

OTRAS FORMAS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE (CON ESPECIAL MENCIÓN AL ABUSO DE SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA)

Luis BERENGUER FUSTER
Abogado

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de reforma y modernización del Derecho comunitario de la competencia prácticamente ha concluido sin que, hasta el momento, haya merecido la atención la revisión de un concepto tan problemático como el del abuso de posición dominante. No cabe duda que las innovaciones tanto en el campo del art. 81, como en las relativas al procedimiento, han supuesto una auténtica revolución que, generalmente, ha sido bien aceptada. En el campo de las concentraciones las reformas han sido menos significativas, pero se ha aprobado un nuevo Reglamento que ha dado respuesta a algunos de los problemas que se habían puesto de manifiesto con la anterior norma. Frente a este intenso movimiento reformador, una de las figuras más controvertidas y de más errática aplicación, como la contemplada en el art. 82 del Tratado, no ha sido, hasta el momento, objeto de atención¹. Si tal es así, es también cierto que en una fecha no muy alejada en el tiempo esta laguna quedará cubierta por

¹ D. GERADIN, «Introduction», en *GCLC Research Papers on art. 82 EC*, Bruges, College of Europe, julio 2005, pp. 4-5; F. CANTOS BAQUEDANO, «Los abusos de poder de mercado y de la

la aprobación por la Comisión Europea de unas Directrices que están siendo objeto de elaboración, de las que más adelante se dará cuenta.

Si tal ocurre en el Derecho europeo, no se puede afirmar lo mismo del Derecho español, y no por el hecho de que en estos momentos se encuentre en elaboración una nueva Ley de Defensa de la Competencia, en la que, por cierto parece ser, o al menos así figura en los borradores existentes en este momento, la redacción del precepto por el que se prohíben las conductas abusivas de una posición dominante es muy similar a la que originariamente figuraba en el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, sino porque ese mismo precepto había sido objeto de una profunda modificación en la reforma llevada a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, al haber introducido como una modalidad de conducta abusiva el abuso de la situación de dependencia económica, más dos nuevos grupos de conductas en las que se manifiestan las conductas abusivas. El análisis de esta nueva conducta será objeto de la última parte de este trabajo, que, por ahora, quedará centrado en el abuso de posición dominante y más concretamente en algunas conductas contenidas en los cinco grupos de conductas que figuraban en la primitiva redacción de 1989, y que en lo sustancial coinciden con los cuatro grupos contenidos en el art. 82 del Tratado, a los que se le añade uno nuevo². Precisamente el título de esta ponencia y el hecho de que se deba tratar de un grupo residual de conductas exige que se hagan algunas reflexiones, en primer lugar, sobre el concepto de abuso, para, a renglón seguido, analizar y clasificar las conductas que pueden ser calificadas como abusivas.

2. DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS DE LA POSICIÓN DOMINANTE

A) Reflexiones sobre el concepto de conductas abusivas de una posición dominante

Hecha esta observación, conviene comenzar señalando que el art. 82 (y otro tanto cabe afirmar del art. 6 LDC) merece una profunda reflexión. Con frecuencia ha sido acusado de ser un precepto carente de claridad, consistencia y rigor económico, y del conjunto de las Decisiones de la Comisión, la Jurisprudencia de los Tribunales comunitarios y las

situación de dependencia económica», en *La modernización del Derecho de la competencia en España y la Unión Europea*, en S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÒ (dirs.), Madrid-Barcelona, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, 2005, p. 265; A. J. PADILLA, «La responsabilidad de las empresas dominantes», en *Expansión*, miércoles 20 de julio de 2005, p. 54.

² La negativa de suministro incluida en el art. 6.2.b) LDC no está incluida en el art. 82 TCEE, pero el TJCE la considera incluida en los apartados b) y f) de ese precepto (Sentencia de 14 de febrero de 1978 *United Brands/Comisión*).

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, no se puede obtener una doctrina clara que pueda servir, de forma indubitada, para una formulación general del concepto³.

Tal vez la causa en la que haya que buscar la razón de los límites imprecisos del concepto se encuentre en el hecho de que la formulación en Derecho europeo del abuso de posición de dominio se separa considerablemente del precedente americano, del que toda la legislación en materia de competencia es tributaria. En efecto, la sección segunda de la Sherman Act persigue los monopolios y los intentos de monopolización, mientras que todas las legislaciones europeas se centran en las conductas de quienes tienen poder de mercado, exigiendo para su persecución que sean abusivas. Por otro lado ese concepto entronca con el concepto de abuso de derecho, propio del Derecho romano, y que ha sido introducido en los Códigos europeos (en concreto en nuestro Código Civil en su art. 7). Pero ese mismo concepto de abuso precisa delimitar la existencia de un derecho, al tiempo que reconocer que el ejercicio de ese derecho tiene límites, que cuando se sobrepasan convierten en abusivo tal ejercicio. Establecer dónde se encuentran tales límites, obviamente, no resulta sencillo.

Estas dificultades se ponen fácilmente de manifiesto cuando se analiza el concepto de abuso. De las conductas consideradas como abusivas, algunas de ellas pueden resultar ilícitas, por ejemplo el establecimiento de precios ruinosos o predatorios, aun cuando su autor no se encuentre en situación dominante. Otras por el contrario serían lícitas si su autor no se encuentra en tal posición. Para justificar el porqué de esta prohibición es necesario acudir a la doctrina del abuso de derecho. El empresario, en su lucha competitiva, está facultado para llevar a cabo conductas agresivas para ganar o consolidar cuotas de mercado, pero no debe sobrepasar determinados límites.

Las razones de esta limitación hay que encontrarlas en el hecho de que en el mercado, cuando existe un operador en situación de dominio, es decir con poder de mercado absoluto, la competencia queda debilitada⁴. Por ello, en primer lugar la Jurisprudencia de los Estados Unidos, y más tarde la de los Tribunales europeos y, entre nosotros, el Tribunal de Defensa de la Competencia, comenzaron a elaborar una teoría en virtud de la cual al operador con poder de mercado debería imponérsele una especial diligencia en sus relaciones en el mercado.

³ J. TEMPLE LANG y R. O'DONOGHUE, «The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC», en *GCLC Research papers on Article 82*, citado, pp. 38-39.

⁴ Valga como ejemplo la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993 (BPB Industries y British Gypsum/Comisión, As. T-65/89) que señala que ciertas «consideraciones, aplicables en una situación normal de mercado competitivo, no pueden admitirse sin reserva 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» (apartado 67).

En los Estados Unidos el caso Alcoa, en 1945, constituyó el más claro ejemplo en el que los Tribunales restringían las actuaciones comerciales de las grandes empresas, precisamente por imponerles un comportamiento que no les sería exigible si carecieran de tal posición⁵. Por su parte, tanto la Comisión Europea como los Tribunales comunitarios elaboraron bien pronto la teoría de la especial responsabilidad, según la cual al operador dominante le viene impuesta una especial responsabilidad de actuar en el mercado de forma tal que la competencia no quede distorsionada⁶. E igualmente en España el Tribunal de Defensa de la Competencia ha venido asumiendo la misma tesis⁷. En definitiva, se trata de poner de manifiesto que determinadas conductas que son competitivas y constituyen estrategias de mercado, como los descuentos, han de resultar prohibidas por el poder de mercado de su autor y por los efectos que produce sobre dicho mercado⁸.

Pero esta tesis, a pesar de su prácticamente universal aceptación, muestra sus evidentes limitaciones. Como se ha señalado⁹, decir simplemente que a una empresa en posición dominante no le está permitido lo que le sería permitido si no se encontrara en tal situación significa bien poco, por lo que será necesario establecer, caso a caso, cuáles son las conductas permitidas a un operador no dominante, que no son lícitas si su autor se encuentra en posición de dominio.

No cabe duda que la aplicación de esta doctrina, llevada a las últimas consecuencias, ataría de pies y manos la actuación de los operadores dominantes, por lo que fue necesario analizar algunos supuestos de comportamientos de operadores dominantes que no deberían estar incluidos en la prohibición. Así se elaboró el concepto de “lo objetivamente razonable”. En los Estados Unidos, en 1979, la Sentencia Berkey Photo,

⁵ United States v. Aluminium Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Citado por L. A. SULLIVAN y W. S. GRIMES, «The Law of Antitrust: An Integrated Handbook», St. Paul, Minn., West Group, 2000, p. 126.

⁶ Desde la Sentencia del TJ de 21 de febrero de 1973 (Europemballage Corporation y Continental Can., as. 6/72), se viene admitiendo en la jurisprudencia comunitaria la teoría de la “especial responsabilidad”. Así, por ejemplo, las Sentencias del TPI de 1 de abril de 1993 (BPB Industries y British Gypsum/Comisión, As. T-65/89); de 17 de julio de 1998 (TPI ITT Promedia/Comisión, As. T-111/96); de 30 de septiembre de 2003 (Michelin/Comisión, As. T-203/01); de 23 de octubre de 2003 (Van den Bergh Foods/Comisión, As. T-65/98), y 17 de diciembre de 2003 (British Airways/Comisión, as. T-219/99). El Tribunal de Justicia también asumió la tesis de la especial responsabilidad en la Sentencia Michelin I, de 9 de noviembre de 1983 (Asunto 322/81). El problema, como TEMPLE y O'DONOGHUE se han encargado de poner de manifiesto (*loc. cit.*, p. 38), consiste en el hecho de que competencia legítima y conducta de exclusión con frecuencia son muy similares. Por ejemplo, un descuento puede ser la esencia de la competencia pero también puede responder a maniobras encaminadas a excluir a un competidor.

⁷ Resoluciones del TDC de 3 de febrero de 1992 (Tecnotrón); 26 de febrero de 1999 (Airtel/Telefónica); 26 de enero de 2000 (Polvorines); 14 de febrero de 2000 (Retevisión/Telefónica); y 24 de abril de 2001 (MOB/Telefónica Móviles).

⁸ H. J. RUPPELT, «Abuse Control: Objectives, Restrictive Practices and Institutions», en *Eighth Annual EU Competition Law and Policy Workshops*, European University Institute, 2003, p. 2.

⁹ J. TEMPLE LANG y R. O'DONOGHUE, *op. cit.*, p. 42.

Inc. V. Eastman Kodak Co. supuso un cambio en la aplicación de la doctrina Alcoa, en la medida en la que permitió a Kodak, operador dominante, realizar maniobras comerciales que resultaban necesarias para proteger su capacidad de innovación¹⁰. Por su parte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, desde la Sentencia *United Brands*, reconoció que la empresa dominante tenía derecho a proteger “en una medida razonable” sus intereses comerciales cuando eran atacados¹¹. El Tribunal de Defensa de la Competencia, por su parte, ha puesto de manifiesto la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, así como el deber de analizar si su actuación tiene justificación objetiva¹².

Ahora bien, recientes acontecimientos nos hacen prever que se van a producir profundos cambios en este capítulo, en el sentido de reducir los corsés que le vienen impuestos a las empresas dominantes en virtud de la teoría de la especial responsabilidad. La comisaria de la Competencia Neelie KROES, en una conferencia pronunciada en Nueva York el pasado 23 de septiembre¹³, a pesar de anunciar que no era su intención proponer un cambio radical en la aplicación del art. 82, introdujo elementos que hacen prever que el cambio sobre la aplicación del concepto de conductas abusivas de una posición dominante en las previstas Directrices sobre el particular va a ir mucho más lejos de lo que inicialmente se podía prever, y así se ha puesto de manifiesto por cuantos, desde el primer momento, han comentado tal conferencia¹⁴. La comisaria, junto a conceptos que pre-

¹⁰ Sentencia *Berkey Photo Inc. v Eastman Kodak Co.* 603 F 2d 263 (2d Cir 1979). SULLIVAN y GRIMES, *op. cit.*, pp. 126-127.

¹¹ Sentencia de 14 de febrero de 1979 (*United Brands/Comisión*, as. 27/79). Más recientemente el TPI ha declarado en la Sentencia de 1 de abril de 1993 (*BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, as. T-65/89) que las respuestas comerciales de las empresas dominantes deben ser realizadas “de manera razonable”, e igualmente se contiene esa exigencia en las Sentencias del mismo Tribunal de 7 de octubre de 1999 (*Irish Sugar/Comisión*, as. T-228/97) y 30 de septiembre de 2003 (*Container Line e.a./Comisión*, as. 191/98). En la Sentencia de 8 de octubre de 1996 (*Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Comisión*, as. 24/93) exige que la respuesta resulte «razonable y proporcionada».

¹² Resoluciones *Retevisión/Telefónica* de 8 de marzo de 2000; *Velatorios Madrid* de 20 de junio de 2001 y *Hospital Madrid/Asisa*, de 28 de enero de 2003. En la Resolución *Gas Sabadell* de 14 de febrero de 2000 se señala que existe abuso cuando se impone una condición “que no es objetivamente necesaria”. A. PASCUAL SEQUEROS («Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante», en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 209, septiembre-octubre 2000, p. 103) y J. PASCUAL VICENTE («El abuso de posición dominante», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245, julio-septiembre 2002, pp. 1339 y ss.) señalan que existe un cierto cambio de orientación en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia a partir de la Resolución *Retevisión/Telefónica*, en el sentido de asumir como lícitas las conductas del operador dominante que estén razonablemente justificadas, en línea con el contenido del voto particular del propio J. PASCUAL en la Resolución *Airtel/Telefónica*, de 26 de febrero de 1999.

¹³ N. KROES, «Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82», en *Fordham Corporate Law Institute*, Nueva York, 23 de septiembre de 2005.

¹⁴ Resulta especialmente gráfica la frase: «Me gusta la competencia agresiva —incluida la de las empresas dominantes— y no me preocupa si puede perjudicar a los competidores si finalmente reporta beneficios para los consumidores». Desde el primer momento, la prensa ha puesto

viamente habían sido ampliamente aceptados, aunque no sin cierta polémica, tales como que la finalidad de los preceptos del Tratado consiste en proteger la competencia y no a los competidores¹⁵, incluye otros que no son, por el momento, objeto de general aceptación, tales como que el art. 82 no debe incluir como conductas prohibidas las que pueden producir beneficios para los consumidores, tales como los descuentos de fidelidad, o bien que las conductas simplemente desleales no deben quedar incluidas en el art. 82. Por otra parte, a favor de la reforma existe una creciente opinión que señala que la delimitación del concepto de abuso debe poner el acento en los efectos, actuales o futuros, del comportamiento abusivo de las empresas dominantes, antes que en sus formas¹⁶.

Pero como consecuencia de todo lo anterior, una de las conclusiones que pueden obtenerse de la nueva delimitación del concepto de abuso consiste en poner en cuestión la doctrina de la “especial responsabilidad”. En efecto, si al operador dominante se le van a permitir las mismas conductas que a quienes no se encuentren en posición de dominio, la teoría de la especial responsabilidad cae por su base. Y en estas circunstancias hay que resaltar que, si tal es así, se pone de manifiesto una cierta incoherencia con las restantes normas que son consecuencia del paquete de modernización del Derecho comunitario de la competencia, particularmente los Reglamentos de Exención por Categorías¹⁷. Todos estos Reglamentos conceden la exención del apartado 3 del art. 81 del

de manifiesto la profundidad del cambio anunciado («Go, Neelie», en *The Wall Street Journal Europe*, 27 de septiembre de 2005, p. A10; A. RILEY, «Beyond Ordoliberalism», en *The Wall Street Journal Europe*, 28 de septiembre de 2005, p. A9; «La comisaria KROES dice que Europa será más cauta al investigar los abusos de posición dominante», en *Expansión*, 28 de septiembre de 2005, p. 4. Más recientemente S. PÉREZ-NAVARRO, «Bruselas y los abusos de posición dominante», en *Cinco Días*, 19 de diciembre de 2005, p. 17). Una cierta preocupación no carente de crítica por los anuncios de la Comisaria se encuentra en J. KAY («La perseverancia europea contra el monopolio», en *Expansión*, martes 4 de octubre de 2005), que formula una carta ficticia a la comisaria KROES.

¹⁵ M. WÆLBROECK y A. FRIGNANI (*Derecho Europeo de la Competencia*, vol. 4 del comentario J. MEGRET, versión española por I. SÁENZ-CORTABARRÍA y M. MORALES, t. I, Barcelona, Bosch, 1998, p. 322) ya señalan que las normas de la competencia no tienen como principal objetivo proteger a los competidores, sino más bien a la competencia. Por su parte, F. DÍEZ ESTELLA (*La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 33-35) se hace eco de la polémica entre los partidarios de una concepción más economicista del Derecho de la competencia —que excluiría la protección de los competidores, particularmente las pequeñas y medianas empresas, entre los objetivos de tales normas— y quienes consideran que el principio de equidad es una de las principales herramientas de la política de la competencia, uno de cuyos objetivos es la protección de la pequeña y mediana empresa, posición esta última que está presente en Sentencias del TJ tales como *United Brands*, *Hugin* y *Commercial Solvents*.

¹⁶ G. NIELS y H. JENKINS, «Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Break Down», en *European Competition Law Review*, vol. 26, Issue 11, noviembre 2002, p. 605.

¹⁷ Reglamento 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; Reglamento 1400/2002, de 31 de julio, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor; Reglamento 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviem-

Tratado a los acuerdos siempre que estén suscritos por empresas que tengan una cuota de mercado por debajo de determinado límite, por encima del cual no se aplica la exención. Ello implica que a quienes tienen poder de mercado no se les permite lo mismo que a los que no disponen de él, es decir, y en cierta medida, una traducción del principio de la especial responsabilidad, que ahora parece quedar derogado.

B) Los trabajos de la Comisión para la revisión del concepto de abuso de posición dominante

En diciembre de 2005 la Comisión Europea ha publicado el documento *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*¹⁸, en el que recoge sus reflexiones sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a determinadas clases de abuso de posición de dominio, sobre la base de documentos en los que se venía trabajando desde febrero de 2005.

El documento hecho público en diciembre de 2005 es fruto de las reflexiones llevadas a cabo en un grupo de trabajo creado en el seno de la DG COMP. Se trata de un detallado informe dividido en diez secciones que presenta el análisis respecto a la aplicación del art. 82 a los denominados abusos de exclusión (*exclusionary abuses*), es decir aquellas prácticas de empresas dominantes que tienen un efecto de cierre (*foreclosure effect*) sobre el mercado. Los abusos de explotación (precios excesivos, etc.) se dejan para un análisis posterior. Tras una breve introducción (sección 1) el documento se estructura en dos partes diferenciadas:

a) Una parte general (secciones 2-4), dedicada a un análisis general del abuso de posición de dominio, que también podría ser aplicable a casos de abuso que no fueran de exclusión. Analiza la relación entre el art. 82 y otras disposiciones del Tratado (sección 2), la definición de mercado en casos de abuso (sección 3) y el concepto de dominancia (sección 4).

b) Una parte especial (secciones 5-9), dedicada al análisis de los abusos de exclusión. La sección 5 establece el marco de análisis de los abusos de exclusión y las siguientes analizan los siguientes tipos de abusos: precios predatorios (sección 6), marca única y descuentos (sección 7), abusos de vinculación (*tying and bundling*, sección 8) y negativa a comerciar (*refusal to supply*, sección 9).

bre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de especialización; Reglamento 2659/2000, de 29 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo; Reglamento 358/2003, de 27 de febrero, relativo a la aplicación a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de seguros, y Reglamento 772/2004, de 7 de abril, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

¹⁸ <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.

La última sección (sección 10) está dedicada a los mercados secundarios (*aftermarkets*).

El documento presentado es, como ha señalado la propia comisaria KROES, un primer paso para conseguir un marco de análisis jurídico-económico de los casos de abuso de posición de dominio de mayor consistencia. Pretende abrir el debate al mundo empresarial, jurídico y académico, por lo que pueden remitirse comentarios sobre el mismo a la Comisión hasta el 31 de marzo de 2006. El documento presentado no es exhaustivo, ya que se ciñe a los abusos de exclusión pero la Comisión extenderá su análisis a otros tipos de abusos en documentos posteriores. El análisis propuesto se basa en la experiencia de la Comisión en la aplicación del art. 82 y en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios (TJCE y TPI), aunque no vincula a estos últimos y constituye sólo un primer paso para la revisión de la interpretación del art. 82.

El documento propone un marco de análisis para una aplicación más rigurosa del art. 82, a partir del análisis económico desarrollado por la Comisión en los casos más recientes. Desarrolla una metodología de valoración de las prácticas de abuso más frecuentes (precios predatorios, los descuentos, el *tying*, etc.). El análisis propuesto es eminentemente económico, en línea con el último proceso de revisión que la Comisión ha venido realizando en los últimos años en materia de competencia (restricciones verticales, etc.). Por ejemplo, en prácticas sobre precios (descuentos, etc.) únicamente se consideran abusivas aquellas prácticas que pueden provocar la exclusión de los competidores igualmente eficientes (*equally efficient competitor test*). Se trata de identificar la cuestión económica subyacente y proporcionar reglas transparentes y operativas que permitan asegurar que una conducta es ilegal. El documento también propone que las eficiencias económicas de una conducta se tengan en cuenta a la hora de aplicar el art. 82, al igual que se tienen en cuenta en la aplicación del art. 81 (apartado 3), lo cual anuncia un cambio más que sustancial en el análisis de las conductas abusivas. Como en los casos de conductas colusorias la Comisión desea concentrar sus recursos en las prácticas abusivas que causen mayor daño a los consumidores.

Finalmente es previsible que el proceso termine en la aprobación de unas Directrices similares a las existentes en el ámbito del art. 81, para ayudar a la autoevaluación de las empresas. La Comisión decidirá al respecto según los resultados de la consulta pública abierta. Habrá que esperar, en cualquier caso, a la aprobación del documento definitivo para comentar, más en profundidad, su contenido.

Pero sin necesidad de adelantar acontecimientos sí que pueden ponerse de manifiesto algunos de los puntos más discutibles del documento, que se concretan en los siguientes apartados:

— La concentración del documento en los abusos de exclusión, que puede interpretarse erróneamente como minusvalorar la importancia de otros abusos.

— La aplicación de las eficiencias del art. 81.3 en casos de abusos, considerada incluso como una modificación del Tratado, ya que éste no vincula el art. 81.3 al art. 82 o, al menos, como una aplicación estructural de la *rule of reason* a casos de abuso.

— El “*as efficient competitor test*”, considerado teóricamente válido pero de difícil aplicación en mercados pequeños y en procedimientos civiles. No es absurdo considerar que ese test podría incrementar la dificultad en la aplicación del art. 82.

— La valoración de los abusos según el daño al consumidor, principio de valoración desigualmente aplicado en las prácticas abusivas analizadas en el documento.

— El análisis del abuso de posición de dominio colectiva, tema sensible que necesita mayor estudio y consideración, máxime tras la Sentencia *Airtoues/First Choice*¹⁹.

Como puede fácilmente desprenderse de estos comentarios realizados a vuela pluma, las expectativas levantadas por las palabras de la comisaria KROES no han quedado defraudadas. En ciertos aspectos los cambios resultarán sustanciales y, como ha quedado señalado, sobradamente polémicos.

C) La clasificación de las conductas abusivas

a) ¿Es limitativa la lista de conductas del art. 82 TCEE y 6.3 LDC?

Desde la Sentencia Continental Can²⁰ se viene afirmando que la enumeración de las conductas abusivas contenidas en el art. 82 no agota todas las modalidades de explotación abusiva prohibidas por el Tratado, por lo que cabría afirmar que existen conductas que no están incluidas en esa enumeración. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha venido asumiendo esta afirmación, hasta el punto de que se puede comprobar que, en un buen número de resoluciones, se declara que la conducta analizada infringe genéricamente el art. 6, considerando que en dicho precepto se contiene una cláusula general que prohíbe todo tipo de abuso²¹.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002 (Asunto T-342/99).

²⁰ Sentencia del TJ de 21 de febrero de 1973 (*Europemballage Corporation y Continental Can, As. 6/72*). Con posterioridad, el propio TJ en la Sentencia de 14 de diciembre de 1996 (*Tetra Pack/Comisión, as. C-333-94*) insiste que la lista de prácticas abusivas establecida en el párrafo segundo del art. 86 no es limitativa.

²¹ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 1999*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000, p. 143; A. PASCUAL, *loc. cit.*, p. 99.

Aunque es cierto que la redacción del art. 82 TCCE y 6 LDC parece abundar en esta interpretación (ambos preceptos señalan que las prácticas abusivas pueden consistir, particularmente, en una serie de supuestos, lo cual da a entender que caben otros supuestos que no están particularmente incluidos²²), existen igualmente elementos que, recientemente, han permitido a algunos comentaristas someter tal interpretación a ciertos interrogantes²³, con la afirmación de que las principales categorías de abusos están incluidas exhaustivamente en el art. 82, aunque no lo estén todos los posibles ejemplos de abusos dentro de esas categorías. A favor de esta interpretación se argumenta, en primer lugar, que la Sentencia Continental Can se dicta para un supuesto muy específico, es decir para cubrir la laguna existente, al no haberse aprobado todavía un Reglamento de concentraciones; en segundo lugar, que esa misma sentencia se dictó tres años antes de la primera vez en la que el TJ aplicó el art. 82.b) a una conducta de un operador dominante que limitaba las posibilidades comerciales de sus competidores²⁴, por lo que ese mismo precepto pudo ser aplicado al supuesto de una concentración. En consecuencia, la Sentencia Continental Can no puede ser ejemplo de un abuso que no caiga bajo las cuatro categorías del art. 82; en tercer lugar, es muy difícil pensar que existan supuestos de conductas abusivas que no estén incluidos en las cuatro categorías del art. 82, y, finalmente, la inclusión de otras conductas diferentes sería contraria al principio de seguridad jurídica.

Resulta indudable que los dos últimos argumentos tienen cierto peso. Por un lado resulta difícil imaginar una conducta que, en el sentido amplio, no pueda estar incluida en los supuestos del art. 82²⁵ y que pueda ser calificada como abuso contrario a la libre competencia. En cuanto a la seguridad jurídica, los elementos del art. 82 (y también del art. 6 LDC) no permiten fácilmente la elaboración de una cláusula general. En cualquier caso, habrá que estar al análisis concreto de las conductas calificadas como abusivas, para comprobar si pueden considerarse incluidas en los supuestos concretos. La Comisión Europea suele sancionar los abusos con referencia a algunos de los supuestos del art. 82 (excepción hecha de algún supuesto como el referido a la Decisión Continental Can, que por las razones arriba mencionadas no puede servir de base para una

²² J. I. FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, p. 302.

²³ J. TEMPLE LANG y R. O'DONOGHUE, *op. cit.*, pp. 53-54.

²⁴ Sentencia de 16 de diciembre de 1975 (Suiker Unie e.a./Comisión, as. 40/73).

²⁵ La redacción original del art. 6 LDC incluía un supuesto (la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra) que no está incluido en el art. 82, pero se trata de una conducta que podría estar incluida entre los abusos de exclusión a que se refiere el art. 82.b) o la discriminación del art. 82.c) como ha señalado el TJCE. En cuanto a las dos nuevas conductas incluidas tras la reforma de 1999, aunque sean aplicables a las dos categorías de abusos, tienen relación directa con el abuso de situación de dependencia económica.

aplicación general) y aunque el TDC aplique con frecuencia el art. 6 LDC sin mencionar en qué grupo de conductas ha de incluirse la que resulta objeto de sanción²⁶, es porque, en un número no pequeño de ocasiones, ha aplicado de forma acrítica la interpretación según la cual el art. 6 LDC no contiene una relación exhaustiva de conductas abusivas. Un análisis detallado de las conductas que el TDC incluye en la pretendida “cláusula general”, llevaría fácilmente a la conclusión de que podrían estar incluidas en algunos de los supuestos de las letras *a*) a *e*). Indudablemente al analizar las conductas concretas específicas no puede obviarse que el art. 6.2 LDC ha incluido en las letras *f*) y *g*) dos nuevas conductas que no tienen paralelo con las enumeradas en el art. 82 TCEE, pero los problemas relativos a estas dos nuevas conductas, introducidas en la reforma de diciembre de 1999, deberán ser analizadas al tratar de los abusos de situación de dependencia económica.

b) Clasificación de los abusos

El título de la ponencia asignada implica analizar exclusivamente las conductas abusivas que no hayan sido objeto de otras ponencias, por lo que precisa de una cierta clasificación de las conductas abusivas, para analizar cuáles de ellas han sido desarrolladas por otros ponentes y cuáles deben estar incluidas en este grupo residual. Específicamente se incluyen las conductas abusivas de una situación de dependencia económica. No se trata de abrir en estos momentos el debate acerca de si el abuso de posición de dependencia económica constituye una modalidad de abuso similar y equiparable al abuso de posición dominante (como parece desprenderse de la actual redacción del art. 6 LDC) o bien una conducta autónoma, postura esta última que parece tener mejor fundamento, sino de analizar las concretas conductas abusivas de una posición dominante, es decir las que pueden estar incluidas en el art. 82 del Tratado, y en el art. 6 LDC antes de la reforma introducida por la Ley 52/1999. El análisis del abuso de dependencia económica será objeto de consideración por separado. Para analizar las conductas que ahora van a ser consideradas, será necesario realizar una clasificación de las conductas abusivas, pero, indudablemente, son varias las clasificaciones que pueden realizarse.

En cierta medida el presente seminario parte de una clasificación de las conductas abusivas que se centra en las modalidades en las que se exterioriza en abuso. Se habla así de abusos relativos a los precios (inclu-

²⁶ Como ejemplos de Resoluciones del TDC que aplican la cláusula general del art. 6 LDC se pueden citar las de 10 de julio de 1998 (Aparejadores Madrid); 28 de octubre de 1998 (Aparejadores Mallorca); 26 de febrero de 1999 (Airtel/Telefónica); 4 de septiembre de 2000 (AENOR); 24 de abril de 2001 (MOB/Telefónica Móviles); 20 de junio de 2001 (Velatorios Madrid), y 25 de junio de 2001 (Seguros Médicos Ciudad Real).

yendo la cuestión relativa a los descuentos que se encuentra tan de actualidad), a los contratos vinculados, al supuesto de discriminación y a la negativa de suministros, y finalmente se plantean a los problemas que surgen por el ejercicio abusivo de una posición dominante en el campo de la propiedad intelectual. Indudablemente será necesario analizar los abusos que no se encuentran incluidos en esa clasificación descriptiva.

Pero son otras las clasificaciones que acostumbran a hacerse. Resulta ampliamente aceptada la clasificación que tiene su origen en la distinción que la sección 22.4 del GWB alemán realiza entre abuso de exclusión y abuso explotativo. Esta clasificación se centra en los efectos de las conductas antes que en las modalidades en las que se exteriorizan.

Con base a esta distinción se distingue entre dos tipos de conductas distintas, que a menudo aparecen superpuestas:

En el primer grupo se pueden incluir las conductas cuyo efecto económico consiste en reducir o impedir la competencia. Estas conductas incluyen ciertas prácticas de exclusión, tales como: negativa de suministros; precios ruinosos o predatorios; primas de fidelidad y prácticas similares; discriminaciones de precios, y otras condiciones anticompetitivas que incluyen las situaciones en las que una empresa utiliza su posición dominante para imponer condiciones anticompetitivas a sus clientes, tales como requisitos de exclusiva, restricciones a las importaciones o exportaciones, restricciones relativas a la reventa, o el subordinar una venta a la compra de otros bienes o servicios.

Un segundo grupo incluiría las conductas desleales hacia las personas que dependen de la empresa dominante para el suministro o la compra de los bienes o servicios de que se trate. Dentro de este grupo se incluirían los precios y condiciones desleales, las conductas discriminatorias, el abuso de los derechos de propiedad intelectual e industrial y la limitación propia de la producción o del desarrollo técnico (la vida fácil por utilizar la traducción de la expresión inglesa)²⁷.

Esta clasificación pone de manifiesto el carácter híbrido de los preceptos que prohíben el abuso de posición dominante, ya que permite intervenir tanto contra los comportamientos que persiguen obstaculizar o eliminar el acceso de terceros al mercado como aquellos en los que la empresa dominante explota su poder en detrimento de los proveedores y usuarios²⁸.

²⁷ C. BELLAMY y G. CHILD, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, edición española a cargo de E. PICAÑOL, Madrid, Civitas, 1992, 8.041. M. WAELBROECK y A. FRIGNANI (*op. cit.*, I, p. 361) diferencian entre el abuso-monopolización y el abuso-explotación. J. TEMPLE LANG y R. O'DONOGHUE (*op. cit.*, p. 38) hablan de tres clases de abusos en el art. 82: abusos explotativos, abusos de exclusión y abusos de represalia.

²⁸ M. WAELBROECK y A. FRIGNANI (*op. cit.*, t. I, pp. 356-357) recuerdan ciertas opiniones mantenidas en los primeros momentos de vigencia del Tratado CEE según las cuales sólo los abusos a

Ahora bien, la cuestión relativa a los abusos explotativos presenta un buen número de cuestiones dignas de reflexión. En primer lugar, es necesario señalar que el abuso explotativo tiene como posibles “víctimas” a los proveedores, los clientes y los consumidores, e incluso podría pensarse que a los competidores, y ello abre varias interrogantes²⁹.

La multiplicidad de supuestos que pueden ponerse de manifiesto en conductas que, en principio, podrían calificarse como abusivas si son realizadas por un operador dominante, evidencia que cualquier clasificación realizada tomando en consideración los efectos de las conductas terminan mostrando sus limitaciones. Un abuso explotativo puede tener igualmente efectos de exclusión si está dirigido a un cliente, un proveedor o, si el supuesto se incluye en el concepto, a un competidor. Por ello podría pensarse que la única modalidad “pura” de abuso explotativo es la que tiene como víctimas a los consumidores. Ésta parece ser la opinión que ha mantenido el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En la Resolución *Pompes Fúnebres Baix Llobregat*³⁰ el TDC diferencia entre los abusos anticompetitivos y los meramente explotadores, «que afecten directamente a los clientes, no teniendo efectos en el funcionamiento de los mercados», matizando a continuación que si los abusos explotadores pueden estar incluidos en el art. 82 TCCEE, no está tan claro que estén incluidos en el art. 6 LDC, porque en España «existe un derecho de protección al consumo». En la Resolución *Seragua*³¹ se habla de la existencia de dos clases de abusos: los que consisten en el abuso de los consumidores, y los que se traducen en prácticas que obstaculicen de forma ilícita la acción de los competidores. En la Resolución *Retevisión/Telefónica*³² se señala que el abuso de posición de dominio puede dirigirse a la explotación de los consumidores o a obstaculizar indebidamente la acción de los competidores.

Indudablemente la cuestión del perjuicio de los consumidores como objetivo de la prohibición de conductas abusivas de una posición dominante abre un extraordinario campo de consideraciones de mayor calado que la fórmula con la que se acostumbra a simplificar la cuestión afir-

los proveedores y usuarios, y no los que hacen referencia a los competidores, estarían prohibidos por el art. 82. La Sentencia *Continental Can*, sin embargo, se encargó de señalar que el art. 82 no sólo contempla las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino igualmente las que les causan un perjuicio al atentar contra la competencia efectiva.

²⁹ Dentro de la clasificación anteriormente comentada, los abusos de derechos de propiedad intelectual e industrial están conceptuados como abusos explotativos, y es claro que caben supuestos en los que la víctima de esa conducta abusiva sea un competidor del titular de tales derechos. Sin embargo, cuando se habla de abusos explotativos, generalmente los comentaristas incluyen en el concepto exclusivamente las conductas abusivas dirigidas contra los proveedores, clientes y consumidores.

³⁰ Resolución de 24 de enero de 1995, *Pompes Fúnebres Baix Llobregat*, expte. r. 103/94.

³¹ Resolución de 11 de mayo de 2000, *Seragua*.

³² Resolución de 8 de marzo de 2000, *Retevisión/Telefónica*.

mando que las conductas abusivas siempre han de causar un perjuicio a los consumidores, sea de forma directa (abusos explotativos), sea de forma indirecta (abusos anticompetitivos), pues al perjudicar a la competencia, se perjudica igualmente a los consumidores³³, lo cual supondría participar en el debate recientemente abierto con ocasión del anuncio de las Directrices sobre la aplicación del art. 82, pero todo ello, que resulta apasionante, desbordaría considerablemente el campo de este trabajo, que si tiene alguna referencia a los diversos tipos de conductas abusivas, se debe exclusivamente a la necesidad de delimitar un concepto residual como es el de “otros abusos”.

3. OTRAS MODALIDADES DE ABUSO

A) Las conductas incluidas en los arts. 82.b) TCEE y 6.2.b) LDC

Como se ha indicado anteriormente, a partir de la Sentencia Suiker Unie³⁴, la mayor parte de los abusos de exclusión tienen su cabida en este apartado, que incluye una amplia categoría de conductas, entre ellas la limitación o control del desarrollo técnico (se entiende del propio), que es una conducta que en la práctica no es muy frecuente³⁵. Sin embargo deben considerarse incluidas en la prohibición las que limitan la distribución de productos o servicios³⁶, o el reparto de mercado realizado por la empresa dominante³⁷. También se incluyen en el precepto los compromisos de exclusividad³⁸, o bien reservarse una actividad auxiliar que puede ser ejercida por una tercera empresa³⁹, y en definitiva todas las

³³ La doctrina del perjuicio directo e indirecto de los consumidores tiene su origen en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia Continental Can, de 21 de febrero de 1973, as. 6/72; Sentencia Istituto Chimioterapico Italiano y Comercial Solvents, de 6 de marzo de 1974, as. 6 y 7/73), pero la cuestión puede plantear innumerables consideraciones, máxime cuando se anuncia una revisión sustancial del concepto de abuso. Se podría reflexionar sobre las razones por las que el perjuicio de los consumidores sólo queda mencionado en el art. 82.b) y en el 6.2.b) LDC y no en las otras conductas. O bien la razón por la que el perjuicio de los consumidores no se menciona en la paralela conducta contemplada en el art. 81.1.b) y 1.1.b) LDC, o bien sobre el test “*consumer welfare*” que amplía el concepto de abuso explotativo hasta llegar a considerar que la única conducta abusiva es la que tiene finalidad explotativa. O cómo se pueden condenar como abusivas ciertas conductas que, aunque benefician a los consumidores, perjudican a la competencia, por ejemplo los precios predatorios o el supuesto contemplado en la Resolución del TDC Retevisión/Telefónica en el que no cabe duda de que una cierta conducta del dominante, que en principio puede beneficiar a los consumidores, resulta prohibida porque tiende a dificultar la consolidación de un competidor.

³⁴ Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1973, Suiker Unie/Comisión, as. 40/73.

³⁵ Este tipo de conductas recibe el nombre de “la vida fácil” (C. BELLAMY y G. CHILD, *op. cit.*, 8.046). M. WAELBROECK y A. FRIGNANI (*op. cit.*, pp. 763-764).

³⁶ Resolución del TDC de 12 de septiembre de 1994, Derecho Imagen Fútbol Italiano.

³⁷ Resolución del TDC de 5 de enero de 2001, Gas Natural Castilla y León.

³⁸ Sentencias del TJCE de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche, as. 85/76, y de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, as. C-82/86, y del TPI de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum, as. T-65/89, y 6 de octubre de 1994, Tetra Pack/Comisión, as. T-83/91. En España, el TDC ha aplicado esta doctrina, por ejemplo en la Resolución de 26 de febrero de 1999, Airtel/Telefónica.

³⁹ Sentencias del TJCE de 3 de octubre de 1985 (CBEM/CLT y IPB, as. 311/84) y de 13 de diciembre de 1991 (GB-Inno-BM as. C-18/88).

conductas consistentes en crear dificultades a la actividad de sus competidores en el mercado, por ejemplo, de productos destinados a ser utilizados con ayuda de un aparato fabricado por la dominante ⁴⁰.

B) Conductas desleales realizadas por el operador dominante

Uno de los problemas que se plantean consiste en determinar si la conducta desleal realizada por un operador dominante debe sancionarse por el art. 6 o el 7 LDC.

El TDC consideró desde los primeros momentos de aplicación de la Ley de 1989 ⁴¹ que en el supuesto de una conducta desleal realizada por un operador dominante se aplicará el art. 7 si la infracción a la competencia persiste incluso en el supuesto de que no existiera abuso, doctrina que se ha aplicado igualmente en alguna Resolución más reciente ⁴². En definitiva, será necesario considerar que la conducta desleal del operador dominante constituye un abuso de posición dominante sólo cuando la deslealtad está propiciada por el poder de mercado de ese operador ⁴³.

C) Otras modalidades

Existen también un buen número de conductas de operadores dominantes que el TDC ha considerado como abusivas, sin especificar cuál es la concreta categoría de conducta en la que debería incluirse, y que deberían incluirse dentro del concepto “otros abusos”. Así, por ejemplo, ha considerado como abusiva la elaboración de listas negras ⁴⁴, la exigencia de determinada marca de certificación de calidad ⁴⁵, la imposición de exclusividad a los miembros del cuadro médico de un seguro ⁴⁶, la celebración de contratos en exclusiva ⁴⁷, pero si analizamos todas estas conductas se puede comprobar que todas ellas se pueden incluir en el capítulo de abusos de exclusión, la mayor parte de los cuales tienen

⁴⁰ Sentencias del TPI de 12 de diciembre de 1991 Hilti, as. T-30/89, y 6 de octubre de 1994, Tetra Pack as. T-83/91.

⁴¹ Resolución del TDC de 30 de diciembre de 1991, Electromedicina.

⁴² En la Resolución de 8 de marzo de 2000 (Retevisión/Telefónica) se aplica el art. 6 a una conducta desleal practicada por Telefónica porque si no fuera realizada por un operador dominante, esa conducta no tendría entidad suficiente para afectar al interés público.

⁴³ J. MASSAGUER FUENTES, «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 2218, nota 22.

⁴⁴ Resolución del TDC de 24 de abril de 2001, MOB/Telefónica Móviles.

⁴⁵ Resolución del TDC de 4 de septiembre de 2000, AENOR.

⁴⁶ Resoluciones del TDC de 27 de septiembre de 2000, Igualatorio Médico Quirúrgico Cantabria, y 25 de junio de 2001, Seguros Médicos Ciudad Real.

⁴⁷ Resolución del TDC de 26 de febrero de 1999, Airtel/Telefónica.

cabida en el art. 6.2.b) LDC, si se aplica la doctrina establecida en la Sentencia del TJ Suiker Unie⁴⁸, según la cual todas las maniobras tendientes a impedir o dificultar la presencia de un competidor tienen cabida en el art. 82.b) del Tratado.

Existen otros innumerables supuestos de conductas del operador dominante que pueden considerarse abusivas. Entre los múltiples ejemplos que se pueden citar se encuentra el supuesto relativo al ejercicio de acciones judiciales, que, en determinadas circunstancias, puede considerarse conducta abusiva⁴⁹. En definitiva, las conductas abusivas pueden revestir miles de formas, pero siempre será necesario encontrar en ellas finalidades o efectos de explotación o bien de exclusión, por lo que la clasificación que establece esas dos clases de abusos constituye el pilar fundamental del análisis del abuso de una posición de dominio.

4. EL ABUSO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

En la más importante de las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia, llevada a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, se introdujo en el art. 6 una nueva modalidad de conducta abusiva, consistente en el abuso de dependencia económica, que, desde el primer momento, fue objeto de críticas generalizadas⁵⁰.

Ahora bien, transcurrido cierto tiempo desde la introducción de la figura en la legislación, y en los umbrales de una nueva reforma de la LDC, la cuestión merece una cierta reflexión, más allá de los comentarios de urgencia realizados en el momento de la introducción de la figura en la LDC. En consecuencia deben plantearse algunas cuestiones.

A) **¿El abuso de dependencia económica pertenece al campo del antritrust o al de la competencia desleal?**

El hecho de que la Ley de Competencia Desleal incluyera entre las conductas desleales el abuso de situación de dependencia económica

⁴⁸ Sentencia del TJCE de 16 de septiembre de 1975, Suiker Unie e.a./Comisión, as. 40/73.

⁴⁹ La Sentencia del TPI de 17 de julio de 1998 (TPI ITT Promedia/Comisión) establece que la tutela judicial es un derecho fundamental y sólo en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante. En la Decisión recurrida, la Comisión había exigido para esa calificación que el ejercicio de la acción judicial sólo sirva para hostigar a la parte contraria y que forme parte de un plan para suprimir la competencia.

⁵⁰ Como es sobradamente conocido, los apartados 6.1.b) y 6.2.f) y g) no figuraban en el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, y fueron introducidos durante la tramitación parlamentaria en el Congreso como consecuencia de la aprobación de sendas enmiendas de los Grupos Catalán y

(art. 16.2) es una de las causas por las que se tiende a criticar la reforma de 1999, al tiempo que existe una tendencia a considerar que el abuso de situación de dependencia se mueve en el campo de las relaciones jurídico-privadas, ajenas al interés público que persigue la legislación antitrust. Sin embargo, un análisis más reposado de la cuestión nos ha de llevar a relativizar esta afirmación, y empiezan a escucharse voces que abogan por la permanencia de la figura en nuestra LDC⁵¹.

A favor de esa revisión del concepto se pueden formular ciertos argumentos. En primer lugar, los precedentes legislativos consideran el abuso de la situación de dependencia como una figura propia de la legislación antitrust. En efecto las legislaciones alemana y francesa recogen en su legislación antitrust esta figura, e incluso existe una tendencia a la ampliación en otras legislaciones de nuestro entorno⁵². E incluso en Alemania —no así en Francia— la figura tiene la doble regulación tanto en el campo del antitrust como en el de la competencia desleal. Estas figuras no son contrarias al ordenamiento comunitario, en tanto que el art. 3 del Reglamento 1/2003 permite que las legislaciones nacionales regulen otras conductas unilaterales distintas de las del art. 82 del Tratado.

En segundo lugar, la noción de abuso de dependencia económica no resulta extraña en Derecho comunitario, si bien en el campo del abuso de posición dominante. En algunas ocasiones la propia Comisión e incluso los Tribunales comunitarios, aun en este caso con mayores limitaciones,

de Coalición Canaria. Suprimidos durante la tramitación en el Senado, fueron reintroducidos en el trámite de aprobación definitiva en el Congreso. Los primeros comentarios a esta reforma fueron extremadamente críticos. Así, S. MARTÍNEZ LAGE, «Sin pena ni gloria», *GJCE*, 204, diciembre 1999, p. 7; J. COSTAS COMESAÑA, «Crónica crítica de la reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia», en *Actas de Derecho Industrial*, 1999, pp. 1417-1419; L. BERENGUER y C. GINER PARREÑO, «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Derecho de los Negocios*, marzo 2000, p. 27; J. PÉREZ-BUSTAMANTE, «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la LDC: examen crítico del nuevo precepto», en *GJCE*, 205, enero-febrero 2000, p. 35; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *loc. cit.*, pp. 149 ss.; R. ALONSO SOTO, «Las recientes modificaciones de la LDC. La necesidad de la reforma y las principales novedades», en *El Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, en J. M. BENEYTO y J. MAÍLLO (dirs.), Barcelona, Bosch, 2002, pp. 293-294; F. Díez ESTELLA y M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, «El poder de compra y las posibles conductas anticompetitivas en la cadena de distribución comercial», en *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, p. 202.

⁵¹ F. CANTOS BAQUEDANO, *op. cit.*, pp. 277-278.

⁵² El origen del abuso de la situación de dependencia económica hay que encontrarlo en la legislación alemana y en concreto en el actual art. 20.2 (tras la sexta modificación que entró en vigor en 1999) de la GWB. De ahí pasó a Francia al art. 8.2 de la *Ordonnance* 86-1243, relativo a la *liberté des prix et de la concurrence*. En Alemania la figura se aplica tanto para las relaciones horizontales como para las verticales, mientras que en Francia sólo se aplica a las relaciones verticales. La figura no resulta extraña tampoco en la legislación americana. F. Díez y M. FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 312) señalan que la sección 2.c) de la Robinson Patman Act incluye supuestos de abuso de situación de dependencia económica. En Portugal, el art. 4 del Decreto-Lei 371/93 incorporó el abuso de situación de dependencia como ilícito distinto del abuso de posición de dominio (J. M. EIZAGUIRRE, «Comentarios al Libro Blanco», pág. *web* del SDC).

han considerado como abusos de posición de dominio ciertas conductas que tienen en consideración el vínculo de dependencia entre empresas, una de las cuales es contratante obligatoria de la otra⁵³. El problema radica en el hecho de que para considerar ciertos abusos de situación de dependencia en el art. 82 se precisa reducir considerablemente el mercado relevante. Así por ejemplo, en el supuesto del suministro de repuestos, el mercado relevante queda reducido al de los repuestos de una marca determinada, mientras que en el supuesto del distribuidor, para que exista abuso, el mercado debe quedar limitado al de los productos distribuidos de una marca determinada⁵⁴. Estas dificultades pueden llevar a la conclusión de que para intervenir en las conductas abusivas de quien se encuentra en posición de poder relativo de mercado podría ser más adecuado establecer una modalidad independiente del abuso de posición dominante.

En tercer lugar, hay que preguntarse por las razones por las que, a pesar de los precedentes de Derecho comparado, en España se optó inicialmente por considerar el abuso de situación de dependencia como conducta desleal⁵⁵. Resulta preciso recordar que en el Proyecto de LDC se incluía en el art. 6 la prohibición del abuso de dependencia económica, pero la mención quedó suprimida en la tramitación parlamentaria⁵⁶. La consideración de la figura como ilícito antitrust en lugar de como conducta desleal tuvo también sus defensores⁵⁷. Pero un análisis sereno de la cuestión no puede ser realizado si no se tiene en cuenta cuál es el sistema español de Derecho de la competencia en sentido amplio, es decir, que engloba tanto la defensa de la competencia como la com-

⁵³ R. BELLAMY y G. CHILD, *op. cit.*, 8-046; M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *op. cit.*, I, pp. 319 y ss.; J. PASCUAL VICENTE, *loc. cit.*, pp. 1317 y ss. La Comisión ha aplicado el concepto de situación de dependencia como integrante del abuso en las Decisiones General Motors, ABG-Empresas petroleras de los Países Bajos, Hugin y Magill TV Guide. En los tres primeros supuestos, la decisión se anuló por los tribunales, pero por motivos diferentes que no implicaban el rechazo a la consideración de la situación de dependencia. La Sentencia del TJ de 6 de abril de 1995 (RTE e ITP/Comisión, as. 241/91 y 241/91) confirmó tres Sentencias del TPI de 10 de julio de 1991, que confirmaron la Decisión Magill, y admitió la teoría de la dependencia al considerar que la única fuente de información de la programación de TV para una empresa que deseara publicarlas eran las propias cadenas, por lo que poseían un monopolio de hecho.

⁵⁴ El TDC ha considerado la oportunidad de delimitar el mercado relevante como el de repuestos de determinada marca de relojes, porque no existe sustituibilidad con otros repuestos (Resolución de 13 de mayo de 1998, Relojes Joya). La Resolución de 29 de enero de 1997 (Medidas Cautelares Ford España) admitió la explotación de situación de dependencia económica en la que se encontraba un distribuidor de automóviles, pero —se trataba antes de la reforma de 1999— por la vía del art. 7 LDC.

⁵⁵ F. CANTOS BAQUEDANO, *op. cit.*, p. 274.

⁵⁶ La supresión se produjo al aceptarse, en trámite de ponencia, la enmienda 70 del Grupo Parlamentario Socialista, cuya inexpresiva justificación se limitaba a indicar: «mejor ordenación jurídica de la materia».

⁵⁷ J. MASSAGUER (*loc. cit.*, pp. 2207-2208) señaló que la inclusión de una situación de dependencia económica en el elenco de actos de competencia desleal, en lugar de su tipificación como ilícito antitrust, es uno de los rasgos de originalidad de la normativa desleal que merece reparos desde los puntos de vista sistemático y práctico.

petencia desleal, sistema en el que una teórica separación entre la defensa de intereses privados (contemplados en la LCD) e intereses públicos (objeto de la LDC) no responde a la realidad. Es cierto que, a pesar de los intentos, nunca se han establecido con claridad los supuestos en los que jugaban un interés u otro, y que los puentes entre ambos (art. 7 LDC y, si se quiere, 15.2 LCD) nunca han terminado de funcionar adecuadamente⁵⁸, pero no se puede olvidar que el modelo español de competencia desleal es el modelo denominado social, en el que se tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, es decir, que prohibiendo la mayor parte de los actos de competencia desleal (por ejemplo, los actos contra el funcionamiento del mercado o contra los consumidores), también se está protegiendo el interés público. Otra cosa es que las deficiencias de las sucesivas redacciones del art. 7 LDC hayan enturbiado la cuestión y hayan conducido a la interpretación que, para afectar al interés público, los actos desleales precisan que, además, falseen de manera sensible la libre competencia⁵⁹. Pues bien, dentro de esa consideración que también algunos actos de competencia desleal lesionan el interés público, hay que encontrar la razón por la que se consideró el abuso de situación de dependencia económica como conducta desleal y no, en un principio, como ilícito antitrust.

El problema es que, tras la reforma de 1999, las conductas abusivas de una situación de dependencia económica están reguladas en ambas leyes (LDC y LCD), y aun cuando ello también ocurra en otras legislaciones como la alemana, es necesario plantearse la conveniencia del mantenimiento del sistema o su reforma, dejando exclusivamente la regulación en una y otra Ley. La doble regulación podría ser una alternativa admisible si no existiera el precepto del art. 7 LDC. Si los actos desleales pueden ser perseguidos también como ilícitos antitrust, no se precisa que una conducta conceptuada como desleal sea incluida también en las prohibiciones específicas de la LDC. Por ello parece más conveniente mantener la figura en una única Ley. A favor de su inclusión exclusivamente en la Ley de Defensa de la Competencia se pueden argumentar razones de índole teórico y práctico. Entre las primeras se puede mencionar que la explotación del poder relativo de mercado puede producir las mismas alteraciones del funcionamiento competitivo del mercado que las conductas abusivas del operador dominante, e, igualmente, evitaría

⁵⁸ L. BERENGUER y C. GINER, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁹ En el sistema legislativo español de competencia desleal (e indirectamente en el de libre competencia) han tenido una trascendental importancia los trabajos de los profesores C. PAZ-ARES («El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust. Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1981, pp. 66 ss.) y A. MENÉNDEZ (*La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988).

que, en determinados supuestos, fuera necesario acudir a delimitaciones muy reducidas del mercado de referencia para incluir el concepto de dependencia dentro de la posición dominante. Entre las razones prácticas se citan las dificultades que tienen las empresas en situación de dependencia para iniciar acciones como demandantes contra la empresa de la que son dependientes por temor a perder los pedidos o los suministros⁶⁰.

La otra alternativa consistiría en volver al sistema anterior a la reforma de la LDC de 1999, es decir, suprimir el art. 6.1.b) de esta Ley y mantener (a ser posible con su original redacción) el art. 16.2 LCD, pero para ello debemos reconocer que la situación de dependencia económica constituye un supuesto claro de conducta que altera el funcionamiento competitivo del mercado y que su persecución resulta más fácil por el TDC que por los Juzgados de lo Mercantil, siendo necesario mantener, por supuesto mejorado, el precepto del art. 7 LDC, mejora que ha de facilitar su aplicación.

B) Críticas a la redacción del abuso de situación de dependencia económica en el art. 6 LDC

Como se ha indicado con anterioridad, la modificación del art. 6 LDC introducida por la Ley 52/1999 ha sido objeto de considerables críticas, buena parte de ellas referidas a la consideración de que era inconveniente incluir esa conducta en la legislación encargada de la defensa de la competencia, pero otras muchas fundadas en la redacción del propio precepto. La primera de estas críticas tiene su fundamento en el hecho de que en un solo precepto se reúnan dos modalidades de conductas abusivas: las de posición dominante [art. 6.1.a)] y de posición de dependencia económica [6.1.b)], transmitiendo la imagen de que se trata de dos modalidades de un mismo concepto, imagen que queda reforzada cuando en el art. 6.2 se especifican, de forma que resultan aplicables a las dos modalidades del art. 6.1, los comportamientos en los que se exteriorizan tales conductas.

Frente a esta sistemática, se puede argumentar que el abuso de posición dominante y el de situación de dependencia económica son dos con-

⁶⁰ J. MASSAGUER FUENTES, *loc. cit.*, pp. 2205 y 2215-2216. En cuanto a las dificultades en las que se encuentran las empresas dependientes para demandar a los operadores con poder de mercado, también se puede añadir que se muestran renuentes a colaborar con las autoridades encargadas de la competencia en procedimientos antitrust. Son muy escasas las sentencias en las que se ha aplicado el art. 16.2 LCD, pero también puede citarse que el TDC sólo en una ocasión ha contemplado un supuesto del art. 6.1.b) LDC, y ha sido para desestimarlos (Resolución de 3 de junio de 2003, ASISA). Ver también F. Díez y M. FERNÁNDEZ, *loc. cit.*, p. 295.

ductas distintas, que deberían, como ocurre en la legislación alemana, tener una regulación separada. Esta afirmación cobra más sentido cuando analizamos los grupos de conductas contenidas en el art. 6.2, y se comprueba que algunas de ellas sólo pueden estar referidas a las conductas abusivas de una posición dominante⁶¹, mientras que los dos nuevos apartados incluidos tras la reforma de 1999, que son los únicos incluidos en el art. 16.2 LCD, están referidos a los abusos de situación de dependencia⁶². Sin embargo, la redacción del precepto induce a pensar que todas las conductas recogidas en el art. 6.2 pueden realizarse tanto por el operador con poder absoluto de mercado como por el operador con poder de mercado relativo, lo cual produce, además, una circunstancia indeseable: que los conceptos de abuso de dependencia económica del art. 6.1.b) LDC y 16.2 LCD sean diferentes, al menos en la concreción de las conductas en las que se exteriorizan.

Una segunda crítica puede ser realizada acerca de la presunción del art. 6.1.b) que se encuentra en el último inciso del precepto. Se trata de una presunción que está influida en una mala traducción de la legislación alemana⁶³, que resulta confusa⁶⁴, y que parece limitar la situación de dependencia simplemente a las relaciones entre un proveedor dependiente y un cliente con poder de mercado.

Finalmente, la introducción de las dos nuevas modalidades de abuso introducidas en las letras f) y g) del art. 6.2 resulta de difícil digestión. La configuración del régimen de la ruptura comercial resulta de difícil encaje, y debería precisarse, por ejemplo, cuál es el concepto de “relación comercial”, o bien si el plazo de seis meses debería reducirse en función de la duración que haya tenido el contrato⁶⁵. Por otra parte, la excepción contenida en la letra f), *in fine*, nuevamente nos sitúa en el supuesto de relaciones entre un distribuidor con poder de mercado y un proveedor que resulta dependiente económicamente de él. En cuanto al supuesto de la letra g) constituye uno de los supuestos de abuso explotativo que podría tener perfectamente encaje en el art. 6.2.a).

⁶¹ J. MASSAGUER (*loc. cit.*, pp. 2241-2242) señala que las conductas encaminadas al aprovechamiento económico del monopolio recogidas en los apartados a) y b) del art. 6.2 sólo pueden ser realizadas por el operador dominante. La afirmación respecto a las conductas de la letra b) puede ser matizada.

⁶² J. PÉREZ-BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 36; F. CANTOS BAQUEDANO, *op. cit.*, p. 281.

⁶³ La GWB alemana regula las conductas anticompetitivas con gran profusión de detalle, estableciendo múltiples presunciones para cada una de las conductas, pero ése no es el modelo que sigue nuestra LDC (ni la LCD), por lo que la introducción de la presunción en este precepto resulta un tanto extraña.

⁶⁴ J. PÉREZ-BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 35, se encarga de poner de manifiesto que no queda claro si lo que se presume es la relación de dependencia o el abuso, inclinándose, correctamente, por la primera solución; L. BERENGUER y C. GINER (*loc. cit.*, p. 27) señalan que se trata de una presunción *iuris tantum*.

⁶⁵ L. BERENGUER y C. GINER, *op. cit.*, p. 27.

5. CONCLUSIONES

Como consecuencia de todo cuanto con antelación ha quedado expuesto, se pueden resumir ciertas conclusiones:

1. En primer lugar, resulta necesario insistir en la necesidad de revisar el concepto de abuso de posición dominante, dotándole de límites precisos. Indudablemente el debate que deberá tener lugar antes de la aprobación de las Directrices sobre el concepto, que han sido anunciadas por la Comisión, será un buen momento para ello, revisando teorías tales como la de la especial responsabilidad o del comportamiento objetivamente razonable, o bien si ha de protegerse a la competencia y no a los competidores, o los límites del abuso explotativo.

2. Debe partirse del supuesto que los arts. 82 del Tratado y 6 LDC incluyen, en principio, todas las categorías de conductas abusivas, aun cuando no incluyan todas las posibles conductas incluidas en cada una de esas categorías. Por otra parte, conviene resaltar que la clasificación fundamental entre las conductas abusivas consiste en reconocer dos grupos: abusos de exclusión y abusos explotativos. La mayor parte de estos últimos estará incluida en la letra *b*) tanto de los arts. 82 TCEE y 6 LDC.

3. Conviene deslindar las conductas desleales realizadas por el operador dominante entre los supuestos en los que deban ser perseguidas por el art. 6 y los que deban ser perseguidas por el art. 7, ambos LDC. La conducta desleal, en ese supuesto, sólo constituirá abuso cuando la deslealtad de la acción esté propiciada por el poder que le otorga encontrarse en una posición dominante.

4. Debe terminarse con la doble regulación (LDC y LCD) del abuso de situación de dependencia económica, pero la solución que parece más idónea consiste en incluirla como conducta independiente en la LDC. Los abusos de las empresas que tienen poder relativo de mercado también distorsionan el funcionamiento competitivo del mercado y, por lo tanto, afectan al interés público. También para fundamentar esta solución es necesario recordar razones de tipo práctico, tales como las dificultades que tienen las empresas a iniciar acciones contra sus proveedores o clientes de los que dependen. Pero en cualquier caso deberá mejorarse el precepto que tipifique la conducta, suprimiendo la presunción y estableciendo claramente las categorías de conductas en las que se exterioriza.