolidación de las posiciones de dominio prohibiendo, cuando proceda, las conductas restrictivas; y, sólo en segundo lugar, cuando el abuso anticompetitivo sea inoperativo, se acudirá al abuso explotativo como último remedio para evitar que las posiciones de dominio adquiridas y mantenidas legítimamente puedan lesionar gravemente los legítimos intereses de los consumidores y proveedores con conductas notoriamente no competitivas.

El abuso explotativo puede incluso pasar a ser el primer y único mecanismo de control del monopolista, cuando el poder dominante no puede o no conviene ser frenado por fundarse en una norma o en una importante barrera natural. En esos casos, el abuso explotativo deviene el único mecanismo de control posible para asegurar desde las normas antimonopolio la corrección de los resultados.

Por otra parte, este doble y subsidiario mecanismo de control de monopolios no tiene nada de extraño. Es incluso consecuente con un sistema económico mixto de mercado como el querido por el Tratado¹⁵¹⁹. Primero, se confía en la competencia como fuerza ordenadora del mercado en la realización de la eficiencia, por entenderse la más respetuosa con las libertades de los agentes y la solución más eficiente. Y, segundo, sólo

¹⁵¹⁸. Así parece haberlo demostrado también la práctica comunitaria (JACQUEMIN: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; pág. 18-19)

¹⁵¹⁹. Recordemos que en este sentido la Comisión señalaba ya en el *I Informe sobre política de la competencia* que «Si bien el juego del mercado es un factor de progreso irremplazable, existen sin embargo situaciones en las que por sí solo, no permite alcanzar ciertas finalidades de desarrollo deseables dentro de los plazos aceptables o sin tensiones sociales intolerables. Cuando las decisiones espontáneas de las empresas no permitan introducir las adaptaciones necesarias de un modo natural y a un coste social aceptable, resulta entonces necesario proceder a intervenciones ... al objeto de orientar en el sentido de alcanzar un óptimo económico y social», pág. 17.

cuando ésta falla, se acude a la acción pública directa para *completarla* o *corregirla*. Esto encuentra sus reflejos en el Derecho comunitario, sobre todo después del Tratado de la Unión Europea (1992), donde, de forma consecuente con los planteamientos de un Estado social a que tiende la Comunidad, se incrementa la sensibilidad por la corrección de los fallos del mercado. Ello se traduce en el reforzamiento de los mecanismos de acción directa para el mejor logro de los objetivos de la Unión. El Tratado después de fijar como objetivo de la Unión «..., la elevación del nivel y la calidad de vida, ...» (artículo 2 TCE), establece en el artículo 3 TCE que «Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2 TCE, la acción de la Comunidad implicará, ...: ...g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior; ... j) el fortalecimiento de la cohesión económica y social; k) una política en el ámbito del medioambiente; l) el fortalecimiento de la competitividad de la industria comunitaria; ... s) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores; ...», lo que evidencia que, junto a la defensa de la competencia (base del sistema), se establecen (refuerzan y amplían en el nuevo artículo 3 TCE) otras líneas de acción orientadas a completarla o corregirla allí donde falle. Es en este marco en el que se sitúan los dos espíritus del artículo 82 TCE y la aplicación que de ellos han hecho las autoridades comunitarias.

C) *ABUSO EXPLOTATIVO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA COMUNIDAD EUROPEA.*

Esta tendencia a una mayor corrección y complementación del mercado no hace sino avanzar con las sucesivas modificaciones de los tratados. Tras el Tratado

de Amsterdam la nueva redacción mejorada¹⁵²⁰ del artículo 129A, ubicado en el título dedicado a la «Protección de los consumidores», establece que en la definición y ejecución de todas las políticas comunitarias se debe tener en cuenta la exigencia de la protección de los consumidores. Y cabe pensar que, en materia de Derecho de la competencia y en especial en sede del artículo 82 TCE, el término consumidor puede entenderse en el más amplio de sus sentidos subjetivos, incluyendo también a empresarios que sufren las consecuencias de la desigualdad¹⁵²¹.

Esta faceta inexplorada del artículo 82 TCE puede resultar la única vía de protección directa en el actual Derecho comunitario, que, a diferencia de lo que ocurre con los ordenamientos internos de los Estados, carece de un completo sistema de tutela de los contratantes y consumidores a escala comunitaria¹⁵²². El Derecho comunitario es todavía un ordenamiento incompleto, en el que, pese a las numerosas declaraciones programáticas que contiene, falta una adecuada regulación de protección de los consumidores y de competencia desleal y, en último término, un sistema cerrado por un cuerpo de Derecho común de orden comunitario.

¹⁵²⁰. BOURGOIGNIE: "Droit el politiques communautaires de la consommation: de Rome á Ambsterdam", 3 *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 197-199 (1997).

¹⁵²¹. En esta concepción amplia de consumidor en el Derecho de la competencia comunitario y particularmente en la regulación del abuso de posición de dominio, ALBERTO y RODRIGO BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987, págs. 108-109.

¹⁵²². Ver. KESSLER, PRIETO: "Los principales problemas de regulación del abuso de posición de dominio", 205 GJ 32 (ener. febr. 2000).

VI) LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA EN EL ARTÍCULO 6 LEDC.

Como observa el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Talleres Muñoz (1993)*¹⁵²³, Al igual que el Tratado, tampoco la Ley Española de Defensa de la Competencia contiene una definición legal de explotación abusiva por parte de una o más empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Sin embargo, la similitud que existe entre el artículo 82 TCE y el artículo 6 LEDC, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de defensa de la competencia español, permite invocar la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar de la interpretación del Derecho interno. De ahí que, en principio, las reflexiones hechas en la interpretación de la segunda norma básica de defensa de la competencia comunitaria sean trasladables con matizaciones al Derecho español.

Esto es totalmente cierto para el abuso anticompetitivo, lo que viene además respaldado por el seguimiento y reconocimiento que el Tribunal de Defensa de la competencia hace de la doctrina de las autoridades comunitarias a la hora de interpretar este primer aspecto del artículo 82 TCE. No se ofrece en el Derecho de la competencia español ninguna duda de que el artículo 6 LEDC puede ser invocado, para la represión de las afecciones al orden público económico que se instrumenten a través de restricciones de la competencia estructural realizadas unilateralmente desde posiciones de dominio en el mercado. En *Pompas Fúnebres del Baix Llobregat (1995)*, el Tribunal, después de exponer la distinción entre abusos anticompetitivos y abusos explotativos del Derecho comunitario, señala que «... respecto a los primeros [los

¹⁵²³. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de de 2 de febrero de 1993, as. A 36/92, *Talleres Muñoz*.

abusos anticompetitivos] no cabe discutir la aplicación del Derecho de la la Competencia ...»¹⁵²⁴.

Sin embargo, desde esta misma resolución, ya no queda tan claro que pueda trasladarse la doctrina del abuso explotativo o desleal al Derecho de la competencia interno. En ella, el Tribunal de Defensa de la Competencia señalaba a reglón seguido que «... respecto a los segundos [los abusos explotativos] conviene profundizar puesto que pudieran existir dudas sobre la aplicabilidad del derecho de la competencia o bien la del derecho de los consumidores.»¹⁵²⁵. Aunque el Tribunal reconoce en *Pompas Fúnebres del Baix Llobregat (1995)* que los abusos explotativos pueden estar incluidos en el artículo 6 LEDC y que así lo ha reconocido la jurisprudencia comunitaria para el artículo 82 TCE (citando en este sentido a *Continental Can -1973-* y *Hoffmann La Roche -1979*)¹⁵²⁶; sin embargo, aun reconociendo el carácter deplorable de las conductas de las Pompas fúnebres del Baix Llobregat¹⁵²⁷, rechaza sancionar esas prácticas no competitivas¹⁵²⁸ desde el artículo 6 LEDC por el carácter pasivo de las conductas¹⁵²⁹ y por entender más adecuada la protección del demandante desde la

¹⁵²⁴. El seguimiento de la doctrina comunitaria del abuso anticompetitivo por el tdc es tan claro y abundante que no necesita citas. Ver por todas la Resol. de 24 de enero de 1995, R103/94 Pompes Fúnebres del Baix Llobregat, fundamento 5.

¹⁵²⁵. *Ibidem*.

¹⁵²⁶. *Ídem*, fundamento 8.

¹⁵²⁷. *Ídem*, fundamento 4.

¹⁵²⁸. Decimos prácticas no competitivas porque, como señala el Tribunal, los hechos denunciados, verdaderamente deplorables desde el punto de vista humano, son debidos a la desidia, mal servicio e ineficiencia habituales en la gestión de los monopolios. Es decir, se trata de conductas típicamente monopolistas que no se darían en una situación de competencia operativa, so pena de verse su autor apartado del mercado por los consumidores. Se estaría ante un supuesto de causalidad directa e inmediata, en cuanto la posición de dominio es causa directa de la conducta, que se traduce en unos resultados ineficientes que no se daría ni mantendrían en una situación de competencia normal. Además se trata de una conducta que afecta sólo al consumidor final que carece de cualquier otra alternativa y no afecta de ningún modo a la estructura del mercado definida por un monopolio lega.

¹⁵²⁹. *Pompas funebres del Baix Llobregat (1995)*, cit. supra, fundamento 7.

legislación de consumidores¹⁵³⁰. Apunta el Tribunal en esta resolución que el reconocimiento del abuso explotativo por las autoridades comunitarias se debe a que en Derecho comunitario falta una adecuada legislación de protección de los consumidores y usuarios, supuesto que no se da en el ordenamiento español¹⁵³¹.

Como reconoce el propio Tribunal en *Pompas fúnebres del Baix Llobregat (1995)*, con esta resolución se planea en el Derecho de la competencia español el problema del alcance del artículo 6 LEDC.

Es importante observar que el Tribunal de Defensa de la Competencia parece fundar su doctrina, en principio disidente de la doctrina comunitaria¹⁵³², en un nuevo dato a tener en cuenta en la interpretación sistemática del artículo 6 LEDC en el ordenamiento jurídico español: la existencia, junto a la Ley de defensa de la competencia y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comunitario, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios 26/1984 y otras normas capaces de dar solución al problema jurídico planteado como abuso explotativo¹⁵³³.

Desde este primer punto de vista, parecía que la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia no consideraría el artículo 6 LEDC una norma de protección directa de los consumidores, sino más bien un instrumento de protección indirecta por la vía de la salvaguarda de las estructuras competitivas. Aunque el artículo 51 CE pudiera llevar a pensar lo contrario, el Tribunal parecería inclinarse por la especialización del artículo 6 LEDC en la protección indirecta a través de la salvaguarda de la

¹⁵³⁰. Así parece desprenderse del conjunto de la sentencia, especialmente fundamentos 6 y 8.

¹⁵³¹. Ídem, fundamento 8.

¹⁵³². Así parece entenderlo de algún modo el propio Tribunal de Defensa de la Competencia ver. espec. fundamento 8.

¹⁵³³. Ídem, fundamentos 6 y 8.

estructura del mercado, y dejar la protección directa de los consumidores para otras partes del ordenamiento jurídico español. El Tribunal se inhibiría así de las lesiones injustificadas que desde una posición de dominio, y aun abusando de ella, pudieran realizarse contra los consumidores, cuando dichas conductas no alteren la estructura del mercado. Se entendería que se tratan de relaciones de Derecho privado que, por no afectar al marco estructural de la competencia, que en algunos mercados monopolísticos como el de referencia ni siquiera existe, son indiferentes al control público realizado desde el órgano encargado de la defensa de la competencia. Desde esta doctrina parecía que en el artículo 6 LEDC competencia estructural e interés general eran términos equivalentes. Todo atentado al interés general definido en el artículo 6 LEDC se habría de instrumentar por tanto en una restricción estructural, que devendría así un elemento constitutivo del abuso.

Aunque el Tribunal de Defensa de la Competencia no llegó a apreciar posición dominante, el Tribunal parece volver a insistir sobre esta doctrina en la resolución *Caja España (2000)*. Con ocasión de resolver sobre una denuncia de un consumidor que sin ver afectada la estructura del mercado se sentía maltratado por su entidad financiera, señala que

«... no todo acto o práctica que pueda resultar incómodo para el consumidor puede ser calificado, sin más, como anticompetitivo o desleal y, en consecuencia ser sancionado como tal, sino sólo cuando verdaderamente atente contra la institución de la "competencia en el mercado".

Es Sabido, y no puede olvidarse, que el objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia de

1989, como se señala en su Exposición de Motivos, no es otro que garantizar la existencia de una Competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, por lo que los intereses privados sólo tendrán acogida de forma secundaria en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, en tanto en cuanto coincidan con el objetivo de la misma.

Pues bien, de las ... alegaciones efectuadas por el recurrente, ..., lo único que se advierte es la existencia de un conflicto interpartes que sólo puede tener cobijo en el ámbito del Derecho privado y que, por ello, han de ser resueltas por la Jurisdicción ordinaria ...»¹⁵³⁴.

Es importante recordar que, como señala el propio Tribunal en *Operaciones de compra de equipos de Telefónica (1989)*

«... el Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad estatal garante de la concurrencia y del mercado, de forma que no actúa en modo alguno para satisfacer una pretensión individualizada de forma concreta ya que la satisfacción de la misma corresponde solamente a los Tribunales de Justicia. De conformidad con la Ley, el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa en términos de policía económica sobre el mercado salvaguardando el orden público económico que es una manifestación concreta sobre el mercado del interés general, cuya supervisión y

¹⁵³⁴. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de febrero de 2000, r 405/99, 2046/99 del SDC, *Caja España de Inversiones*, fund. 2.

disciplina corresponde a este órgano administrativo.
...»¹⁵³⁵.

Con todo, conviene también observar que, aunque estuvo firme en la desestimación de los casos mencionados, en la exposición de esta doctrina el Tribunal de Defensa de la Competencia no se muestra totalmente decidido y tajante para el abuso explotativo. Mas bien deja la puerta abierta a una posible revisión. En efecto, ya en *Pompas fúnebres del Baix Llobregat (1995)* el Tribunal, después de manifestar dudas sobre la aplicabilidad al caso del Derecho de la competencia o del de protección de los consumidores¹⁵³⁶, hizo notar que el «... abuso de posición de dominio explotador sobre el usuario final sería el que eventualmente se podría aplicar ..., en el caso de que se diesen las condiciones para ello ...»¹⁵³⁷ y observó que «... en muchos casos los abusos explotadores pueden estar incluidos entre los del artículo 6 LEDC. ...»¹⁵³⁸, para acabar rechazando el asunto no se sabe si tanto por el carácter pasivo de la práctica denunciada como por la existencia de una legislación de consumidores aplicable al caso¹⁵³⁹.

Igualmente se ha de notar que, a *sensu contrario*, para el Tribunal en *Caja España (2000)* las prácticas o actos de las empresas dominantes que son incómodas para los consumidores pueden ser calificadas como anticompetitivos o desleales, si, además de lesionar sus intereses particulares, *atentan verdaderamente contra la institución de la competencia* en el mercado y chocan así con los

¹⁵³⁵. Res. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de febrero de 1993, asunto 328/1993, *Opciones compra equipos Telefónica*.

¹⁵³⁶. *Pompas funebres del Baix Llobregat (1995)*, cit. supra. considerando 5.

¹⁵³⁷. Ídem, considerando 6

¹⁵³⁸. Cit. supra.

¹⁵³⁹. Ídem, ver considerandos 7 y 8.

objetivos de la Ley de defensa de la competencia¹⁵⁴⁰. En este caso, entenderá el Tribunal que se ha vulnerado el interés general definido en el orden público económico y se considerará competente¹⁵⁴¹.

Desde este segundo punto de vista, se abre pie a otra interpretación. El Tribunal parece indicar que para poder sancionar estas conductas desde el artículo 6 LEDC, no basta con que se haya producido una lesión a los intereses privados de los consumidores, sino que además también es necesaria una afectación grave al interés general, manifestada en un verdadero atentado contra la institución de la competencia en el mercado. Esta parece que sería entonces la condición requerida para la aplicación del abuso explotativo. Lo que es evidente es que no basta cualquier lesión directa a los intereses particulares de los consumidores. Ahora bien, al igual que ocurre con el artículo 82 TCE en el ordenamiento comunitario, se plantea también en el ordenamiento español la cuestión de la naturaleza o alcance de este atentado a la institución de la competencia en el artículo 6 LEDC: debe consistir necesariamente en una restricción estructural o puede consistir también en una conducta ineficiente que no afecta a la estructura. ¿Sobre qué tipo de prácticas podrá versar la función de supervisión y disciplina que el Tribunal de Defensa de la Competencia realiza desde el artículo 6 LEDC?. Puesto que, como reconoce el propio Tribunal de Defensa de la Competencia en *Pompas fúnebres del Baix Llobregat (1995)*¹⁵⁴², no existe competencia estructural en la industria de las pompas fúnebres en el Baix Llobregat; parece lógico pensar que este atentado no puede consistir sólo en una restricción de la competencia estructural que

¹⁵⁴⁰. *Caja España (2000)*, cit. supra., Ibídem.

¹⁵⁴¹. *Opciones compra equipos Telefónica (1993)*, cit. supra, Ibídem.

¹⁵⁴². *Pompas funebres del Baix Llobregat (1995)*, cit. supra, fundamento 6.

es excluida por la existencia misma del monopolio legal. Se debe descartar pues la primera opción. Entonces, cabe preguntarse cuál será el grado a partir del cual los resultados monopolísticos por sí solos constituirán un atentado contra la institución de la competencia. Es evidente que la conducta pasiva de las Pompas fúnebres del Baix Llobregat no fue en ese caso suficiente para alcanzar ese grado como tampoco lo fueron las conductas activas de Caja España de Inversiones.

Antes de entrar sobre esta cuestión es importante destacar los límites que el Tribunal entiende que ha de demarcar toda su actuación desde el artículo 6 LEDC. Así señala el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Tabacos Canarias (1996)* que es improcedente, «... que [aun ante unos precios predatorios] la Administración fije los precios, porque no es admisible, en un sistema de economía de mercado como el que consagra nuestra Constitución en el artículo 38, que un organismo público determine el margen de beneficios que debe obtener una empresa y los precios a que debe vender, ...»¹⁵⁴³. Como se observa en *Liga Nacional de Fútbol Profesional (1993)* «El Tribunal no debe actuar como regulador ni dirimir las cuestiones económicas que se planteen entre las partes y ... que, en principio, deben ser objeto de negociación entre [ellas].»¹⁵⁴⁴. Con ello, el Tribunal subraya que su función no es de regulación de relaciones privadas, sino de defensa de la competencia, lo

¹⁵⁴³. En este caso el Tribunal rechazó la petición del demandante de fijar como medida cautelar unos precios y márgenes de beneficios para determinados productos que consideraba se vendían a precios predatorios. El Tribunal, haciendo suyos los argumentos del Servicio, fundó su negativa en que con ello se perjudicaría a los consumidores (que pagaría durante este tiempo el producto más caro) y en que además el demandante tendrá, en su caso, la posibilidad de ver reparado su perjuicio económico ante la jurisdicción ordinaria. Es decir, rechazaba la intervención por ser contraria al consumidor y por haber otras soluciones económicas alternativas menos intervencionistas. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de diciembre de 1996, as. MC 15/1996, *Tabacos Canarias*, fund. 20.

¹⁵⁴⁴. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993, as. 319/1992, *Liga Nacional de Fútbol Profesional*.

que significa que toda actuación sobre los resultados, si procediera, habría de estar claramente fundada en una lesión al interés general, revestir un carácter subsidiario y excepcional, y guiarse, como en los casos señalados, por un principio restrictivo y de intervención mínima.

A nuestro juicio, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha adoptado la segunda línea interpretativa y ha entrado en el terreno del abuso explotativo en tres ocasiones muy recientes, en las que confirma que la restricción estructural no es un elemento necesario del abuso e ilustra la naturaleza del atentado contra el interés general protegido desde el artículo 6 LEDC.

El primer caso llega con un recurso contra el archivo del expediente decidido por el Servicio en *Construcciones y Contratas* (1997). El Tribunal ordena continuar el expediente, porque no cabe excluir la posibilidad de abuso en una conducta generalizada entre las empresas constructoras, que estarían en posición de dominio conjunta, consistente en imponer a sus proveedores el pago mediante pagarés "no a la orden". Entiende que esta práctica podría ocasionarles importantes perjuicios en la negociación y descuento de los pagarés, con repercusión en su tesorería¹⁵⁴⁵. En este caso, si el Tribunal acaba considerando que al faltar colusión existe posición de dominio conjunta, se estará ante un abuso explotativo. En efecto, el objeto o efecto de la conducta no sería la restricción de la competencia estructural, o no lo sería al menos de forma punible por faltar concertación, sino sólo explotar a los acreedores imponiéndoles condiciones inequitativas (art. 6.2 LEDC). Por tanto, el atentado contra el orden público económico, se concreta aquí en una lesión directa a los intereses económicos de los

¹⁵⁴⁵. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 TCE de junio de 1997, as. r 202/1997, *Construcciones y Contratas*, fundamento 2.

acreedores, que, por el peso conjunto de las constructoras en un mercado tan importante para la economía como el de la construcción, el Tribunal podría considerar grave y determinar por ello el abuso explotativo.

Un segundo supuesto de abuso desleal se plantea en *Funerarias de Madrid 2* (1997). En este caso el Tribunal considera abusivo un aumento de precios del servicio de un 15'92% de promedio, la supresión injustificada de dos tipos de servicios con fuerte demanda para integrarlos en otras paquetes con un incremento del doble de su valor, y un recargo del 300% que, aunque no llegó a aplicarse, se quería imponer a los usuarios no empadronados en Madrid. El Tribunal, sin fijar precio, consideró abusiva la subida porque no respondía a un aumento de los costes, y era muy superior al incremento del 5,5% experimentado por el IPC o al realizado por otras funerarias¹⁵⁴⁶. En este caso, el abuso tampoco se instrumenta en una restricción estructural, sino sólo en la explotación monopolista directa de los consumidores finales.

El Tribunal resuelve esta lesión de la competencia a través del resultado porque «... ha causado un grave perjuicio a los consumidores, que han visto como se encarecía, directa o indirectamente en el caso de los seguros, de modo injustificado un servicio necesario que, al prestarse en el régimen de monopolio, era de obligada adquisición ya que no existía ninguna otra oferta empresarial alternativa. ...»¹⁵⁴⁷. Es importante destacar que ante la alegación de EMSFM de que el aumento era necesario para hacer frente a las cuantiosas pérdidas del monopolio, el Tribunal contesta que «la existencia de pérdidas no justifica por sí sola el aumento de tarifas, antes bien

¹⁵⁴⁶. Resol Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, fundamento 5.

¹⁵⁴⁷. Ídem, fundamento 5.

refuerza la conclusión de que EMSFM se ha comportado como un monopolista típico que optar por subir los precios y repercutir su ineficiencia sobre el consumidor en lugar de tratar de reducir sus costes, política que puede practicar por no tener ningún competidor; ...»¹⁵⁴⁸. El Tribunal considera pues abuso explotativo unos resultados ineficientes instrumentados a través de unos precios manifiestamente no competitivos. Resulta evidente que, en este caso, encuentra buenos elementos para valorar el carácter ineficiente de las conductas de EMSFM, lo que demuestra que el control de resultados no siempre es problemático o inoperativo.

El tercer caso de abuso explotativo se presenta en *Telefónica-Ibertex (1999)*¹⁵⁴⁹. El Tribunal, en este asunto considera abusiva la denuncia unilateral por parte de Telefónica de un contrato de adhesión celebrado con un servidor de contenidos de internet (Servicios Telemáticos Inteligentes, en adelante STI), adherido a su sistema Ibertex, que sólo puede prestar Telefónica, para sustituirlo por otro contrato de adhesión, también redactado al efecto unilateralmente por Telefónica, mediante el que imponía a STI condiciones sumamente onerosas. Una primera cláusula exigía al servidor no fomentar el consumo por el consumo con una utilización indiscriminada del centro de servicio. Una segunda cláusula imponía a STI limitar el acceso a la red de sus clientes sólo a través de los niveles 031 y 032 que, a diferencia de otros niveles, permiten recaudar directamente a Telefónica los pagos de los servicios del servidor, para trasladar después, en su caso, lo que corresponda a su cliente titular del centro de servicio. Ello le habría de permitir

¹⁵⁴⁸. *Ibídem.*

¹⁵⁴⁹. *Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 1999, as. Ibertex.*

retener lo que considerara oportuno en caso de incumplimiento de STI. Y una tercera cláusula, también de control, establecía un sistema de prórrogas mes a mes del contrato pasado el primer año, lo que permitiría a Telefónica rescindir unilateralmente el contrato con sólo un mes de preaviso¹⁵⁵⁰.

Ante este contrato de adhesión, que sin restringir la competencia estructural parece que en principio debería quedar en el ámbito de la autonomía privada, el Tribunal entiende que, aunque Telefónica tenía razón en que se habían producido algunos incumplimientos de STI que podían justificar su deseo de modificar un contrato que permitía situaciones de fraude, la empresa dominante había equivocado su camino, en vez de acudir a las autoridades encargadas de la tutela de las telecomunicaciones para denunciar los hechos y solicitar la aprobación de su nuevo contrato de adhesión, opta por explotar su posición de dominio resolviendo unilateralmente el anterior contrato e imponiendo a STI un contrato de adhesión sumamente oneroso¹⁵⁵¹, cuyas cláusulas, como subraya el Tribunal en dos ocasiones, «... difícilmente hubieran sido aceptadas por interlocutores que no se encontraran en circunstancias de clara inferioridad ...»¹⁵⁵². De este modo, el Tribunal subraya reiteradamente el carácter netamente monopolista (causalidad inmediata) de las conductas de Telefónica.

Entiende el Tribunal que «en una situación de fuerte dependencia respecto de Telefónica, en el sentido de que sus operaciones, y en consecuencia su cuenta de resultados y la propia supervivencia, podría verse afectadas por las modificaciones del contrato que les ligaba con [Telefónica] ..., ... la empresa que ostenta la situación de dominio

¹⁵⁵⁰. Ídem, fundamentos 1 y ss.

¹⁵⁵¹. Ver Ídem, fundamento 4.

¹⁵⁵². Ídem, fundamento 5.

debe comportarse con especial atención con el fin de no provocar costes arbitrarios a quienes de ella dependen. ...»¹⁵⁵³. Y considera el Tribunal que estos costes arbitrarios causados por el monopolio de Telefónica, no lesionan sólo intereses privados, razón por la que pese al desistimiento del demandante decide continuar el procedimiento, sino que «... Por motivos históricos, y como consecuencia de la singularidad de sus instalaciones, la compañía Telefónica disfruta de una situación privilegiada frene a una gama muy amplia de clientes, en un sector, como es el de servicios de telefónica, cuya *importancia para la economía del país* no es necesario relatar. En consecuencia, la correcta actuación de Telefónica frente a sus clientes constituye una *materia de interés general* a la que las autoridades de la competencia deben prestar atención adecuada, consideración ésta que es especialmente relevante en relación con los servicios en proceso de liberalización, ..., ya que una incorrecta actuación por parte de la empresa que históricamente ha disfrutado de una posición de monopolio podría invalidar los objetivos que se persiguen mediante esa política liberalizadora.»¹⁵⁵⁴. Tampoco en este caso entiende el Tribunal que el abuso deba instrumentarse en una restricción estructural. En *Ibertex (1999)* el Tribunal, yendo más allá de la sola salvaguarda de la estructura, parece definir el interés general protegido desde el artículo 6 LEDC como la defensa directa de los resultados buscados por la liberalización del mercado.

A nuestro juicio, la valoración conjunta de estas resoluciones permite pensar que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha acogido en nuestro Derecho el abuso explotativo, rescatando la faceta originaria del artículo 6 LEDC.

¹⁵⁵³. Ídem, fundamento 4.

¹⁵⁵⁴. Ídem, fundamento 6.

A la luz de esta doctrina, y como corresponde por su encuadramiento en la Ley de defensa de la competencia, el artículo 6 LEDC aparece más como un instrumento de protección del mercado que de protección directa de los contratantes. Para que el Tribunal de Defensa de la Competencia aprecie abuso explotativo, no basta sólo una lesión a intereses particulares. Sobre todo parece exigir que se haya producido una lesión al interés general, manifestada en una grave ineficiencia perturbadora del orden económico. La defensa del interés general es el principal objeto de protección del artículo 6 LEDC. No es tanto una norma de protección de proveedores y consumidores de empresas dominantes como una norma protectora del orden de resultados definidos por la competencia. El fin del abuso explotativo no es tutelar individualmente las relaciones privadas establecidas con empresas dominantes, sino velar para que su conjunto sea competitivo. De otro modo, sería difícil explicar la continuación del procedimiento en *Ibertex (1999)*, pese al desistimiento del demandante; la inhibición del Tribunal ante ciertas conductas deplorables de las Pompas fúnebres del Baix Llobregat; o el recordatorio en *Caja España (2000)* de que «... los intereses privados sólo tendrán acogida de forma secundaria en la Ley de Defensa de la Competencia, en tanto en cuanto coincidan con el objetivo de la misma.»¹⁵⁵⁵.

Además no ha de bastar cualquier lesión al interés general es preciso que se trate de una afectación grave capaz de perturbar notoriamente el orden económico. Si no es así, las autoridades comunitarias podrán no perseguirla sobre la base del artículo 1.3 LDC. La gravedad parece valorarla el Tribunal en función del carácter indispensable de los productos, de su importancia en la economía, del grado de dependencia económica, y del impacto que la

¹⁵⁵⁵. Cit. supra, fundamento 2.

conducta o ineficiencia puede tener en el mercado. Así el Tribunal en *funerarias de Madrid 2 (1997)*¹⁵⁵⁶ tiene en consideración el carácter indispensable del servicio, la total dependencia del consumidor y la repercusión directa e indirecta (a través de las compañías aseguradoras) que los precios gravemente monopolistas tienen sobre el consumidor (mercado), para admitir el abuso explotativo; o en *Ibertex (1999)*¹⁵⁵⁷ el Tribunal considera decisiva la importancia que el servicio de telefonía tiene en la economía de un país, la posición de Telefónica en el mercado español, y el hecho de que ese tipo de prácticas, usuales de Telefónica, podrían poner en peligro los resultados buscados por la política liberalizadora; o incluso la repercusión que podría acabar teniendo en el mercado la conducta monopolista de las constructoras en *Construcciones y Contratas (1997)*. Circunstancias estas que no apreció en grado suficiente en los casos de *Pompas fúnebres del Baix Llobregat (1995)*¹⁵⁵⁸ o en *Caja España (2000)*¹⁵⁵⁹.

Por otra parte, de los casos analizados parece desprenderse que el Tribunal acudirá sólo al abuso explotativo, cuando el control de la estructura no sea posible o sea claramente inconveniente. En *Funerarias de Madrid 2 (1997)* y en *Ibertex (1999)*, en las que las posiciones de dominio se fundaban en un monopolio legal que excluye toda competencia, la primera, y en una suerte de monopolio natural de imposible irradicación, la segunda, el Tribunal no aprecia ninguna restricción estructural capaz de ser calificada como abuso anticompetitivo y conducir por la competencia el mercado hacia la eficiencia. Y en *Construcciones y Contratas (1997)* el Tribunal plantea el

¹⁵⁵⁶. Cit supra.

¹⁵⁵⁷. Cit supra.

¹⁵⁵⁸. Cit supra.

¹⁵⁵⁹. Cit supra.

abuso explotativo como última solución en el caso de que no exista o no pueda probarse concertación entre las constructoras.

También se ha de observar que en todos estos casos, el Tribunal, incluso refiriéndose a la especial responsabilidad de las empresas dominantes, parece reducir el abuso explotativo a supuestos de causalidad inmediata, esto es, a conductas que sólo pueden ser desarrolladas por monopolios. Quizá quepa esperar que el abuso explotativo se reducirá a conductas puramente monopolísticas. Tanto en *Ibertex (1999)*, como en *Funerarias de Madrid 2 (1997)*, como en *Construcciones y contratas (1997)* resulta difícil de imaginar que esas conductas pudieran ser impuestas por agentes sometidos a una competencia normal. En *Ibertex (1999)* el Tribunal pone un especial énfasis en este detalle cuando subraya reiteradamente que esas cláusulas difícilmente hubieran sido aceptadas por clientes que no se encontraran en circunstancias de clara inferioridad¹⁵⁶⁰; y en *Funerarias de Madrid 2 (1997)* no deja de subrayar que EMSFM «... se ha comportado como un monopolista típico ..., política que practica por no tener ningún competidor; ...»¹⁵⁶¹. No obstante, queda por ver cuál será la reacción última del Tribunal frente a la infinita variedad de supuestos que la práctica plantea.

Con esta doctrina, el Tribunal parece entender que existe en determinadas prácticas abusivas desarrolladas por empresas dominantes con grave perjuicio al interés general una especial antijuridicidad que justifica su tratamiento directo (sin pasar por la calificación desleal del acto) desde la LDC y el eficaz y cualificado procedimiento administrativo que contempla.

¹⁵⁶⁰. *Ibertex (1999)*, cit. supra, fund. 5.

¹⁵⁶¹. Cit. supra, fundamento 5.

Con todo, el fuerte contenido intervencionista de este instrumento de defensa del mercado aconseja un uso prudente de las posibilidades que de él se derivan. Cualquier exceso podría llevar a un grado contraproducente de intervención. No es difícil prever el alto grado de inseguridad jurídica a que podrían verse sometidas las empresas dominantes, si todos sus resultados pudieran ser fiscalizados y disciplinados por el ojo policial de la autoridad antimonopolio, con un celo excesivo por la concordancia de sus resultados con las políticas económicas del Estado. Podrá exigirse a las empresas dominantes un cierto grado de competitividad, que sometan sus conductas y resultados a la ley objetiva de la competencia; pero no está claro que se las pueda obligar de forma ordinaria a que ajusten sus conductas a las necesidades variables de las distintas políticas económicas, que sin duda ayudan también a definir el interés público en cada momento. Observa PETITBÒ que «... Las normas de defensa de la competencia se aplican a realidades económicas concretas y, en ocasiones, su análisis por las autoridades de defensa de la competencia puede conllevar cierta incertidumbre legal para los operadores económicos. Debe asegurarse el adecuado equilibrio entre la seguridad jurídica de las empresas y la protección efectiva de la competencia. Se trata de un problema complejo al que no debemos renunciar. ...»¹⁵⁶².

Quizá no sea casual que la aplicación del abuso explotativo haya comenzado en un momento en el que, con la llegada del euro, el Estado se ve privado de la política monetaria como mecanismo de actuación económica, y necesita por ello de cualquier instrumento que pueda ser útil para el control de las variables económicas. Al igual que ocurrió con la doctrina extrema de *Continental Can* (1973),

¹⁵⁶². PETITBÒ, AMADEU: "La defensa de la competencia", 318 *Economía Industrial*, 23 (1997/IV).

sería el particular marco económico que se inicia con la unión monetaria la que podría explicar esta nueva lectura del artículo 6 LEDC en nuestro Derecho. Recuerda PETITBÓ que «... La política de la competencia debe reelaborarse continuamente en respuesta a los cambios económicos que tienen lugar en el mundo contemporáneo. La Ley lo permite. Y deben aprovecharse todas las posibilidades de la Ley. ...»¹⁵⁶³.

VII) LA REFORMA DEL ARTÍCULO 6 LEDC Y LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA.

Con el artículo 4 de la Ley 52/1999 el legislador reforma el artículo 6 LDC. De una parte, en el punto primero del artículo 6 LDC, coloca, junto al supuesto clásico de la explotación abusiva de posición dominante (6.1,a LDC), una segundo supuesto de explotación abusiva de la situación de dependencia económica (6.1,b LDC) de muy difícil digestión. Y, de otra parte, el párrafo segundo del artículo 6 LDC ve añadidas dos nuevas y extensas letras f) y g) a los ejemplos de explotación abusiva tradicionales, que podían muy bien haberse excusado. Así el artículo 6.1 LEDC queda como sigue:

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

- a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
- b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el

¹⁵⁶³. Ibídem.

ejercicio de su actividad. 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.»

Y el artículo 6.2 LEDC añade estas dos nuevas letras:

«El abuso podrá consistir, en particular, en:

...

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 6 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.»

La doctrina considera esta reforma innecesaria y contraproducente¹⁵⁶⁴. Innecesaria porque, si la situación de dependencia económica se equipara a la de posición de dominio, estos supuestos ya pueden quedar englobados en el ámbito del abuso de posición dominante, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo¹⁵⁶⁵ y en las

¹⁵⁶⁴. En una línea muy crítica con este precepto BERENGUER FUSTER Y GINER PARREÑO que proponen la derogación de le enmendado ("Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia" Derecho de los negocios, 28 -marzo 2000). PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, JAIME: "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto, 205GJ, 33 y ss. -Enero/febrero 2000-; PASCUAL Y VICENTE, JULIO: "Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la competencia" 205GJ, 10, 19-20 (enero/febrero 2000).

¹⁵⁶⁵. Sobre todo si se admite la posición de dominio relativa definida por situaciones de dependencia (ver supra.).

resoluciones comentadas; y, si no es así¹⁵⁶⁶, la explotación de las situaciones de dependencia económica ya están tuteladas en el artículo 16.2 LCD, y además el Tribunal de Defensa de la Competencia también puede, en su caso, entender de estas situaciones por la vía del artículo 7 LDC que prohíbe el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en el mercado.

Y parece también contraproducente porque, a parte de enturbiar todavía más las relaciones entre la Ley de la Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia, ya de por sí difíciles, no viene sino a introducir confusión en los contornos del artículo 6 LDC y de la norma antiabuso que contiene. No parece que en un ordenamiento completo y cerrado como el español, la Ley de Defensa de la Competencia sea el lugar adecuado para la tutela directa de intereses privados. Es evidente que la Ley de la Competencia Desleal y el Derecho de obligaciones y contratos constituyen el lugar correcto para ello¹⁵⁶⁷.

Lo más probable es que, para salvar los numerosos problemas que va a plantear la reforma, el Tribunal de Defensa de la Competencia, si no quiere redefinir el actual método de definición de la posición dominante, se vea obligado a forzar la letra del artículo 6 LDC desde la interpretación sistemática y finalista a fin de sujetarla a las condiciones ya definidas del abuso, y evitar así que estos cuerpos extraños puedan acabar desvirtuando el conjunto de la defensa de la competencia.

¹⁵⁶⁶. Hay estudios económicos que sostienen la posibilidad de conductas abusivas que no se explican por la detentación de una posición de dominio, al menos, con el método y criterios como se evalúa en la actualidad, sino mejor por razón de las relaciones existentes entre las empresas. Así, por ejemplo, M. Glais & P. Laurent: *Traité d'Économie et de Droit de la Concurrence* (1983), especialmente capítulo I de la II parte; HOET, Peter: «Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire», 325 *Revue du Marché Commun*, 135, (mars 1989) -vid más cits. supra. Ver también FISHWICK, Francis: «Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and de EC», XXXIV/3 *The Antitrust Bulletin*, espec. 461 (fall 1989).

¹⁵⁶⁷. BERENGUER FUSTER Y GINER PARREÑO: *Ibidem*.

RELACIÓN DE SENTENCIAS, DECISIONES Y RESOLUCIONES

Tribunal de Justicia

- *ACNA, Cassella, ICI, Ciba Geigy* de 14 de julio de 1972, as. ac. 48-57/64, Rep. 619.
- *AEG-Telefunken* de 25 de octubre de 1983, as. 107/82, Rep. 3151.
- *Ahmeed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro* (sentencia *Tarifas aéreas*) de 11 abril de 1989, as. 66/86 (1989), Rep. 803.
- *AKZO c. Comisión* (sentencia *AKZO I*) de 24 de junio de 1986, as. 53/85, Rep. 1965.
- *AKZO Chemie BV & Altri c. Comisión* (sentencia *AKZO II*) de 23 de septiembre de 1986, as. 5/85, Rep. 2585.
- *AKZO Chemie BV c. Comisión* (sentencia *AKZO III*) de 3 de julio de 1991, as. C 62/86, Rep. 3359.
- *Alsattel c. Novasam*, de 5 de octubre de 1988, as. 247/86, Rep. 5987.
- *Ayuntamiento de Almedo* de 27 de abril de 1994, as. C-397/92, Rep. I-1477.
- *Basset c. SACEM* de 9 de abril de 1997, as. 402/85, Rep. 1.747
- *Beguelin* de 25 de noviembre de 1971, as. 22/71, Rep. 949.
- *Bilger c. Jehle* de 18 de marzo de 1970, as. 43/69, Rep. 127.
- *BMW Belgium* de 12 de julio de 1979, as. acs. 32-36-82/78, Rep. 2435.
- *BNIC c. Clair* de 30 de enero de 1985, as. 123/83, Rep. 391.
- *Bosman* de 15 de diciembre de 1975, as. C-415/93, Rep. I-5.040.
- *BP Nederland c. Commission* de 29 de junio de 1978, as. 77/77, Rep. 243.
- *BPB Industries y British Gypsum/Comisión* de 6 de abril de 1995, C-310/93 P, Rep. p. I-865.

- *British Leyland v. Comission* de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, Rep. 3263.
- *CBEM (telemarketing)* de 3 octubre de 1985, as. 311/84, Rep. I-3261.
- *Centhandelaren c. Comisión* de octubre de 1972, as. 8/72, Rep. 977.
- *Centrafarm* de 31 de octubre de 1974, as. 15/74, *Centrafarm c. Sterling*, consid. 41, y as. 16/74, *Centrafarm c. Winthrop*, Rep. 1147.
- *Centre Belge d'Etudes de Marché Telemarketing v. CLT* de 3 de octubre de 1985, as 311/84, Rep. 3261.
- *Centro Servizi Spediporto* de 5 de octubre de 1995, C-96/94, Rep. p. I-2883.
- *Compagnie Maritime Belge Transports c. Comisión y otros*, de 16 de marzo de 2000, as. 395-396/96 de Curia.
- *Compagnie Royale Asturienne des Mines S.A. et Rheinzink GmbH c. Comisión* de 28 de marzo de 1984, as. 29/83, Rep. 1.679.
- *Comptoirs de venta du charbon de la Ruhr* de 18 de mayo de 1962, as. 13/60, Rep. 165.
- *Coöperatieve Stremsel-en Kleurselafabriek c. Commission* de 25 de mayo de 1981, as. 61/80, Rep. 851.
- *Corinne Bodson v. Pompas Fúnebres des Regions Libérées SA* de 4 de mayo de 1988, as. 30/87, Rep. 2479.
- *Delimitis* de 28 de febrero de 1991, as. C-234/89, Rep. I-935.
- *Deutsche Grammophon GmbH c. Metro - SB- Grossmärkte GmbH* de 8 de junio de 1971, as. 78/79, Rep. 487.
- *DIP y otros* de 17 de octubre de 1995, as. acumulados C-140-141-142/94, Rep. p. I-3257.
- *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión* de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, Rep. 215.
- *Francia, Italia Reino Unido c. Comisión* de 6 de julio de 1982, as. ac. 188-190/80, Rep. 2545.
- *Franz Völk c. Etablissements Jol Vervaecke* de 9 de julio de 1969, as. 5/69, Rep. 302.
- *Frubo c. Comision* de 15 de mayo de 1975, as. 71/74, Rep. 653.
- *GB-Inno-BM NV v. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabakk (ATAB) (INNO c. ATAB)* de 16 de noviembre de 1977, asunto 13/77, Rep. I-2115.
- *General Motors v. Comission* de 13 de noviembre de 1975, as. 26/75, Rep. 1367.

- *Gøttrup-Klim y otros Grovwareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovwareseleskab AmbA* de 15 de diciembre de 1994, as. 250/92, Rep. I-5641.
- *Greenwich Film* de 25 de octubre de 1979, as. 22/79, Rep. 3.275.
- *Groupement des Fabricants des Papiers Peints de Belgique* de 26 de noviembre de 1975, as. 73/74, Rep. 1.491.
- *Grundig-Costen c. Comisión*, 13 de julio de 1966, as. ac. 56-58/64, Rep. 299.
- *Heintz van Landewyck (FEDETAB)* de 29 de octubre de 1980, as. ac. 208-215-218/78, Rep. 3.125.
- *Henn & Darby* de 14 de diciembre de 1979, as. 34/79, Rep. 3.795.
- *Hoffmann La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse MbH (sentencia Valium)* de 23 de mayo de 1978, as. 27/76, Rep. 1139.
- *Hoffmann La Roche & Co. AG v. Comisión (sentencia vitaminas)* de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, Rep. 461.
- *Höfner K. y Elser v. Macrotron* de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, Rep. I-2010.
- *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. C. Comisión (sentencia Hugin-Liptons)* de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, Rep. 1869.
- *Hydrotherm* de 12 de julio de 1984, as. 179/83, Rep. 299.
- *Instituto Chemioterapico Italiano SpA (ICI) & Commercial Solvens (CSC) c. Comisión* de 6 de marzo de 1974, as. acumulados 6 y 7/73, Rep. 223.
- *Intermills* de 14 de noviembre de 1984, as. 323/82, Rep. 1809.
- *Italia v. Comisión (sentencia British Telecommunications)* de 20 de marzo de 1985, as. 41/83, Rep. 873.
- *L'Oreal c. De Nieuwe AMCK* de 11 de diciembre de 1980, as. 31/80, Rep.3775.
- *Lucazeau* de 13 de julio de 1989, as. ac.110-241-242/88, Rep. 2811.
- *Maria Salonia c. Giorgio Poidomani* de Justicia de 16 de junio de 1981, as. 126/80, Rep. 1563.
- *Maxicar c. Renault* de 5 de octubre de 1988, as. 53/87, Rep. 6039.
- *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielle SpA* de 10 de diciembre de 1991, as. C-179/90 Rep. I-5889.
- *Metro c SABA I* de 25 de octubre de 1977, as. 26/76, Rep. 1875.

- *Miller International c. Comisión* de 1 de febrero de 1978, as. 19/77, Rep. 131.
- *Musique Diffusion Française* (sentencia «Pioneer») de 7 de junio de 1983, as. ac. 100-103/80, Rep. 1825.
- *Nederlandse Bandenindustrie Michelin v. Comisión (Michelin)* de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Rep. 3461.
- *Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie* de 10 de diciembre de 1985, as. 260/82, Rep. 3.801,
- *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs und Reitschriftenverlag GmbH & c. KG y otros* de 26 de noviembre de 1998, as. C-7/97, Rep. I-7791.
- *Parke-Davis and Co. c. Probel y otros* de 29 de febrero de 1968, as. 24/67, Rep. 69.
- *Poucet y Pistre v. Assurance Générales de France* de 17 de febrero de 1993, as. ac. C 159-160/91, Rep. I-637.
- *Pronuptia de Paris c. Schillgalis* de 28 de enero de 1986, as. 161/84, Rep. 353.
- *Radio Telefís Eireann (RTE e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión* (sentencia *Magill*) de 6 de abril de 1995, as. ac. C-241-242/91 P, Rep. I-743.
- *Remia c. Comisión*, 11 de julio de 1985, as. 42/84, Rep. 2545.
- *República Francesa y otros c. Comisión* de 31 de marzo de 1998, as. ac. C-68/94 y C-30/95, Rep. I-1375.
- *República italiana c. Consejo y comisión*, sentencia de 13 de julio de 1966, as. 32/65, Rep. 563.
- *Salonia* de 16 de junio de 1981, as. 126/80, Rep. 1563.
- *Sacchi* de 30 de abril de 1974, as. 155/73, Rep. 409.
- *SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol* de 19 de enero de 1994, as. C-364/92, Rep. I-43.
- *Sirena LRL c Eda SRL y otros* de 18 de febrero de 1971, as. 40/70, Rep. 69.
- *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm* de 30 de junio de 1966, as. 56/65, Rep. 235.
- *Stichting Sigarettenindustrie* de 10 de diciembre de 1985, as. acs. 240 .../82, Rep. 3.831.
- *Suiker Unie y otros* de 16 de diciembre de 1975, as. ac. 40-48-50-54-56-11-113-114/73, Rep. 1663.

- *Tetra Pak International c. Comisión* (sentencia *Tetra Pak II*) de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94, Rep. I5951.
- *Tournier* de 13 de julio de 1989, as. 395/87, Rep. 2521.
- *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission* de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, Rep. 237.
- *Volvo c. Veng* de 5 de octubre de 1980, as. 238/87, Rep. 6211.
- *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt* de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, Rep. 1.
- *Windsurfing International* de 25 de febrero de 1986, as. 193/83, Rep. 643.
- *Zuchner c. Bayerische Vereinsbank AG* de 14 de julio de 1981, asunto 172/80 (1981), Rep. 2021.

Tribunal de Primera Instancia

- *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión* de 1 de abril de 1993, as. T-65/89, Rep. II-392.
- *Coca-Cola Company & Coca-Cola Enterprises Inc. c. Comisión* de 22 de marzo de 2000, as. ac. T-125-127/97, *Coca-Cola Company & Coca-Cola Enterprises Inc. c. Comisión*, de Curia.
- *Compagnie maritime Belgue transports SA y otros c. Comisión* 8 de octubre de 1996, asuntos de acumulados T-24-25-26-28/93, Rep. II-1207
- *Dansk Pelsdyravlforening c. Comisión* de 2 de junio de 1992, T-61/89, Rep. II-1931
- *Gencor ltd, sociedad sudafricana c. Comisión* de 25 de marzo de 1999, as. T-102/96, Rep. II-2.
- *Hilti AEG v. Comisión* de 12 de diciembre de 1991, as. T 30/89, Rep. .II- 1441.
- *Hilti AG c. Comisión* de 4 de abril de 1991, as. T-30/89 R, Rep. II-163.
- *ITP (Magill)* de 10 de julio de 1991, as. T 76/89, Rep. 575
- *ITT Promedia NV c. Comisión* de 17 de julio de 1998, as. T-111/96, Rep. II-2937.
- *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión* de 10 de marzo de 1992, as. ac. T-68-77-78/89, Rep. II-1403.
- *Sotralenz, S.A., c. Comisión* de 6 de abril de 1995, as. T 149/89,
- *Tetra Pak International SA c. Comisión* (sentencia *Tetra Pak II*) de 6 de octubre de 1994, as. T-83/91, Rep. II-755.
- *Tetra Pak Rausing SA* (sentencia *Tetra Pak I*) de 10 de julio de 1990, asunto T-51/89, Rep. II-309
- *Tiercé Ladbroke S.A. c. Comisión* de 12 de junio de 1997, as. T-t04/93, Rep. II-923.

USA

CAPÍTULO UNDÉCIMO: JURISPRUDENCIA

- *Aluminium Co. Of America v. US*, 148 F. 2d 416, 427 (2d. Cir. 1945)
- *American Tobacco Co. et. al. v. U.S.*, 147 F. rd 3 (1944).
- *Aspen Sking Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 427 US 585 (1985).
- *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F. 2d 843 (6th Cir. 1979).
- *Colgate & Co. v. U.S.*, 250 U.S. 300 (1919).
- *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* 609 F2d 843 (6th Cir. 1979).
- *Fishman v. Est. of Wirtz*, 897 F.2d 520 (7th Cir. 1986).
- *Du Pont de Nemours v. US*, 253 JS. 586-593 (1957)
- *Eastern States Lumber Association v. US*. 234 U.S. 600 (1914).
- *Interstate Circuit, Inc., et al. v. U.S.*, 306 U.S. 208 (1939)
- *MCI Communications v. AT&T*, 708 F. 2d 1081 -7th Cir. 1983-, 464 US 891 (1983)
- *Otter Tail Power Co. v. US*, 410 US 366 (1973).
- *Standard Oil of New Jersey v. US*, 221 US, 221 US, 1, 75 (1911)
- *Terminar Railroad Association of Sentencia Louis v. U.S.*, 224 US 383 (1912).
- *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Corp. et al*, 346 U.S. 537, 542 (1954).
- *United Shoe Machinery v. US*, 110 F. Supp. 295, 342 (D. Mass. 1953).

SECCIÓN UNO: OTROS

- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION,
Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, April 6, 1995.

- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION: *US Department of Justice Merger Guidelines* de 14 de junio de 1984; texto sustituido por la versión revisada de 2 de abril de 1992, ahora revisada con fecha de 8 de abril de 1997 que diferencia entre *Horizontal Merger Guidelines* y *Non-horizontal Merger Guidelines*.

Comisión de la CE

Decisiones

- *ABC/Générale des Eaux/Canal Plus* de 10 de septiembre de 1991, DOCE C 244/5 de 19 de septiembre.
- *ABG c. Entreprises pétrolières opérant aux pays-Bas* de 19 de abril de 1977, DOCE L 117/1 de 9 de mayo.
- *Accor/Wagons-Lits* de 28 de abril de 1992, DOCE L 204/1 de 21 de julio.
- *Aérospatiale-Alenia/de Gavilland* de 2 de octubre de 1991, DOCE L 334/42 de 5 de diciembre.
- *Air France/Sabena* de 5 de octubre de 1992, DOCE 272/5 de 21 de octubre.
- *Alcatel/Telettra* de 12 de abril de 1991, DOCE L 122/48 de 17 de mayo.
- *B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd & Sealink Stena Ltd* de 11 de junio de 1992, Boletín CE nº 6-1992 punto 1.3.30.
- *BBI/BOOSEY & HAWKES* de 29 de julio de 1987, DOCE L 286/36 de 9 de octubre.
- *BMW Belgium* de 23 de diciembre de 1977, DOCE L 46/23 de 17 de febrero de 1978.
- *BPB Industries plc* de 5 de diciembre de 1988, DOCE L 10/50 de 13 de enero de 1989.
- *British Airways/Dan Air* de 17 de febrero de 1993, DOCE C 68
- *British Airways/TAT* de 27 de noviembre de 1992, DOCE c 326/16 de 11 de diciembre.
- *British Leyland* de 2 de julio de 1984, DOCE L 207/11 de 2 de agosto
- *British Midland c. Aer Lingus* de 26 de febrero de 1992, DOCE L 96/34 de 10 de abril.
- *British Telecommunications* de 10 de diciembre de 1982, DOCE L 360/36 de 21 de diciembre.
- *CAMPSA* de 19 de diciembre de 1991, DOCE C 334/23 de 28 de diciembre.

- *Cemento* de 30 de noviembre de 1994, DOCE L 343/1 de 30 de diciembre.
- *CEWAL, COWAC, UKWAL* de 23 de diciembre de 1992, DOCE L 34/20 de 10 de febrero de 1993.
- *Christian & Nielsen* de 18 de junio de 1969, DOCE L 156/12.
- *Coca Cola-Amalgamated Beverages* de 22 de enero de 1997, DOCE L 218 de 9 de agosto.
- *Comités de armadores frances y del África occidental* de 1 de abril de 1992, DOCE L 134 de 18 de mayo.
- *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971, DOCE L 7/25 de 8 de enero de 1972.
- *Decca Navigator System* de 21 de diciembre de 1988, DOCE L 43/27 15 de febrero de 1989.
- *Delta Airlines/Pan Am* de 13 de septiembre de 1991,
- *Deutsche Philips GmbH* de 5 de octubre de 1983, DOCE L 293/40 de 20 de octubre.
- *Du Pont/ICI* de 30 de septiembre de 1992, DOCE L 7/13 de 13 de enero de 1993.
- *ECS-AKZO I* de 29 de julio de 1983, DOCE L 252/13 de 13 de septiembre .
- *ECS-AKZO II* de 14 de diciembre de 1985, DOCE L 374/1 de 31 de diciembre.
- *Eurocheques uniformes* de 10 de diciembre de 1984, DOCE L 35/43 de 7 de febrero de 1985.
- *Eurofix-Bauco/Hilti* de 22 de diciembre de 1987, DOCE L 65/19 de 11 de marzo de 1988.
- *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG* de 14 de enero de 1998, DOCE L 72/30 de 11 de marzo.
- *Fiat Geotech/Ford New Holland* de 8 de febrero de 1991, DOCE C 118/14 de 3 de mayo de 1991.
- *Fibras ópticas* de 14 de julio de 1986, DOCE L 236/30 de 22 de agosto.
- *Ford-VW* de 23 de diciembre de 1992, DOCE L 20/14 de 28 de enero.
- *GEMA* de 2 de junio de 1971, DOCE L 134/15 de 20 de junio.
- *Gencor/Lonrho* de 24 de abril de 1996, DOCE L 11 de 1997.
- *General Motors Continental* de 19 diciembre de 1974, Doce L 29/14 de 3 de febrero de 1975.
- *GLV* de 29 de octubre de 1981, DOCE L370/49 de 28 de diciembre.
- *Gesellschaft zur Vermerkung von Leistungsschutzrechten c. Commission* de 29 de octubre de 1981, DOCE L 370/49 de 28 de diciembre.

- *ICI/Solvay* de 19 de diciembre de 1990, DOCE L 152/21 de 15 de junio.
- *Industria Europea del Azúcar* de 2 de enero de 1973, DOCE L 140/17 de 25 de mayo.
- *Irish Sugar* de 14 de mayo de 1997, DOCE L 258 de 22 de septiembre.
- *Johnson & Johnson* de 25 de noviembre de 1980, DOCE L 377/16 de 31 de diciembre
- *Kawasaki* de 12 de diciembre de 1978, DOCE L 16 de 23 de enero.
- *Kesko-Tuko* de 19 de febrero de 1997 DOCE L 174 de 2 de julio.
- *Magneti Marelli/CEAc* de 29 de mayo de 1991, DOCE L 222/38 de 10 de agosto
- *Mallas electrosoldadas* de 2 de agosto de 1989, DOCE L 260/1 de 6 de septiembre.
- *Michelin Países Bajos* de 7 de octubre de 1981, DOCE L 353/33 de 9 de diciembre.
- *Miller International* de 1 de diciembre de 1976, DOCE L 357/1 de 29 de diciembre
- *Napier Brown-British Sugar* de 18 de julio de 1988, DOCE L 284/41 de 19 octubre.
- *National Panasonic* de 7 de diciembre de 1982, DOCE L 354/28 de 16 de diciembre.
- *Nestlé/perrier* de 22 de julio de 1992, DOCE L 356/1 de 5 de diciembre.
- *Otto/Grattan* de 21 de Marzo de 1991, DOCE C 51/5 96/6.
- *Polypropylene* de 23 de abril de 1986, DOCE L 230/1 de 18 de agosto
- *Port de Rodby* de 21 de diciembre de 1993, DOCE L 55/52 de 26 de febrero.
- *Procter & Gamble/VP Schickedanz II* de 21 de junio de 1994, DOCE L 354/2 de 31 de diciembre.
- *Puerto de Rodby* de 21 de diciembre de 1993, DOCE L 55/52, de 26 de febrero de 1994.
- *Raymond-Nagoya* de 9 de junio de 1972, L 143/39 de 23 de junio
- *Re Zanussi Sp A Guarantee* de 23 de octubre de 1978, DOCE L 322/26 de 16 de noviembre.
- *Re Zinc Producer's Group* de 6 de agosto de 1984, DOCE L 220/27 de 17 de agosto.
- *Redland/AAH Holdings/British Coal* de 9 de julio de 1987, DOCE L 224/18 de 12 de agosto
- *Redoute/Empire* de 25 de abril de 1991, DOCE C 157/10 de 14 de junio.
- *Renault/Volvo* de 7 de noviembre de 1990, DOCE C 281/2 de 9 de noviembre
- *Saint Gobain-Wacker chemie-Nom* de 4 de diciembre de 1996, DOCE L 247 de 10 de septiembre.
- *Sea Containers c. Stena Sealink* de 21 de diciembre de 1993, DOCE L 15/8 de 19 de enero de 1994.
- *Tetra Pak I* de 28 de julio de 1988, DOCE L 272/27 de 4 de octubre.

- *Tetra Pak/Alfa Laval* de 19 de julio de 1991, DOCE L 290/35 de 22 de octubre.
- *Tetra Pak II* de 24 de julio de 1991, DOCE L 72/1 de 18 de marzo de 1992.
- *The Distillers Company Ltd.* de 22 de julio de 1980, DOCE L 233/43 de 4 de septiembre.
- *Torras/Sarrio* de 24 de febrero de 1992,
- *Varta/Bosch* de 31 de julio de 1991, DOCE L 320/26 de 22 de noviembre.
- *Vidrio plano de Italia* de 7 de diciembre de 1988, DOCE L 33/44 de 4 de febrero de 1989.
- *Vidrio Plano en el Benelux* de 23 de julio de 1984, DOCE L 212/13 de 8 de agosto.
- *Zoja c. CSC/ICI* de 14 de diciembre de 1972, DOCE L 299/51 de 31 de diciembre.

Otros

- *Memorandum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1 de diciembre de 1965*, Bruselas (Communauté économique européenne, collection «Etudes», série Concurrence, n° 3, doc. 8182/1/VII/1966/5), 1966.
- *Memorandum dirigido a las empresas ferroviarias* de 9 de marzo de 1990.
- *Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*. DOCE C 231/02 de 3 de septiembre de 1986.
- *Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 TCE*, DOCE C 372/04 de 9 de diciembre de 1997.
- *Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, DOCE C 39/6 de 13 de febrero de 1993.
- *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, DOCE C 372/03 de 9 de diciembre de 1997.
- *I, III, V, X, XV informes de la Comisión sobre la política de la competencia.*
- «*La politique européenne de concurrence*», 6 *Le Dossier de l'Europe*, (1985).

- *«Treinta años de Derecho Comunitario», Col. Perspectivas Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1981.*

Tribunal de Defensa de la Competencia

- *ACIMA c. Mutua Madrileña Automovilística* de 30 de julio de 1992, as. 309/1991.
- *Aeropuertos españoles* de 16 de noviembre de 1998, R 296/98.
- *Agencias Viaje Cataluña/Iberia* de 23 de febrero de 2000, as. r/406/99.
- *Airtel/Telefónica* de 26 de febrero de 1999, as. 413/97.
- *Aparejadores de Madrid* de 10 de julio de 1998, as. 397/1997.
- *Aparejadores de Madrid* de 10 de julio de 1998, as. 397/1997.
- *Aparejadores de Mallorca* de 28 de octubre de 1998, as. 410/1997.
- *Arbora Ausonia* de 22 de mayo de 1992, as. 291/90.
- *Arbora y Ausonia* de 22 de mayo de 1992, as. 291/90.
- *Armagós* de 24 de enero de 1995, R 97/1994,
- *Ayuntamiento de Madrid* de 19 de abril de 1996, as. R 151/96.
- *Bacardí* de 30 de septiembre de 1999, as. R 362/99.
- *Beyena* de 6 de septiembre de 1994, as. 347/94.
- *BT/Telefónica* de 21 de enero de 1999, as. 412/97.
- *Caja España de Inversiones* de 17 de febrero de 2000, as. r 405/99, 2046/99 del SDC.
- *Campsa* de 2 de marzo de 1991, as. 284/1990.
- *Castellana de ascensores c. Zardoya Otis y Giesa Schindler* de 5 de noviembre de 1992, as. 316/92.
- *C.O.A.M.* de 28 de julio de 1994, as. 339/94.
- *Cofradía de pescadores de Cariño* de 29 de julio de 1993, as. 329/1993.
- *Construciones y Contratas* de 30 de junio de 1997, as. R 220/1997.
- *Contenedores de Barcelona* de 2 de julio de 1996, as. R 159/96.
- *Cosmética selecta* de 24 del octubre de 97, as. r 288/97.
- *Cruz Roja Fuengirola* de 20 de marzo de 1998, as. 419/1997.
- *Denegación de venta ambulante* de 1 de abril de 1996, as. R 145/96.

- *Electra Avellana* de 7 de julio de 1999, expte 441/98.
- *Electra Caldense* de 19 de febrero de 1999, as. 427/98.
- *Eléctrica del Llémana* de 29 de septiembre de 1999, as. 442/98.
- *EMORVISA* de 30 de octubre de 1993, as. 325/1992.
- *Entrenadores de Fútbol* de 21 de febrero de 2000, as. R. 398/99.
- *Feria de Valencia* de 19 de abril de 1995, as. 343/1993.
- *Funerarias de Madrid 2* de 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995.
- *Funerarias de Madrid 3* de 23 y 30 de diciembre de 1997, 115/95.
- *Funerarias de Madrid* de 31 de mayo de 1995, R 112/95.
- *Gasolineras de Canarias* de 30 de julio de 1996, as. R 155/1996.
- *General Española de Librería* de 6 de noviembre de 1996, R 170/96.
- *Ibeco-Pegaso* de 20 de septiembre de 1995, as. R 129/95.
- *Igualatorio médico colegial* de 28 de julio de 1992, as. 305/91.
- *Instituto Catalán de Inspección y Control* de 16 de enero de 1997, as. r 173/96.
- *Interflora* de 29 de julio de 1999, as. 438/98.
- *Intertrace c. Telefónica* de 23 de noviembre de 1998, as. r 314/98,.
- *IMECOSA* de 1 de abril de 1992, as. 305/91.
- *ITV* de 30 de diciembre de 1993, as. 64/93.
- *Liga Nacional de Fútbol Profesional* de 10 de junio de 1993, as. 319/92.
- *Marmolistas de Fuengirola* de 21 de septiembre de 1993, as. 334/93.
- *Medicos Canarias* de 11 de abril de 1945, as. R 110/95.
- *ONLAE* de 28 de julio de 1992, as. A 27/1992.
- *Opciones de compra de equipos telefónicos* de 1 de octubre de 1993, as. 328/1993.
- *Parking 86 S.A* de 27 de octubre de 1992, as. 31/92.
- *Pompas funebres del Baix Llobregat* de 24 de enero de 1995, as. 1149/94, r 103/94.
- *Retransmisión TV fútbol extranjero* de 2 de septiembre de 1994, as. 310/1992.
- *Roca radiadores* de 28 de septiembre de 1995, as. 356/94.
- *Sabadell* de 18 de octubre de 1993, as. 58/93.
- *Seguridad Ceres S.A. c. Unión Española de explosivos S.A.* de 2 de noviembre de 1992, asunto A 28/92.

- *Servicio Renta Ágil* de 15 de noviembre de 1999, as. r. 377/99.
- *Tabacalera c. McLane España* de 26 de mayo de 1997, as. MC 21/1997.
- *Tabacos Canarias* de 23 de diciembre de 1996, as. MC 15/1996.
- *Talleres Landaluce* de 15 de julio de 1996, as. R 158/96.
- *Talleres Muñoz* de 2 de febrero de 1993, as. A 36/92.
- *Tandem-Ruta Sur* de 15 de diciembre de 1994, asunto R 79/1994.
- *Telefónica c. Ibertex* de 27 de julio de 1999, as. 394/97.
- *Teléfonos en Aeropuertos* de 1 de febrero de 1995, as. 350/1994.

MMC Británico

- «Cats and Dogs Foods», HC 447 (1977).
- «British Rail-Hoverlloyd», HC 374 (1981).

BIBLIOGRAFIA

- AAVV: *Le Robert micro*, nouvelle édition, Paris: Dictionnaires Le Robert, 1992.
- AAVV: *The American Heritage Dictionary*, Second college edition, Boston: Houghton Mifflin Company, 1991.
- ABELLÁN, Victoria /VILÁ, Blanca: *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, Barcelona: Ariel, 1995.
- ADELMAN, M.A.: «The Antimerger Act 1950-1960», 51 Am. Econ. Rev. (1961).
- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil I, vol. 2*, Barcelona: Bosch, 1996.
- ALLENDE SALAZAR /PELLICER /RUEDA: *Derecho de la Competencia*, t.I, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, Cop., 1987.
- ALONSO GARCIA, Ricardo: (a) "La aplicación de los artículos 85 y 86 por los órganos españoles" en *La Revista del Instituto Europeo*, n. 17 de mayo-agosto de 1990, págs. 437 a 478. (b) «Derecho de la Competencia» en *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid: Civitas, 1999. (c) «Competencia desleal y defensa de la competencia en España», 750 ICE 9 (1996).
- ALONSO UREBA, A.: (a) "La Competencia" (en la CEE). RDM 523 y ss (1981) y 523 (1984). (b) *Elementos de Derecho mercantil, O, Introducción (concepto, método y sistema)*. Albacete, 1990.
- AMPHOUX: *Cronique de jursiprudence (1990-1991)*, 5-6 *Cahiers de Droit Européen*, 689 (1991).
- ARAGÓN, Manuel: «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* Madrid: Civitas, 1996.
- AREEDA, Phillip /TURNER, D. F.: *The Anitrust Law. An analysis of antitrust principles and their application*, Boston: Little Brown, 1986.

- AREEDA, Phillip: *The Antitrust Law of the United States of America (A Study of Competition Enforced by Law)*, Boston/London: Little Brown (1990 con actualizaciones).
- AZEMA, J.: *Le Droit français de la concurrence*. París: Presses Universitaires de France, 1981.
- BADEM FULLER: «Article 86: Economic Analisis of the Existence of a Dominant Position», 4 *Eur.Law.Rev.* 423 (1979).
- BAEL, Ivo Van /BELLIS, Jean François: *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino: Giappichelli, 1995.
- BAEL, Ivo Van: (a) «Heretical reflections on the basic dogma of EEC antitrust single market integration» 10 *Revue Suisse du Droit International de la Concurrence*, 39 (1980); (b) «US and EEC antitrust development compared» 18 *Revue Suisse du Droit de la Concurrence*, 67 (1983).
- BAILEY: «Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy», 71 *American Economics Review* 178 (1981)
- BAIN, J.S.: (a) *Organizacion industrial*; Barcelona: Omega, 1963. (b) «Industrial Concentration and Antitrust Policy», en H.F. WILLIAMSON *The Growth of the American Economy*, 2ª de., New York, 1951.
- BALTROP, John: «Relationships between articles 85 and 86: Tetra Park», 13 *EIPR*, 31 (1991).
- BARBA DE VEGA, José: «El derecho protector de la libre competencia (Legislación y jurisprudencia durante los años 1975 y 1976)», *Actas de Derecho Industrial*, 129 (1977).
- BARNIKEL, Hans-Heinrich: «Abuse of Power by Dominant Firms: Application of the German Law», vol. XIV, n. 1 *Antitrust Bulletin*, 221 (1969).
- BAROUMMOS, F.F. Hall; y JAMES, J.R.: *EEC Anti-Trust Law: Principles and Practice*, Londres: Butterworths, 1975.
- BAUMBACH/HEFERMEHL: *Wettbewerbs und Warenreihenrecht*, München, 1983.
- BAUMOL, Willian J. – PANZAR, John C. – WILLIG, Robert D: (a) «On the Theory of Perfectly-Contestable Markets» en JOSEPH E. STIGLITZ & G. FRANK MATHEWSON: *New Developments in the Analysis of Market*

- Structure*», London: Mcmillan press, 1986. (b) *Constestable Markets and the Theory of industry Structure*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.
- BAUR, J.: «Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach Sektion 26 Abs. 2 Satz 2 GWB» BB 1589 (1974).
 - BAXTER, William F.: (a) «Responding to the Reaction: the Draftsman's View», en *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics*, American Bar Association, 305 (1984). (b) «Half-Slave, Half-Free» , en *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics*American, American Bar Association, 477 (1984).
 - BAYLOS: *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas, 1993.
 - BELLAMY, Christopher /CHILD, Graham: *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*. Madrid: Civitas, 1992.
 - BENTIL, John K.: «Control of the abuse of nonopoly power in EEC business law», vol. 12, n. 1 *Common Market Law Review*, , february, 1975.
 - BERCOVITZ, Alberto y Rodrigo: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid: Tecnos, 1987.
 - BERCOVITZ, Alberto: (a) "La formación del Derecho de la Competencia", en *Actas de Derecho Industrial*, Madrid 1975. (b) "Crisis económica y Derecho de la Competencia" en *ADI*, 1984-1985, págs. 185 (c) «Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea», 327 en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por Garcia Enterría/Gonzalez Campos /Muñoz Machado, Madrid, 1986, tomo II, capítulo XXV.
 - BERENGUER FUSTER, Luis /GINER PARREÑO, César A.: «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia» 28 *Derecho de los negocios* (marzo 2000).
 - BERENGUER FUSTER, Luis: «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la LDC» D-29 *GJCE* (septiembre 1998).
 - BERNINI, G.: (a) *Un pecolo di filosofia antitrust*. Bologna: Cooperativa Libreria Union, 1992. (b) «Les règles de concurrence» en *Trente ans de Droit communautaire, Perspectives europeennes*, Bruxelles/Luxemburg: Commission des Communautés Européennes, 1982.
 - BIANCHI: «Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen», 60 *revue d'économie industr.* 7 (1992).

- bienayme, ALAIN: «L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision : Concurrence et exploitation abusive d'une position dominante» *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 64 (1972).
- BILEY: *Contestability and the Design of Regulatory and antitrust Policy*, 71 *American Economics Review* 178 (1981).
- BISHOP, William: «Price Discrimination under Article 86; Political Economy in the European Court», *MLR* (1981).
- BLAISE, Jean Bernard: (a) «Droit de la Concurrence», *Revue Trimestrelle du Marché Commun* 64 (1985). (b) «Droit de la Concurrence"», 4 *Revue Trimestrelle de Droit Européen* 671 (1987).
- BODOFF, J.: «Competition policies of the US and the CEE», 1 *ECLR*, 51 (1984).
- BOLZÉ, Christian: «Abus de posicion dominante», 1 *Repertorie Dalloz de Droit Communautaire*, 6 (1992).
- BONET: «Abus de position dominante et droits sur les créations: une evolution inquiétante de la jurisprudence communautaire?», en *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: LITEC, 1993.
- BORK, Robert H.: *The Antitrust Paradox: A Policy at war with Itself*. New York: Basic Books Publishers, 1978.
- BOULOUIS J. et CHEVALLIER, R.M: *Les grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, t. I, Paris: Sirey, 1978.
- BOURGEOIS, J.H.H.: «Antitrust and Trade Policy: a Peaceful Coexistence?. A European Community perspective» en vol. 17, n. 3 *International Business Lawyer* (Seccion on Business Law of the International Bar assotiation) 58 a 67 y 115 a 122 (1989).
- BOURGOIGNIE, Th / GILLARDIN, J.: (a) *Droit des consommateurs*; Bruxelles: Publications des Facultés univesitaires Saint-Louis, 1982. (b) «Droit el politiques communautaires de la consommation: de Rome á Ambsterdam» 3 *Revue Européenne de Droit de la Consommation* (1997).
- BRAUN, Antonie /GLEISS, Alfred /HIRSCH, Martin: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1967.
- BROKELMANN, Helmut: «Las negativas de suministro en el Derecho de la competencia comunitario español», B-125 GJ 5 (julio-agosto, 1997).

- BRUGES WEEK: *Regulating de Behaviour of Monopolies and Dominant Undertakings in Community Law*. Bruges: Jaques Van Damme, 1977.
- BURGBACHER, Hans Gerwin: «Problemas de derecho comunitario y de Derecho alemán de defensa de la competencia: art. 86», 138 Información Comercial Española (ICE), octubre de 1987.
- BURKI: *Le problème de l'abus de positions dominantes des grandes entreprises dans le Marché commun*. Berna: Herbert Lang, 1968.
- BURNINGHAM, David /BENNETT, Paul /CAVE, Martin /HERBERT, David /HIGHAM, David: *Economía*. Madrid: Pirámide, 1991.
- BURST, Jean Jaques /KOVAR, Rovert: *Droit de la concurrence*. París: Economica, 1981.
- CADIEUX, jean-louis /ROUAN, Claude: «La política de la competencia, una piedra angular de la construcción europeal» Información Comercial Española, 97 noviembre-diciembre de 1985.
- CALLMANN, Rudolph.: *The Law of Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*. Wilmette, III, Cllaghan (con suplemento del 1996).
- CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luís /FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: (a) «Reflexiones en torno al concepto y funciones del derecho de la competencia», B-85 Gaceta Jurídica de la CEE, 13 junio de 1993. (b) «Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación», Revista General del Derecho, de 3379 abril de 1993.
- CANELLOS, Peter C. / SILVER, Forst S.: «Concentration in the Common Market», vol. VII, n. 2 Common Market Law Review, january de 1970.
- CARDON y HERBERT: «Evolución reciente de la notio d'abus de position dominante». 719 Document de travail CRIDE, Lovaina, 1971.
- CASAS PARDO, José: *Curso de economía*. Madrid, 1981.
- CASES PALLARÉS, Lluis: “La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia”, 639 Revista General del Derecho (diciembre, 1997)
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral* 12 ed. Madrid, 1978.

- CASTAÑEDA, J.: *Lecciones de teoría económica*. Madrid: Fundación fondo para la investigación económica y social de la Conferencia Española de Cajas de Ahorro, 1991.
- CASTELL BORRAS, Brigitte: *La defensa de la competencia en la CEE: el artículo 85 del tratado de Roma*. Barcelona: Praxis SA, 1986.
- CATALANO, Nicola: (a) «Rapports entre les règles de concurrence établie par le traité Comunidad Económica Europea et la législation des Etats membres», RIDC 269 (1963). (b) *Manual de derecho de las comunidades europeas*. Madrid: Instituto para la Integración de América Latina, 1966. (original francés: *Manuel de droit des Communautés Européennes*. Dalloz, Sirey. Paris, 1965. (c) *Principios de Derecho Comunitario*; Madrid: Tecnos, 1988.
- CEREXHE, ET.: «L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Comission», 3 Rev. Cahiers de Droit Européen, 272 (1972).
- CHAMBERLIN, Edward H.: *The theory of monopolistic competition: a re-orientation of the theory of value*, Cambridge: Harvard, 1946.
- CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DU PARIS: «Les abus de position dominante (Le Droit Français et le Droit Européen)» Etudes et documents, Serie générale, 1973.
- CHAVANNE: "Nota a la sentencia Sirena", RTDE, 1971.
- CISE, Van: "Antitrust past-present-future" vol. xxxv, n° 4 The Antitrust Bulletin (winter 1990).
- CLARK, : (a) «Toward a concept of workable competition» XXX núm. 2 The American Economic Review, 1 (1940). México, 1967. (b) *Competition as a Dinamic Process*, capítulos 2 y 3, Washington D.C.: Brookings Institution, 1961
- CRAFT, Perry A.: «State Consumer Protection enforcement: Recent Trends and Developments.», vol. 59, n. 3 Antitrust Law Journal, 997 (1990-91),
- DAMME, VAN J.- GUERRIN, M., *La réglementation de la concurrence dans la CEE*, París: P.U.F., 1974.
- DAMME, Van Jacques: (a) "La mise en euvre des articles 85 et 86 du traité de Rome", Cahiers de Droit Européen, n. 2 y n. 4 de 1966, págs. 35 y págs. 402; n. 1 de 1967, págs. 49 (b) "L'affaire Continental Can". Rev.: CDE, n. 1-2 1974, págs 112 (c) "Stratégies de compétitivité et politique de concurrence", Revue du Marché Commun, n. 220 de octobre de 1978, págs. 431 (d) "La politique de la concurrence

- dans la communauté européenne" en Reflets et perspectives de la vie économique, n. 3, Bruxelles, 1979, págs. 177 a 185. (e) *Le droit de la concurrence dans la CEE*. Bruxelles, 1975.
- DARGALLO NIETO, M.: «El abuso de posición dominante derivado de la aplicación de una norma de Derecho público interno», 35 Noticias CEE 141 (1987).
 - DASHWOOD, Alan: «New Light on Art. 86 in the banane case», 3 ELR, 314 (1978). Note on case 27/76 United Brands.
 - De CASTRO BRAVO, F.: *Temas de Derecho civil*, 1976, pág. 141.
 - DE ROUX, Xavier / VOILLEMENT, Dominique / BUDET, Emile: *Le Droit de la concurrence de la CEE*; París: Gide, Loyrette, Nouel, 1988.
 - DELAMARTER, Richard Thomas: *Big Blue: IBM's Use and Abuse of Power*, New York: Dodd Mead Co., 1986.
 - DEMSETZ, Harold: (a) «La economía como una guía para la regulación antitrust», 18 Cuadernos Económicos de ICE (1981». (b) *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Madrid: Alianza Editorial, 1986.
 - DENOZZA, Francesco: *Antitrust: Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*. Bologna: Il Mulino, 1988.
 - DERINGER, Arved: (a) «Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité", Revue du Marché Commun de 1962 y 1963, 1964, 1965, 1966, 1967. (b) *The Competition Law of the EEC*, La Haye: Martinus Nijhoff, 1961. (c) *Einzelwirtschaften und für Einzelwirtschaftspolitik*, 1971.
 - DHAEYER, Berndard / THILMANY, Jean: «La protection du consommateur et le droit antitrust européen» 1 Revue Trimestrielle de droit européen, 223 (janvier-mars, 1978).
 - DHAEYER: (a) «L'interpretation de l'article 86 du Traité de Rome à la lumière de l'affaire Continental Can», Ann. Dr et Sc. Pol., 277 (1974). (b) «Comentando la decisión de la Comisión en Continental Can», JCP 2452 (1972); 164 RMC, 145 (abril, 1973). (c) «Le concept d'abus», La Semaine de Bruges, 324 (1977).
 - DÍEZ HOCHLEITENER: «Las políticas sectoriales de la Unión. Del perfeccionamiento a la innovación competencial de la Unión Europea: las políticas sectoriales de investigación, industria, grandes redes, protección de los

consumidores, educación y cultura” en *España y Tratado de la Unión Europea, una aproximación al Tratado elaborada por el equipo español en las conferencias intergubernamentales sobre la unión política y la unión económica y monetaria*, Madrid: Codex, 1994.

- DIEZ MORENO, Fernando: «El abuso de posición dominante: el artículo 86 del Tratado de la CEE», 29 noticias CEE 31 (1987).
- DÍEZ PICAZO, Luís María: «Reflexiones sobre la idea de Constitución europea», vol. 20, nº 2 Revista de instituciones europeas, 533 (mayo-agosto- de 1993).
- DÍEZ PICAZO, Luis: «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», DJ 1332 (1974).
- DOMINGUEZ GARCIA, M.A.: «La eventual aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta» 14 Revista del Instituto Europeo (mayo-agosto 1987).
- DUBOIS, Jean Pierre: *La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE*, Paris: Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation, 1968).
- DUNNING, J.H.: «Multinational enterprises, market structure, economic power and industrial structure», JWTL (nov.-dec, 1974).
- EDWARDS: *Big Business and the Policy Competition*; Cléveland 1956.
- EHLERMANN, Par C.D.: (a) «Managing Monopolies: The role of the State in controlling market dominance in the EC», 14 ECLR 61 (b) «Politique actuelle de la commission en matière de concurrence», 371 Revue du Marché Commun et de l'Union Européene «septembre-octobre 1993).
- EIGER, Lawrence H.: «Private Consumer Substantive and Procedural Remedies under the Antitrusts Laws» en Papers from the 1970 ISBA-CBA Antitrust Section Symposia, vol. XV, n. 2 The Antitrust Bulletin (1970).
- ELLIG, Jerome: «Untwisting the strands of Chicago antitrust», vol. XXXVII, n. 4 en The Antitrust Bulletin (winter 1992).
- EMMERICH, Volker: *Kartellrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 1982.
- EOVALDI, Thomas L.: «Private Consumer Substantive and Procedural Remedies under State Law» en Papers from the 1970 ISBA-CBA Antitrust Section Symposia, vol. XV, n. 2 The Antitrust Bulletin (1970).

- ESCH, B. Van Der: (a) «EEC rules: basic principles and policies aims» 2 *Legal issues of european integration* 75 (deseMBER, 1980). (b) «Non economic boycott and the arts. 7, 85 and 86 of the EEC Treaty» en 46 y 1 *NTIR*, 1, 11 (1977).
- EVANS, A.C.: «European Competition Law and Consumers: the art. 85.3 exemption», vol. 2, n.4 *European Competition Law Review*, 425 (1981).
- FABRE, Gerard: *Concurrence, distribution, consommation*. Paris: Dalloz, 1983.
- FEJO, Jens: *Monopoly Law and Market*, Boston: Kluwer, 1990.
- FELLNER, W.: *Oligopolio. Teoría de las estructuras de mercado*. México: Fondo de cultura económica, 1953.
- FERNÁNDEZ DE LA GARANDA en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid: Cívitas, 1994
- FERNANDEZ NOVOA, C.: (a) «Significado y delimitación del mercado relevante (comentario a la sentencia 85/76 Holfmann-LaRoche c. Comisión)», ADI 247 (1979-1980). (b) «Un hito en la historia del D. de la competencia. Centenario de la Sherman Act» 2 *Derecho Negocios*, 15 (1990).
- FERNANDEZ-LERGA GARRALDA, Carlos: (a) «El abuso de posición dominante en la CEE: el artículo 86 TCEE», 18 *Gaceta Jurídica de la CEE*, 2 (julio, 1986). (b) *Derecho de la Competencia*, Pamplona: Aranzadi, 1994.
- FIKENTSCHER, Wolfgang: (a) *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München/Berlin, 1958. (b) «Las tres funciones del control de la economía», 171 *Revista de Derecho Mercantil* 482 (enero-marzo Madrid)
- FINE, F.B.: «Consumer Guarantee under EEC Competition Law: New Reason for Concern» 32 *World Competition*, 47 (Genève,1988).
- FISCHER, Stanley / DORNBUSCH, Ridiger: *Economía*, México: Macgraw-Hill, 1985.
- FISHWICK, Francis: (a) «Definition of monopoly power in the antitrust policies of the United Kingdom and the European Community», vol. XXXIV, n. 3 *Antitrust Bulletin* (Fall, 1989). (b) *Making sense of competition policy*, London: BGK, 1993.
- FLINT, David: «Abuse of a Collective Dominant Position» 2 *Legal Issues of European Integration* 21 (1978).
- FLYNN, John J.: «Legal reasoning, antitrust policy and the social 'science' of economics» vol. XXXIII, nº 4 *the Antitrust Bulletin*, winter 1988.

- FOCSANEANU, Lazar: (a) «La jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes en matière de concurrence (articles 85 et 86 du Traité de Rome)», en *Revue de Marché Commun*, n^{os}.: 184 de avril de 1975, pags. 158; 253 de janvier de 1982, pags. 30; 257 de may de 1982, pags. 272; 261 de novembre de 1982, págs. 555 (b) «L'abus de position dominante», 190 *Revue du Marché Commun*, (nov. 1975). (c) VIII «Marché des produits en cause et Marché à prendre en consideration», 191 *RMC*, dec. 1975. (d) «Première application de l'art. 86 par la commission de la CEE», en 149 *Revue du Marché Commun*, decembre de 1971. (e) «L'art. 86 du traité de Rome et la décision “Continental Can Company” de la Comission: une interpretation contestable d'un texte mauvais», la semaine juridique 2452 (1972). (f) «Nota a la deción Continental Can», *JCP* 972. (g) «Comentario a la sentencia» *RMC* 145 (1973). (h) IX «Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'herméneutique de la Cour», 192 *RMC* (jan. 1976). (i) X «Mise au jour et bibliographie sommaire», 194 *RMC* (mars 1976). (k) «Le droit de la concurrence de la CEE et le droit antitrust des EEUU» 82 *Revue du Marché Commun* 332 (1965).
- FONSECA MORILLO, Francisco / MARTIN BURGOS, Juan: «La Unión Europea génesis de Maastricht» 19 *Revista de instituciones euorpeas* 517 (1992).
- FONT GALAN, Juan Ignacio: (a) «Competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia en el marco de la ley de prácticas restrictivas de la competencia» en 146 *RDM* 519 (1977). (b) «El concepto de empresa relevante en el derecho de la competencia de la CE. Exposición y crítica» 29 *Noticias de la CEE* 39 (junio, 1987). (c) *El régimen de la competencia en la CEE*, Sevilla, septiembre de 1981. (d) *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986. (e) *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Madrid: Tecnos, 1987.
- FONT RIBAS, Antoni: "Comentari d'urgència a la Llei de Defensa de la Competència" 4 *Revista Jurídica de Catalunya*, (1990).
- FONTAINE, M.: «Regulación de acuerdos entre empresas y modelos de competencia en el sector privado», en *Les Ententes et le Marché Commun*, Paris: Dalloz

- FOURNIER, GIPPINI: «"Essential Facilities" y la aplicación del art. 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner» 205 GJ 77 (ener./febr. 2000).
- FOX, Eleanor: *Abuse of Dominant Position under the Treaty of Rome. A Comparison with US Law*. New York: Fordham Corporate Law Institute Barry Hawk, 1983.
- FOY, C.: «CEE. Le sort des arts. 85 et 86 du traité CEE et le contrôle des concentrations» 503 Droit et Affaires 61 1991.
- FRANCESCHELLI - PLAISANT - LASSIER: *Droit europeen de la concurrence*. París: J. Delmas, 1966.
- FRAZER, Tim: *Monopoly, Competition and the Law: the regulation of business activity in Britain, Europe and America*, Susse: Weatsheaf Books, 1988.
- FRIGNANI, Aldo / WAELBROECH, Michel: (a) *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli: Jovene editore, 1983. (b) *Derecho europeo de la competencia* Barcelona: Bosch, 1998.
- FUGATE, Wilbur L.: «The Common Market and the US Antitrust Laws», vol. VIII, n. 4-5 The Antitrust Bulletin 919 (sept-dec. 1963).
- FULLER, Charles Bade: (a) «Article 86 EEC. Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position», *European Law Review*, 423 (1979). (b) «Le controle des Monopoles dans la CEE.» 4949 *Journal de Tribunaux* 217 (1976).
- GALAN CORONA, Eduardo: (a) *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Madrid: Montecorvo, 1977. (b) «La reforma de la ley alemana contra restricciones de competencia de 4 de agosto de 1973», RDM 255 (1974).
- GALBRAITH; Jonh Kenneth: *American Capitalism*, Boston: Houghton Mifflin, 1952
- GAMM, O.F. von: «Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigen Diskriminierung: Ein Deitrag zum Spannungsverhältnis von GWB und UWG» NJW 2489 (1980)
- GARCIA DOMINGUEZ, I.: «Notas sobre el principio de competencia mercantil desde la perspectiva jurídica y económica». 72 *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 7 (1986-1987).
- GARRIGUES, Joaquin: *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1964.

- GAVALDA, Christian / PARLEANI, Gilbert: (a) *Droit communautaire des affaires*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1988. (b) *Droit des affaires de l'Union Européenne*», Paris: Litec, 1998.
- GERVEN, Van Walter: *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*; Bruxelles: Bruillant, 1966.
- GERVEN, Van: *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*; Bruxelles: Ed. Bruillant, 1966.
- GIDE, Pierre /LOYRETTE, Jeaan /NOUEL, Philippe: *Dictionnaire du Marché Commun (Le Droit de la Concurrence)*, Paris, Joly,1992.
- GILSTRA: *Competition Law in Western Europe and the USA*, Denver (Netherlands)-Boston (USA): Kluwer Law and Taxation Pulbishers, 1990
- GIPPINI FOURNIER: «"Essential facilities" y la aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner» 205 GJ 88 (ener./febr. 2000).
- GLAIS, Michel / LAURENT, Phillip: *Traité d'économie et de droit de la concurrence*. París, 1983.
- GLAIS, Michel: (a) «La jurisprudence récente (articles 85 et 86) de la Comission européenne de la concurrence à l'épreuve de la théorie économique», 56 Revue d'économie industrielle 101 (1991). (b) «Les concepts de relevant market et de dépendance économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome», RMC 135 (1989).
- GLEISS, A., *Diritto comunitario della concorrenza*, Milan: Giuffrè, 1968.
- GOFFIN: "Concentration et abus de puissance dominante", J.T. 30 (1974).
- GOLDMAN, berthold / LYON-CAEN, Antoine / VOGEL, Louis: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1994.
- GOLDMAN, Berthold / LYON-CAEN, Antoine: *Derecho comercial europeo*. Madrid: Banco Hispano Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1984. (ORIGINAL: *Droit Commercial Européen*, Paris: Dalloz, 1983).
- GOLDMAN, Berthold: *Droit commercial européen*, troisième édition, Paris: Dalloz, 1975.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio: «Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE», V Actas de Derecho Industrial 67 (1978).

- GONDRA, Rafael: *Derecho Mercantil*, T. I, vol. I. Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ DE LENA: «La situación hasta Maasticht» en *España y el Tratado de la Unión Europea, una aproximación al Tratado elaborada por el equipo español en las conferencias intergubernamentales sobre la unión política y la unión económica y monetaria*, Madrid: Colex, 1994.
- GOYDER, D.G.: (a) *EEC competition law*, Oxford: Clarendon, 1988. (b) *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge-Londo-New York: Cambridge University Press, 1980
- GRAUPNER: *The rules of competition under the EEC. A study of the substantive on a comparative basis*. La Haye: Martinus Nijhoff, 1965.
- GREEN, N.: «Art. 85 in perspective: Stretching jurisdiction, narrowing the concept of a restriction and plugging a few gaps» 9 ECLR 190 (1988).
- GRIESBACH, Bernard: «The German Policy on Competition Within the Scope of General Economic Policy», vol. XIV, n. 2 Antitrust Bulletin (1969).
- GROEBEN, Van der H.: (a) «La politique de concurrence dans la CEE». 7-8 Suppl. Boletín (julio-agosto 1961). (b) ««Prospective di una politica economica e della concorrenza della CEE», I Riv. Dir. Ind. 21 (1963). (c) «La concurrence comme principe régulateur du Marché Commun», Reflects et perspectives 101 (avril 1964). (d) «La politique de concurrence, partie integrante de la politique économique dans le Marché Commun». (Discurso pronunciado ante el Parlamento en junio de 1965. Traducido al español en 8 Boletín de la CEE 5 (agosto de 1965) y en 1 Revue Trimestrelle de Droit Européen (1965.) (e) «La función de la Competencia en el Mercado Común» 8 Bull. CEE (1965). (f) «La politique de la concurrence dans la CEE», *Les Nouvelles*, 795 (1988).
- GROUP D'ETUDE 1965-1967: *Les monopoles dans le Marché Commun (l'article 37 du traité de Rome)*. Milano: Giuffre, 1968.
- GUAL DALMAU, M. A.: «Discriminación y abuso de posición de dominio: jurisprudencia por transición» 583 Revista General del Derecho 2547 (abril, 1993).
- GUAL, Jordi: «Perspectivas de la política de la competencia en al Unión Europea», 206 GJ 95 (marzo/abril 2000).
- GÜNTHER, Everhard: (a) «Le Bundeskartellamt et la politique allemande de la Concurrence» 30 Les cahiers de l'ILEC 8 (1969). (b) «Ten Years of the German Federal Cartel Office: Review of Pasta and Future Trends» vol. XIII, n. 4 The

- Antitrust Bulletin 1435 (1968). (c) «The significance of the concept “to take improper advantage of a dominant position” within the common market or within a substantial part of it», en Common Market Reports 9095.
- GUYENOT, Jean. / D'VEEGNEE, Christian.: (a) «The continental Case», 3 Anglo-American Law Review 244 (1974). (b) *European antitrust law*, París, 1973.
 - GUYENOT, Jean: (a) *Droit antitrust européen*: Québec, 1973. (b) *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris: Économic, 1976. (b) «La décision Continental Can. Applicabilité de l'article 86 du Traité de la CEE á un groupe de sociétés en position dominante ou la naissance du droit antitrust euroéen», 28-30 Gazette du Palais (janvier de 1973).
 - GYSELEN, L / KYRIAZIS, N.: «Article 86 TCE EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited», 11 ELR, 134 (1986).
 - HACKER, R.B.: «Art. 86: Some Recent Developments – I» 130 NLJ 40 (1980).
 - HANH, von: Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, en BB, 1959.
 - HAWK, Barry E.: (a) *United States, Common Market and International Antitrust: a comparative guide*. Englewood Cliffs (N.J.): Prentice Hall, 1985- . (b) «The american (antitrust) revolution: lessons for the EEC?», 9 ECLR 53 (1988) y 25 Revue Trimestrelle de Droit Européen 5 (1989).
 - HAYECK, F.A. von: *The road to Serfdom*, Chicago, 1994
 - HENRY CAMPBELL BLACK: *Black's Law Dictionary*, sixth edition, St. Paul, minn.: West Publishing co., 1990.
 - HERTIG, G.: *Le rôle du consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux Etats Units et dans la CEE*. Lausana: Payot, 1984.
 - HINOJOSA MARÍNEZ, L.M.: «Los precios predatorios y l Derecho de la Competencia europeo», vo. 20, n° 1 Revista de Instituciones Europeas, enero/abril de 1993.
 - HOET, Peter: «Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire: Sur la surestimation de la délimitation du marché en cause dans la détermination de la position dominante de l'article 86 du traité CEE» 325 Revue du Marché Commun 135 (mars 1989).
 - HOLLEY, D.L.: «The developping areas of EEC competition law» 1 The International Confort 19 (1980).

- HOPPMANN, E./ MESTMÄCHER, E.J.: *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1974
- HOPPMANN, E.: "Zum Schutzobjekt des GWB: Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion", en MESTMÄCHER: *Wettbewerb als Aufgabe: Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Bad Homburg, 1968.
- HORSPOOL, Margot/KORAH, Valentine: «Competition» 2 The Antitrust Bulletin, summer, 1992.
- HOUSSIAUX, J.: (a) *Le pouvoir de monopole*, Paris: Sirey, 1958. (b) *Concurrence et Marché Commun*, París: Génin, 1960.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: (a) «La legislación española sobre la competencia y su adaptación a la normativa de la CEE». 29 Noticias CEE 93 (1987). (b) «El control de las concentraciones económicas en la ley 16/89 de Defensa de la Competencia» 66 Noticias de la CEE 25 (1990).
- IMMENGA, U.: (a) «A propos de l'évolution du Droit Allemand des ententes», 3 Revue Internationale de Droit Economique (1994). (b) «La notion de dépendance selon le Droit Allemand. Méthode d'interprétation et expériences», DPCI, 724-726 (1987).
- JACOBS, D.M.: "Competition Law" 5 Business Law Review 31 (1984).
- JACQUEMIN, Alex /TULKENS, Henry: *Fondements d'économie politique* (deuxième édition), Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1988.
- JACQUEMIN, Alex: (a) «Stratégies d'entreprises et politique de la concurrence dans le Marché Unique Européen», 57 Revue d'Economie Industrielle 7 (1991). (b) «The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the US and the EEC», vol. 7, n. 2 Common Market Law Review 205 (avril 1970). (c) *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*. Barcelona: Hispano europea, 1980. (d) «Abuse of dominant position and changing european industrial structure». 741 Document de Travail CRIDE (1974). (e) «The criterion of economic performance in the antitrust laws of the US and the EEC», CMLR 205 (avril 1970).
- JEANET: "Lumière sur la notion d'exploitation abusive de position dominante?". JCP I 2576 (1973).

- JENNY, F.: «Droit européen de la concurrence et efficience économique» 63 *Revue d'économie industrielle* 193 (1 trimestre de 1993).
- JIMENEZ SANCHEZ, G. y otros: *Derecho Mercantil*. Barcelona, 1990.
- JOLIET, René: (a) *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of American and European Approaches to the Control of Economic Power*. La Haye: Martinus Nijhoff, 1970. (b) «Monopolization et abuse de position dominante (essay comparative sur l'article 2 du Sherman act et l'article 86 de traité de Rome)» 4 *RTDE* 645 (1969). (c) «La licence de marque et le droit européen de la concurrence» 1 *Revue Trimestrelle de Droit Européen* 1 (1984). (d) *The rule of reason in antitrust Law. American, German and Common Market Laws in comparative perspectives*, La Haye: Martinus Nijhoff, 1967
- JONES, Ch. /WOUDE, Van Der M. /LEWIS, X.: *EEC Competition Law Handbook*, London: Sweet and Maxwell, 1991.
- JONES, Christian / GONZÁLEZ DÍAZ, Enrique: *The EEC Merger Regulation*, London: Sweet&Maxwell, 1992.
- JONES, R.T.: (a) «Droit antitrust américain et droit européen de la concurrence. Etude comparative», *Revue du Marché Commun* 20 (1975). (b) «American Antitrust and EEC Competition Law in Comparative Perspective» 90 *Law Quaterly Review* 191 (1974).
- JONES/GONZÁLEZ: *The EEC Merger Regulation*, London: Sweet&Maxwell, 1992
- KARTTE, W.: «Problèmes actuels de la puissance d'achat en Allemagne fédérale du point du vue de l'Office Fédéral des cartels», 32 *Revue de la Concurrence et de la consommation*, 8 (1985).
- KESSLER, Prieto: “Los principales problemas de regulación del abuso de posición de dominio”, 205 *GJ*, 22 (ener. febr. 2000)
- KIETZ, A.T.: *An Introduction to the Antitrust Law*, 1951.
- KIRKPATRICK, Miles W.: «The Federal Trade commission as a Consumer Protection Agency» (Papers from the 1970 ISBA-CBA Antitrust Section Symposia), vol. XV, n. 2 *The Antitrust Bulletin* (1970).
- KOENIGS, F.: “Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs” en *NJW* 1014 (1972).

- KÖNFFLE: *Der Rechtsbegriff "wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1966
- KONIG, D. /REICHERT, J.: «Les pratiques discriminatoires en Allemagne d'après l'article 26 du GWB», 38 Cah.Dr.Entr. 27 (1982).
- KORAH, Valentine: (a) «Concept of a dominant position within the meaning of article 86», vol. 17, n. 3 Common Market Law Review (august 1980). (b) «The Control of Mergers under Article 86 of the Rome Treaty: Continental Can». CLP 26 (1973). (c) «Comentario al caso Michelin» 7 ELR 130 (1982). (d) *Monopolies and restrictive practices*. London: Penguin Books, 1968. (e) «Interpretation and Application of Article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of Domination Position within the Common Market». 53 Notre Dame Lawyer 768 (1978). (f) *Competition Law of Britain and the Common Market*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1982. (g) *An Introductory Guide to the EC Competition Law and Practica (Fifth edition)*, London: Sweet & Maxwell, 1994.
- KOVAR: (a) «Consumers, integrated distribution and EEC Competition Law» 4 European Consumer Law Journal 238 (1987). (b) «Marché interieur et politique de la concurrence» DPCI 230 (1989).
- KRAFT: *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, München-Berlin, 1963
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil I*, 3, Barcelona: Bosch, 1990.
- LAFUENTE FELEZ, A. (1987): «Aspectos económicos de la definición de mercado», Política de la Competencia 70 (ICE-octubre 1987).
- LANCASTER, Kelvin: *Economía moderna*. Madrid, 1977.
- LANDES, William M.: «Harm to Competition: Cartels, Mergers, and Joint Ventures», American Bar Association, 73 (1984)
- LANGEN, E.: *Mrktbeherrschung und ihr Missbrauch nach art. 86 TCE des EWG-VERTRAGES en Estudios sur le droit Économique européenne*.
- LAURENT, P.: (a) «Quelques éclaircissements sur l'abus de position dominante» 27-29 Gazette du palais 2 (1984). (b) "Nouveaux éclaircissements sur la position dominante et son exploitation abusive", 242-243 Gazette du Palais 12 (1984). (c) «El abuso de posición dominante mediante los precios», 34 Noticias CEE 67 (Nov. 1987).

- LEVI: «A Two Level Anti-Monopoly Law», 47 *Northwestern University Law Review* (1952).
- LIGA INTERNACIONAL DE DERECHO DE LA COMPETENCIA: «Resolución sobre la primera cuestión: ¿en qué medida el Derecho e la competencia se aplica o debería aplicarse a los mercados oligopolíticos», 181 *Revue Internationale de la Concurrence*, 4 y ss. (3.1996).
- LIPSEY, Richard G. /CHRISTAL, K. ALEC: *Introducción a la economía política*. Barcelona: Vicens Vives, 1999.
- LIPSTEIN, K., *The Law of the European Economic Community*, Londres: Butterworths, 1974
- LOY, O., *La mise en oeuvre du Droit de la Concurrence dans la CEE*, Paris: Thèse, 1967
- MANGINI, V.: «Competition and monopoly in trademark law: an EEC perspective» 5 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 591 (1980).
- MARCHINI-CAMIA, A.: «La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: l'expérience américaine et les problèmes européens» *Revue Trimestrelle du Marché Commun* 353 (1971).
- MARENCO, Giuliani: «Le due anime dell'articolo 86» 1 *Diritto Comunitario e degli scambi int.* 11 (1986).
- MARIO ROTONDI: «Aviamento y concurrencia desleal» *Revista jurídica de Catalunya* 128 (1957)
- MARKET, R.: (a) «Las nuevas tendencias de desarrollo del derecho alemán de la competencia». *RDM* 251 (1969). (b) «The Concept of Undertakings in Dominant Positions and the Systems of Control in German Antitrust Law». (c) «The new German antitrust Reform Law» vol. XIX, n. 1 *The Antitrust Bulletin*, de 1974.
- MARKHAM, Jesse: «An Alternative Approach to the Concept of Workable Competition», 40 *American Economic Review*, 349 (junio, 1950°)
- MARQUES MENDES, M.: *Antitrust in a World of Interrelated Economics: The Interplay Between Antitrust and Trade Policy in the US and the EEC*, Bruxelles: Ed. Univ. de Brux, 1988
- MARTÍN PEREZ: en *Nueva enciclopedia jurídica*, dirección de Carlos E. Macareñas. Barcelona: Seix, 1983.

- MARTÍNEZ DEL PERAL CAGIGAL, Isabel: «La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas», D-20 GJCE (1993).
- MARTINEZ LAGE, Santiago: «La libre circulación de las mercancías: las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas» D-2 La Gaceta Jurídica de la CEE 269 (1986).
- MASSAGUER FUENTES, José: (a) «Aproximación sistemática general al Derecho de la Competencia y de los bienes inmateriales» en I RGD 247 (1990). (b) «Presentación» RGD 248 (1990).
- MATEU ISTURIZ, Jose Francisco /CEPAS PALANCA, Rafael /PEDERNAL PECES, Maria Jesus: *La protección de los consumidores y del Medio ambiente en la CEE*; Madrid: Trivium, 1986.
- MATILLA ALEGRE, Rafael,: (a) «La noción de competencia y la orientación fundamental de la ley española sobre represión de prácticas restrictivas de competencia», vol.II, nº 4 Revista General de Legislación y Jurisprudencia 409 (octubre de 1979). (b) «La política de la competencia en la Comunidad Económica Europea y en la legislación española», 65 Estudios Deusto 483 (1980). (c) «Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma» en *Estudios jurídicos en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991.
- MAY, James: «The Role of the States in the first century of the Sherman Act and de large picture of Antitrust History» 59, issue 1 The Antitrust Law Journal 95 (1990).
- McDONALD, BRUCE: «Abuse of dominant position: a new monopoly law for Canada» vol. XXXII, n. 3 The Antitrust Bulletin 795 (1987).
- McNULTY, Paul J.: *Economic Theory and the Meaning of Competition*, Quaterly Journal of Economics 82 (November, 1968)
- MEERSCH, Ganschof Van Der W.J. /WAELBROECK, Michel /PLOUVIER, Liliane /VANDERSANDEN, Georges: *Droit des communnautés européennes*. Les Nouvelles. Bruxelles: Larcier, 1969.
- MEGRET /LOUIS /VIGNES /WAELBROECH: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*. Tomos I y IV: *La concorrenza*. Bruselas: Presses Universitaires de Bruxelles, 1973.

- MENÉNDEZ, AURELIO: *La competencia desleal*, Madrid: Civitas, 1988.
- MERKEN, R. /WILLIAMS, K.: *Competition Law: Antitrust Policy in the U.K. and EEC*, London: Sweet and Maxwell, 1984.
- MESTMÁCKER, E.J.: «Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht», DB 787 (1968)
- MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DU BUDGET: «L'Europe, la concurrence et l'entreprise». Les Rapports (3 de juin de 1983).
- MOCHON, Francisco: *Economía, teoría y política*, Madrid, MacGraw-Hill, 1993.
- MOSCHEL, W.: *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Cologne: Carl Heynans Verlag KG, 1983.
- MUÑOZ MACHADO, S., *El Ordenamiento jurídico de la Comunidad europea y la Constitución española*, Madrid: Civitas, 1980.
- NEVEN, Damien - NUTTALL, Robin - SEABRIGHT, Paul: «Merger in daylight: The economics and politics of merger control in Europe», London: Centre for Economic and Policy Research, 1993.
- O'BRIEN, D.P.: «Competition Policy in Britain: The Silent Revolution», XXVI Antitrust 217 (1982).
- OMMESLAGUE, Van Pierre /WALLE, Van De Chelcke: «Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission –janvier 1973 février 1982-», Cah., Dr. Eur. 432 o 1-2 RMC 458 (1984).
- OMMESLAGUE, Van Pierre: «L'application des articles 85 y 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises comunes», RTDE, 1966 a 1973.
- PALLOIX, Ch.: *Las firmas multinacionales y el proceso de industrialización*. México: Siglo XXI, 1970.
- PAPPALARDO, Aurelio: (a) «La réglementation communautaire de la concurrence: les dispositions du traité C.E. et de droit dérivé relatives aux ententes entre entreprises, à l'abus de position dominante et au contrôle des concentrations» 1 Revue Internationale de Droit Économique 337 (1994) (b) «La réglementation communautaire de la concurrence II: Le control des concentrations d'entreprises: récents développements» 3 Revue International de

- Droit Economique 350 y ss. (1996). (c) «Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations», 1 *Revue Internationale de Droit Économique* 3 (1990).
- PARR, N./HUGHES, M.: «The relevance of consumer brands and advertising in competition inquiries», 14 *ECLR* 157 (1993).
 - PASCUAL Y VICENTE, Julio: (a) «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la competencia» 205 *GJ*, 10 (enero/febrero 2000). (b) «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», 207 *GJ* 14 (mayo/junio 2000).
 - PATHAK, A.S.: «Articles 85 and 86 anticompetitive exclusion in EEC competition law», vol. 10, n. 2 *European Competition Law Review* 256 (1989).
 - PAZ-ARES, C.: "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust (un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)". 157 *RDM* 1981.
 - PEDAMON, M.: «La protection de la libre concurrence en République Fédérale Allemagne», II Sem, *Juríd.*, 457 (1984).
 - PELLICER VALERO, J.A.: «Las prácticas abusivas de posición dominante», 104 *RDM* 339 (1967).
 - PELLICER ZAMORA, Rafael: (a) «Derecho comunitario de la Competencia: art. 85 TCEE» 3-D *Gaceta jurídica de la CEE* 453 (1986). (b) *Derecho comunitario de la competencia. Artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, Madrid: Trivium, 1986.
 - PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime: «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto», 205 *GJ*, 33 (Enero/febrero 2000).
 - PETIT LAVALL, M.V.: «Determinación de la posición de dominio». *RGD* 6445 (1991).
 - PETITBÓ, AMADEU: (a) «La defensa de la competencia», 318 *Economía industrial*, 11 (1997).
 - PICAÑOL ROIG, E.: (a) «Remedies in national law for breach of articles 85 and 86 of the EEC Treaty: a review», 2 *Legal issues of European integration* 137 (1983). (b) «Derecho de la Comunidad Económica Europea (Derecho mercantil)» 1 *Revista Jurídica de Catalunya* 241 (1985).
 - PICKARD, Stephen: (a) *Iniciación a la política de la competencia de la CEE: guía para la empresa española sobre los artículos 85 y 86 del tratado de Roma.*

- Madrid: Civitas, 1986. (b) «El control de las concentraciones en el Derecho comunitario europeo» 62 Noticias CEE 67 (1990).
- PITOFSKY, Robert: «Antitrust Policy in a Clinton Administration» vol. 62, nº 1 Antitrust Bulletin.
 - PLAISANT, Robert /FRANCESCHELLI, Rémo /LASSIER, Jaques: *Droit europeen de la concurrence*. París: Delmas et Cie., 1978
 - PLAISANT, Robert: (a) «L'interdiction des ententes. Article 85» en Recueils pratiques du Droit des Affaires dans les Pays du Marché Commun, III, Pratiques commerciales, vol. 7, Paris: Ed. Jupiter, abril 1976 (b) «Les premières applications de l'article 86 du traité CEE relatif à l'abus de position dominante» 33 Revue internationale de la concurrence (1972).
 - POLO SANCHEZ, E.: *La protección del consumidor en el D. Privado*. Madrid: Civitas, 1980.
 - PORTER, Michael E.: (a) *La estrategia competitiva: técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*, México: Compañía Editorial Continental S.A., 1980. (b) «Antitrust Policy and the Consumer Movement» vol. 62, nº 1 The Antitrust Bulletin, en Papers from the 1970 ISBA-CBA Antitrust Section Symposia 361. (c) *Antitrust Law, an Economic Perspective*, Chicago/London: The University of Chicago Press, 1976.
 - POSNER, Richard: (a) «The Chicago School of Antitrust Analysis» 127 University of Pennsylvania Law Review, 925 a 948 (1979). (b) *Antitrust Law: An Economic Prospectus*, Chicago: University of Chicago press, 1976.
 - PRADOS ARRARTE, L.: *Monopolio y competencia monopolística*. Madrid: Guadiana, 1972.
 - PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho Civil*, vol I, Barcelona: Bosch, 1997.
 - QUINTELA: «El principio de defensa de los usuarios y consumidores en el ordenamiento jurídico español» ESC 13 (1987).
 - RAINES, P.J.: «Common Market Competition Policy: the EC-IBM settlement", vol. 24, n. 2 Journal of Common Market Studies 137 (1985).
 - RAYBOULD, D.: *Comparative Law of Monopiles*, Londres: Graham and Troutman, 1994.
 - REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua española*, Madrid: Real Academia Española de la Lengua, 1982.

- REICH, NORBERT: (a) *Mercado y derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*. Traducción de Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985. (b) *Neue Tendenzen im Wirtschaftsrecht*. Neuwied/Darmstadt: Luchterhand, 1973.
- RICHEMONT, Jean: (a) «Art. 86 du Traité: l'abus de position dominante». *Droit et affaires* 1 (1970). (b) *Les concentrations d'entreprises et la position dominante; les six pays du Marché commun, la Grande Bretagne, les EEUU et le Japan*. Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1971. (c) «Concentrations et abus de positions dominantes: article 86 du Traité de Rome: affaire Continental Can.» *Revue Trimestrelle de Droit Européen* de 462 (1973).
- RILEX, Alan J.: «European Competition Law: The Client v. The Public Interest» vol. 12, n. 1 *ECLRev.* (1991).
- RITTNER, FRITZ: *Wirtschaftsrecht*, Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979.
- ROBINSON, J.: *The economics of imperfect competition*. London, 1945. Traducción castellana: *La economía de la competencia imperfecta*. Barcelona: Martinez Roca, 1973.
- ROCA JUAN: *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, I Madrid, 1978.
- RODINO, PETER W.: «The future of Antitrust: ideology vs. Legislative intent», vol. XXXV, nº 3 *The Antitrust Bulletin*, (1990).
- RODRÍGUEZ ARTIGAS «Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, 1996.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: *El régimen jurídico de los monopolios de Estado en la CEE*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- RÖPKE, Wilhelm: *Introducción a la economía política*, publicada originalmente en 1937 y traducida al castellano en Madrid por Unión Editorial en 1974.
- ROTHE, Edward W.: «New Concepts in Consumer Protection through Antitrust and Cognate Substantive and Proceural Remedies» vol. XV, n. 2 *The Antitrust Bulletin*, en *Papers from the 1970 ISBA-CBA Antitrust Section Symposia*.

- ROWE, F.M. y otros (editores): «Entreprise Law of the 80's: European and American Perspectives on Competition and Industrial Organization», en Secciones de legislación antitrust e internacional ABA (1980).
- SÄCKER, F.J.: (a) *Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Küsseldorf, 1971. (b) «Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts», *Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen - Zeitschrift für Strukturlehre der Einzelwirtschaften und für Einzelwirtschaftspolitik* 193 (1971)
- SALAS FUMAS, V. / YAGÜE GILLEN, M.J.: «Competencia “normal” y “predación” en industrias con economías de experiencia» *ICE* 113 (octubre 1987).
- SALOP, S.C. & SIMONS, J.J.: «A Practica Guide to Merger Analysis», TAB, 663 (1984).
- SAMKALDEN, I./DRUKER, I.E.: «Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty», vol. 3, n. 2 *Common Market Law Review* 158 (september 1965)
- SAMUELSON, Paul A. /NORDHAUS, William D.: *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1999.
- SANCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de D. Mercantil*. 14 edición. Madrid, 1999.
- SANDROCK, Otto: *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München: Verlag C. H. Beck, 1968.
- SANFILIPPO, L.: «Vendita sottocosto come abuso de positione dominante- I primi effetti della sentenza Akzo» *31 Diritto Comunitario e degli scambi internazionale* 381.
- SANSON-HERMITTE, M.A., *Droit européen de la concurrence, cohérence économique et sécurité juridique*, Dijon: Institut des relations internationales, 1981
- SCHAPIRA, Jean / LE TALLEC, George / BLAISE, Jean Bernard: *Droit européen des affaires*; Paris: Presses universitaires de France, 1984.
- SCHAWARTZ, Ivo: «Antitrust Legislation and Policy in Germany - A Comparative Study» *105 U.P.A.L.Rev.* 617 (1957).
- SCHERER, F. M. /ROSS, David: *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990.

- SCHERER, F.M.: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1980.
- SCHLIEDER, W.: «Applicazione dell'art. 86 sulla concentrazioni e progetto di regolamento della Commissione del controllo delle concentrazioni». 1 Europa Selezione 5 (1975).
- SCHROTER, H.: «Le concept de “marché en cause” dans l’application des articles 66 par. 7 CECA et 86 TCEE», publicado en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Bruges: De Tempel, 1977.
- SCHUMACHER, Hermann: «Le système du droit de la concurrence» Revue Trimestrelle Droit Européen 41 (1971).
- SCHUMPERTER, Joseph Alois: *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper and Row, 1962.
- SELDOM, Arthur /PENNANCE, F.G.: *Diccionario de economía*, Barcelona: Oikos-Tau, 1968.
- SENEN DE LA FUENTE, G. /BERCOVITZ, A. /GARRIGUES, L. /JIMENEZ DE PARGA, R. /LLADO FERNANDEZ URRUTIA, *Panoramica de la regulación de la competencia dentro del Tratado de la CEE*, Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1966.
- SENEN DE LA FUENTE, G. /BERCOVITZ, A. /GARRIGUES, L. /JIMENEZ DE PARGA, R., «La protección de la libre competencia, Tratados internacionales anteriores al Tratado de Roma y leyes especiales de los países miembros del Mercado Común», RDM 153 (1965).
- SIRAGUSA, Mario: (a) «Application of the article 86: Tying Arrangements, Refusal to Deal, Discrimination and other Cases of Abuse» en *Regulating the Behaviour of Monopolies and Dominant Undertakings in Community Law*, Bruges: Van Damme , 1977. (b) «The application of article 86 to the pricing policies of dominant companies: discriminatory and unfair prices» vol. 16, n. 2 Common Market Law Review (1979).
- SMITH, Jonathan: «Abuse of Dominant Position: Predatory Pricing: AKZO Chemi BV v. Comision» 12 ECLRev. (1991).
- SOLA, M. DE/ JEUNIAUX, M.: «La politique communautaire en faveur des consommateurs», 1 Revue du Marché Unique Européen 66 (1992).

- SOSNICH, Stephen: «A Critique of Concepts of Workable Competition», 72 *Quarterly Journal of Economics*, 380 (august 1958).
- STEINDORFF, Clive M.: «Product shortages, allocation and price control under article 86 of the EEC Treaty», vol. 15, n. 1 *Common Market Law Review*, (1978).
- STEPHEN B. HORNSBY: «Competition Policy in the 80's: More Policy Less Competition?» *European Law Review* 79 (1987).
- STIGLER, George J.: *Perfect Competition, Historically Contemplated*, *Journal of Political Economy* 65 (February 1957) .
- STRAUSS, W.: *Das Wettbewerbsrecht in Jugoslawien. Eine entwicklungsgeschichtliche und systematische Darstellung mit Hinweisen auf das deutsche Recht*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1970
- SUBIOTO, Romano /SIRAGUSA, Mario: «El control europeo de las operaciones de concentración de empresas», *GJ de la CE*, (1992)
- SULLIVAN, Thomas E. /HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust Law, Policy and procedure*, 3^a ed., Contemporary legal education Series, Charlottesville (Virginia), The Michie Company Law Publishers, 1994.
- SUTHERLAND, P.D.: (a) «Competition Policy of the European Community» vol. 79, n. 7 y 8 *Gazette* 229 y 269 (1985) (b) «Towards a Positive Competition Policy: Future Trends and Actions», 6 *ECLR* 283 (1985).
- SWANN, Dennis: (a) «Concentration and Competition in the European Community» vol. XIII, n. 4 *The Antitrust Bulletin*. 1473 (1968). (b) «The single European market in context» vol. XXXVII, n. 2 *The Antitrust Bulletin* (1992).
- TAMAMES, Ramon: *La lucha contra los monopolios*. Madrid: Tecnos, 1970.
- TAYLOR, R.: «Abuse of market power: the green paper proposals» 14 *ECLR* 169 (1993)
- TELSER: «Abusive Trade practices: an economic analysis», 3 *Law and Contemporary problems* 504 (1965).
- TEMPLE LANG, JOHN: (a) «Monopolisation and the definition of “abuse” of a dominant position under article 86 EEC treaty», 16 *Common Market Law Review* 345 (b) "Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community antitrust Law". *Fordham International Law Forum* 31 (1979).

- THIESING /SCHROTER /HOCHBAUM: *Les Ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE: Commentaire des articles 85 et 90 du traité CEE et de leurs textes d'application* Paris: Jupiter, 1977.
- TIMBERG, Sigmund: «European and American Antitrust Laws. A Comparison», vol. VII, n° 1 *The Antitrust Bulletin* 131 (1962).
- TOBIO RIVAS, Ana Maria: «Principales disposiciones legales comunitarias sobre el Derecho de la libre competencia» 29 *Noticias CEE* 69 (1987).
- TOMASI, Albert: «La nouvelle loi allemande sur les cartels: Loi contre les limitations de la concurrence du 27 juillet 1957» XI *RTDE* (1958).
- TURNER, D. F.: *Antitrust Law: (a) An analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Boston-Toronto: Little Brown. (b) «The virtues and problems of antitrust law» vol. XXXV, n° 2 *The Antitrust Bulletin* (1990). (c) «The Scope of Antitrust and other Economic Regulatory Policies» Vol. 82, n° 6 *Harvard Law Review* (1992).
- ULMER, P.: «Die Continental Can Entscheidung des EGH» 1 *Die aktiengesellschaft* 272 (1973).
- ULMER/REIMER: (a) *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, III, Deutschland*, München-Köln, 1968. (b) «Mehr Wettbewerb? Bemerkungen zum Bachfragemacht Gutachten der Monopolkommission», *WuW* 331 (1976). (c) «Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (Sektion 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, Sektion 37a Abs. 3 GWB)» *WuW* 474 (1980).
- VAJDA, C.: «Art. 86 and a refusal to supply» 1 *European Competition Law Quaterly* 99.
- VICENT CHULIA, Francisco: (a) *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Tomo I, volumen II. Barcelona: Bosch, 1991. (b) «Poderes públicos y Derecho de la competencia» 583 *RGD* 3313 (1993).
- VICIANO PASTOR, Javier: *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- VILA COSTA, Blanca: (a) «Las reglas generales de competencia en el Tratado Constitutivo de la CEE: su filosofía específica» 4 *Revista del instituto europeo* 349 (1976). (b) *El abuso de posición dominante en la CEE*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1979.

- VILLESAS CAYON, Jaime: *Monopolio y competencia (Las leyes antitrust de los EEUU, base de la libertad económica)*, Madrid: Librería Jurídica Villegas, 1970.
- VOGELENZANG, P.: "Abuse of a dominant position in article 86; the problem of causality and some applications", 13 *Common Market Law Review* 61 (1976).
- Von KALINOWSKI, Julian O: *Antitrust Laws and Trade Regulation*. New York: Matthew Bender, 1986 y otros.
- WAELBROECK: «El concepto de empresa/s en posición de dominio y los métodos de control en el derecho comparado», en *La Réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, en *Bruges week*, 1977.
- WEBER, Walter Spencer: «Understanding and Appreciating EC Competition Law» vol. 61, n. 1 *Antitrust Law Journal* 55 (1992).
- WERNER, J.: (a) «Le droit antitrust américain: son influence sur le droits communautaires et nationaux en Europe; ses effets extraterritoriaux» 10 *Revue Suisse du Droit International de la Concurrence* 57 (1980). (b) «EEC competition law. Special Report» 65 *European trends* 9 (1980).
- WESTENDORP y CABEZA, Carlos: «Aproximación al Tratado de la Unión Europea» en *España y el Tratado de la Unión Europea: una aproximación al Tratado elaborada por el equipo negociador español en las Conferencias Intergubernamentales sobre la Unión Política y la Unión Económica y Monetaria*, Madrid: Colex, 1994.
- WHISH, Richard /SUFRIN, Brenda, «Article 85 TCE and the Rule of Reason»», *Yearbook of European Law*, nº 7 (1987], Oxford: Clarendon Press, 1988
- WHISH, Richard.: *Competition Law*. London/Edinburgh: Butterworths, 1993.
- WILLBEFORCE /CAMPBELL /ELLES: *Restrictive Trade Practices and Monopolies*. London: Sweet and Maxwell, 1966.
- WILLEMETZ, Lucy: (a) «L'application de l'article 86 du Traité de la CEE» 6 *Cahiers de Droit Européen* (1966). (b) «L'exploitation abusive de la position dominante sanctionnée à l'art. 86» n. 3, année 22 *Revue Economique et Sociale* 217 (1964).

- WILLIAMSON, H.F.: *The Growth of the American Economy*, 2ª de., New York, 1951.
- WONNACOTT, Paul /WONNACOTT, Ronald: *Economía*, Madrid: MacGraw-Hill, 1992.
- WÜRDINGER, H.: *Freiheit derpersönlichen Entfaltung: Kartell- und Wettbewerbsrecht*, Karlsruhe, 1953
- ZAMORA CABOT, F.J.: «Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos» RDM 367 (1986).