

hios 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 *thil* o, incluso, imprescindible mecanismo de control. La misma utilidad presenta en el caso de los monopolios naturales protegidos por barreras físicas difícilmente salvables³⁵⁰. 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 situación de dependencia económica puede no afectar de forma general a la industria³⁵¹.

C) IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Conviene señalar además que, como recordaron contundentemente las autoridades comunitarias en *Continental Car (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 Tratado³⁵². 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 preeminencia³⁵³.

III) Rasgos generales de la «explotación abusiva»

De la lógica de la noción genérica de «explotación abusiva» vista, se desprende que el abuso de posición de dominio implica:

³⁵⁰ Pensamos por ejemplo en barreras naturales de tipo físico, como las que protegen el transporte metropolitano de pasajeros, las compañías eléctricas, pues no es posible o no es razonable la pluralidad de redes, o las de gas natural, etc.

³⁵¹ 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 ant the EC», XXXIV/3 *The Antitrust Bulletin*, 456 (fall, 1989)).

³⁵² Véanse los considerandos 21 y ss. de *Continental Car (1973)*, por señalar sólo los más rotundos o significativos.

³⁵³ Para un análisis crítico, véase por todos a FOCSANEAUNU, cit. *supra*.

A) DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ESTRUCTURA, UN PRESUPUESTO: LA POSICIÓN DE DOMINIO³⁵⁴

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 de *rotundidad* en *Parking 86 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»³⁵⁵; y apostilla en *Beyena (1994)* que «la calificación de abuso de posición de 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»³⁵⁶.

Ahora bien el artículo 82 TCE no prohíbe la posición de dominio, sino sólo su explotación abusiva. En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló en *Michelin (1983)*, que «... la existencia de una posición de dominio no implica en sí misma ningún reproche para la empresa que la detenta...»³⁵⁷; y el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Cofradía de pescadores de Carriño (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 simplemente, no está prohibida en sí misma ni constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia...»³⁵⁸. A diferencia de las prácticas colusorias de los artículos 81 TCE y 1 LEDC que para entrar en el tipo basta con que tengan un efecto restrictivo sensible sobre la competencia sin que sea necesario que sus autores detentan individualmente o en

³⁵⁴ 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».

³⁵⁵ Asunto A31/92 *Parking 86 S.A.*

³⁵⁶ Asunto 347/94 *Beyena*, cit. *infra*.

³⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, caso 322/81, *Michelin c. Comisión*, Rec. 3461, consid. 57.

³⁵⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1993, as. 329/1993, *Cofradía de pescadores de Carriño*.

conjunto una posición de dominio en el mercado; para que haya abuso es necesario que la empresa actora esté en posición de dominio³⁵⁹. Así, pues, la posición de dominio en el mercado se constituye en condición necesaria del abuso.

Y para que exista 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 mercado³⁶⁰. Sin embargo, 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 si no determinada, de los otros agentes del mercado (competidores, clientes y proveedores). Se da entonces, primero, una situación de *desequilibrio*, por- que, 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): puede sustraerse a una competencia efectiva, lo que le permite suplantar la competencia como fuerza ordenadora de las relaciones en el mercado y dictar la ley (su ley) del mercado³⁶¹.

³⁵⁹ GERVEN, Van, *Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1966, pág. 89; BAEI/BELLIS, *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, págs. 70.

³⁶⁰ Comisión en el *Memorandum sobre las concentraciones en el mercado común de 1965*, 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. 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.

³⁶¹ Véase FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolo- nia, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; págs. 274 y ss.

B) DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL COMPORTAMIENTO, UNA CONDUCTA EN LA QUE SE INSTRUMENTALICE EL ABUSO

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 agentes³⁶². 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 publicitarias, de distribución, etc.) a través de la cual pueda instrumentalizarse el abuso.

Sin embargo, 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 esta 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 restrictivamente³⁶³. 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.

³⁶² *Vid. supra*.

³⁶³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, as. T-111/96, *ITT Promedia NV c. Comisión*, Rep. II-2937.

Quando 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 dominante, se verá, con *BELLAMY/CHMD*, que los casos tratados por las autoridades comunitarias se refieren más a acciones que a omisiones³⁶⁴. 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 agentes³⁶⁵. 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 abuso³⁶⁶.

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 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*

³⁶⁴ *BELLAMY/CHMD*, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid, Ed. Civitas, 1992, pág. 554.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ *Ibidem*.

(1989)³⁶⁷, 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 excusa³⁶⁸. 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 consideraba abusiva una conducta de 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 servicios³⁶⁹.

En cambio, el Tribunal de Defensa de la Competencia parece haberse mostrado contrario a que conductas pasivas puedan constituir abuso. En *Pompas fñebres del Baix Llobregat (1995)* el Tribunal rechazó la denuncia del usuario que con ocasión de la muerte de su padre se había 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 incluirse 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»³⁷⁰. Desde esta resolución parece que el Tribunal excluye el no hacer, o la vida cómoda y desidia 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

³⁶⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, as. 393/87, *Tournier*, as. ac. 110-241-242/88, *Lucazeau*, Rep. 2521, 2811.

³⁶⁸ Véanse comentarios en *AMPROUX*, «Chronique de jurisprudences», en *Cahiers de Droit Européen*, núms. 1-2 de 1990, pág. 176.

³⁶⁹ 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-5589, 5890. Véanse también los comentarios del abogado general VAN GERVEN, págs. 15891 y ss.

³⁷⁰ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de enero de 1995, as. R 103/94, *Pompas fñebres del Baix Llobregat*.

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 EMSEFM para justificar la subida de precios) como por el hecho de que ésta redunda en una conducta activa: una subida inequitativa de los precios de sus servicios ³⁷¹.

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 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 mercado ³⁷². El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la misma línea que el Tribunal de Justicia, explica *docendi causa* 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 ...» ³⁷³.

³⁷¹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, asunto 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, ap. 5.

³⁷² BELLAMY/CHIND, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, pág. 531.

³⁷³ 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.* También resolución de 22 de noviembre de 2000, asunto R 397/99, *Canters del Bierzo*, fund. 3. Esta sólida doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido sancionada por el Tribunal Supremo (Sala 3.ª) en sentencias de 30 de diciembre de 1996 (*La Ley*, 1997, pág. 1569), de 22 de octubre de 1997 (*La Ley*, 1998, pág. 542) y en la reciente sentencia de 28 de abril de 1999, donde el alto tribunal señala que «... la Ley, al sancionar las infracciones contra el Derecho de la

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 participantes del mercado] que no hubiera podido obtener de haber podido obtener de haber habido una competencia efectiva [explotación 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 participantes 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 *Michelin (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 por abusivas y que las conductas abusivas han de estar acreditadas por pruebas que excluyan cualquier duda razonable sobre el comportamiento infractor. ...» ³⁷⁴. Como debe ser en buen Derecho, el Tribunal de Defensa de la Competencia 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

libre competencia, protege la participación en la producción, para impedir que la producción quede en manos de unos pocos. Esto, obviamente, es algo distinto de la posibilidad de existencia de productores bien organizados y con disciplina comercial y contable, determinantes de aumentar lícita y legítimamente su riqueza» (fund. 3, ap. b, *La Ley*, 2000, pág. 638).

³⁷⁴ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, asunto 356/1994, *Roca radiadores*. Ver también la resolución de 23 de noviembre de 1998, as. R. 314/98, *Interrace c. Telefónica*, fund. 4.

dominio, si no concurre un beneficio injustificado en perjuicio de los otros agentes del mercado. Así por ejemplo no tiene por qué 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 atomización; o para establecer la producción en el nivel de la escala de eficiencia mínima, aunque ello no deje espacio para otros competidores, si redunda en una mayor eficiencia económica que ha de beneficiar a todos. Claramente, no parecería consecuente con los objetivos del Tratado ni con la lógica de los artículos 81, 82 y 86 TCE (antiguo art. 90), exigir que la libertad económica de una empresa desapareciera 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, a 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 rasgos objetivos del acto en relación a sus resultados y las circunstancias concurrentes.

1) 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 autor⁷⁵ o de la infracción de criterios morales⁷⁶. 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 autor⁷⁷. Como señala DERINGER, el abuso debe

⁷⁵ 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 incidencia 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.

⁷⁶ 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 la Communauté Économique Européenne*, Bruxelles, Maitson 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 Cour de Cassation), 1968, pág. 267. MEGRETT/LOUIS/VIGNES/WALBRÖCK, *Le Droit de la Communauté Économique Européenne*, tomos I y IV: *La concurrence*, Bruselas, Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973, pág. 67. GUYÉNOT/D'EVERGNE, *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 Cour de Cassation), 1968, pág. 267. *Droit commercial européen*, troisième édition, Paris, Dalloz, 1975, pág. 417, apoyándose en los ejemplos del artículo 82.2. FOCSSANÉANU, *La notion d'abus dans les systèmes de l'article 86 TCEE*, en VANDAMME, *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en Droit communautaire*, Collège d'Europe, Bruges, 1977, pág. 370. MARCHINI/CAMIA, «La concentration industrielle, les positions dominantes sur le droit antitrust: L'expérience américaine et les problèmes européens», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, de 1971, pág. 416. Véase *infra*.

⁷⁷ GUYÉNOT/D'EVERGNE, *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris, ed. Économie, 1976, pág. 114.

verse como una conducta moralmente indiferente y objetivamente incorrecta ³⁷⁸.

La concepción objetiva, muy importante en el Derecho *antitrust* americano, permite una amplia apreciación de la ilegalidad de las conductas abusivas ³⁷⁹. 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 está la voluntad perfecta, en la que el sujeto es plenamente 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) ³⁸⁰, si se tiene en cuenta su privilegiada posición en el mercado, «ningún monopolista monopoliza inconscientemente» ³⁸¹. 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 actos ³⁸². De ahí que no quepa eludir la aplica-

³⁷⁸ DERINGER, *ibídem*, pág. 489.

³⁷⁹ GUYÉNOT/D'EVERGNÉE, *ibídem*, pág. 114.

³⁸⁰ *Alcoa* (1945), *cit. supra*.

³⁸¹ MARCHINI/CAMPA, «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.

³⁸² Dubois, *La position dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (preface de Berthold GOLDMANN), Paris, Ed. Libraires Techniques (Librairie de la Cour de Cassation), 1968, pág. 267. Véase «la responsabilidad cualificada de la empresa

ción 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 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 núm. 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 jurisdicción prudentia 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 *Michelin* (1983) que la empresa dominante tiene una «... especial responsabilidad...» ³⁸³; o cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia señala en *Ernovisa* (1993) que la empresa dominante «... ha de ser especialmente cuidadosa a la hora de actuar...» ³⁸⁴ ³⁸⁵; 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...» ³⁸⁶.

en posición de dominio» en PELLISE CARRELL, *Mercado relevante, pos. de dominio y otras cuestiones...*, *op. cit. supra*.

³⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelin c. Comisión*, Rep. 3464.

³⁸⁴ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de octubre de 1993, as. 325/1992, *Ernovisa*, fund. 3.

³⁸⁵ Vid. «la responsabilidad cualificada de las empresas dominantes», *ibídem*.
³⁸⁶ 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 abusivos, ni fue tan poco su intención primordial cerrar el paso a las nuevas cadenas privadas de tele-

— 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»³⁸⁷, y, después, por la vía decisoria, recalzó en *GEMA (1971)* que el concepto de abuso es un concepto objetivo, independiente de toda idea de culpabilidad, de intención o de conducta reprochable 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 culpabilidad³⁸⁸.

Pero es con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁸⁹ que la objetivación del abuso llega a su más radical expresión, para corregirse después. En ella se han de 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 considerado núm. 27 de *Continental Can (1973)* que «... el refuerzo de la posición de dominio por la empresa puede ser abusivo y prohibido *cualquiera* que sean los medios o procedimientos [entiéndase conductas] utilizados al efecto, desde el momento en que tengan los efectos descritos»³⁹⁰, 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

visión. 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.

³⁸⁷ *Liga Nacional de Fútbol Profesional (1993)*, cit. *supra*.

³⁸⁸ *GEMA* decisión de 2 de junio de 1971 (OCE, núm. L 134, de 20 de junio de 1971. VAN DAMME/LA GHE comentando esta decisión [ibidem, pág. 571]).

³⁸⁹ Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1971, asunto 40/70, *Sirena c. Edda*, Rep. 69.

³⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21/2/1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Commission*, Rec. pág. 248.

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 subjetivista³⁹¹. 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^{392 393}.

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...»³⁹⁴, apuntaba «... mediante el recurso a medios diferentes de los que rigen una competencia normal...»³⁹⁵, con lo que parece devolver el centro valorativo a la conducta y con ello introducir algún fondo subjetivo. Ello se confirma poco más tarde en *DLG (1994)* cuando el Tribunal de Justicia dice explícitamente en el punto 49 que «... en lo que res-

³⁹¹ GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, *Droit Commercial Européen*, Paris, Dalloz, 1994, pág. 424. GUYENOT/D'EVERGNE, *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris, ed. Economie, 1976, pág. 114.

³⁹² GOLDMAN, *Droit commercial européen*, troisième édition. Paris, Dalloz, 1975, págs. 318, 319. BRAUN/GLIESS/HIRSCH, *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, Maison Ferd. Larrier S.A./Paris, Librairie Dalloz, 1977, pág. 334. VANDAMME/GUERRIN, *La réglementation de la concurrence dans la CEE*, Paris, 1974, pág. 168. FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pág. 278.

³⁹³ Ver las consecuencias que esto tiene sobre la relación de causalidad y la relación mercado dominado - abuso en PELLISSÉ CAPELLI, Jaume, *Mercoledì rilevante, posizione di dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ Ibidem.

³⁹⁶ GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, *Droit Commercial Européen*, Paris, Dalloz, 1994, pág. 425.

petal 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»³⁸⁷, 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...»³⁸⁸. 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. Y ~~situarse en la línea de la nueva jurisprudencia comunitaria recordada sobre la cuestión del carácter objetivo del abuso. Otra cosa es, claro está, la fuerza con que se presuma 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 válida³⁸⁹. Evidentemente, la comparación deberá hacerse, no sobre un modelo abstracto de

³⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, caso 250/92, *Gøtttrup-Klim y otros Grovareforreninger c. Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA (1994)*, Rep. I-5641, 5691.
³⁸⁸ Resolución de 10 de junio de 1993, asunto 319/92, *Liga Nacional de Fútbol Profesional*.
³⁸⁹ IMMENGA, U., «A propos de l'évolution du Droit Allemand des ententes», 3 *Revue Internationale de Droit Économique*, 432 (1994).

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 instrumentaliza 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 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 misma⁴⁰⁰. 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»⁴⁰¹. 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 cir-

⁴⁰⁰ Ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de junio de 1992, T-61/89, *Dansk Pelsdyravlæforening c. Comisión*, 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 señalaba que los efectos de tales compromisos deben apreciarse en su contexto específico.
⁴⁰¹ 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.

cunstances 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* excepcionales, a un comportamiento abusivo»⁴⁰². 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 móvil⁴⁰³.

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 competidores⁴⁰⁴, etc. 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 refe-

⁴⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, as. ac. C-241-242/91, *Radio Telefis Eireann (RITE 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.

⁴⁰³ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*, consid. 6 y 7.

⁴⁰⁴ 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. MARTILA ALBERG, «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. BELLAMY/CHUD, *Derecho de la competencia en el Mercado Comun*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, pág. 531. 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, págs. 983 y ss., en especial pág. 1012.

rida 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...»⁴⁰⁵. 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...»⁴⁰⁶. 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...»⁴⁰⁷.

C) DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL RESULTADO: UNA VENTAJA O DAÑO INJUSTIFICADO

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

⁴⁰⁵ *Coca-Cola (2000)*: cit. *supra*, consid. 82.

⁴⁰⁶ *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1965*, cit. *supra*.

⁴⁰⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, asunto 356/1994 *Roca radiadores*, pág. 3.

frente a los otros partícipes del mercado] que no se habrían tenido de haber reinado una competencia efectiva»⁴⁰⁸, 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. Esta misma idea es recogida también por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución *Ayuntamiento Gran Canaria (1998)*, donde el Tribunal define el abuso como «... utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia»^{408 bis}.

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, se desprende que no es necesaria la consumación de la ventaja, basta la mera idoneidad del acto para alcanzarla, cualquiera que sea la voluntad del actor.

¿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 cómoda⁴⁰⁹. 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.

⁴⁰⁸ Ver cita *supra*.

^{408 bis} Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1998, as. R 311/98, *Ayuntamientos Gran Canaria*, fund. 3. Igualmente resolución de 28 de junio de 2000, asunto R 412/00, *Editores de Prensa*, fund. 3.

⁴⁰⁹ De poco sirvió a la EMSFM alegar que la subida inequívoca 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 comentó 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).

Sin embargo, al menos en el plano conceptual, que no en la práctica de las autoridades antimonopolio⁴¹⁰, parece que incluso ventajas con otro contenido^{410 bis}, como por ejemplo la simple satisfacción personal por el daño causado sin trascendencia económica para el autor 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 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 reprochable, 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 aquel 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 esperar) 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, sobre todo si se tiene en cuenta el peso que el autor tiene en el mercado. 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

⁴¹⁰ Sobre la importancia de la «ventaja» o «beneficio» en la doctrina de Tribunal de Defensa de la Competencia, véase la resolución *Opciones compra de equipos telefónica (1993)*, cit. *infra*. No parece que esta doctrina permita dejar mucho margen para la consideración de ventajas no económicas o vacías.

^{410 bis} CEREXHE, «L'interprétation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission», *Rev. Cahiers de Droit Européen*, núm. 3 de 1972, pág. 291.

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»⁴¹, 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 dominación⁴². 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 justificado⁴³.

Por otra parte, esta precisión conceptual, aunque necesaria, tiene el inconveniente de introducir en la definición del abuso un

⁴¹ En parecidos términos el TDC en las resoluciones *Ayuntamiento Gran Canaria* (1998), cit. *supra* y *Editores de prensa* (2000) cit. *supra*.

⁴² 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 (FIKENSCHER, «Las tres funciones del control de la economía», 171 RDM, 466 y ss., enero-marzo, 1984).

⁴³ *United Brands* (1978); cit. *supra*, consid. 247. BRAUN/GLIESS/HIRSCH, *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, Maison Ferd. Larrier S.A. Paris, Librairie Dalloz, 1967, pág. 191.

elemento comparativo de difícil apreciación⁴⁴. 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, abusivo⁴⁵.

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...»⁴⁶ en la sentencia en el 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...»⁴⁷ en la sentencia al caso *Continental Can* (1973); o la doctrina subraya «... en perjuicio de sus proveedores, competidores y clientes...»⁴⁸, indican que el abuso es un acto apto para causar un daño o perjuicio económico a los otros agentes del mercado⁴⁹. No es necesario que el

⁴⁴ 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 competencia efectiva...», previendo las dificultades del criterio comparativo, advierte que «... a estos efectos debe atenderse especialmente a los comportamientos de empresas en mercados comparables con competencia efectiva», ver IMMENGA, «A propos de l'évolution du Droit allemand des ententes», 3 *Revue Internationale de Droit Economique*, 431 (1994).

⁴⁵ RODRÍGUEZ ARTIGAS, cit. *supra*, pág. 1012.

⁴⁶ *United Brands* (1978), cit. *supra*.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Euro-pemballage and Continental Can Co. v. Commission*, Rec. 215, pág. 246, párrafo 26.

⁴⁸ GOLDMAN, *Droit commercial européen*, cit. *supra*.

⁴⁹ DUBOIS, *La position dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE* (pre-face de Berthold Goldman), Paris, Ed. Libraires Techniques (Librairie de la Court

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 causa⁴⁰, 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 vitium neminem laedit*), y, por supuesto, no habrá abuso de posición de dominio⁴¹. 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 art. 90.2) del Tratado en los dos últimos, siempre, claro está, que la pretendida lesión se reduzca al mínimo indispensable para la realización de tan encomiables funciones⁴². No en vano la correcta actividad y honrados

⁴⁰ Casation), 1968, págs. 292 y 293. FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bologna, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pág. 272.

⁴¹ 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. Miuca Madrietta Automovilita*, pág. 3; o la resolución de 15 de diciembre de 1994, as. R 79/1994, *Tandem-Ruita 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 v. Grovareforreinger e. Dansk Landbrug Grovaresekskab AmbA*, Rep. I-5641.

⁴² Véase supra «El abuso como comportamiento contrario a los objetivos del artículo 86 TCE».

⁴³ 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 domi-

beneficios conseguidos gracias al riesgo y el esfuerzo son bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la competencia⁴³.

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 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

nante del mercado exige en mercados comparables de clientes similares, a no ser que la diferencia esté objetivamente justificada».

⁴³ FIENSTICHER, «Las tres funciones del control de la economía», en 171 *Revista de Derecho Mercantil* 470 (enero-marzo, 1984).

vo y directo en el asunto, o, naturalmente, de quien ostente un derecho subjetivo pleno y perfecto ...»⁴⁶, 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 ...»⁴⁷, 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»⁴⁸. Con ello el Tribunal de Defensa de la Competencia, en lo que nos parece una interpretación natural del artículo 36 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 (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 procedimien-

⁴⁶ Seguridad Ceres (1992), cit. *supra*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

to, 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»⁴⁹.

⁴⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de octubre de 1993, as. 328/1993, *Opciones compra equipos telefónica*.

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 en seguida 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 oficina o a instancia de parte interesada». Hasta aquí puede muy bien pensarse que el legislador entiendo 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 última 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)*⁴⁴ que es persona interesada⁴⁵ «... quien se considere titular de un interés personal, subjetivo»

⁴⁴ 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.*

⁴⁵ 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 ejerce 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 3.ª del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1997, ha de ser alegado y probado por la parte que convalida 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).