

REGULACIÓN PÚBLICA Y ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Lluís CASES

Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios
Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La regulación pública puede generar situaciones en que un operador económico se sitúa en una posición de dominio. La regulación pública considerada como toda decisión pública, ya sea con carácter normativo o administrativo, que incide en el comportamiento de los operadores económicos en el mercado puede configurar situaciones en que una empresa es colocada en una posición de dominio. Como es conocido, la empresa en posición de dominio debe cumplir en su actividad en el mercado determinadas obligaciones y, en concreto, tiene vetado abusar de su posición. La cuestión especialmente clave aparece cuando la regulación genera no sólo la situación de posición de dominio, sino también un abuso de la misma.

El objeto de este comentario es profundizar en las relaciones entre la regulación pública y el abuso de posición de dominio. Es decir, cómo afrontar desde las normas de competencia las situaciones en que el abuso de posición de dominio deriva de una regulación pública. Para ello se analiza, en primer lugar, la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia, donde el tema de las relaciones de éste con el Derecho nacional sectorial configurador de posiciones de dominio y de abuso de

la misma ya tiene una doctrina consolidada, principalmente derivada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE). Y, en segundo lugar, se efectúa dicho análisis desde la perspectiva del Derecho nacional de la competencia teniendo en cuenta la interpretación formulada por el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC).

2. EL MARCO COMUNITARIO DE LAS RELACIONES ENTRE REGULACIÓN PÚBLICA Y ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

A) El enfoque del Tribunal de Justicia. La imposición de limitaciones a la regulación pública

La regulación pública sectorial de los Estados miembros puede generar situaciones en que un operador económico se sitúa en una posición de dominio y abusa de la misma. Por ello, es oportuno reflexionar sobre las relaciones entre las previsiones normativas del art. 82 del Tratado y esa regulación pública nacional¹.

El TJCE ha establecido, de forma reiterada, la disponibilidad por parte de los Estados miembros de generar situaciones de posición de dominio². El punto de partida, pues, será que la mera configuración de la posición de dominio por el Derecho nacional no es *per se* contraria al Derecho comunitario. Dice el TJCE:

«El mero hecho de crear una posición dominante por medio de la concesión de derechos en exclusiva, a efectos del apartado 1 del art. 90, no es incompatible, en cuanto tal, con el art. 86 del Tratado»³.

De forma certera existirá una posición de dominio derivada del Derecho nacional en los supuestos en que se haya concedido un derecho exclusivo a un operador económico. La asimilación monopolio legal con posición de dominio es también rotunda en el Derecho comunitario. Al respecto el TJCE se ha pronunciado con reiteración con estas afirmaciones:

¹ En varias de las sentencias del TJCE que se refieren a continuación se encuentran referencias al art. 86, actual art. 82. Hemos preferido dejar la referencia original.

² Aunque deba recordarse que si bien las normas de la competencia comunitarias del art. 82 se dirigen a las empresas, los Estados no pueden establecer medidas que puedan eliminar su eficacia. En términos del TJCE:

«Por lo que se refiere a las medidas estatales y más específicamente a la concesión de derechos exclusivos, hay que recordar que, si los arts. 85 y 86 se refieren exclusivamente a las empresas, ello no impide que el Tratado imponga a los Estados miembros no establecer o mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dichas disposiciones» [STJCE de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89 (35)].

³ STJCE 17 de mayo de 1994, C-18/93, Puerto de Génova (42). En idéntico sentido, entre otras, Sentencia de 5 de octubre de 1994, C-323/93 (18).

«Puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante en el sentido del art. 86 del Tratado»⁴.

La tendencia del TJCE ha sido establecer una interpretación amplia del concepto “parte sustancial del mercado común”, que le ha permitido analizar situaciones caracterizadas por marcos territoriales no excesivamente amplios. Entre otros, sirve el ejemplo de la Sentencia de 10 de diciembre de 1991:

«En lo que respecta a la delimitación del mercado de referencia, de la decisión de remisión se desprende que dicho mercado es el de la organización, por cuenta de terceros, de las operaciones portuarias relativas al flete ordinario en el puerto de Génova y el de la realización de esas operaciones. Teniendo en cuenta, especialmente, el volumen del tráfico en dicho puerto y la importancia de éste en lo que se refiere a todas las actividades de importación y exportación marítimas en el Estado miembro de que se trata, puede considerarse que dicho mercado constituye una parte sustancial del mercado común»⁵.

No obstante, es preciso indicar a continuación de la afirmación de la no incompatibilidad absoluta de la creación por la regulación nacional de situaciones de posición de dominio con el Derecho comunitario, que la disponibilidad de los Estados miembros para la creación de posiciones de dominio no es absoluta. En todo caso, el punto de partida será que a la empresa en posición de dominio se le aplicarán las prohibiciones del art. 82 del Tratado⁶. Habrá que analizar con detalle el alcance de la situación creada por la regulación pública para determinar su aceptación en función de si se genera un abuso de la posición de dominio creada por la regulación pública.

Con algunos matices la jurisprudencia del TJCE es también reiterada en la formulación de este principio de análisis. Así se indica en la Sentencia de 14 de mayo de 1994:

«Un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en esas dos disposiciones si la empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha conferido, explota su posición dominante de modo abusivo»⁷.

O dicho de otra forma:

«Sería incompatible con las normas del Tratado toda medida de un Estado miembro que mantuviera en vigor una disposición legal que creara una situa-

⁴ STJCE 17 de mayo de 1994, as C-18/93, Puerto de Génova (40). En el mismo sentido, entre otras, Sentencias de 23 de abril de 1991, Hoefner y Elser, C-41/90 (28); de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89 (31); de 10 de diciembre de 1991, Mercì Convenzionali porto di Genova, C-170/90 (11); de 13 de diciembre de 1991, as C-18/88, GB-INNO-BM (17), y de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Albany (91).

⁵ STJCE de 10 de diciembre de 1991, Mercì Convenzionali porto di Genova, C-170/90 (15).

⁶ STJCE de 3 de octubre de 1985, 311/84, CBEM/CLT ET IPB (18).

⁷ STJCE 17 de mayo de 1994, C-18/93, Puerto de Génova (42).

ción en la que una empresa pública tuviera que infringir necesariamente lo dispuesto en el art. 86 del Tratado»⁸.

Y en la Sentencia de 17 de mayo de 2001 el TJCE no se refiere ya sólo a disposición legal como en la sentencia anterior sino que extiende la restricción a un concepto más amplio, que podemos asimilar al de regulación económica que hemos adoptado en este trabajo. Toda, en general, intervención pública, con independencia de su rango normativo, que suponga necesariamente que la empresa que ostenta la posición de dominio abuse de la misma es contraria al Derecho comunitario:

«Ha de recordarse, en segundo lugar, que, si bien el mero hecho de crear una posición dominante mediante la atribución de derechos especiales o exclusivos no es incompatible como tal, con el art. 86 del Tratado, un Estado miembro infringe las prohibiciones impuestas en el art. 90, apartado 1, del Tratado, interpretado en relación con el art. 86, cuando adopta una medida legal, reglamentaria o administrativa que crea una situación que lleva necesariamente a una empresa a la que se han concedido derechos especiales o exclusivos a abusar de su posición dominante»⁹.

El concepto “llevar necesariamente” ha sido más depurado por el TJCE en otras sentencias. Así, podemos afirmar que en la interpretación actual del Derecho comunitario la regulación pública se enfrenta a la restricción de generar posiciones de dominio en dos situaciones:

- i) Cuando el operador económico es inducido, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva.
- ii) Cuando los derechos exclusivos pueden crear una situación en la que el operador económico es inducido a cometer el abuso de posición de dominio.

El TJCE se ha pronunciado al respecto de forma reiterada:

«Procede recordar a continuación que, si bien el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del apartado 1 del art. 90 del Tratado, no es, en cuanto tal, incompatible con el art. 86, un Estado infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos»¹⁰.

⁸ STJCE de 17 de julio de 1997, C-242/95 (33).

⁹ STJCE de 17 de mayo de 2001, C-340/99 (44). Citando, entre otras, la Sentencia de 17 de julio de 1997, GT-Link, C-242/95. Idéntico pronunciamiento encontramos en la Sentencia de 25 de junio de 1998, Dusseldorp y otros, C-203/96 (61).

¹⁰ STJCE de 12 de febrero de 1998, C-163/96 (27). También en las Sentencias de 10 de diciembre de 1991, C-179/90, *Merici Convenzionali Porto di Genova* (17); de 18 de junio de 1998, C-266/96 (40); de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, *Albany* (93), y de 25 de octubre de 2001, C-475/99 (39).

En este entorno no será necesaria la existencia de la acreditación del abuso de posición de dominio para determinar la improcedencia de la regulación pública. La mera situación puede ya ser declarada contraria al Derecho comunitario como ha establecido el TJCE:

«...Señala, sin embargo, que en la resolución de remisión no se deja constancia de ningún abuso efectivo y que la mera posibilidad de una aplicación discriminatoria de dichas normas, por la designación de RTT como autoridad de homologación, cuando compite con las empresas solicitantes de la homologación, no puede constituir en sí misma un abuso a efectos del art. 86 del Tratado CEE.

No puede aceptarse dicha argumentación. Baste con señalar a este respecto que es la extensión del monopolio del establecimiento y la explotación de la red telefónica al mercado de los aparatos telefónicos, sin justificación objetiva, lo que se prohíbe en cuanto tal en el art. 86 o en el art. 90, en relación con el art. 86, cuando dicha extensión es obra de una medida estatal. Al no poderse eliminar la competencia de ese modo, tampoco puede ser falsa»¹¹.

B) La concreción de la restricción a la regulación pública de los Estados miembros

La interpretación conceptual establecida por el TJCE ha sido objeto de concreción al analizar distintos casos de regulación pública nacional que imponían situaciones de posición de dominio y en los que se cuestionaba la existencia de un abuso de la misma. Como es conocido, a partir del criterio general ya establecido, deberá analizarse de forma muy casuística la cuestión, para abordar su operatividad precisa en cada caso concreto que se plantee. Esta metodología es también propia del Derecho de la competencia y, por tanto, no puede resultar extraña. Del examen de los casos precedentes procede deducir los análisis pertinentes para afrontar futuros conflictos que puedan suscitarse. Por ello, resulta de extremo interés conocer la concreción ya efectuada por el TJCE en distintos supuestos. Los intentamos sistematizar en función de los supuestos de posible infracción del abuso de posición de dominio¹².

En términos similares, aunque seguramente no tan esquematizados, se pronuncia el TJCE en la Sentencia de 23 de mayo de 2000, C-209/98 (56):

«Para examinar si una normativa, como la controvertida en el procedimiento principal, es contraria al art. 90 del Tratado, en relación con el art. 86 del Tratado, procede verificar si crea una posición dominante a favor del titular del derecho especial o exclusivo y si ésta ocasiona un abuso».

¹¹ STJCE de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88 (23 y 24).

¹² No obstante, no procede ahora un examen detallado del supuesto de hecho de las distintas sentencias que se refieren, que evidentemente serán de máximo interés para determinar con plena entidad los pronunciamientos del TJCE.

a) *Conflictos de intereses en mercados conexos a los que se atribuye en exclusiva. Riesgo de discriminación*

El TJCE, en la Sentencia de 12 de febrero de 1998, estima que la regulación pública italiana cuestionada es improcedente por permitir una situación de conflicto de intereses de un operador que dispone de un derecho exclusivo y que al mismo tiempo interviene en otro mercado en el que sus competidores precisan necesariamente de su intervención en el mercado exclusivo. Se estima que esta situación es contraria al Derecho comunitario de la competencia en aplicación de la doctrina ya señalada:

«A este respecto, es preciso señalar que, en la medida en que el sistema establecido por la Ley de 1994 no sólo concede a la antigua compañía portuaria transformada el derecho exclusivo a proporcionar mano de obra temporal a los concesionarios de terminales y a las demás empresas autorizadas a operar en el mismo puerto, sino que también le permite, como se desprende del apartado 17 de la presente sentencia, competir con ellos en el mercado de servicios portuarios, dicha antigua compañía portuaria transformada se encuentra en una situación de conflicto de intereses.

Con el mero ejercicio de su monopolio se encuentra, en efecto, en condiciones de alterar en beneficio propio la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos que actúan en el mercado de los servicios portuarios¹³.

De este modo, dicha compañía se ve inducida a abusar de su monopolio al imponer a sus competidores en el mercado de las operaciones portuarias unos precios excesivos para proporcionarles mano de obra, o al poner a su disposición una mano de obra menos adaptada a las tareas que han de desempeñar.

En estas circunstancias, un régimen jurídico como el establecido por la Ley de 1994 debe considerarse, por sí mismo, contrario al apartado 1 del art. 90, en relación con el art. 86 del Tratado»¹⁴.

En esta Sentencia, el TJCE reitera el criterio establecido previamente en la Sentencia de 18 de junio de 1991. Se cuestionaba en esa sentencia una regulación pública en el sector audiovisual que conllevaba una situación en la que la empresa en posición de dominio desarrollaba una política de emisión discriminatoria:

«A este respecto procede reconocer que el apartado 1 del art. 90 del Tratado se opone a que un Estado miembro conceda un derecho exclusivo de retransmisión de emisiones de televisión a una empresa que tenga un derecho exclusivo de difusión de emisiones, cuando estos derechos puedan crear una situación en la cual dicha empresa se vea llevada a infringir el art. 86 del Tratado por una política de emisión discriminatoria a favor de sus propios programas»¹⁵.

¹³ Citando las Sentencias del TJCE de 18 de junio de 1991, C-260/89, ERT (37), y de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88 (25).

¹⁴ STJCE 12 de febrero de 1998, C-163/96 (28 a 31).

¹⁵ STJCE de 18 de junio de 1991, as C-260/89, ERT (37).

Por último, también resulta de interés la Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1991 en el mercado de las telecomunicaciones:

«Un sistema de competencia no falseada como el previsto por el Tratado tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. Encomendar a una empresa que comercializa aparatos terminales la tarea de formalizar las especificaciones a las que deberán ajustarse los aparatos terminales, de controlar su aplicación y de homologar dichos aparatos equivale a atribuirle la facultad de determinar a su arbitrio qué aparatos terminales podrán ser conectados a la red pública y a concederle, de este modo, una ventaja evidente sobre sus competidores»¹⁶.

b) Condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

El TJCE ha tenido también la oportunidad de pronunciarse sobre una regulación pública que permitía a la empresa en posición de dominio aplicar tarifas distintas, aunque las prestaciones fuesen equivalentes [art. 82.2.c) del Tratado].

Indica el TJCE en su Sentencia de 17 de mayo de 1994:

«Un Estado miembro conculca las prohibiciones recogidas en esas dos disposiciones cuando, al aprobar las tarifas adoptadas por la empresa, induce a ésta a explotar su posición dominante de forma abusiva, procediendo, entre otras cosas, a aplicar a las partes con las que mantiene relaciones comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, en el sentido de la letra c) del párrafo segundo del art. 86 del Tratado»¹⁷.

Por ello, se afirma en la misma Sentencia que:

«El apartado 1 del art. 90 y el art. 86 del Tratado prohíben que una autoridad nacional, al aprobar las tarifas adoptadas por una empresa a la que se ha conferido el derecho en exclusiva de ofrecer servicios obligatorios de práctico en una parte sustancial del mercado común, induzca a ésta a aplicar tarifas diferentes a las empresas de transporte marítimo, según que estas últimas efectúen transportes entre Estados miembros o entre puertos situados en territorio nacional, en la medida en que resulte afectado el comercio entre Estados miembros»¹⁸.

Un supuesto similar es el de la Sentencia de 17 de julio de 1997 en que el TJCE analiza una regulación pública que habilita a la empresa a la que ha atribuido un derecho exclusivo determinadas exenciones del pago de tasas a sus propias líneas de barcos o los de sus socios comerciales. En este caso, la regulación induce a la existencia de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Dice el TJCE:

«Es preciso señalar que el hecho de que una empresa pública que es propietaria de un puerto comercial y lo gestiona exima el pago de dichas tasas a

¹⁶ STJCE 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88 (25).

¹⁷ STJCE 17 de mayo de 1994, as C-18/93, Puerto de Génova (43).

¹⁸ STJCE 17 de mayo de 1994, as C-18/93, Puerto de Génova (45).

sus propias líneas de transbordadores y, a título de reciprocidad, a las de algunos de sus socios comerciales, puede también constituir un abuso, en la medida en que implica la aplicación a los otros socios comerciales de la empresa pública de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, a efectos de la letra c) del párrafo segundo del art. 86 del Tratado.

Por lo que se refiere a la exención del pago de tasas a sus propias líneas de transbordadores, así ocurriría si resultase que la empresa pública no asigna, en su contabilidad, una cantidad equivalente al importe total de las tasas portuarias adeudadas normalmente a su parte de actividad relativa a la explotación de sus líneas de transbordadores. A falta de una contabilidad transparente, el hecho de que los precios practicados por la empresa pública para sus líneas de transbordadores sean anormalmente bajos con relación a los practicados por empresas de transbordadores de la competencia podría constituir un indicio de que dicha asignación no se ha producido.

En cuanto a la exención del pago de tasas, a título de reciprocidad, de las líneas de transbordadores de algunos de los socios comerciales de la empresa pública, podría constituir también una infracción de la letra c) del párrafo segundo del art. 86 del Tratado, si resultase que el importe total de las tasas adeudadas normalmente por estas últimas por la utilización de las instalaciones portuarias de la empresa pública durante un período determinado fuese superior a la cantidad adeudada normalmente por los servicios portuarios que ha recibido, durante el mismo período, en los puertos de sus socios comerciales»¹⁹.

c) *Precios no equitativos*

También se ha abordado la temática de los precios no equitativos impuestos por una regulación pública. Este análisis no procederá respecto de la regulación pública cuando la empresa determina libremente los precios²⁰.

Se estima que la regulación sectorial nacional infringiría el Derecho comunitario de la competencia cuando habilita a la empresa a la que ha atribuido la posición de dominio a exigir precios no equitativos o desproporcionados. Indica el TJCE:

«Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que existe explotación abusiva de posición dominante cuando la empresa que la ocupa exige por sus servicios precios no equitativos o desproporcionados en relación con el valor económico del servicio prestado»²¹.

¹⁹ STJCE 17 de julio de 1997, as C-242/95, GT-Link (41 a 43).

²⁰ Dice el TJCE en la Sentencia de 23 de mayo de 2000, C-209/98 (71):

«Respecto a los precios practicados por esas tres empresas, procede destacar que el municipio de Copenhague alega, sin que se haya negado, que las empresas afectadas los fijaban libremente y que, en los casos en que el municipio estimaba que los precios eran excesivos, podía solicitar a las autoridades en materia de competencia que intervinieran. Además, con relación a las demás condiciones comerciales no se ha alegado ningún comportamiento abusivo».

²¹ Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 2001, C-340/99 (46). También en la Sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 1991, C-179/90 (19), que refiere la posibilidad de la empresa a la que la regulación pública ha situado en posición de dominio a facturar precios desproporcionados.

Obviamente, en esta línea, afirma el TJCE que:

«Lo mismo debe afirmarse, con más razón, cuando tal empresa recibe una retribución por servicios que no ha prestado»²².

O incluso cuando la empresa exige el pago de servicios no solicitados²³.

Por tanto, procederá un examen detallado de la retribución derivada de la regulación pública que percibe la empresa en posición de dominio. Así se hace, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de octubre de 1994, en que se analiza una regulación francesa:

«En el caso de autos, la explotación abusiva alegada consiste en la percepción de precios exorbitantes por parte de los centros de inseminación.

Procede, pues, examinar si semejante práctica constitutiva de la explotación abusiva alegada es consecuencia directa de la ley. A este respecto, debe señalarse que la ley se limita a autorizar a los centros de inseminación a exigir a los ganaderos que les solicitan el suministro de semen procedente de centros de producción diferentes el pago de los gastos adicionales resultantes de dicha elección.

La referida disposición, si bien confiere a los centros de inseminación la facultad de determinar tales gastos, no les incita a exigir gastos desproporcionados y, de este modo, a explotar abusivamente su posición dominante.

En consecuencia, procede responder a esta parte de la cuestión que el apartado 1 del art. 90 y el art. 86 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro atribuya a los centros autorizados de inseminación de semen de bovino ciertos derechos exclusivos en una zona delimitada»²⁴.

No obstante, los análisis de precios no equitativos pueden verse notablemente afectados en los ámbitos materiales que se engloben dentro de los servicios económicos de interés general.

Indica el TJCE en la Sentencia de 18 de junio de 1998:

«En estas circunstancias, no es incompatible con el art. 86 ni con el apartado 1 del art. 90 del Tratado incluir en el precio del servicio un elemento destinado a cubrir el coste de mantenimiento del servicio universal de practicaje, en la medida en que corresponde al coste adicional que implican las características específicas de dicho servicio, ni establecer para este servicio tarifas distintas en función de las características propias de cada puerto.

Por consiguiente, toda vez que el Estado miembro ha encargado efectivamente a las corporaciones de prácticos la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del apartado 2 del art. 90 del Tratado, y que concurren los demás requisitos para la aplicación de la excepción a las normas del Tratado prevista por dicha disposición, una normativa como la que es objeto de examen no infringe el art. 86 en relación con el apartado 1 del art. 90»²⁵.

²² STJCE de 17 de mayo de 2001, C-340/99 (47).

²³ STJCE de 10 de diciembre de 1991, C-179/90 (19).

²⁴ STJCE de 5 de octubre de 1994, C-323/93 (19 a 22).

²⁵ STJCE de 18 de junio de 1998, C-266/96 (46 y 47).

O en la Sentencia de 21 de septiembre de 1999 establece el TJCE que:

«El régimen de pensiones complementarias controvertido en el procedimiento principal cumple una función social esencial en el sistema de pensiones en los Países Bajos en razón del reducido importe de la pensión legal, calculado sobre la base del salario mínimo legal»²⁶.

d) *Mercados conexos*

La utilización de la posición de dominio en un mercado para acceder y controlar mercados conexos abusando de aquélla también ha sido objeto de análisis por el TJCE en supuestos en que esta situación deriva de una regulación pública nacional.

Así se afirma en la Sentencia de 25 de octubre de 2001:

«A este respecto, según reiterada jurisprudencia, constituye un abuso a efectos del art. 86 del Tratado el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pudiera ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de ésta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa²⁷. Si la extensión de la posición dominante de la empresa a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos es obra de una medida estatal, tal medida constituye una infracción del art. 90 del Tratado, en relación con el art. 86 del Tratado»²⁸.

También en la STJCE de 3 de octubre de 1985 se indica:

«Esta constatación es igualmente válida para el caso de una empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado de un servicio indispensable para las actividades de otra empresa en otro mercado. Si, como el Tribunal nacional ha constatado en su petición de decisión prejudicial, las actividades de telemarketing constituyen un mercado diferente al del medio publicitario elegido, aunque estrechamente ligado a éste, y si estas actividades consisten esencialmente en poner a disposición de los anunciantes las líneas telefónicas y el equipo de telefonistas de la empresa de telemarketing, subordinar la venta de tiempo de emisión a la condición de que las líneas telefónicas de un agente de publicidad perteneciente al mismo grupo que la cadena de televisión constituye una negativa a prestar los servicios de esta cadena a cualquier otra empresa de telemarketing. Si, después, esta negativa no está justificada por necesidades técnicas o comerciales propias de las características del medio televisivo, y tiene como finalidad reservar a este agente toda operación de telemarketing difundida a través de la mencionada cadena, con el riesgo de eliminar toda competencia proveniente de una tercera empresa, este comportamiento constituye un abuso prohibido por el art. 86, si concurren las demás condiciones necesarias para la aplicación de este artículo.

²⁶ STJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96 Albany (91).

²⁷ Citando la STJCE de 13 de diciembre de 1991, BG-Inno-BM, C-18/88 (18).

²⁸ STJCE de 25 de octubre de 2001, C-475/99 (40).

Conviene entonces responder a la segunda cuestión prejudicial declarando que constituye un abuso en el sentido del art. 86 el hecho de que una empresa que ostenta una posición dominante sobre un determinado mercado se reserve o reserve a una empresa perteneciente a su mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser ejercida por una tercera empresa dentro de sus actividades sobre un mercado vecino, pero diferente, con el riesgo por parte de esta empresa de eliminar toda competencia»²⁹.

Con rotundidad se expresa el TJCE sobre esta temática en la Sentencia de 13 de diciembre de 1991:

«Por consiguiente, el hecho de que una empresa que goza de un monopolio en el mercado del establecimiento y la explotación de la red se reserve, sin necesidad objetiva, un mercado conexo, pero distinto, en el presente caso el de la importación, la comercialización, el enlace, la puesta en servicio y el mantenimiento de aparatos destinados a ser conectados a dicha red, eliminando de ese modo toda competencia por parte de otras empresas, constituye una infracción del art. 86 del Tratado.

Por consiguiente, si la extensión de la posición dominante de la empresa pública o de la empresa a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos es obra de una medida estatal, tal medida constituye una infracción del art. 90 en relación con el art. 86 del Tratado»³⁰.

e) *Obligación de comercializar*

La regulación pública nacional no puede imponer, sin concurrencia de una significativa justificación objetiva, determinadas obligaciones de comercializar con la empresa a la que ha situado en una posición de dominio.

Indica el TJCE en la Sentencia de 25 de junio de 1998 que:

«En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el art. 90 del Tratado, en relación con el art. 86, se opone a una normativa, como el Plan plurianual, en virtud de la cual un Estado miembro obliga a las empresas a confiar sus residuos destinados a la valoración, como los filtros de aceite, a una empresa nacional a la que ha concedido el derecho exclusivo de incinerar los residuos peligrosos, a menos que el tratamiento de sus residuos en otro Estado miembro no sea más eficaz que el practicado por dicha empresa, cuando dicha normativa, sin justificación objetiva y sin que ello sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés general, implica favorecer a la empresa nacional y reforzar su posición dominante»³¹.

²⁹ STJCE de 3 de octubre de 1985, 311/84, CBEM/CLT ET IPB, (26 y 27). La traducción del texto francés es propia.

³⁰ STJCE de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88 (19 y 20).

³¹ STJCE de 25 de junio de 1998, Dusseldorp y otros, C-203/96 (68).

f) *Limitar el desarrollo técnico*

En el listado enunciativo de prácticas abusivas del art. 82 del Tratado se refiere expresamente la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. La regulación pública nacional generadora de posiciones de dominio deberá atender también, por tanto, a no inducir a la empresa a limitar el desarrollo técnico del sector.

El TJCE, en la Sentencia de 10 de diciembre de 1991, se pronuncia al respecto y declara la improcedencia de la norma nacional que:

«Las empresas a las que se han conferido, según las modalidades definidas por la normativa nacional en cuestión, derechos exclusivos son inducidas por ello (...) a negarse a utilizar la tecnología moderna, lo que da lugar a un incremento del coste de las operaciones y a una prolongación de los plazos de realización de éstas»³².

3. EL MARCO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES ENTRE REGULACIÓN PÚBLICA Y ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

A) El art. 6.3 LDC

El punto de partida de la reflexión del marco español debe ser el art. 6.3 de la LDC³³ que dispone:

«Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal».

El esquema normativo es claro. La prohibición del abuso de posición de dominio también es predicable en aquellas situaciones en que la posición de dominio que ostenta el operador económico derive de una disposición legal.

No existe en la regulación del abuso de posición de dominio un precepto similar al art. 2 LDC. Recordemos que el apartado primero de este artículo establece que las prohibiciones del art. 1 LDC no se aplican a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y las prácticas que resulten de la aplicación de una ley. La aplicabilidad de esta exención exclusivamente al art. 1 se puede considerar pacífica³⁴. Ello implica que la persecución de la prohibición del abuso de posición de dominio no decae-

³² STJCE de 10 de diciembre de 1991, as C-179/90 (19).

³³ Apartado 3 del art. 6 que no ha sido modificado desde su versión originaria en la Ley de 1989.

³⁴ Resolución TDC (expte. 397/97, Aparejadores Madrid) de 10 de julio de 1998:

ría cuando derive de la aplicación de una ley. Es más, en esta línea, el art. 6.3 LDC establece con rotundidad que el origen en una disposición legal de la posición de dominio no impide la plena aplicación de las prohibiciones de abuso.

B) La interpretación del TDC

En varias resoluciones el TDC ha abordado el análisis de la relación entre la regulación pública y el abuso de posición de dominio. De entrada, en el marco normativo expuesto, el posicionamiento del TDC es rotundo:

«La prohibición *ex art.* 6.1 LDC es **general** para todos los operadores económicos, privados y públicos, cualquiera que sea el medio por el que la posición de dominio haya sido alcanzada, afectando incluso a quienes disfruten de una posición de dominio en el mercado que haya sido otorgada por la Administración»³⁵.

La aplicación de las prohibiciones del art. 6 incluso en aquellas situaciones de posición de dominio establecidas por la ley se establece con rotundidad en la Resolución del TDC de 29 de julio de 1993, que reitera la no posible autorización de tales conductas:

«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; es el abuso de esa posición dominante en el mercado, evidenciada a través de alguna de las formas previstas legalmente, lo que la ley prohíbe (art. 6 LDC) y este Tribunal considera como una de las infracciones competenciales más graves por constituir una grave amenaza para todo un sector; prueba de esta gravedad es que los abusos no son autorizables en ningún caso, a diferencia de los acuerdos o prácticas restrictivas (art. 3 LDC) y se aplica la prohibición del art. 6 citado incluso en aquellos casos en que la posición de dominio haya sido establecida por disposición legal (art. 6.3) en contraste también con los acuerdos y prácticas en principio prohibidas pero que están exentas cuando resulten de la aplicación de una ley o de un reglamento dictado en aplicación de una ley (art. 2)»³⁶.

Establecido ese principio general coherente con la previsión del art. 6.3 LDC el examen de las resoluciones del TDC nos permite afirmar que éste considera que no está habilitado a analizar aquellas situaciones en que la conducta del operador económico deriva mediatamente de una regulación pública.

«El art. 2.1 se refiere a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley y, en ningún caso, ampara el abuso de posición dominante, ni siquiera en aquellos casos de monopolios creados por Ley (art. 6.3 LDC)».

³⁵ Resolución TDC (expte. 570/2003, Gas Extremadura) de 4 de octubre de 2004.

³⁶ Resolución TDC (expte. 329/93, Cofradía de Pescadores de Nuestra Señora del Carmen) de 29 de julio de 1993.

La Resolución Emorvisa del TDC es rotunda al respecto:

«En efecto, cuando por una ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control de la actividad que éste desarrolle al amparo de dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. Asimismo la infracción de dichas normas deberá ser sancionada por la administración reguladora o por la jurisdicción contencioso administrativa.

No sucede lo mismo en los otros dos casos, esto es, cuando no existen normas específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúa al margen de las mismas, puesto que en ninguno de ellos existen obstáculos normativos ni de otro tipo que impidan la actuación del Tribunal frente a dichos comportamientos»³⁷.

Por ello, concluye en esta resolución que:

«De conformidad con las tesis expuestas anteriormente, hay que concluir que, dado que Emorvisa es un operador económico, su actuación queda sujeta, con carácter general, a las normas del Derecho de la competencia, especialmente las que se refieren al abuso de posición dominante, cuando se desarrolla en áreas no especialmente reguladas o va más allá de lo establecido por la regulación correspondiente. Por el contrario, no le serán de aplicación dichas normas cuando la materia en cuestión se sustrae a la decisión de la empresa por venir determinada por una norma»³⁸.

De esta resolución se deriva, como se ha establecido en otras³⁹, que a los operadores en posición de dominio por disposición legal se les aplicarán las normas relativas al abuso cuando su actividad

«se desarrolla en áreas no especialmente reguladas o va más allá de lo establecido por la regulación correspondiente»⁴⁰.

Por ello, en la Resolución Contenedores de Barcelona 2 el TDC se esfuerza de forma reiterada en insistir en que la actividad de la Autoridad Portuaria de Barcelona se enmarca en las potestades administrativas, esencialmente otorgamiento de concesiones y formulación de su contenido económico, y no en la decisión de un operador económico que actúa en el mercado:

«El análisis de esta cuestión exige tener en cuenta una doble perspectiva a fin de determinar si el Acuerdo de la Autoridad Portuaria, de 29 de mayo de 1995, se enmarca en el ámbito de las actividades sujetas al Derecho privado, o

³⁷ Resolución TDC (expte. 325/92, Emorvisa) de 30 de octubre de 1993, FJ 4.ºd).

³⁸ Resolución TDC (expte. 325/92, Emorvisa) de 30 de octubre de 1993, FJ 5.º

³⁹ Por ejemplo, Resolución TDC de 30 de diciembre de 1993 (expte. A 64/93, ITV).

⁴⁰ Resolución TDC (expte. R112/95, Funerarias Madrid 1) de 31 de mayo de 1995, FJ 3.º Y añade la resolución:

«Cuestiones estas que, en cada caso, habrán de ser establecidas mediante la instrucción del correspondiente expediente y la prueba que se realice ante el Tribunal que es el único competente para, en su resolución definitiva, calificar los hechos conforme a la LDC y precisar sus consecuencias en el mercado con la eventual imposición de sanciones previstas en los arts. 10 y 46 de la LDC».

si, por el contrario, se produce en el entorno de una interpretación de cuestiones litigiosas relacionadas con las concesiones administrativas impugnables conforme al procedimiento específicamente previsto para ellas»⁴¹.

Es decir, en el momento en que la regulación pública, en sentido amplio, determina el alcance de la conducta del operador económico, pese a que ésta pueda verse incurso en abuso de posición de dominio, el TDC ya no puede perseguirla. Operaría, entonces, una exención “legal” o mejor normativa con cierta inspiración en el art. 2 LDC anteriormente referido.

Ello se percibe con rotundidad en la Resolución Aquagest del TDC. Analicemos con detalle esta resolución:

«Los hechos denunciados tienen su origen en una decisión del Ayuntamiento de Albacete que tiene como consecuencia el ampliar el ámbito del monopolio de la prestación del servicio de suministro domiciliario de agua potable, ampliación que consistió en impedir que los aparatos contadores de agua pudieran ser instalados libremente por los usuarios con el aparato e instalador de su elección (siempre y cuando el modelo fuera homologado) para sustituirlo por el suministro e instalación exclusiva por el Ayuntamiento o el concesionario.

Es lo cierto que esta actuación produjo el refuerzo del ámbito de actuación del monopolista hasta extremos posiblemente injustificados, ya que si acaso puede encontrarse alguna justificación en el hecho de que la red de suministro domiciliario de agua potable pueda ser prestada en régimen de monopolio por cuanto que puede constituir un monopolio natural, esa justificación termina en el momento en el que la red abandona el espacio público para entrar en la propiedad privada. En ese orden de cosas las razones técnicas aducidas por el Ayuntamiento para justificar que todos los aparatos contadores sean suministrados e instalados en régimen de monopolio no resultan convincentes por cuanto que se puede conseguir el mismo objetivo perseguido por otros conductos tales como el de permitir exclusivamente la instalación de aparatos que estuvieran homologados y con esa decisión existiría más competencia entre operadores»⁴².

El posicionamiento del TDC respecto a cuestionar la ampliación de la posición de dominio es rotundo. A continuación, sin embargo, justifica su no posibilidad de intervención:

«Los dos primeros hechos señalados en el apartado anterior constituyen el núcleo de la denuncia inicial ante el Servicio y en este apartado cabe señalar que la conducta del Servicio ha sido correcta. Ante la existencia de unos hechos denunciados ha solicitado al Ayuntamiento de Albacete la documentación oportuna y ha llegado a la conclusión de que no ha existido infracción de la LDC. Es cierto que, como se ha señalado con anterioridad, no parece que existan razones de carácter técnico suficientes como para exigir que solamente el concesionario de agua potable pueda instalar los aparatos contadores y que ese acto tiene como consecuencia una restricción de la competencia. Si tal es así, no es

⁴¹ Resolución TDC (expte. R 297/98, Contenedores de Barcelona 2) de 15 de julio de 1998, FJ 3.º

⁴² Resolución TDC (expte. r 271/98, Aquagest) de 30 de enero de 1998, FJ 2.º

menos cierto que, como señala el Servicio, el Ayuntamiento de Albacete ha actuado en el ámbito de sus competencias y, por lo tanto, son conductas sobre las que este Tribunal no puede pronunciarse. Se trata en definitiva de conductas que gozan del amparo legal del art. 2.1 de la LDC por cuanto se trata de decisiones que han sido adoptadas por el Ayuntamiento de Albacete en el ejercicio de las competencias que le otorga la Ley de Bases de Régimen Local»⁴³.

Esta resolución establece claramente el posicionamiento del TDC respecto a que existirá en estos casos una exención legal a la aplicación de las prohibiciones del abuso de posición de dominio. Esta afirmación no puede ser compartida. Lo cierto es que el propio TDC en otra resolución ha establecido con rotundidad que

«el art. 2.1 de la LDC se refiere a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley y, en ningún caso, amparo del abuso de posición dominante ni siquiera en aquellos casos de monopolios creados por Ley (art. 6.3 LDC), sino, además, porque es claro que la conducta del COAM no tenía, ni tiene, amparo legal alguno»⁴⁴.

En cambio, cuando no existe esa derivación mediata entre la conducta del operador y la regulación pública, el TDC entiende que puede perseguir las conductas del operador que se encuentra en posición de dominio por aplicación de la regulación pública.

En el sector de los servicios funerarios, tantas veces referido en las resoluciones del TDC, encontramos el ejemplo de la Resolución Funerarias de Madrid 2:

«... en este caso, no sólo no hay aprobación de las tarifas por el Ayuntamiento, sino que consta expresamente que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S. A., ha suprimido y modificado servicios y ha establecido aumentos de tarifas sin que el Ayuntamiento de Madrid haya intervenido en el proceso. Esta diferencia basta por sí sola, sin necesidad de entrar en otros aspectos diferenciadores entre ambos expedientes, para impedir la aplicación parcial de la doctrina del Tribunal en que se apoya el acuerdo de sobreseimiento del SDC»⁴⁵.

Y a continuación analiza con detalle si ha existido en el supuesto concreto abuso de posición de dominio, concluyendo positivamente.

Y más aún cuando la empresa goza de una posición de dominio por una regulación pública y el abuso se produce en mercados conexos, ya que en éstos no puede encontrarse ningún tipo de amparo. Dice la Resolución Esquí Navacerrada:

⁴³ Resolución TDC (expte. r 271/98, Aquagest) de 30 de enero de 1998, FJ 3.º

⁴⁴ Resolución TDC (expte. 446/98, Arquitectos de Madrid) de 19 de noviembre de 1999, FJ 2.º En el mismo sentido, Resolución TDC (expte. 397/97, Aparejadores Madrid) de 10 de julio de 1998.

⁴⁵ Resolución TDC (expte. 361/95, Funerarias de Madrid 2) de 30 de diciembre de 1997, FJ 4.º.

«Las razones anteriormente expuestas nos llevan a concluir que Deporte y Montaña, S. A., empresa que tiene posición de dominio en el mercado de “las condiciones de autorización para la prestación de servicios de enseñanza de esquí en la Estación del Puerto de Navacerrada”, como concesionario en exclusiva de la explotación de los medios mecánicos y las pistas de dicha estación, ha utilizado su poder de mercado de manera discriminatoria, atribuyendo injustificadamente ventajas competitivas, que se concretan en la diferencia del precio de pases de temporada, a un operador sobre otro en el mercado relacionado de la prestación de servicios de enseñanza de esquí, sin que exista la necesaria justificación, por lo que debe considerarse que ha infringido el art. 6.2.d) de la LDC»⁴⁶.

C) Análisis de la interpretación del TDC

La interpretación del TDC anteriormente relatada puede ser objeto de varios comentarios.

a) En distintas resoluciones el TDC refiere a la doctrina del TJCE sobre el tema como fundamento empleado para resolver las cuestiones planteadas⁴⁷. Este criterio no puede ser compartido y enlaza, en cierto modo, con las posteriores reflexiones.

Desde la perspectiva del Derecho comunitario, como se ha expuesto, se podrá declarar contraria al art. 82 aquella regulación nacional que lleve necesariamente al abuso de la posición de dominio que se está instituyendo. El hecho de que la conducta de la empresa se desarrolle plenamente en el marco regulatorio nacional no impide afirmar que esta situación es contraria a las normas del Tratado.

Es decir, en caso de que hubiese sido de aplicación el Derecho comunitario por afectar la conducta al comercio entre los Estados miembros, parece claro que las resoluciones sobre determinados supuestos que ha resuelto el TDC podían haber sido distintas o, como mínimo, hubiesen merecido un examen más pormenorizado. Las resoluciones Emorvisa y Aquagest Albacete anteriormente referidas son, sin duda, buena muestra de ello.

En este marco cabría reflexionar sobre el alcance de la capacidad de las autoridades nacionales de la competencia cuando resulte de aplicación el Derecho comunitario de la competencia por afectar la conducta a una parte sustancial del mercado común. Éstas, en la medida que consideran que una norma es contraria al Derecho comunitario, deben pro-

⁴⁶ Resolución TDC (expte. 509/01, Esquí Navacerrada) de 6 de marzo de 2002.

⁴⁷ Entre otras, Resolución TDC (expte. 325/92, Emorvisa) de 30 de octubre de 1993, FJ 4.º; Resolución TDC (expte. R112/95, Funerarias Madrid 1) de 31 de mayo de 1995, FJ 5.º; y Resolución TDC (expte. 361/95, Funerarias de Madrid 2), de 30 de diciembre de 1997, FJ 3.º.

ceder a su no aplicación y dar prevalencia a las normas del Tratado. En este punto más que proceder de inmediato al ejercicio de la potestad sancionadora contra la empresa que ha ejercido un abuso de posición de dominio en cumplimiento o desarrollo de la regulación pública debería valorarse su cese y su no reproducción en el futuro. Respecto a la responsabilidad de la empresa deberá analizarse en cada caso con detenimiento y precisión la relación de su comportamiento con la regulación que impone la posición de dominio y el abuso de la misma.

En este entorno aparece con fuerza, y más adelante se reiterará, la oportunidad de incorporar el test de competencia en los procedimientos de adopción de normas jurídicas. Es más, en situaciones de normas que habiliten posiciones de dominio y de abuso de las mismas parece muy conveniente apostar decididamente con carácter general por su sometimiento durante su proceso de elaboración a análisis de las autoridades de competencia.

b) En el marco del Derecho nacional caben tres tipos de reflexiones.

En primer lugar, reflexionar acerca de si la interpretación efectuada por el TDC podría generar análisis más detallados de las circunstancias de los supuestos planteados. Es decir, no cesar en el análisis de competencia tras la mera comprobación de la existencia de una regulación pública que determina la conducta del operador económico objeto del expediente de potencial abuso de la posición de dominio.

Recordemos la tesis del TDC en cuanto a la interpretación del art. 2.1 LDC consistente en evitar siempre la acción administrativa como generadora de situaciones de pretendida cobertura de las prohibiciones del art. 1.1. Al respecto es ya clásica la Resolución Zontur, donde se afirma:

«Es decir, las conductas tipificadas por el art. 1 son lícitas —”no se aplicará la prohibición”— cuando encuentren amparo bien directamente en la Ley (o reglamento ejecutivo) o bien en una orden de autoridad administrativa expresamente habilitada por la Ley para ello. Cuando falte el apoyo legal, la conducta empresarial estará incurso en el art. 1 y será ilícita, aunque haya sido aconsejada, aprobada o impuesta por una autoridad administrativa que no tenga atribuida competencia suficiente; y no se ha demostrado que las autoridades que Zontur cita, una vez decretada la libertad de precios en el sector, tuvieran aquella facultad. La intervención administrativa puede influir, no obstante, en la determinación de las consecuencias administrativas de la infracción»⁴⁸.

Una acción administrativa que aconseje, apruebe o imponga una conducta sin ostentar competencia suficiente no puede ser mecanismo para evitar la aplicación del art. 1.1 LDC. Y, por ello, pese a la exis-

⁴⁸ Resolución TDC (337/93, Zontur) de 8 de enero de 1996.

tencia de regulación pública, el TDC se considera competente para aplicar la LDC. Entonces, en materia del art. 6.3 sería conveniente profundizar siempre en la conducta y analizar con precisión las relaciones entre el operador económico que abusa de la posición de dominio y la regulación pública⁴⁹.

Así se ha hecho, por ejemplo, en la Resolución del TDC Propiedad Intelectual Audiovisual al analizar la conducta de las entidades de gestión de derechos que gozan de una posición de dominio⁵⁰:

⁴⁹ En parte, esta línea es la que encontramos en un voto particular de José Eugenio Soriano en la resolución Emorvisa. Dice el voto particular en su apartado 3:

«En el caso concreto, no hay duda al respecto de que Emorvisa es un operador económico.

Antes de que entrara en el mercado de enterramientos existían empresas privadas que fueron suprimidas mediante expropiación a fin de conseguir eliminar a tales competidores mediante técnicas de Derecho público, dirigidas todas ellas a lograr un monopolio en el que participaría, precisamente, una de las empresas supuestamente expropiadas y que se haría nada menos que con el 49 por 100 del capital del monopolio.

Sin duda alguna también se aplica el Derecho de la competencia a esta situación. Si el resultado de una operación como la descrita es que habrá un operador económico que actúe en el mercado pero que no esté sujeto a las reglas de competencia, solamente puede ser por alguna de estas dos razones: a) porque goce de una exención legal en los términos del art. 2.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; b) porque la situación descrita sea rigurosamente fraudulenta, esto es, porque se haya buscado una norma de cobertura para conseguir eludir la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

A mi juicio, en el caso de Emorvisa se da con toda claridad esta última situación por cuanto que no existe directa ni indirectamente ningún tipo de norma que cubra la actuación de Emorvisa al fijar como monopolio precios supuestamente no equitativos dando ocasión así para un posible abuso de posición dominante».

⁵⁰ La consideración de posición de dominio de las entidades de gestión de derechos es rotunda en la Resolución del TDC:

«Pues bien, en el mercado relevante así definido, EGEDA, AISGE y AIE tienen una posición de dominio colectiva, reforzada en el caso de EGEDA. En efecto, el Tribunal de Justicia Europeo, en consolidada jurisprudencia, considera que una posición dominante colectiva consiste en que varios operadores económicos tengan conjuntamente, debido especialmente a *factores de correlación* existentes entre ellos, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores (ver por todas la Sentencia del TJE de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 221). Y esto es precisamente lo que ocurre en la situación que es objeto del presente expediente. Constatar aquí la existencia de *factores de correlación* entre los operadores, como exige el TJE para reputar la existencia de una posición de dominio colectiva, no exige, además, en nuestro caso, investigación alguna, aunque los hechos probados en el expediente muestran su existencia y su aplicación. Esto es así porque esos *factores de correlación* entre EGEDA, AISGE y AIE existen por imperativo legal: están constituidos por el acuerdo para el reparto de la *remuneración equitativa y única* previsto en el art. 122 LPI o, en su caso, la obligación de repartirse esa remuneración a tercios entre ellas si no llegan a un acuerdo. Conviene recordar aquí lo estipulado expresamente en el apartado 3 del citado art. 122 LPI:

El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de este derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél.

Es decir y resumiendo: en el mercado relevante —definido como el de los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual, de productores, actores e intérpretes, que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles—, la fijación de las tarifas y su existencia en 1994 tuvo la autoría de EGEDA, que lo actuó desde una posición de dominio individual en el mercado; EGEDA y AISGE hicieron lo propio, respecto de las tarifas de enero de 1995, desde una posición de dominio conjunta; y, en diciembre de 1997, la determinación de tarifas de las que fueron autores EGEDA, ISGE y AIE se hizo desde una posición de dominio colectiva de las tres». Resolución TDC (expte. 465/1999, Propiedad Intelectual Audiovisual) de 27 de julio de 2000.

«En conclusión, ha quedado suficientemente acreditado por sus actuaciones el inalterado propósito de EGEDA, compartido por AISGE y AIE a partir de determinados momentos, de imponer unilateralmente unas tarifas que son discriminatorias e inequitativas, tanto por su cuantía, que no resiste el análisis comparativo, como por su arbitrario aumento. Estas inequitativas y discriminatorias tarifas, además, han sido requeridas de los hoteles de un modo intimidatorio que dificulta la negociación querida por la Ley, como refleja la circular septembrina del 94 y las actitudes mantenidas por EGEDA ante la Comisión de Mediación y Arbitraje del Ministerio de Cultura»⁵¹.

En segundo lugar, cabría discutir la interpretación del TDC desde la perspectiva que el problema de fondo en este tipo de asuntos es la regulación, pero que en el marco de la prohibición de abuso de posición de dominio no hay un sistema de excepción legal como el establecido para las prácticas restrictivas de la competencia en el art. 2.1 LDC.

Y es que llevada la interpretación del TDC al extremo podría acontecer que cualquier tipo de regulación, ya sea un reglamento, una ordenanza municipal, unas concesiones en puertos, puede dar cobertura a la existencia de abusos de posición de dominio en el mercado.

Cuando la evolución normativa del art. 2 desde el año 1989 ha sido reducir por completo el margen de decisión a la administración pública y reclamar que sea el legislador quien dé amparo a prácticas restrictivas, nos encontramos que en materia de abuso de posición de dominio una pléyade de decisiones administrativas genera la existencia en nuestros mercados de abusos de posición de dominio⁵². Por ello, es imprescindible recabar la conexión de la regulación que los genera con la norma con rango de ley que pretende soslayar la plena aplicación de la prohibición del abuso de posición de dominio.

En esta línea de argumentación cabría reflexionar acerca de que el art. 6 estipulase con precisión una excepción legal, en los términos del actual art. 2.1, para clarificar que las normas con rango de ley pueden dar cobertura a potenciales infracciones de la prohibición contenida en el indicado artículo. Sin duda, pese a que siempre es controvertida la inclusión de este tipo de exenciones por no ser teóricamente necesarias e imprescindibles, hacerlo es clarificador y encaja con la posición institucional de la defensa de la competencia en nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, en cierta relación con la idea anterior, cabría discutir la legalidad de las indicadas decisiones administrativas que estable-

⁵¹ Resolución TDC (expte. 465/1999, Propiedad Intelectual Audiovisual) de 27 de julio de 2000.

⁵² Obviamente en todas las decisiones administrativas encontraremos algún punto de conexión legal. No obstante, difícilmente se acreditará en la norma con rango legal la disponibilidad para la administración pública de instaurar abusos de posición de dominio.

cen posiciones de dominio en que se produce necesariamente un abuso de las mismas. Estas decisiones, siempre que no tengan una cobertura expresa en una norma con rango de ley, deben considerarse ilegales por ser contrarias a la LDC. La propuesta del Libro Blanco de facultar a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia para impugnar normas administrativas parece conveniente en estos casos⁵³.

Estas dos últimas reflexiones acreditan la conveniencia de incorporar el test de competencia en el proceso de adopción de regulaciones públicas generadoras no sólo de abusos de posición de dominio, sino también en general de las generadoras de la propia posición de dominio.

LISTADO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Sentencia de 14 de febrero de 1978, 27/76, United Brans/Comisión.
- Sentencia de 3 de octubre de 1985, 311/84, CBEM/CLT ET IPB.
- Sentencia de 18 de junio de 1991, C-260/89, ERT.
- Sentencia de 10 de diciembre de 1991, C-170/90, Merci Convenzionali porto di Genova.
- Sentencia de 13 de diciembre de 1991, C-18/88, GB-INNO-BM.
- Sentencia de 17 de mayo de 1994, C-18/93, Corsica Ferries.
- Sentencia de 5 de octubre de 1994, C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle.
- Sentencia de 17 de julio de 1997, C-242/95, GT-Link.
- Sentencia de 12 de febrero de 1998, C-163/96, Connolly/Comisión.
- Sentencia de 18 de junio de 1998, C-266/96, Corsica Ferries France.
- Sentencia de 25 de junio de 1998, C-203/96, Dusseldorp y otros.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Albany.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a C-117/97, Brentjens Handelsonderneming.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken.
- Sentencia de 23 de mayo de 2000, C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus.
- Sentencia de 17 de mayo de 2001, C-340/99, TNT Traco.
- Sentencia de 25 de octubre de 2001, C-475/99, Ambulanz Glöckner.

⁵³ Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, 20 de enero de 2005 (214).

Tribunal de Defensa de la Competencia

- Resolución (expte. 329/93, Cofradía de Pescadores Nuestra Señora del Carmen) de 29 de julio de 1993.
- Resolución (expte. 325/92, Emorvisa) de 30 de octubre de 1993.
- Resolución (expte. A 64/93, ITV) de 30 de diciembre de 1993.
- Resolución (expte. R 112/95, Funerarias Madrid 1) de 31 de mayo de 1995.
- Resolución (337/93, Zontur) de 8 de enero de 1996.
- Resolución (expte. 361/9, Funerarias de Madrid 2) de 30 de diciembre de 1997.
- Resolución (expte. R 271/97, Aquagest) de 30 de enero de 1998.
- Resolución (expte. 397/97, Aparejadores Madrid) de 10 de julio de 1998.
- Resolución (expte. R 297/98, Contenedores de Barcelona 2) de 15 de julio de 1998.
- Resolución (expte. 446/98, Arquitectos Madrid) de 19 de noviembre de 1999.
- Resolución (expte. 465/1999, Propiedad Intelectual Audiovisual) de 27 de julio de 2000.
- Resolución TDC (expte. 509/01, Esquí Navacerrada) de 6 de marzo de 2002.
- Resolución (expte. 570/2003, Gas Extremadura) de 4 de octubre de 2004.