



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014/2015



LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN
DOMINANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL Y EUROPEO.

The Prohibition of abuse of the dominant position in the Spanish
and European legal system.

Realizado por el alumno D. Luis Álvarez Arias.

Tutorizado por la profesora D^a. María de las Angustias Díaz Gómez.



ÍNDICE

1.	Resumen del trabajo.	4
	1.1 Abstract.	4
2.	Objeto del trabajo.	5
3.	Metodología.	6
4.	Normativa aplicable a nivel europeo y nacional.	7
5.	Objeto y aplicación de la prohibición.	9
6.	La prohibición y sus elementos.	10
7.	La posición de dominio. Introducción.	10
	7.1 Concepto y métodos de aproximación.	11
	7.2 Cuota de mercado.	12
	7.3 Barreras de entrada.	14
	7.4 Análisis de dependencia.	15
	7.5 Posición dominante legal.	16
	7.6 Posición dominante colectiva.	17
8.	El abuso. Concepto objetivo.	19
	8.1 Actitud responsable de la empresa dominante. Introducción.	21
	8.2 Elemento de calificación como conducta abusiva.	22
	8.3 Abusos de explotación y abusos de exclusión.	24
	8.4 Formas específicas de abuso.	27
	8.4.1 Los descuentos.	28
	8.4.2 Descuentos cuantitativos y descuentos de fidelidad.	29
	8.4.3 Descuentos condicionales.	30
	8.4.4 Negativa de suministro.	31
	8.4.5 Abusos basados en precios excesivos.	33
	8.4.6 Abusos basados en precios predatorios.	35
	8.4.7. Abusos sobre precios discriminatorios.	37
	8.4.8 Subordinación de prestaciones.	39
	8.4.9 El caso particular del estrechamiento de márgenes.	41
9.	El mercado relevante. Concepto y perspectivas de análisis.	43
	9.1 Ámbitos del mercado relevante.	44



9.2 Principios básicos para definir el mercado relevante.	45
9.2.1 Sustituibilidad de la demanda.	45
9.2.2 Sustituibilidad de la oferta.	46
9.3 Valoración del grado de dominio en el mercado relevante.	47
10. Régimen sancionador.	48
10.1 Introducción.	48
10.2 Tramitación del procedimiento.	49
10.3 Sujetos responsables.	53
10.4 Infracciones.	56
10.5 Sanciones.	59
10.6 Prescripción de las infracciones y de las sanciones.	70
11. Política de clemencia.	73
12. Conclusiones alcanzadas.	77
12.1 Conclusiones.	80
13. Bibliografía relacionada y materiales utilizados.	82
13.1 Legislación Comunitaria y Española.	85
13.2 Sentencias europeas y de los tribunales españoles.	88
13.3 Resoluciones de las autoridades de Competencia españolas.	90



1.RESUMEN DEL TRABAJO.

El trabajo se centra en la prohibición del abuso de posición dominante, con un enfoque tanto de la normativa interna como de la comunitaria y delimitando las circunstancias que han de concurrir para clasificar a una conducta como abusiva desde una posición de dominio.

Para ello, se realiza una valoración de los elementos necesarios para definir a una determinada situación como abusiva que son, a grandes rasgos, la cuota de mercado, las barreras de entrada, las formas específicas de abuso (abuso de explotación y abusos de exclusión), la sustituibilidad de la demanda y de la oferta así como el régimen sancionador y la política de clemencia, entre otros, para concretar una determinada conducta como abusiva respecto de una empresa que mantiene una posición de dominio.

Atendidos estos criterios, estaremos en condiciones de determinar si nos encontramos ante una conducta prohibida o permitida por el Ordenamiento jurídico.

Palabras clave: prohibición, abuso, dominante, régimen sancionador, clemencia.

1. ABSTRACT.

This work is about the prohibition of abuse from a dominant position, with a focus on the domestic and EU regulations to delimits the circumstances that can happen in order to classify as abusive behavior from a position of dominance.

Therefore, for this reason, an assessment of the necessary elements is to be performed from different point of view such as:



Market share and entry barriers are specific forms of abuse (abuse of exploitation and abuse of exclusion), substitutability of demand and supply as well as the sanctions

regime and the leniency policy, in general terms, to specify a particular behavior as an abusive practice of a company which holds a dominant position.

With all this, the work tells us if the companies are doing a conduct or an act prohibited or permitted by legal system.

Taking these factors into account, this text will show whether companies are conducting themselves in a permitted or prohibited manor.

Key words: ban, abuse, dominant, penalty system, clemency.

2. OBJETO DEL TRABAJO.

En cuanto a los objetivos que se pretenden con la elaboración de este trabajo, se pueden destacar los siguientes:

El objeto de este trabajo es profundizar en el estudio de la prohibición del abuso de posición dominante en el Derecho español y europeo y la aplicación de esta prohibición por las autoridades de la competencia, examinando los distintos casos en los que una conducta puede ser tipificada y englobada como abusiva respecto de una empresa en posición de dominio y asimismo analizar las sanciones.

Para la realización del trabajo, ha sido necesario, por una parte, realizar una amplia búsqueda bibliográfica, a través de distintos manuales realizados por expertos en la materia. Por otra parte, de inestimable ayuda, la consulta de bases de datos jurídicas para comprobar “in situ” las distintas resoluciones recaídas en los distintos órganos jurisdiccionales y órganos administrativos, con el fin primordial de extraer lo esencial y lo que mejor se adaptase al contexto del trabajo.



La razón de la elección del tema reside en que se trata de una materia de gran importancia, habida cuenta que preservar la competencia beneficia tanto a los demás competidores, como a los consumidores, como a la economía general del país.

Por lo que concierne a la aplicación práctica que presenta el mismo, ésta tiene una gran utilidad en el ámbito del asesoramiento a las empresas, en cuanto que la formación en esta materia permite asesorarlas convenientemente y evitar que aquellas que gozan de posición dominante no incurran en abuso de su posición y recaigan sobre ellas las sanciones correspondientes. A tal fin, se ofrece en el trabajo una abundante casuística judicial de ejemplos represivos y sanciones del abuso de posición dominante.

Por otra parte, se trata de obtener de la realización de este trabajo, un beneficio, una utilidad, de poder aprovecharlo en un futuro en mi actividad profesional.

3. METODOLOGÍA UTILIZADA.

Respecto a la metodología empleada, y siendo ésta como el conjunto de métodos utilizados en la investigación, cabe citar la siguiente:

- a) La consulta de la legislación (nacional y europea) de la materia que nos ocupa.
- b) Búsqueda y análisis de jurisprudencia tanto nacional procedente del Tribunal Supremo, como a nivel europeo, localizando y examinando sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencias del Tribunal General, sentencias del Tribunal de Primera Instancia y sentencias del Tribunal de de Justicia de la Comunidad Europea.
- c) Búsqueda y estudio de la doctrina contemplada en las Resoluciones, así como de diversos informes de la Comisión Nacional de la Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia).
- d) Localización y examen de estudios doctrinales sobre el tema a fin de contrastar el enfoque del tema, y los diversos problemas que se suscitan. Las diferentes opiniones



acerca de una materia, las diferentes apreciaciones y valoraciones de la regulación normativa.

e) Las tutorías presenciales con la tutora del trabajo. Se trata de tutorías interactivas que, en ocasiones, derivan en una modificación, inclusión o supresión de distintos apartados y extremos.

Con todo lo anteriormente citado, se ha intentado destacar, en cuanto a una valoración jurídica se refiere, los aspectos claves de la figura del abuso de posición dominante.

Por último, ha sido un trabajo metodológicamente considerado útil y a la vez complejo, ya que me ha permitido manejar con legislación interna, legislación europea y reglamentación comunitaria y reglamentación nacional. Y asimismo, me ha permitido reflexionar sobre la regulación actual, descubriendo los aspectos positivos y determinando aquellos que resultan más criticables.

4. Normativa aplicable a nivel europeo y nacional.

Es menester citar, en cuanto a la prohibición de abuso de posición dominante se refiere, al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 102, (antiguo artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea), el cual, establece lo siguiente:

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

Por su parte, el propio precepto establece una lista ejemplificativa, abierta, que no pretende ser exhaustiva de determinados supuestos de abuso de posición dominante.

Así, especifica: “Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en”:



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

A su vez, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española regula el abuso de posición de dominio, objeto de estudio, en su artículo 2. Con anterioridad a la ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reformaba esta Ley, incluyendo como novedad, para adaptarse a la normativa comunitaria, el supuesto del abuso de posición dominante respecto a quien se halle en una situación de dependencia económica, esto es respecto a aquellas empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad.

Por su parte, el artículo 2 de la LDC establece en su apartado primero: “Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”. Y en su apartado segundo, de manera abierta, establece una serie de supuestos constitutivos de abuso de posición dominante:

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) “La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”.



b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

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

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

Así las cosas, la formulación legal de la prohibición en el artículo 102 del TFUE y la del artículo 2 de la LDC es, en términos generales, coincidente, residiendo la única divergencia en el apartado tercero del art. 2 de la LDC, referente a la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

5. OBJETO Y APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN.

Tanto el artículo 2 de la LDC, como el 102 del TFUE prohíben la explotación abusiva de una posición de dominio, es decir, el abuso de posición dominante en el mercado, pero no la posición de dominio en sí.

La prohibición contenida en el artículo 102 del TFUE es incondicional y surte efecto aunque no haya sido incluida en nuestro ordenamiento interno, no produciéndose tal situación ya que nuestro país recogió tal prohibición. Ahora bien, si se presenta la ocasión de utilizar dicha norma debido a las condiciones que plantea el caso, los jueces



nacionales son susceptibles de realizar la aplicabilidad directa ¹. Para dar una definición más precisa, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el Estado miembro recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno. Esta característica de aplicabilidad directa lo poseen tanto los reglamentos como el TFUE. Así, en su artículo 288 del TFUE, establece lo siguiente: *“El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”*. Se diseñan estas peculiaridades para evitar que los Estados miembros tengan que adecuar sus ordenamientos jurídicos y para que los países comunitarios no tengan que ratificar las normas de la comunidad.

6. LA PROHIBICIÓN Y SUS ELEMENTOS.

La prohibición del artículo 2 de la LDC es general para todos los operadores económicos, privados o públicos, cualquiera que sea el medio por el que la posición de dominio haya sido alcanzada, afectando incluso a quienes disfruten de una posición de dominio otorgada por el Estado.

A fin de entender adecuadamente la prohibición, procederemos a continuación a analizar los elementos o presupuestos necesarios para que concurra el supuesto prohibido que nos ocupa. Dichos elementos, en opinión de la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia son los tres siguientes:

- a) la existencia de una posición de dominio.
- b) El comportamiento abusivo.
- c) La afectación al mercado.

Partiendo de la doctrina, jurisprudencia y resoluciones de los órganos de defensa de la competencia, en los apartados siguientes trataremos de delimitar dichos elementos.

¹ La aplicabilidad directa constituye un mecanismo de aplicación de ciertas normas comunitarias, sin necesidad de que exista ninguna norma nacional al efecto.



7. LA POSICIÓN DE DOMINIO. INTRODUCCIÓN.

En todos los ámbitos empresariales hay distintas empresas que mantienen una posición de dominio respecto a otras. Esto es inequívoco e indudable. Ahora bien, ejercer esa posición de dominio de una manera abusiva sobre el resto de competidores, consumidores, proveedores, etc, conlleva una serie de exigencias que han de ser analizadas caso por caso, estableciendo los tribunales de Justicia y los órganos administrativos las situaciones en las que, mediante una serie de actos o conductas puede ser el ordenamiento Jurídico vulnerado. Para ello, en los apartados siguientes se realiza una valoración de diferentes formas de dominio por parte de una empresa.

7.1 CONCEPTO Y MÉTODOS DE APROXIMACIÓN.

El proceso de concreción del concepto de posición de dominio encuentra sus orígenes en el *Memorandum* de la Comisión sobre el problema de las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965², en el que se explicaba lo siguiente:

“La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico; es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible³”.

En 1971, la Comisión resaltó que una empresa se encuentra en posición dominante “cuando tiene una posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia que les permita actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores⁴”.

² PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición del abuso de posición dominante”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Ed. Bosch, enero, 2005, p. 463.

³ PASCUAL SEQUEROS, A., “Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante”, *Gaceta Jurídica*, octubre, 2000, p. 94.

⁴ PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p. 463.



En tiempos recientes, para la determinación de si una empresa se encuentra en posición dominante respecto a otras, ha de estarse, como primera medida, a la aplicación del artículo 102 TFUE y a la capacidad de modificar provechosamente el precio y características del producto de la empresa con poder de mercado⁵.

El Tribunal de Justicia definió la posición dominante prevista por el art 102 del TFUE en la sentencia *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión* como “una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante permitiéndole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes, y en definitiva, de los consumidores”.⁶ Así mismo, la *Decisión Chiquita*⁷ (Decisión 76/353/EEC, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975), establece una definición del abuso de posición dominante: “las empresas se encuentran en una posición dominante cuanto tienen el poder de comportarse independientemente sin tener en cuenta, en una medida apreciable, a sus competidores, sus compradores y sus proveedores. Este es el caso cuando la cuota de mercado de una empresa, por si misma o combinando con su know-how, el acceso a las materias primas, los recursos financieros u otras ventajas como los derechos de marca, le capacita para determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los bienes en cuestión”.

Para enjuiciar si una empresa se encuentra en una posición de dominio debemos determinar una serie de aspectos. A saber, los siguientes: demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en el mercado (su cuota de mercado comparada con la de sus competidores); cerciorarse de que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa en posición dominante; asegurarse que la posición dominante existe en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo; la diversificación de sus fuentes de aprovechamiento, la homogeneidad de su producto, su sistema de marketing y campañas de publicidad, la

⁵ CREUS CARRERAS, A., *La ley 15/2007, de defensa de la competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 149.

⁶ GARCIA CRUCES, J.A., *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 269.

⁷ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p. 270.



organización de su sistema de producción y transporte ⁸(ya que una exclusividad de los mismos constituiría indicio de cierta independencia de comportamiento en el mercado),etc.

7.2 CUOTA DE MERCADO.

Particular interés denota el apartado de cuota de mercado, cuyo tamaño suele ser la primera aproximación para determinar si una empresa ostenta una posición de dominio. Hay que tener claro que una alta cuota de mercado no es sinónimo de posición de dominio, o que una cuota baja no implica que no posea esa posición.

La Comisión Europea, en el *Memorándum* antes comentado, sobre el problema de las concentraciones en el Mercado Común de 1965 establecía que la “dominación del mercado no puede ser únicamente definida a partir de la porción de mercado que posee una empresa. Una empresa puede... disponer de una posición dominante... incluso si su parte del mercado es débil. Más adelante la Sentencia *Alsatel c Novasam* ⁹reitera la doctrina, según la cual, si bien la importancia de la cuota de mercado puede constituir “*un indicio significativo de la existencia de una posición dominante, no es necesariamente un factor determinante de ello, sino que debe valorarse junto con otros factores*”.

Ahora bien, el criterio seguido por el Tribunal de Justicia Europeo es que, cuanto mayor sea la cuota de mercado más probabilidad existe, aunque no constituya prueba, de una posición de dominio en el mercado, sobre todo si son numerosos pero pequeños los competidores. Además, el TJE dictaminó que una cuota de mercado por debajo del 10% o menos, excluye, salvo circunstancias particulares la posición de dominio.

En cuanto a fijar un porcentaje de cuota de mercado para establecer así la existencia de una posible posición dominante, la doctrina se muestra muy dispar, ya que

⁸ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p. 271.

⁹ PASCUAL y VICENTE, J. “Prohibición...”. en BENEYTO PÉREZ, J.M. *Tratado... cit.*, pp. 455-512.



no es necesario que impida totalmente la competencia, basta con que la limite ¹⁰. Así, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 29 de octubre de 2002, afirmaba que una cuota del 55 al 65% en el mercado de prestación de servicios para la asistencia a ferias internacionales era insuficiente para declarar la existencia de una posición dominante o que cuotas del 90% eran también insuficientes para determinar una posición de dominio del mercado¹¹. Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Resolución *Bacardí* ¹²entendió que *el tener alrededor de un 70% de la cuota de mercado, como ostenta Bacardí en el mercado español, no constituye base suficiente para atribuir a esa marca una posición de dominio*¹³.

En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia, respecto a la cuota de mercado, y en relación con la posición de dominio, señaló:

“Constituye un error sostener que existe posición de dominio simplemente porque estemos en presencia de altas cuotas de mercado, así como afirmar que dicha posición no se da en el supuesto en que la cuota sea excesivamente baja, prescindiendo en uno y otro caso del previo análisis sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para que exista una posición dominante¹⁴.

7.3 BARRERAS DE ENTRADA

Para la introducción de este capítulo hemos de comenzar por dar una definición de lo que son las barreras de entrada, siendo éstas las trabas, las dificultades y costes asociados que una empresa tiene que salvar para entrar en un sector económico¹⁵. En cuanto a las distintas modalidades se pueden establecer las siguientes:

¹⁰ Sentencia *Hoffman-La Roche* “Una posición de fuerza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, frente a sus competidores y clientes, y, finalmente, frente a los consumidores, en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 271.

¹¹ RTDC de 20 de junio de 2001, *Velatorios Madrid.*, en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 272.

¹² RTDC, de 30 de Septiembre de 1999, en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 273.

¹³ PASCUAL SEQUEROS, A., *Doctrina reciente...*, cit., p, 95.

¹⁴ PASCUAL SEQUEROS, A., *Doctrina reciente...*, cit., p, 95.

¹⁵ PASCUAL y VICENTE, J., *Diccionario...*, cit., p, 115.



1.-Los obstáculos legales y administrativos (existencia de patentes y marcas y otros derechos de propiedad industrial, exigencias para autorizaciones de ejercicio de actividad, existencia de monopolio...).

2.-Las inversiones de capital necesarias para la creación de la mercantil.

3.-Los costes de adaptación tanto de personal a la actividad como de estructura productiva.

4.-Las economías de escala en la que el coste por unidad producida disminuye a medida que aumenta el número de unidades producidas.

5.-La diferenciación del producto de las empresas establecidas, cuando éstas cuentan con clientela y marca propia.

Otros autores doctrinales definen las barreras de entrada como aquellas obligaciones que pretenden incidir directa o indirectamente en la estructura del mercado¹⁶.

7.4 ANÁLISIS DE DEPENDENCIA

Hay que tener en cuenta para desglosar este apartado, que la jurisprudencia no es uniforme ni unánime para delimitar esta circunstancia de dependencia. El diccionario de la Real Academia Española define la dependencia como: “la subordinación a un poder mayor”. Respecto de la dependencia económica conviene definirla como “aquella situación en la cual un país está fuertemente influenciado por acontecimientos acaecidos en otro país”.

Ciñéndonos al caso que nos atañe, para dar una definición rigurosa del análisis de la dependencia de la posición de dominio respecto de otra empresa que no posee

¹⁶JIMÉNEZ LATORRE, F y PRIETO KESSLER, E. “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S, y PETITBÓ JUAN, A. *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 139.



dicha posición, debemos ser cautelosos, ya que la doctrina, en esta situación, proporciona soluciones diversas. Así, por un lado, están los que defienden que el Derecho de la Competencia tiene por objeto proteger la competencia, y no a los competidores, y por otro lado, están los que aplican la dependencia económica como una concepción de la posición dominante. A título ilustrativo, la *Decisión ABG- Empresas petroleras de los Países Bajos* de 19 de abril de 1977¹⁷ desarrolla la postura que defiende a la dependencia económica como una concepción de la posición dominante. La Comisión señaló lo siguiente: dadas las circunstancias de escasez del petróleo a consecuencia de la crisis del otoño de 1973, “los distribuidores holandeses habían perdido cualquier posibilidad real de aprovisionamiento de las compañías con capacidad de refino en los Países Bajos”, lo que inclinaba a la Comisión a considerar que estas sociedades ostentaban una posición dominante frente a sus clientes, y por tanto, una actuación lesiva para los competidores.

Por el contrario, un ejemplo donde no se aprecia la posición dominante respecto de la situación de dependencia y sí la protección del Derecho de la Competencia, en términos generales, surge cuando: “de las características esenciales de una empresa con la contratante, el hecho de que el comprador de una máquina para el suministro de piezas de recambio dependa de su vendedor, no impide que el vendedor se arriesgue a perder clientes de nuevas máquinas si el servicio de mantenimiento no se presta satisfactoriamente”¹⁸. Según esta concepción del abuso de posición dominante en casos de dependencia económica, al final, encuentra correctivo para el juego de la competencia. Si el empresario dominante no proporciona servicios o productos en condiciones adecuadas, pensando que los clientes forzosamente deben demandarle a él el producto, al final serán rechazadas por sus clientes que explotaran otras vías más idóneas para conseguir el producto o servicio.

7.5 POSICIÓN DOMINANTE LEGAL.

¹⁷ PASCUAL Y VICENTE, J. “Prohibición ...” en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 477-478.

¹⁸ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 478.



La prohibición de abuso de posición dominante otorgada por ley denota la eventual responsabilidad que pudiera tener el Estado ante una explotación abusiva de la misma. Para delimitar esta responsabilidad debemos enumerar una serie de supuestos:

En primer término, una empresa que ha obtenido mediante ley tal posición de dominio y abusa de su posición privilegiada por su voluntad. Ante esta situación, se puede considerar la eventual responsabilidad del Estado por su negligencia, al no verificar y comprobar las necesarias garantías para que no cometiera el abuso por haberle otorgado esa posición de dominio.

En segundo término, puede darse el caso de que el Estado otorgue legalmente una posición de dominio a una empresa induciéndole a abusar de ella. En este caso, el Estado presumiblemente compartiría una responsabilidad de manera solidaria con la empresa abusiva.

Por último, cabe pensar en la hipótesis de una empresa a la que se le otorgara legalmente una posición de dominio que condujera inevitablemente al abuso, en el supuesto de concesión del monopolio del suministro del bien o de servicios necesarios a una empresa incapaz de satisfacer la demanda existente, entonces, la responsabilidad principal, podría recaer en exclusiva al Estado.

La Legislación española de Defensa de la Competencia únicamente se limita a citar que queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas, públicas o privadas, pero nunca como posible responsabilidad de los poderes públicos en el ejercicio del *ius imperii*, por tanto, no parece descabellado las posibles acciones de resarcimiento por daños y perjuicios contra el Estado.

Por su parte, el artículo 104 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que “las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado interior, de conformidad con las del art 102”.

7.6 POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA.



El artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, siguiendo lo dispuesto por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anterior artículo 82 Tratado de la Comunidad Europea) establece la prohibición, tanto individual como colectivamente, de una empresa del abuso de posición de dominio.

La jurisprudencia, junto con la doctrina, alude al concepto de posición dominante colectiva. Se refiere con este concepto a la situación en la que se encuentran dos o más empresas u operadores económicos de cualquier clase, cuando, sin necesidad de pacto previo, la mutua adaptación de sus respectivos comportamientos les permite modificar en su propio beneficio el precio o cualquier otra característica del producto, por gozar conjuntamente de una relativa independencia de comportamiento en el mercado, ya sea con respecto de los clientes, los proveedores o los demás competidores.

La posición de dominio colectivo cabe considerarla desde dos perspectivas; a saber: por una parte, desde el Derecho de la Competencia represivo, es decir, el que persigue las conductas contrarias a la competencia, que están prohibidas por la legislación, y que realiza lo que se denomina el control de conductas. Y por otra parte, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia de carácter preventivo, que trata de eludir que se creen estructuras de mercado potencialmente peligrosas para el mantenimiento en éste de una competencia efectiva, que realiza lo que se conoce como control de estructuras.

Otro aspecto a tener en cuenta, es, que en la práctica, la posibilidad de aplicación tanto del Derecho de la Competencia represivo, como el Derecho de la Competencia preventivo, es escaso y desigual.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia *República Francesa c Comisión*¹⁹ de 31 de marzo de 1998, señaló que “*Una posición dominante colectiva consiste en que varias empresas tengan conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás*

¹⁹ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p. 485.



competidores, de su clientela, y por último, de los consumidores”. Por tanto, desglosando el contenido de la Sentencia se visualiza la independencia conjunta de comportamiento de las empresas respecto de competidores, clientes y consumidores y también, la necesidad de una cierta correlación entre las empresas que permita tal conjunción en la independencia de comportamientos²⁰.

La posición de dominio conjunta (*collective dominante*) ha estado relacionada con la Teoría del Oligopolio. Para determinar si nos encontramos ante esta situación, la Comisión ha resaltado la necesidad de la existencia de “vínculos estructurales” entre las empresas que conjuntamente serían dominantes. La observancia de dicha situación corresponde con que se cumplan las siguientes condiciones, que han de concurrir en un mercado, para apreciar la posible posición dominante de forma colectiva de dos o más empresas:

- 1) Transparencia: que permita a los operadores discernir fácilmente sus estrategias comerciales y adoptar una común.
- 2) Represalias: Hay que demostrar la existencia de medidas represivas al apartarse un miembro del oligopolio de la línea de acción común.
- 3) Ausencia de restricciones externas: ni clientes, ni competidores puede oponerse a la línea de conducta.

Ante estas situaciones nos encontraríamos ante una posición dominante colectiva de varias empresas.

8. EL ABUSO. CONCEPTO OBJETIVO.

Para dar una definición del abuso hemos de acudir al Tribunal de Justicia Europeo, ya que ni el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 102, ni la Ley de Defensa de la Competencia, en su artículo 2, dan una definición sobre este supuesto.

²⁰ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 485.



Tradicionalmente, Europa, y concretamente sus instituciones, han ido fijando el perjuicio a la competencia con el daño a la estructura del mercado, desde el pensamiento ordoliberal de la Escuela de Friburgo, en la que se señala que un mercado perfectamente competitivo es la forma más eficiente de organizar una sociedad, y esto se manifiesta a través del Estado y no de manera espontánea y con total libertad²¹.

Ha de destacarse la Sentencia *Continental Can*²², de 21 de febrero de 1973, que proporciona al abuso un concepto objetivo, deviniendo innecesaria la existencia de una relación causal entre la posición dominante y el abuso. Ahora bien, para poder imputar a una empresa un abuso de posición de dominio basta con señalar que la empresa dominante lleva a cabo o realiza una conducta que en cualquier caso, resulta explotativa desde su posición dominante. La Sentencia *Hoffman-La Roche* de 13 de febrero de 1979, señaló que “una empresa dominante, que recurre a métodos diferentes de los que rigen una competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia²³”.

El asignar un concepto objetivo y no causal no excluye que pueda ser considerado también el abuso desde una posición de dominio de manera causal, o en otras palabras, no es necesario que haya una relación de causalidad para que existe una posición de dominio, pero ello no es óbice para que pueda surgir el abuso cuando se explota causalmente la posición de dominio.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, entrado el siglo XXI, y mediante la *Resolución Retevisión/Telefónica* de 8 de Marzo de 2000²⁴ establecía la definición del concepto de abuso gracias a la jurisprudencia europea (*Sentencia Hoffmann-La Roche*), señalando al abuso como “ un concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado”.

²¹ CREUS CARRERAS, A., “La ley...” cit, p, 165, en GERBER, D., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Ed. Oxford, 1998.

²² PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición ...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 489.

²³ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición ...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 478.

²⁴ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición ...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 490.



A juicio de PASCUAL SEQUEROS: ²⁵“La Resolución *Retevisión/Telefónica* es la que recoge de modo más completo los elementos definitorios del abuso de posición de dominio. Esta Resolución actualiza la doctrina elaborada al respecto por las autoridades europeas de competencia, dotando al concepto de abuso de posición dominante de su verdadero significado. De la doctrina sentada por las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia se desprende que el abuso de posición dominante puede manifestarse de maneras o formas muy diversas.

No conviene olvidar que tanto el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, como el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea enumeran una serie de ejemplos de conductas que una vez producidas desde una posición de dominio son abusivas y que, en ningún caso, agota las posibles formas que puede ostentar el abuso de posición dominante.

En la Resolución *Retevisión/Telefónica*²⁶, el Tribunal de Defensa de la Competencia estableció que una campaña publicitaria como la de Telefónica “Los planes Claros”, cuyo objetivo era la expulsión de un nuevo operador en el mercado de la Telefonía, (*Retevisión*) constituía un claro abuso de su posición dominante del artículo 6 de la ley Defensa de la Competencia, actual artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Se puede decir que ese es un ejemplo claro de una empresa dominante, que realiza una explotación abusiva de su posición dominante, adoptando una determinada conducta para expulsar o eliminar del mercado a sus competidores.

En esa Resolución se considera que Telefónica ha abusado de su posición dominante por medio de conductas desleales y le sanciona por el actual artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (por aquel entonces artículo 6), en vez del artículo 3 (antiguo artículo 7) de falseamiento de libre competencia por actos desleales, considerando que las conductas desleales constitutivas de la campaña publicitaria de Telefónica fueron consideradas como un único comportamiento destinada a la expulsión del mercado de *Retevisión* constituyendo un abuso de posición dominante.

²⁵ PASCUAL SEQUEROS, A., *Doctrina ...*, cit., p, 98.

²⁶ PASCUAL y VICENTE, J., “*Prohibición ...*”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., “*Tratado ...*”, cit., p, 491.



8.1 ACTITUD RESPONSABLE DE LA EMPRESA DOMINANTE. **INTRODUCCIÓN.**

Cada empresa ostenta la posición que haya logrado por sus propios méritos, esto es indudable. Ahora bien, aquellas que hayan alcanzado una posición de dominio son responsables de no perturbar la competencia abusando de su posición de dominio.

Nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy sustituido por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, a través de sus Resoluciones, ha diseñado la responsabilidad que tiene una empresa al encontrarse en una situación de dominio respecto a otras que no la poseen.

Así, existe un ingente número de Resoluciones que especifican la responsabilidad de la empresa dominante (Resolución *Airtel/Telefónica*, de 26 de febrero de 1999, ²⁷ con especial referencia al voto particular del vocal PASCUAL Y VICENTE, el cual, “decía que no se debe obstaculizar la defensa de sus intereses legítimos a la empresa dominante impidiéndola reaccionar proporcionadamente a las agresiones de sus competidores); Resolución *Gas Sabadell* de 14 de Febrero de 2000²⁸, y *Retevisión/Telefónica* de 8 de Marzo de 2000, ²⁹ entre otras). Centrándonos en esta última, que establece que la responsabilidad de una empresa dominante es seguir manteniéndose en una actitud competitiva ante el mercado, reaccionando con eficacia a actuaciones de competidores, ya que únicamente de esta manera se conseguirá efectos positivos en la competencia en una economía de libre mercado. Así mismo, señala la Resolución una advertencia o consejo a las empresas con posición de dominio que sigan intentando superarse a sí mismas y a los competidores con el debido respeto y aportando un espíritu leal empresarial.

Por su parte, el Tribunal de Justicia Europeo en la Sentencia *United Brands*, de 14 de febrero de 1976³⁰, afirmó: “*que la existencia de una posición dominante no puede*

²⁷ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 491.

²⁸ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 493.

²⁹ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 493.

³⁰ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 491.



privar a la empresa que la ostenta del derecho de preservar sus propios intereses comerciales cuando estos son atacados y que es preciso concederle, en una medida razonable, la facultad de realizar los actos que juzga apropiados con miras a proteger dichos intereses, advirtiendo, eso sí, que tales comportamientos no se pueden admitir cuanto tienen por objeto el reforzar la posición dominante y abusar de ella”.

8.2 ELEMENTOS DE CALIFICACIÓN COMO CONDUCTA ABUSIVA.

Es sabido que la prohibición del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no sólo se dirige a las prácticas que causen un perjuicio directo a los consumidores, sino también contra aquellas que causen un perjuicio indirecto contra otros competidores.

Nuestro Tribunal Supremo se ha encargado de regular una serie de elementos para catalogar a la conducta de una empresa como abusiva y entre ellos son: tipicidad, previsibilidad, objetividad y ausencia de justificación objetiva. Para poder entender este último término es necesario hacer referencia a la Sentencia *British Midland/ Air Lingus* de 26 de febrero de 1992, ³¹que señala que para poder entender si es objetiva la justificación es necesario analizar los siguientes apartados:

- A) Componentes anticompetitivos de la conducta.
- B) Alcance de sus efectos.
- C) Intensidad y grado de la posición dominante.
- D) Amenazas que representan los demás competidores.
- E) Proporcionalidad de la respuesta.

³¹ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición ...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p, 494.



F) Intención excluyente o anticompetitiva de la empresa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 ³² establece una enumeración de situaciones para poder encuadrar una conducta en la prohibición de abuso de posición dominante con un *desarrollo probatorio esmerado* (Fundamento Jurídico 3º), recogiendo una lista exhaustiva de factores:

- 1) Determinar cuál es el mercado relevante.
- 2)Cuál es la posición en él, dominante o no, de las empresas denunciadas.
- 3)Cuál es el efecto que la conducta de éstas produce en las empresas ligadas a ellas por contratos de compra en exclusiva.
- 4)Cuál es el efecto que produce sobre la competencia en aquel mercado.
- 5)Cuál es el efecto que produce sobre los consumidores.
- 6) Cuáles sean las circunstancias económicas, detalladas y analizadas en lo necesario, de las que quepa deducir si aquella conducta está o no justificada.
- 7)Cuál es la incidencia en aquel mercado, en aquella posición y en los efectos citados en la entrada en el mercado nacional de nuevos operadores, en el caso operadores petrolíferos extranjeros.
- 8)Cuál es la incidencia en todo ello del modo en que se esté desarrollando el cumplimiento del contenido obligacional de aquellos contratos de compra en exclusiva.

8.3 ABUSOS DE EXPLOTACIÓN Y ABUSOS DE EXCLUSIÓN.

³² STS de 7 de julio de 2003, Rec 10673/1998, *Repsol Comercial De Productos Petrolíferos, S.A., B.P. Oil España S.A. y Cepsa* en GARCÍA CRUCES, J. A., “*Tratado...*”, cit., p, 279.



La Comisión Europea, a través de su *Discussion Paper* de diciembre de 2005 sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea³³, actual 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, muestra su preocupación sobre los abusos de exclusión, o también conocidos abusos anticompetitivos o eliminatorios, y que son aquellos comportamientos y prácticas de empresas en posición de dominio que tienden a provocar un efecto de cierre de mercado o limitando el acceso al mercado de competidores, o potencialmente competidores, o la expansión de los competidores³⁴.

El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe prácticas que pueden ser permitidas en una situación normal pero que no lo son a empresas dominantes, que tienen una responsabilidad mayor debido al perjuicio que pueden causar a competidores, clientes, proveedores, consumidores y a la competencia en general.

Las acciones prohibidas por el mencionado precepto se estructuran en torno a dos tipos de conductas³⁵:

- 1) Conductas cuyo efecto sea reducir o impedir la competencia en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.
- 2) Conductas que son desleales respecto de empresas o personas que dependen de la empresa dominante para el suministro, o compra de bienes o servicios.

Por lo que respecta a las conductas cuyo efecto primordial es reducir o impedir la competencia en una parte sustancial del mercado o en el Mercado Común son las denominadas abusos excluyentes o anticompetitivos, que pueden definirse como aquellos en los que la empresa dominante trata de limitar la competencia, tanto entre diferentes productos, como en la distribución de una marca, con el fin fundamental de mantener o aumentar su poder de mercado³⁶.

Un ejemplo reciente de práctica exclusionaria es la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2013 resaltando la conducta abusiva de la Empresa

³³ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p, 280.

³⁴ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p, 281.

³⁵ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p, 284.

³⁶ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p, 285.



Funeraria Municipal de Mallorca que enviaba cartas a empresas competidoras de las localidades vecinas impidiéndoles la entrada al mercado de los enterramientos justificándose en la necesidad de tener una licencia municipal, y restringiendo de esta manera la competencia del mercado fúnebre³⁷.

El listado de ejemplos ³⁸de estas conductas es amplio y numeroso desde la negativa de suministro, los precios ruinosos, la discriminación de precios, primas de fidelidad, prestaciones ligadas, limitación de la producción o de las posibilidades técnicas de desarrollo.

Por su parte, el segundo grupo de conductas, los denominados abusos explotativos son aquellas conductas en las que la empresa en posición de dominio se aprovecha de su poder de mercado para apropiarse de parte de la renta de sus clientes, normalmente a través de políticas de precios generando un perjuicio al consumidor o usuario final sin que altere la estructura de mercado³⁹, o en otras palabras, este tipo de abusos consisten esencialmente en imponer condiciones comerciales injustas o inequitativas a aquellos que tengan una dependencia en relación con la empresa matriz para el suministro de bienes o servicios.

Un ejemplo reciente lo encontramos en Resolución *Mensajes Cortos*⁴⁰ de la Comisión Nacional de la Competencia, en la que se condena contra tres operadores principales de telefonía móvil en España, a una cantidad en concepto de multa de 120 millones de €, por una infracción de abuso de posición dominante en los mercados mayoristas de acceso de terminación de mensajes cortos⁴¹.

³⁷ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 285.

³⁸ BELLAMY, C. y CHILD, G., *European Community Law of Competition*, Ed. Sweet & Maxwell, 2001, p. 533.

³⁹ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 286.

⁴⁰ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de diciembre de 2012. Expte. S/0248/10. www.cnmc.es/destkopmodules/busador

⁴¹ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 286.



Los ejemplos ⁴² que se incluyen en esta clase de conductas son los referentes a precios y condiciones desleales, la discriminación de precios, el abuso de derechos de propiedad intelectual e industrial.

Con todo esto, el abuso explotativo sólo puede llevarlo a cabo una empresa dominante.

Como última referencia al apartado de abusos, los abusos anticompetitivos pueden ser utilizados, desde empresas con un volumen de negocios y de poder de mercado bajo hasta grandes empresas que ostentan una posición de dominio. Cabe señalar una serie de notas básicas para comprender este tipo de abusos⁴³:

- a) Los abusos que perjudican los intereses de los competidores de la empresa dominante (abusos anticompetitivos de primer grado).
- b) Los abusos que lesionan intereses de los que contratan con la empresa dominante, clientes y proveedores (abuso anticompetitivo de segundo grado).
- c) Los abusos que lesionan intereses económicos pero no de proveedores ni de clientes (abusos explotativos).

8.4 FORMAS ESPECÍFICAS DE ABUSO.

Llegados a este punto, y sabiendo bajo el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, así como del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que únicamente se prohíbe el abuso y no la creación de una posición de dominio, conviene señalar que la situación que genera una empresa en posición dominante no es ilegal en sí, y tiene derecho a competir como el resto de adversarios.

⁴² BELLAMY, C. y CHILD, G., *European ...*, cit., p, 550.

⁴³ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado ...*, cit., p, 287.



Debe traerse a colación el artículo 102, apartado (a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando expresa “La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”. Esta disposición hace referencia a los abusos de explotación que conllevan un perjuicio hacia el consumidor imponiéndole condiciones comerciales gravosas o precios excesivos derivados de la posición dominante de la empresa.

En su apartado (b) de este mismo precepto se refiere a “limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”. Con ello se alude a los abusos de exclusión, siendo un precepto muy importante ya que la limitación del mercado al impedir la entrada de nuevos competidores o limitando la producción genera una posición de dominio, en la cual, el consumidor es el último perjudicado por tal práctica.

Por su parte, el apartado (c) del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, recoge el supuesto siguiente “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”. Con el mismo, las autoridades de defensa de la competencia *antitrust* lo que han perseguido es castigar (sancionando) y prohibiendo este tipo de comportamientos, que a fin de cuentas, sitúan en desventaja competitiva tanto a consumidores como a competidores.

Por último, el apartado (d), menciona la siguiente conducta “subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. Es lo comúnmente conocido como la vinculación para la venta de un producto, de la adquisición de otro, de la misma empresa sin tener relación alguna con el principal.

Conviene destacar, que bien es cierto que pueden darse de forma simultánea los distintos tipos de abusos como puede ser una limitación de la producción con una vinculación de determinados productos, las cuatro cláusulas han de entenderse e interpretarse de manera ordenada y coherente y, en la medida de lo posible,



autónomamente, hasta el punto de ser consideradas diferentes manifestaciones dentro del abuso de posición de dominio de una empresa.

A continuación procederemos a analizar las conductas prohibidas en la práctica con más influencia respecto al abuso de posición dominante.

8.4.1 LOS DESCUENTOS.

Para la concreción de los descuentos por parte de una empresa como abuso de posición dominante han de ser descuentos empleados como una práctica abusiva, eficaz para producir efectos limitativos del mercado. Este efecto puede traducirse “limitar el mercado en perjuicio de los consumidores, (artículo 102 b TFUE), o también, “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes” (artículo 102 c TFUE).

La concesión de descuentos no es por el Derecho de la Competencia una conducta prohibida ya que permite desarrollar a las empresas el mantenimiento o captación de clientes a través de la reducción de los precios en sus productos o servicios siendo los beneficiarios, en última instancia, los consumidores, por tanto no se trata de una conducta anticompetitiva. Para discernir cuándo estamos ante una práctica prohibida es necesario evaluar las circunstancias, criterios y condiciones con que se conceden dichos descuentos e identificar su posible carácter abusivo. En cuanto a los tipos de descuentos, se pueden citar tres descuentos aceptados por la doctrina que son: los descuentos cuantitativos, condicionales y de fidelidad.

La doctrina establece un debate respecto a descuentos selectivos sobre aquellos clientes que reciben ofertas rivales, con la responsabilidad que tienen las empresas que mantienen una posición de dominio, en relación con el mantenimiento de la competencia. La jurisprudencia ⁴⁴se ha pronunciado en el sentido de que dichos precios no son predatorios (con la intención de expulsar a los competidores fuera del mercado).

⁴⁴ Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de la comunidades Europeas*, del TPI (SALA 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 299.



A continuación se muestra una breve reseña de los distintos tipos de descuentos con sus conceptos esenciales.

8.4.2 DESCUENTOS CUANTITATIVOS Y DESCUENTOS DE FIDELIDAD.

Hay que tener en cuenta, que los descuentos de cantidad siempre se consideran procompetitivos, mientras que los descuentos de fidelidad son considerados anticompetitivos.

Los descuentos de fidelidad se consideran, principalmente, como ventajas financieras para preservar las relaciones de los consumidores con las empresas, originando una relación de lealtad, y provocando una restricción a la hora de elegir por parte de los consumidores distintas opciones del mercado y, también, provocando un cierre de mercado. Por su parte, los descuentos de cantidad suponen un ahorro de costes derivado de las economías de escala, una parte de esos ahorros en costes pueden ser trasladados al consumidor, que recibe el producto a menor precio⁴⁵.

En cuanto a los descuentos de fidelidad, ya la *Sentencia Hoffmann-La Roche c Comisión*⁴⁶ estableció la ilegalidad de dichos descuentos cuando quien los aplica es una empresa en posición dominante, “*si la empresa, sin vincular a sus compradores bajo un compromiso formal aplica, bien por los términos de los acuerdos concluidos con dichos compradores o unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, esto es, descuentos condicionados a que el cliente obtenga todo o la mayoría de sus suministros, da igual que la cantidad que compre sea grande o pequeña, de la empresa de posición dominante*”. La aplicación por la que los jueces se decantaron hacia su ilegalidad fue, por una parte, el efecto de cierre de mercado de los descuentos de fidelidad y por otra, la discriminación entre clientes.

⁴⁵ HAUSMAN, J.A., y LEONARD, G.K., “Efficiencies from the Consumer Viewpoint”, *Geo Mason L Rev*, 7, 1999, p. 146.

⁴⁶ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p. 303.



El objetivo que pretende el Derecho de la Competencia es evitar la fidelización de los clientes y la eliminación por de descuentos de fidelidad por este “sistema de competidores”.

La doctrina se ha mostrado unánime al decir que los descuentos de fidelidad aplicados por una empresa en situación dominante infringen el artículo 102 del TFUE, tanto por los efectos discriminatorios injustificados en relación con el cliente, como por el efecto de “agarrar” clientes en detrimento de los rivales.

8.4.3 DESCUENTOS CONDICIONALES.

Para comenzar es necesario proporcionar una definición de qué son los descuentos condicionales. Se trataría de aquellos que se conceden a clientes para recompensarlos por una determinada conducta de compra. Pueden ser descuentos por una cantidad específica (cuantitativos) como por el porcentaje total de la compra del consumidor (lealtad).

La Comisión Europea publicó la *Decisión Intel*⁴⁷, mediante la cual, declaraba culpable a través de un procedimiento sancionador de una conducta de abuso de posición de dominio a la compañía tecnológica Intel, llegando al resultado de imponer una multa de 1.000.000.000 millones de Euros, la multa mas alta impuesta hasta entonces a una empresa, quedando acreditado que la compañía realizaba descuentos condicionales a cambio de la compra de la totalidad de sus necesidades tecnológicas de aprovisionamiento de microprocesadores para la producción de ordenadores por los principales fabricantes de equipos informáticos⁴⁸.

A título ilustrativo, se concedieron descuentos a la empresa DELL condicionados a que dicha empresa adquiriera todos sus CPUs. También se concedieron

⁴⁷ Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2009, COMP/37-990. DÍEZ ESTELLA, F., “¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº7, Año 2010. p. 1.

⁴⁸ DÍEZ ESTELLA, F., *Qué queda...*, cit, p. 1.



descuentos a HP durante un período de 3 años, condicionados a que dicha empresa adquiriera el 95% de microprocesadores de INTEL, así como el 5% restante estaba sometido a condiciones restrictivas para poder contratar por parte de HP. En fin, Intel realizaba de manera reincidente con otras empresas (LENOVO, NEC) descuentos condicionados a que estas empresas adquirieran sus necesidades de aprovisionamiento.

8.5 NEGATIVA DE SUMINISTRO

Partiendo de la base del principio de autonomía privada de la voluntad se garantiza la libertad de las empresas de contratar con quien ellas quieran, y no imponiéndoles ninguna restricción al respecto. Ahora bien, existen ciertas empresas que por su posición de dominio (art 102 TFUE, art 2 LDC) respecto a otras tienen la obligación de contratar, constituyendo su rechazo (el llevar a cabo el suministro) una posible conducta abusiva⁴⁹.

El asunto *United Brands*⁵⁰ presentó una negativa de suministro al negarse el suministro de plátanos *Chiquita* a la compañía *OELSEN* durante el 10 de octubre de 1973 al 11 de Febrero de 1975. Otro ejemplo de esta discriminación de negar suministro es el caso *British Sugar* respecto de *Napier Brown* que se consideró que constituía una negociación de azúcar industrial al tiempo que era ofrecida a otros distintos⁵¹.

Las conductas y sus circunstancias no pueden ser interpretadas analógicamente debido al principio de tipicidad y al respeto de la seguridad jurídica, ya que no puede aplicarse por analogía la prohibición y subsumir esa conducta en otra distinta.

Merece destacar el pronunciamiento de la Sentencia *Magill*⁵², Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, el cual, concluyó, que la negativa a conceder una licencia por parte del titular de un derecho de propiedad industrial, aunque se trate

⁴⁹ MARTÍNEZ LAGE, s y PETITBÓ, A. *El abuso de posición dominante*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 341.

⁵⁰ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 292.

⁵¹ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 292.

⁵² GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 293.



de una empresa de posición dominante, no puede constituir abuso, salvo que concurriesen las siguientes circunstancias:

- 1- Que la negativa se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en el mercado.
- 2- Que es probable la eliminación de la competencia en el mercado.
- 3- Que repercuta en perjuicio de los consumidores.

Por lo que respecta a nuestro Derecho estatal interno, el Tribunal de Defensa de la Competencia, actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, ha entendido que existe una negativa injustificada de suministro cuando se deniega el acceso a un recurso esencial (*Essential facilities*), constituyendo una conducta abusiva.

La definición de este recurso esencial se puede catalogar como aquel producto, servicio o infraestructura cuyo acceso es imprescindible para poder competir en un mercado conexo⁵³. Los supuestos de negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios son los siguientes⁵⁴(art 2.2c LDC):

a) negativa a suministrar a una entidad que no es actualmente cliente de la empresa dominante, ni compite con ella,

b) interrupción o reducción del suministro a una entidad que es cliente de la empresa dominante, pero no compite con ella,

c) negativa a suministrar a una entidad que no es cliente de la empresa dominante pero pretende entrar en su mercado y competir contra ella,

⁵³ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 296.

⁵⁴ GUTIÉRREZ, A. “El abuso de posición dominante”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Thomson-Civitas, 2ª Ed, Madrid, 2010, p. 183-189.



d) interrupción o reducción del suministro a una entidad que es cliente de la empresa dominante y compite con ella en su mercado.

8.6 ABUSOS BASADOS EN PRECIOS EXCESIVOS

Dentro del apartado 102 (a) del TFUE se contempla otra práctica abusiva: “la práctica abusiva podrá consistir, en particular, en directa o indirectamente imponer precios de compra, de venta u otras condiciones comerciales no equitativas”. Este precepto está tomando en consideración, lo que se conoce en inglés como *unfair prices*⁵⁵, o lo que es lo mismo, precios desleales, injustos. Dentro de este apartado de precios no equitativos abordaremos por una parte, los precios predatorios, y por otra, los precios excesivos.

Por lo que respecta a los precios excesivos, una empresa situada en posición dominante que aplique o imponga un precio excesivo cometería la infracción prevista en el artículo 102 (a) del TFUE.

En tiempos recientes, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea definió el concepto de precio excesivo como perteneciente a la categoría de abuso explotativo, en la *Sentencia General Motors Continental N. V. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁵⁶ como *un precio excesivo en relación con el valor económico del producto ofrecido*. Por su parte, en la *Sentencia British Leyland c Comisión*⁵⁷, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mantuvo la existencia de una práctica de precios excesivos el hecho de que los cánones aplicados a los vehículos con el volante a la izquierda respecto de los vehículos con el volante a la derecha eran de seis veces superiores.

Por lo que respecta a los criterios que demuestran una apariencia de precios excesivos, y su consiguiente ilicitud, cabe destacar, entre otros, los siguientes;

⁵⁵ Siragusa, M, “The application of article 86 to the pricing policy of Dominant Companies”. *Discriminatory and Unfair Prices, CMLR*, nº16,1979 pp.179-194 en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p, 307.

⁵⁶ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p, 308.

⁵⁷ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p, 308.



- A) Los precios de prestaciones económicas equivalentes.
- B) Los precios en mercados geográficos próximos.
- C) Los costes de producción.
- C) Los precios históricos.

Debido a la existencia de un gran número de posibles conductas que muestren unos precios excesivos se han interpuesto un gran número de recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra las sanciones impuestas por el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). Un claro ejemplo al respecto es la Sentencia del Tribunal Supremo ⁵⁸ (Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 30 de enero de 2012, resolviendo sobre el recurso interpuesto por la empresa Iberdrola Generación S.A.U. contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 2 de julio de 2009. El Tribunal Supremo puso de manifiesto el hecho de que el entonces TDC a la hora de examinar si los precios excesivos ofertados por la interesada eran adecuados, tenía que haber tenido en cuenta que no existía información sobre los costes de funcionamiento de las centrales de generación (costes de producción) y, consecuentemente, rechazó los argumentos del entonces llamado Tribunal de Defensa de la Competencia.

En epígrafes siguientes se hará mención a la figura del “*margin squeeze*”, referida principalmente a mercados de telecomunicaciones recientemente liberalizados, (por ejemplo la compañía telefónica Pepephone utiliza la red de Movistar para ofrecer 4G a sus clientes), en los cuales, pesa sobre el operador dominante la obligación de dar acceso de su red a otros competidores, y es ahí, en esas tarifas donde mas fácil se puede apreciar un abuso en los precios. Por tanto, la Competencia genera, por una parte, ventajas respecto de los rivales que se manifiestan en mejores productos reduciendo

⁵⁸ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 310.



costes, y por otra parte, también genera un estímulo para innovar⁵⁹. Además, la dispersión de precios para un mismo bien a través del comercio electrónico genera un bienestar añadido para los consumidores de esos productos⁶⁰.

8.7 ABUSOS BASADOS EN PRECIOS PREDATORIOS.

Una definición clara acerca del concepto de precios predatorios, o también conocidos como precios ruinosos, sería aquella en la que la empresa que presenta una posición dominante realiza una serie de estrategias consistentes en vender productos a pérdida, a bajo coste, con el fin principal de que el rival abandone el mercado y así la empresa dominante recupere las pérdidas sufridas. El objetivo de la empresa en posición dominante, no es otro, que el de expulsar a los competidores (“sea cual sea el precio”) mediante tácticas comerciales agresivas aunque sea a costa de sufrir uno mismo pérdidas durante un tiempo limitado.

Para el Derecho antitrust o Derecho de la Competencia, surge la dificultad de establecer la distinción entre una conducta agresiva pero lícita de una práctica de precios anticompetitiva⁶¹. Como bien es sabido, una política rígida que no otorgue libertad, movilidad a las empresas dominantes, desencadenaría indudablemente el fin de la competencia y la innovación. Por su parte, una política permisiva puede llevar a abusos por las grandes potencias, por las empresas dominantes que perjudicarían por ende a sus rivales y a sus clientes. Entonces surge la interesante cuestión, ¿qué política se debe seguir para que exista una lícita competencia por lo que a las diferencias de precios se refiere?

Las autoridades españolas de defensa de la Competencia y la jurisprudencia, han ido identificando la figura de los precios predatorios cuando una empresa dominante intenta destruir a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una

⁵⁹ RAPP, R. T., “The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis”, *Antitrust Law Journal*, 64, 1995, pp. 27-30.

⁶⁰ BRIONES ALONSO, J., “El abuso de posición de dominio. Perspectiva económica”, en CREUS CARRERAS, A. *La ley 15/2007, de defensa de la competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 198-199.

⁶¹ MASTROMANOLIS, E. P. *Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform*, ECLR, Vol.19, 1998.



estrategia de precios predatorios, reduciendo los precios que tiene en el mercado concreto pero no en otros que no opera el competidor. La operativa suele consistir en mantener precios altos donde no opera el competidor, lo que le ayudará a soportar los gastos que va a sufrir donde rebaje sus precios.⁶²

Un ejemplo de este supuesto lo encontramos en la Resolución *Instituto Catalán de Inspecciones y Control*⁶³ del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el que se establece que la denunciada ostentaba en el mercado catalán una posición dominante, en exclusividad y que cobraba precios distintos por prestaciones iguales que posteriormente eran compensadas esas tarifas predatorias con las del resto del panorama nacional, debido a que en el territorio nacional “permitía” sostener la venta de prestaciones a un menor coste, dando lugar, a precios predatorios por ser inferiores a los costes así como discriminatorios (los cuales serán explicados en el siguiente epígrafe del trabajo), contraviniendo tanto la legislación interna (LDC) como comunitaria (TFUE).

Para concluir y cerrar este apartado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala 5ª) de 3 de julio de 1991, asunto *AZCO*,⁶⁴ sienta unas bases sobre la ilicitud de precios predatorios en función de tres posibles circunstancias:

- 1) Un nivel de precios por debajo de los costes medios variables siempre se considera ilícito, ya que la empresa pierde dinero con cada unidad de producto que vende.
- 2) Un nivel de precios por encima de los costes medios totales siempre se considerará lícito y, por tanto, procompetitivo.
- 3) Por último, un nivel de precios por encima de los medios variables pero por debajo de los costes medios totales, sólo se considerará abusivo si se demuestra una voluntad eliminatoria de excluir a un competidor.

8.8 ABUSOS SOBRE PRECIOS DISCRIMINATORIOS

⁶² GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 313.

⁶³ Resolución del TDC, de 16 de enero de 1997, Exp, 173/96. en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 313.

⁶⁴ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 314.



Para entender el abuso de precios discriminatorios conviene dar una definición al respecto: “considerando precios discriminatorios a toda aquella situación en la que un productor discrimina en precios cuando dos unidades de un mismo bien se venden a precios diferentes⁶⁵. Desde un enfoque más económico sería la discriminación de precios el vender a un precio o precios que la *ratio* precio/coste marginal es diferente en las diferentes ventas⁶⁶.

Un productor o prestador de servicios discrimina en precios cuando vende diferentes unidades a diferentes precios de un mismo bien que no corresponden con las diferencias en el coste de ese producto, o también, cuando se vende a diferentes personas o a una misma unidades idénticas del bien o servicio a diferente precio⁶⁷.

Un ejemplo que sucede en la práctica con mucha frecuencia, puede ser el pago de una matrícula en una universidad privada, cobrar lo mismo al contado y a plazos es, económicamente hablando, discriminar en perjuicio del que hace el esfuerzo de pagar de una sola vez. O, por otra parte, cobrar lo mismo a clientes que reciben la mercancía o el producto que solicitan en su casa que el que acude a la oficina o tienda a por él, es económicamente hablando discriminar. Por tanto, hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, o en otras palabras, el tratamiento desigual de los iguales no es menos discriminatorio que el tratamiento igual de los desiguales.

Hay que tener en cuenta que el principio de no discriminación es uno de los principios fundamentales en los que se asienta nuestra Comunidad Europea estando integrado y definido de la siguiente manera: los ciudadanos europeos pueden ejercer su derecho de recurso judicial ante una discriminación directa o indirecta, esto es, en caso de trato diferente en una situación comparable o debido a una desventaja no justificada por un objetivo legítimo y proporcionado.

⁶⁵ TIROLE, J. *Teoría de la Organización Industrial*, Ed. Ariel Economía, Madrid, 1990, p. 203.

⁶⁶ POSNER, R., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Londres, 1976, p. 62.

⁶⁷ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, *cit.*, p. 315.



En cambio, nuestra autoridad nacional de competencia y diversos autores relacionados con el Derecho de Defensa de la Competencia⁶⁸, han definido la prohibición de precios discriminatorios no como una vulneración del principio de no discriminación si no como una vulneración al principio general de igualdad de trato⁶⁹.

Ahora bien, para precisar el tipo legal es necesario apreciar la existencia de las siguientes circunstancias:

- 1) Aplicación de condiciones comerciales o contractuales desiguales.
- 2) Existencia de un resultado de desventaja competitiva para la empresa contratante que recibe el peor trato.
- 3) Existencia de una relación de competencia entre las empresas que reciben el trato desigual por parte de la dominante.
- 4) Equivalencia de las prestaciones realizadas por la empresa en posición dominante.
- 5) No existencia de una justificación objetiva para esta desigualdad de trato.

Ilustrativo de estos presupuestos o circunstancias es, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013⁷⁰, que desestimó el recurso planteado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, al considerar acreditado que la entidad de gestión de derechos de autor había explotado abusivamente de su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados al aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponían la discriminación de Antena 3 Televisión S.A. y a Gestevisión Telecinco S.A. frente a su competidora, el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002.

⁶⁸ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p. 317.

⁶⁹ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., *La igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2008, p. 248.

⁷⁰ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p. 318.



8.9 SUBORDINACIÓN DE PRESTACIONES.

Hay que señalar que esta modalidad de abuso de posición dominante encuentra su cabida en el art 2.2 e) LDC, cuando señala que el abuso podrá consistir, en particular, en: “La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos”. En la praxis, este abuso encuentra su fundamento en la vinculación de productos, comúnmente denominadas ventas vinculadas, las cuales, consisten en imponer al comprador o adquirente del producto o servicio en cuestión, suministrado en un mercado en el que se ostenta la posición dominante, la adquisición de otro bien distinto. A continuación con unos ejemplos prácticos se comprenderá todavía mejor.

El Tribunal Supremo mediante Sentencia de 6 de marzo de 2012,⁷¹ dilucida la práctica de una empresa concesionaria en exclusiva de una línea de ferrocarril de subordinar la obtención de plazas en horarios preferentes del tren de Sóller que cubre un tramo del paquete turístico a la contratación del tramo en barco de esa excursión intermodal con una empresa ligada a la anterior. De esta Resolución se puede dar una definición de lo que es “subordinación” en este contexto, siendo, por tanto, cualquier condicionamiento que haga que la no adquisición conjunta de ambos bienes es económicamente desventajosa para el adquirente.

Por tanto, es frecuente que una empresa que presenta una posición dominante en un determinado producto o servicio condicione otro (producto) distinto en el que no tiene dicha posición dominante. Esta vinculación es conocida por el Derecho de la Competencia como abuso en mercados conexos o vecinos⁷² que más adelante se explicará.

Cabe citar, a modo de ejemplo, la “vinculación estrecha” o la “conexión” en cuanto a los mercados conexos se refiere, el mercado del yeso y el de las planchas del

⁷¹ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 319.

⁷² DÍEZ ESTELLA, F., La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las essential facilities, *Revista de Derecho Mercantil*, nº248, abril-junio, 2003.



yeso, el mercado de servidores de Internet y el de contenidos on-line, el de prestación de servicios de transporte marítimo de automóviles y pasajeros⁷³, entre otros...

La subordinación de prestaciones es un abuso, que como muestra la Resolución de antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de noviembre de 1999, *arquitectos Madrid*⁷⁴, mientras la comercialización conjunta de los bienes en condiciones económicas resulta mas ventajosa, la comercialización por separado presenta mas trabas, dificultades y desventajas. El criterio tomado por nuestros órganos judiciales, en cuanto a la subordinación de prestaciones de inspecciones técnicas⁷⁵, es el siguiente: “*el servicio principal era la construcción o instalación de una maquinaria, y el subordinado, los servicios de mantenimiento, reparación y sustitución dando lugar a un abuso de posición dominante por parte de la empresa infractora*”.

8.10 EL CASO PARTICULAR DEL ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES.

Al inicio de este trabajo, se comenzó explicando que la lista del artículo 102 del TFUE no era una lista exhaustiva, no era una lista cerrada, sino que cabe la posibilidad de que en la práctica se realicen otra serie de actos que también pueden ser catalogados como abusivos respecto de una empresa en posición de dominio.

Los tribunales de justicia⁷⁶ han venido apreciando una conducta distinta de las tasadas en la legislación comunitaria, como ellos mismos han definido “una forma independiente de abuso distinta de la negativa de suministro” refiriéndose al caso particular del *margin squeeze* o estrechamiento de márgenes.

⁷³ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 321.

⁷⁴ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 322.

⁷⁵ RTDC de 14 de noviembre de 2003, Exp 540/02 *Gas natural* en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 323.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal General, de 29 de Marzo de 2012, apartado 180, en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 324.



Como antecedente de este concreto abuso de posición dominante, se puede citar, entre otras, a la Sentencia *Industrie des Poudres Sphériques*⁷⁷ que establece lo siguiente: “*existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado*”. Por tanto, este supuesto de abuso consiste en el estrechamiento de márgenes a raíz de lo expuesto, y que surge cuando, debido al precio del producto intermedio, existe un margen insuficiente entre el precio de un producto ascendente A y el precio de un producto descendente A+B del que A es un componente esencial, que hace que con ese margen la transformación del producto intermedio no sea competitiva.

Ahora bien, este estrechamiento de márgenes no surge *per se*, sino que requiere de unos elementos principales⁷⁸:

a) existencia de dos mercados verticalmente relacionados, en los que el input (factor productivo que la empresa adquiere del exterior para ser sometido a un proceso de transformación interno) del mercado ascendente es esencial para operar en el descendente.

b) el input esencial debe estar controlado por una empresa verticalmente integrada y que tenga una posición de dominio en el mercado ascendente, pues de esta manera podrá “reducir o excluir” el margen de sus competidores que requiere el *margin squeeze*. Incluso para declarar que existe esta práctica de *margin squeeze* no es necesario que la empresa dominante en el mercado ascendente (el mayorista) lo sea también en el descendente (minorista) para identificar este abuso.

c) la existencia de un margen insuficiente en la prestación de servicios en el mercado descendente⁷⁹.

⁷⁷ Sentencia de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Sphériques SA/ Comisión*, apartado 178 en GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 325.

⁷⁸ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 325.



El estrechamiento de márgenes encuentra su ubicación, principalmente, en el ámbito de las telecomunicaciones. Por ello, la Comisión, con el objetivo de identificar la existencia de estas prácticas anticompetitivas creó *la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones*⁸⁰, la cual, prevé, dos test para constatar el estrechamiento de márgenes. Por un lado, “el test del competidor suficientemente eficiente⁸¹”, el cual utiliza como parámetro los costes del mercado minorista de un hipotético competidor eficiente para comprobar la existencia de *margin squeeze*. Este test pretende que el hipotético competidor suficientemente eficiente se introduzca en el mercado y pudiera lograr un margen adecuado en el mercado minorista que pudiera hacer frente al que ostenta en el mercado ascendente. Y por otra lado, se establece el test de atribución de costes⁸², que utiliza como parámetro los costes del operador verticalmente integrado, con el objetivo de comprobar él mismo sí podría obtener beneficio o poder competir en condiciones adecuadas.

Por tanto, la Comisión, una vez constatada la existencia del estrechamiento de márgenes, considera que constituye *per se* un supuesto de infracción del artículo 102 del TFUE.

A su vez, en nuestro panorama interno, esta figura del estrechamiento de márgenes no ha tenido calado entre nuestros órganos judiciales. Únicamente cabe señalar, a este propósito, la conducta abusiva en el ámbito de la señal de televisión, (Resolución Transporte de televisión),⁸³ en la que se condenó a la compañía Abertis por una conducta de estrechamiento de márgenes a la cantidad de 13 millones de Euros.

9. EL MERCADO RELEVANTE. CONCEPTO Y PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS.

⁷⁹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, M., “Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: An economic Overview”, *World Competition*, 29, 2006.

⁸⁰ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 327.

⁸¹ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 327.

⁸² GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 327.

⁸³ GARCÍA CRUCES, J. A., *Tratado...*, cit., p, 329.



Al comienzo de este estudio acerca de los elementos de la prohibición que han de recaer en una conducta para ser incluida como ilícita nos referimos, por un lado, a la existencia de posición de dominio ya comentada, y por otro, al comportamiento abusivo establecido en el extenso epígrafe anterior y ahora, por tanto, nos toca hablar del último elemento consistente en la afectación al mercado, requisito *sine que non* para que surja el supuesto típico mencionado por la legislación nacional y comunitaria del abuso de posición dominante.

El mercado relevante tiene, a su vez, distintas denominaciones como el mercado pertinente, el mercado en causa, que concluyen en un único mercado, el mercado a tener en cuenta.

Para señalar una definición precisa sobre el mercado relevante es necesario e imprescindible señalar dos diferentes consideraciones, por una parte, el mercado de producto que establece el conjunto de productos que se integran en él, y por otra parte, el mercado geográfico, es decir, los territorios que son parte del mercado.

Para comprender mejor el término de mercado relevante, hay que hacer mención a la oferta y la demanda y su posible sustituibilidad. Desde el punto de vista de la demanda se habrá de estar a los productos sustituibles desde la perspectiva del consumidor, y desde el punto de vista de la oferta, se habrá de mencionar a las empresas que produzcan o puedan fácilmente producir (competencia potencial) el producto en cuestión.

9.1 ÁMBITOS DEL MERCADO RELEVANTE.

El mercado de productos relevante comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, precio o el uso que se prevea hacer de ellos⁸⁴. Por tanto, el mercado

⁸⁴ PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. enero-febrero 2000, n° 205, p. 23.



de productos incluye no solo los objetos de la posición de dominio, sino también aquellos sustituibles e intercambiables, que pueden servir al mismo uso o utilidad.

Por su parte, el mercado geográfico relevante comprende, el espacio, la zona en que la empresa afectada desarrolla actividades de suministro y de productos y de servicios, en un espacio y tiempo determinado, pudiendo referirse tanto al ámbito europeo, nacional, provincial, regional o local.

Este mercado geográfico viene determinado por el área geográfica en la que se den unas condiciones suficientemente homogéneas o similares de competencia ⁸⁵ para todos los operadores económicos que ofrecen los bienes o servicios correspondientes. Por tanto, el mercado geográfico comprende la zona donde las empresas desarrollan su actividad.

9.2 PRINCIPIOS BÁSICOS PARA DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE.

9.2.1 SUSTITUIBILIDAD DE LA DEMANDA.

La sustituibilidad de la demanda es, según la Comisión⁸⁶, el medio más inmediato y eficaz de condicionar el comportamiento del suministrador de un determinado producto, especialmente en materia de precios, ya que las empresas se verán impedidas de influir en las condiciones de venta reinantes si los clientes pueden fácilmente recurrir a productos sustitutivos o suministradores situados en otro lugar. Por tanto, para analizar la sustituibilidad de la demanda hay que ver hasta que punto es sustituible o intercambiable el producto, el precio del producto, el comportamiento de los consumidores ante tal producto...

⁸⁵ DÍEZ ESTELLA, F., “Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las “Merger guidelines” del Departamento de Justicia de EEUU”, *Anuario de la Competencia*, nº1, 2000, p. 335.

⁸⁶ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p. 498.



Por tanto, la sustituibilidad de la demanda se ciñe a identificar qué productos son considerados por el consumidor como sustitutivos.

Ante una subida de precios pequeña pero significativa y no transitoria, si tal subida origina que gran parte de los compradores pasen a adquirir otros productos en su lugar, entonces habrá que incluir en el mercado relevante del primer producto al que se haya mostrado como el mejor sustituto, esto es el conocido método con el nombre SSNIP (*small but significant nontransitory increase in prices*) o test del 5 % aplicado por la División Antitrust del Ministerio de Justicia norteamericano⁸⁷. Se trata, en definitiva, de percibir si los clientes de empresas afectadas están dispuestos a pasar a productos sustitutivos ante un incremento permanente de un 5% o 10% de los precios.

El precio viene siendo un indicador o parámetro para determinar la sustituibilidad de productos. Por ejemplo, cuando varios productos equivalentes se venden a precios dispares en la misma zona geográfica, resulta improbable y casi imposible que sean sustitutivos por parte de la persona que los consume (el consumidor).

Además de las preferencias de los consumidores que son determinantes también a la hora de determinar la sustituibilidad de la demanda se debe hacer mención a la estructura de la demanda. Cabe señalar, a este respecto, que el Tribunal de Justicia Europeo en la Sentencia *Michelin*⁸⁸ diferenció dos mercados distintos para los componentes de automoción, a saber, por un lado, el mercado de componentes originales; y por otro, el mercado de componentes de recambio. Ante esta situación de productos que aparentemente pertenecen a un mismo mercado se presentan demandas diferenciadas que obligan a considerar la existencia de varios mercados de productos en lugar de uno solo. La Sentencia, razonadamente, realizaba una distinción entre el mercado de componentes originales, los compradores son fabricantes de automóviles y disponen de un poder de negociación que permite llegar a acuerdos sobre entrega de piezas (plazos), lugar, calidad y precio. En cambio, en el mercado de repuestos, los compradores no tienen ese poder de negociación que sí que tienen los compradores de

⁸⁷ U.S. Merger Guidelines, 14-VI-1984, PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición ...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p. 498.

⁸⁸ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado ...*, cit., p. 500.



componentes originales. Desde mi punto de vista, el fallo del Tribunal fue acertado, ya que aunque poseen ambos productos las mismas características físicas y se trate del mismo producto, su influencia en cuanto al Derecho de la Competencia se refiere, habida cuenta de condiciones distintas de venta de cada uno de ellos, determina que es perfectamente diferenciable la existencia de dos mercados distintos.

9.2.2 SUSTITUIBILIDAD DE LA OFERTA.

La sustituibilidad de la oferta trata de valorar si el producto en que el consumidor no encuentra sustituto razonable puede llegar a fabricarse por otros productores distintos con facilidad, es decir, si existen fabricantes de otros productos que fácilmente pueden pasar a ofertar el producto cuyo mercado se pretende acotar.

Por parte de la Comisión Europea se ⁸⁹ha abordado esta cuestión de la sustituibilidad de la oferta en pocas ocasiones y cuando esté acreditado que los fabricantes de otros productos tienen capacidad técnica para adecuar su proceso productivo a la fabricación del producto que se pretende sustituir sin soportar grandes inversiones y en un corto plazo de tiempo. En este caso, la Comisión señala, que esos otros productos que suelen ser similares pero no equivalentes para el consumidor, son excepcionalmente integrados como pertenecientes al mercado del producto en cuestión, que se pretende sustituir.

Un ejemplo de cómo se aborda el tema de la sustituibilidad de la oferta por parte de la Comisión es la Decisión Torras/Sarrió ⁹⁰(24-II-1992) en el que Torras adquirió todas las actividades de producción y distribución del papel de Sarrió. La Comisión, llegó a la conclusión, de que desde el lado de la demanda, existía una sustituibilidad limitada entre los papeles recubiertos y los que estaban sin recubrir como consecuencia de las diferentes características físicas y los distintos niveles de precios. Sin embargo, desde el punto de vista de los fabricantes, la sustituibilidad era muy elevada porque los que fabricaban papeles sin recubrir podían fácilmente recubrirlos, sin tener que contar

⁸⁹ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado...*, cit., p. 501.

⁹⁰ PASCUAL y VICENTE, J., “Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado...*, cit., p. 502.



con nuevos equipamientos. Por tanto, la Comisión decidió que ambas modalidades de papel debían de ser consideradas como un mismo mercado, por la facilidad con que los fabricantes podían pasar de una a otra modalidad sin un aumento significativo de sus costes.

9.3 VALORACIÓN DEL GRADO DE DOMINIO EN EL MERCADO RELEVANTE.

Para llegar a la conclusión de que una empresa se encuentra en una posición de dominio, primeramente hay que definir el mercado relevante en el que se encuentra. Sólo una vez realizada dicha delimitación procederemos a calificar si una empresa se encuentra o no en un posición de dominio.

Para la comprobación de si la empresa cuenta con una posición de dominio, hemos de valorar una serie de elementos para concluir si la empresa en cuestión limita u obstaculiza la competencia.

Entre estos factores se puede señalar, de una parte, los factores indicativos de la situación competencial, la estructura de los mercados afectados, la competencia real y potencial, la posibilidad de elección para terceros, los intereses de los consumidores, las cuotas de mercado, volúmenes de venta y precios, si existen barreras de entrada, la existencia de medidas antidumping⁹¹ que protejan a la empresa presuntamente dominante de sus competidores, y por otra parte, los factores de estructura de la empresa, los recursos y métodos de producción de la empresa, los métodos de presentación, transporte y venta de los productos, nivel de integración vertical, desarrollo tecnológico y recursos financieros⁹².

Para concluir, en la determinación de una posición dominante, hay que situarse en cada caso concreto y no establecer reglas analógicas o utilizar criterios

⁹¹ Medidas de defensa comercial aplicables cuando un suministrador extranjero practica precios inferiores a los que aplica en su propio país.

⁹² PASCUAL SEQUEROS, A., *Doctrina reciente ...*, cit., p. 104.



generalizantes, que conducen a impedir una pretendida tutela judicial efectiva de las empresas afectadas por parte de los órganos y tribunales enjuiciadores.

10. RÉGIMEN SANCIONADOR.

10.1 INTRODUCCIÓN.

Las sanciones cumplen la finalidad primordial de garantizar la aplicación del Derecho de la Competencia tanto a nivel nacional como comunitario. El régimen sancionador recogido en nuestra LDC establece dos claros objetivos, que son, de una parte, la prevención de conductas prohibidas que impiden la libre competencia, y de otra, la represión o el castigo de las conductas realizadas al margen de la Ley.

Por tanto, las sanciones son un instrumento clave en la consecución de objetivos de la ley dotándola de una mayor seguridad jurídica a los distintos operadores económicos fijando las sanciones a las que se pueden someter o incurrir en caso de vulnerar la Ley. Ahora bien, a la hora de imponer una sanción, la Comisión Nacional de la Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) debe tener en cuenta tanto el efecto sobre el resto de operadores económicos, como la infracción tipificada que establece nuestra Carta Magna en su artículo 25.1: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Por su parte, la LDC establece la distinta graduación de las distintas infracciones, caracterizándolas como leves, graves y muy graves. Y en consecuencia, fija las sanciones máximas por el tipo de infracción cometida. Como regla general, el importe de la sanción (artículo 63 LDC) se determina por el volumen de negocios de la infracción. Así se deduce tanto de la normativa europea como de la interna, y ello, dejando a salvo los supuestos en que no se puede determinar ese volumen de negocios (artículo 63.3. LDC) en los que la normativa establece distintas cuantías.



En aras de la tan esencial seguridad jurídica, algún autor se ha referido al régimen sancionador como una importante novedad, que tiene por finalidad principal otorgar seguridad jurídica a los operadores económicos⁹³. La Ley precisa las sanciones en función de la conducta realizada, esto es, atendiendo a las características y efectos de la conducta infractora. También regula las multas coercitivas, para cuando el sancionado no cumple de manera voluntaria la resolución, establece también plazos de prescripción de las infracciones, también considera quienes pueden ser considerados sujetos infractores, entre otras cuestiones. En los siguientes apartados se abordaran todas estas cuestiones de una manera más precisa y concreta.

10.2 TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Todo lo referente al tema sancionador se encuentra recogido en el capítulo II de la LDC. El procedimiento se puede iniciar tanto de oficio, en el ámbito nacional como autonómico, o bien por denuncia, por cualquier persona física o jurídica. Así lo expresa textualmente el artículo 49: “El procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de Investigación, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia”. “Cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia de las conductas reguladas por esta Ley, con el contenido que se determinará reglamentariamente”.

Recibida esa denuncia, el procedimiento sancionador se inicia mediante la instrucción del expediente por los distintos órganos de dirección del artículo 25 de Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Estos órganos de dirección son los siguientes:

1) La Dirección de la Competencia teniendo en cuenta las funciones previstas en el artículo 5 de esta ley, recuérdese que entre ellas figuran las siguientes: a) Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos, y f) “aplicar en España los

⁹³ TOBÍO RIVAS, A. M^a., “ El proceso de reforma de la normativa antitrust española: panorámica del anteproyecto de ley de defensa de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 559-584.



artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente”.

2) La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 6 (Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas), 9 (Supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual) y 12.1.a) (Resolución de conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), y e) (Resolución de conflictos en el mercado de comunicación audiovisual por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia).

3) la Dirección de Energía, a quién le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 7 (Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural) y 12.1.b) (Resolución de conflictos en los mercados de luz y electricidad por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia).

4) La Dirección de Transportes y del Sector Postal, a quién le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 8 (Supervisión y control del mercado postal), 10 (Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias), 11 (Supervisión y control en materia del sector ferroviaria) y 12.1.c) (Resolución de conflictos en materia de tarifas aeroportuarias por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia), d) (Resolución de conflictos en el mercado postal por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia) y f) (Resolución de conflictos en el sector ferroviario por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia).

En función de qué órgano de Dirección haya realizado la instrucción, concluirá dicha instrucción con el pliego de concreción de hechos, detallando las conductas y luego la Dirección formulará la propuesta de resolución (artículo 50 LDC).



En lo que se refiere a la tramitación de la instrucción del expediente sancionador, debe tenerse en cuenta que conforme al apartado 1 del art.50: “La Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades”. Además, el apartado 3 declara: “Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes”. Por su parte, el apartado 5 señala “Una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución, así como, en los casos en los que proceda, propuesta relativa a la exención o a la reducción de multa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 65 y 66 de esta Ley”. No conviene olvidar que el Consejo puede pedir práctica de pruebas y es el órgano decisorio ya que resuelve y emite su resolución.

El plazo máximo fijado en el artículo 36 LDC, para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo. En el caso de que se suspenda el procedimiento para la práctica de las pruebas, el plazo aumenta. Por último, cabe la posibilidad durante el procedimiento de imponer medidas cautelares reguladas en el artículo 54: “Una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”. Y el artículo 36.6 establece que “El plazo máximo para que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dicte y notifique la resolución relativa a la adopción de medidas cautelares a instancia de parte prevista en el artículo 54 de esta Ley será de tres meses. Cuando la solicitud de medidas cautelares se presente antes de la incoación del expediente, el plazo máximo de tres meses comenzará a computarse desde la fecha del acuerdo de incoación.”

Hay que tener en cuenta que el procedimiento para iniciar e instruir puede durar como máximo dieciocho meses, para decidir y notificar la resolución. Por regla general, el procedimiento dura dieciocho meses, pero, puede ocurrir en ocasiones, que el



procedimiento se alargue como consecuencia de una petición de prueba por parte del Consejo (suspensión del plazo) o por el cambio de calificación que pueda realizar el consejo.

En cuanto a las resoluciones del Consejo se establecen distintos pronunciamientos (artículo 53.1. LDC):

a) “La existencia de conductas prohibidas”.

b) “La existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”. Lo que quiere significar el precepto es que existen conductas anticompetitivas pero que no afectan de una manera trascendente o sustancial a la competencia.

c) “No resulta acreditada la existencia de prácticas prohibidas”.

El artículo 53.2 establece que las resoluciones del CNMC podrán contener:

a) “La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado”.

b) “La imposición de condiciones u obligaciones determinadas. Por ejemplo, que impongan obligaciones para cambiar precios”.

c) “La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público”.

d) “La imposición de multas”.

e) “El archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley”.

f) “Cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley”.

10.3 SUJETOS RESPONSABLES.



Para la iniciación del presente capítulo debemos comenzar citando al artículo 61.1 que considera lo siguiente:” Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”. Merece destacar que se puede sancionar no únicamente a las empresas sino también a las personas físicas que infrinjan la LDC. Para encontrar algún supuesto de sanción a persona física debemos de acudir a la resolución del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de septiembre de 1993 ⁹⁴ “*Boutiques de pan de Asturias*”, por la que se multa al Secretario de la Asociación Profesional que agrupa a las tiendas especializadas del pan de Asturias por su actuación destacada en la gestación del acuerdo de fijación de precios sancionados. Y la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de mayo de 1993⁹⁵, “*Faconauto*”, por la que se multa al Presidente de la Federación Nacional de Asociaciones de Concesionarios de Automóviles de Marca por incurrir en determinadas prácticas restrictivas de la competencia. En todo caso, el importe de las sanciones a personas físicas es muy inferior al de las empresas colectivas, personas jurídicas o asociaciones. Como última reseña, las sanciones tanto a personas físicas como jurídicas para el Tribunal Constitucional son compatibles y no rompen el principio *non bis in ídem* ya que según señala la doctrina, existe pluralidad de infractores, y por tanto no se sanciona dos veces a la misma persona⁹⁶.

Hay que tener en cuenta, a tenor del principio de culpabilidad, ⁹⁷que la responsabilidad administrativa a través del procedimiento sancionador recae sobre los sujetos autores de las conductas tipificadas como prohibidas en la LDC,

El artículo 61.2 de la LDC señala lo siguiente: “A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado

⁹⁴ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW J., “El régimen sancionador”. en: BERENGUER, L., *La nueva ley de defensa de la competencia*. Ed. Bosch, mayo, 2009, p. 236.

⁹⁵ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 236.

⁹⁶ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ..., cit.*, p. 236.

⁹⁷ DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996. pp. 151-171.



por alguna de ellas”. Este precepto dispone que se puede sancionar a personas físicas o jurídicas que controlen la actuación de la empresa. Ahora bien, el criterio para determinar la culpabilidad de la persona jurídica es distinto al obtenido por la persona física. La STC 246/1991, ⁹⁸de 19 de diciembre, reconoce la responsabilidad directa de las personas jurídicas, y por ende, la capacidad de infracción aunque falte en ellas el elemento volitivo: “ la capacidad de infracción, y por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por una norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz, y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma(...). Esto no implica en absoluto, que para el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas, se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas⁹⁹”. Por tanto, a pesar de la regulación que el legislador realiza en el art 61 LDC para la responsabilidad en materia de infracciones administrativas por personas jurídicas, ha de estarse al artículo 130.1 LRJPAC para el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Por su parte, el artículo 61.3 establece que “cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa”. Este apartado se refiere a la responsabilidad subsidiaria del pago.

Hay que recordar que el Reglamento de la Comisión Europea 1/2003¹⁰⁰, en su considerando 23, establece” cuando se imponga una multa a una asociación de empresas tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa”. Dicho pago no será exigible en el caso de empresas que acrediten no haber seguido la decisión de la asociación que hubiese provocado la infracción, la ignoren o se halla distanciado de forma activa antes de la instrucción del

⁹⁸ BAÑO LEÓN, J. M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho Español de la Competencia*, Ed. Mac Graw-Hill, 1996, pp. 252-254.

⁹⁹ LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo”, *Rev de Administración Pública*, nº 129, 1992, pp. 211-239.

¹⁰⁰ BENEYTO PÉREZ, J.Mª., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva... cit.*, p. 238.



caso. En este caso la carga de la prueba de esta excepción corre a cargo de la empresa que se halla distanciado o alejado de esas conductas presumiblemente infractoras.

En todo caso, la responsabilidad máxima de cada empresa respecto al pago de la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios en el ejercicio inmediatamente anterior (63.1,c, LDC).

Para determinar la culpabilidad, hay que acudir al artículo 63 de la LDC: “Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones”. Sólo se impondrán las sanciones cuando las infracciones se cometan deliberadamente (si conocía el error) o por negligencia (debía haberlo evitado).

Otro aspecto a tener en cuenta, es el principio *non bis in idem*, es decir, la CNMC podrá sancionar a aquellos infractores cuando no hayan sido castigados por la misma conducta realizada. El Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la jurisprudencia comunitaria prohíben la persecución de infracciones en aquellos casos en los que los sujetos infractores, hechos y fundamentos se repitan¹⁰¹. La doctrina *Walt Wilhelm*¹⁰² aplicaba de una manera incorrecta el principio que estamos comentando al establecer que era posible sancionar a un sujeto infractor por el Derecho Comunitario y por infringir el Derecho Nacional y que a la hora de fijar la sanción por la segunda autoridad, esto es, por el órgano nacional debía de fijar la sanción de manera proporcional en la que se tuviera en cuenta la primera sanción ya impuesta al infractor.

Esta doctrina tenía una concepción errónea del principio *non bis in idem*, puesto que este principio es independiente del de proporcionalidad por la sanción de que se trate. Por ende, la CNMC no podrá condenar a sujetos que ya han sido sancionados por la Comisión Europea.

¹⁰¹. BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 240.

¹⁰² BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 240.



Conviene mencionar la relación con terceros países, y es necesario resaltar que este principio no se aplicará a sanciones impuestas por éstos ya que se trata de normativas distintas, por tanto, la CNC (actual CNMC) puede perseguir infracciones y sancionarlas cuando afecten al mercado interno, aunque hayan tenido pronunciamientos en un país no miembro. En este caso, ha de respetar el principio de proporcionalidad a la hora de emitir su sanción considerando la anterior sanción impuesta en terceros países.

10.4 INFRACCIONES.

El artículo 62 de la LDC señala dos tipos de infracciones, por un lado, las sustantivas o materiales, referidas en los artículos 1, 2 y 3 relacionadas directamente con las cuestiones de defensa de la competencia, y por otro, las procedimentales o formales, cuyo fin es el de preservar de sus actuaciones a los órganos de defensa de la competencia.

El mencionado artículo muestra una graduación de las infracciones en relación con la conducta realizada, lo cual señala una objetividad por parte del legislador al tipificar esas conductas. Esta tipificación de sanciones entronca con en el Reglamento (CE) núm 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004¹⁰³, sobre el control de concentraciones sobre empresas, el cual, establece la tipificación de las infracciones leves en su considerando 14. Por su parte el Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actualmente 101 y 102 TFUE) no establece en su artículo 23 una distinción (como si lo hace la normativa interna) entre infracciones graves y muy graves.

Así las cosas, la LDC nos muestra la diferenciación entra las infracciones leves recogidas en el art 62.2, 62.3 y 62.4 LDC que procederemos a examinar en los párrafos siguientes.

¹⁰³ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 243.



El artículo 62.2 ofrece una enumeración de infracciones leves relativas al incumplimiento de trámites meramente administrativos, así:

c) “No haber suministrado a la Comisión Nacional de la Competencia la información requerida por ésta o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa”.

d) “No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en el artículo 40”.

e) “La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas”:

1.º “No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección”.

2.º “No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa”.

3.º “Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia”.

El Consejo caracteriza la obstrucción como ¹⁰⁴“cualquier acción desarrollada por la empresa que dificulte, impida o retrase la inspección, es decir, que altere su normal desarrollo, ya sea con carácter definitivo (privándola de eficacia, por ejemplo, impidiendo la entrada de los inspectores en los locales inspeccionados) o temporal (mediante, por ejemplo, un retraso en el comienzo de la inspección, no respondiendo a las preguntas de los inspectores, rompiendo precintos, etc).

¹⁰⁴ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 245.



Las actuaciones en materia de competencia se caracterizan por la rapidez y lo sorpresivo de éstas, ya que una actuación lenta conllevaría una ineficaz inspección. Por esta razón, en ocasiones, se realizan inspecciones en más de un lugar que guardan relación entre ellos para evitar que se destruya información clave en un posible procedimiento sancionador. Cualquier retraso injustificado en proporcionar lo solicitado a los órganos de la competencia puede llevar aparejado la imposición de una sanción del 1% del volumen de negocios del año anterior por considerarse obstrucción a la labor investigadora de la Competencia. Si se agrava esta situación por parte de la empresa impidiendo la actuación inspectora de los funcionarios de la competencia, incurriría en un delito de desobediencia regulado en el artículo 556 CP y para el que se establece una pena de prisión de seis meses a un año¹⁰⁵.

En cuanto a las infracciones graves, permanecen reguladas en el artículo 62.3 de la LDC entre las que se encuentran las siguientes:

b)“El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 que no tenga la consideración de muy grave”.

Para concluir el desglose del artículo 62, en su apartado cuarto, tipifica las infracciones muy graves:

b) “El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”.

c)“Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”. Esta infracción es independiente de las posibles multas coercitivas que se pudiesen aplicar reguladas en el artículo 67 de la LDC.

¹⁰⁵ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 245.



10.5 SANCIONES.

Una vez definidas las modalidades de infracciones conviene precisar las sanciones, sus importes y características claves.

Por una parte, hay que diferenciar las multas sancionadoras cuyo objetivo es castigar un comportamiento ilícito de las multas coercitivas (art 67 LDC). Éstas últimas tienen la finalidad de evitar futuras infracciones, es decir, es una sanción para motivar al infractor a cumplir, de cuantía de hasta 12000 Euros por día, por cada día de incumplimiento del infractor.

Cabe reseñar que las sanciones son el vehículo o el instrumento necesario, clave, por lo que al Derecho de la Competencia se refiere, para prevenir las prácticas restrictivas de la competencia.

Hay que recordar que, en función de la importancia de la infracción, en el tema que nos ocupa se han sancionado con multas importantes algunas conductas. Así, la Comisión Europea, en su Decisión de 4 de julio de 2007, Asunto COMP/38.784 *Wanadoo España contra Telefónica*¹⁰⁶, impuso a Telefónica una multa de 151.8 millones de euros por un abuso muy grave de posición dominante en el mercado español de Internet de alta velocidad.

El principio de tipicidad, y su concreta integración dentro de la Ley, hace que el presunto infractor tenga en cuenta las sanciones a las que se enfrenta, así como a su importe y publicidad que ello genera. Es efectivo el establecimiento de unas cuantías en función del volumen de negocios para cuantificar la multa, pues presumiblemente el empresario se va a pensar el llevar a cabo esas conductas restrictivas o anticompetitivas.

Por lo que al Derecho Comunitario se refiere, inspirador de nuestro ordenamiento debe citarse el Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 del

¹⁰⁶ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”, en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 248.



Consejo ¹⁰⁷, que establece lo relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los antiguos artículos 81 y 82 del TCE. Dicho Reglamento establece en su artículo 23, apartado 2, letra a), lo siguiente:” mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado”.

A continuación, en su artículo 23, apartado 2, letra c), añade: “Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior. Y en su artículo 23 apartado 3: “A fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración”.

La Comisión para concretar aún más la fijación de multas y su efecto disuasorio publicó el 1 de septiembre de 2006 la Comunicación sobre las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm 1/2003¹⁰⁸. Primeramente, en su artículo 9 preceptúa” la Comisión utilizará la metodología siguiente, en dos etapas, para fijar las multas a las empresas o asociaciones de empresa”. Por su parte, el artículo 10, seguidamente, añade: “En primer lugar, la Comisión determinará un importe de base para cada empresa o asociación de empresas”. Para ello ha de tenerse en consideración la proporción de las ventas en función de la gravedad de la infracción. Y el artículo 11 matiza: “En segundo lugar, podrá ajustar este importe de base, al alza o a la baja”. Teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes que establece la Directriz.

Por circunstancias agravantes señala en su artículo 28 las siguientes:

a) “Persistencia o reincidencia en una infracción idéntica o similar tras haber constatado la Comisión o una autoridad nacional de competencia que la empresa ha vulnerado las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82; el importe de base se incrementará hasta en un 100% por infracción probada”,

¹⁰⁷ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 248-249.

¹⁰⁸ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW J. “El régimen...”. en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 249.



b) “Negativa a cooperar u obstrucción a la investigación”,

c) “Función de responsables o de instigador de la infracción. La Comisión prestará también especial atención a toda medida adoptada con el fin de obligar a otras empresas a participar en la infracción y/o a toda medida de represalia adoptada contra otras empresas con el fin de hacer respetar las prácticas ilícitas”.

Por su parte, como circunstancias atenuantes, en su apartado 29 clasifica las siguientes conductas:

a) “Cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que ha puesto fin a la infracción tras las primeras intervenciones de la Comisión; esto no se aplicará a los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los carteles)”,

b) “Cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que la infracción se cometió por negligencia”,

c) “Cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que su participación en la infracción es sustancialmente limitada y demuestre por tanto, que durante el tiempo en que se adhirió a los acuerdos ilícitos, dicha empresa eludió efectivamente la aplicación de los mismos adoptando un comportamiento competitivo en el mercado; el mero hecho de que una empresa haya participado en un infracción durante un período de tiempo más breve que las demás no se considerará circunstancia atenuante, puesto que esta circunstancia ya se refleja en el importe de la base”;

d) “Cuando la empresa en cuestión coopere efectivamente con la Comisión, fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la clemencia, y más allá de sus obligaciones jurídicas de cooperar”,

e) “Cuando el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa”.

En cuanto a los artículos 30 y 31, señalan un incremento específico para garantizar un efecto disuasorio: “La Comisión tendrá en cuenta la necesidad de



incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo”. Por tanto, la Comisión se reserva el derecho de poder aumentar la sanción. Cabe decir que lo que pretende la Comisión con la imposición de multas es conseguir un efecto suficientemente disuasorio.

Centrándonos en nuestra legislación interna (LDC) y en consonancia con la normativa comunitaria, el artículo 63 establece los siguientes importes de sanciones:

1.” Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones”:

a) “Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.

b) “Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.

c) “Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”.

Hay que tener en cuenta que las imposiciones de multa por la CNMC no tienen carácter penal sino administrativo con independencia de donde se recurran estas decisiones que posteriormente precisaremos. Y ello, de acuerdo con lo previsto en el ámbito comunitario cuyo apartado 5 del artículo 23 del Reglamento 1/2003 establece: “las decisiones adoptadas en aplicación de los apartados 1 y 2 no tendrán carácter penal”. Por tanto, estas sanciones presentan carácter administrativo y no penal.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 63 dispone: “En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente



artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes”:

- a) “Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros”.
- b) “Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros”.
- c) “Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros”.

Para concluir con la explicación de este artículo, el apartado 2 del art 63 señala: “Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión”. Debemos referirnos a las personas que controlan las empresas mediando por ellos facultades gestoras de las personas, rectoras y ejecutivas de la compañía mercantil¹⁰⁹. Como desarrollo de este precepto, a los administradores también se les puede sancionar, incluyendo, además, a las personas físicas y jurídicas. Estas responsabilidades se encontrarían exentas cuando los administradores o personas físicas no hubiesen acudido a reuniones donde se tomaron esas conductas o bien hubieran votado en contra de tales actos. Esto lo agrega el siguiente párrafo del apartado 2 del artículo 63: “Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto”.

Ha de seguirse el principio de la proporcionalidad entre la sanción y la conducta. Así, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007¹¹⁰, “Iberdrola” fijó una sanción de 38.710.349 de Euros y argumentó lo siguiente *“el importe de la multa debe reflejar la gravedad de la conducta, la importancia de los mercados afectados sobre la economía en su conjunto y el efecto que este tipo de conductas produce”*.

¹⁰⁹ DE ALVARO MONTERO, ÁNGEL., “El régimen sancionador en la ley de defensa de la Competencia” en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Competencia, Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 396.

¹¹⁰ BENEYTO PÉREZ, J.Mª., y SUDEROW J. “El régimen...”, en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 253.



Por lo demás, debe recordarse que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala en su apartado 2 del artículo 131, relativo al principio de proporcionalidad: “El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. O dicho de otro modo, el infractor y su correspondiente sanción no ha de ser menor que la norma vulnerada. Por tanto, ante una norma infringida que atañe un beneficio superior al de su correspondiente infracción, ha de modularse el criterio, para la determinación de la sanción definitiva.

El artículo 64 establece las bases para delimitar el importe sancionador. Así su apartado 1 proclama que el importe de las sanciones se ha de fijar atendiendo, entre otros, a una serie de criterios:

En primer lugar, conforme al art 64,1,a), (LDC), se tendrá en cuenta la dimensión y características del mercado afectado por la infracción. Se hace referencia al mercado geográfico.

En segundo lugar, de acuerdo con el art 64,1,b), (LDC), ha de atenderse a la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.

En tercer lugar, según el art 64,1,c), (LDC), se apreciará el alcance de la infracción.

En cuarto lugar, en virtud del art 64,1,d), (LDC), se atenderá a la duración de la infracción.

Ha de tenerse en cuenta, entre otros, los años de participación en la infracción. Las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) nº 1/2003 señalan en el apartado 24:” Con el fin de tener plenamente en cuenta la duración de la participación de cada empresa en la infracción, el importe determinado en función del valor de las ventas (véanse los puntos 20 a 23 supra) se multiplicará por el número de años de participación en la infracción.



Los períodos inferiores a un semestre se contarán como medio año; los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo.

En quinto lugar, a tenor del art 64,1,e), (LDC), se tendrá en consideración el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.

En sexto lugar, de acuerdo con el art 64,1f), (LDC) habrán de considerarse los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.

En séptimo lugar, según el art 64,1,g) (LDC) deben apreciarse las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Para la concreción del importe ha de calcularse el volumen de ventas del infractor. El volumen de ventas que debe tenerse en cuenta es el del último año del que se tenga constancia de la infracción multiplicado por los años o meses que realizó dicha conducta. En su defecto, se tomará como referencia el volumen de ventas reflejado en las cuentas anuales. Debe tenerse en cuenta, asimismo, el mercado geográfico donde se localizó la infracción, así como la deducción de IVA y otros impuestos considerados.

En función de las circunstancias atenuantes o agravantes de los apartados 2 y 3 del artículo 64 supondrá un aumento o disminución del importe sancionador.

El apartado 2 del artículo 64 señala lo siguiente: “Para fijar el importe de las sanciones se tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes”. Al utilizar la expresión entre otras, el legislador ha querido ampliar las circunstancias que pueden dar lugar a una conducta, en este caso, agravante.

Por su parte, el apartado a) establece la siguiente circunstancia agravante: “La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley”. El Tribunal Supremo¹¹¹ señaló que: *“la reiteración es posible cuando la firmeza de las sanción previamente*

¹¹¹ BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., “El régimen....”, en: BERENGUER, L., *La nueva.... cit.*, p. 256.



establecida es en vía administrativa y no en vía jurisdiccional” Añade el TS, que *“difícilmente podría darse el supuesto de reiteración, puesto que la duración de los procedimientos jurisdiccionales haría imposible encontrar conductas anteriores firmes en vía jurisdiccional”*.

En cuanto a la comunicación de 1 de septiembre de 2006, sobre las Directrices para el cálculo de multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) Nº 1/2003 concluyó la posibilidad de aumentar las sanciones en un 100 % ante las siguientes circunstancias:

a) *“persistencia o reincidencia en una infracción idéntica o similar tras haber constatado la Comisión o una autoridad nacional de competencia que la empresa ha vulnerado las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82; el importe de base se incrementará hasta en un 100 % por infracción probada”*. Para la aplicación del mencionado precepto será preceptiva la sanción, bien mediando una resolución firme por vía administrativa o bien mediante sentencia judicial que declara tal infracción y en los 10 años anteriores a la comisión de la infracción que ahora se quiere sancionar.

b) *“La posición de responsable o instigador de la infracción”*. Haciendo referencia a empresas o personas físicas, para las cuales, el castigo ha de ser mayor por ser responsables o impulsores de la conducta prohibida. Al apreciarse esta circunstancia, da lugar a un correlativo incremento del importe de la multa.

c) *“La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas”*. En este caso debemos citar como medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas las medidas de represalia que las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm 1/2003, en su considerando 28, señalan: *“La Comisión prestará también especial atención a toda medida adoptada con el fin de obligar a otras empresas a participar en la infracción y/o a toda medida de represalia adoptada contra otras empresas con el fin de hacer respetar las prácticas ilícitas”*.

Por último, el apartado d) establece como circunstancia agravante: *“La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible*



consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62”. Ante este supuesto, la colaboración de los investigados es esencial para el procedimiento de clemencia y de reducción de la sanción.

En cuanto a las circunstancias modificativas atenuantes, al igual que en las circunstancias agravantes, el legislador ha sido prudente y ha elaborado un catálogo no exclusivo, al incluir la expresión “*entre otras*” pudiendo incluirse en la práctica otras denominaciones distintas de las establecidas en la LDC. El artículo 64 apartado tercero recoge las siguientes:

a) “La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción”. En las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm 1/2003, en su considerando 29, alude a la misma como circunstancia atenuante: “cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que ha puesto fin a la infracción tras las primeras intervenciones de la Comisión; esto no se aplicará a los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los carteles)”;

b) “La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas”. En el ámbito europeo en la Directriz anteriormente citada se recoge de la siguiente forma: “cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que su participación en la infracción es sustancialmente limitada y demuestre por tanto que, durante el tiempo en que se adhirió a los acuerdos ilícitos, dicha empresa eludió efectivamente la aplicación de los mismos adoptando un comportamiento competitivo en el mercado; el mero hecho de que una empresa haya participado en una infracción durante un período de tiempo más breve que las demás no se considerará circunstancia atenuante, puesto que esta circunstancia ya se refleja en el importe de base”;

c) “La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado”. Este apartado es un tanto ambiguo y confuso debido a que no define que daño se ha de reparar, si el daño causado a los competidores, o por el contrario a los consumidores, o a ambos, o a la economía en general.

d) “la colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del



importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley”. Establece la cooperación de las empresas para esclarecer los hechos. Por su parte, la Directiva hace referencia a este supuesto: “cuando la empresa en cuestión coopere efectivamente con la Comisión, fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la clemencia, y más allá de sus obligaciones jurídicas de cooperar”.

Por último señalar que la Directriz anteriormente mencionada a diferencia de la normativa española añade dos circunstancias nuevas, la primera: “cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que la infracción se cometió por negligencia”. Y, la segunda circunstancia: “Cuando el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa”.

Para concluir con este apartado, hemos de señalar que en los casos que resulta posible calcular el beneficio ilícito de la infracción, la sanción no podrá ser inferior al doble del beneficio obtenido. En todo caso, el importe variará en función de las circunstancias agravantes y atenuantes y ha de ser ajustado a los límites que establece la propia Ley.

Por lo que respecta a las multas coercitivas, antes mencionadas de manera aislada, encuentran su regulación en el art 67 LDC y establece lo siguiente:

“ La Comisión Nacional de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas”:

a)” A cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley”.

b) “A deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley”.



c) “A la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia”.

d) “Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o en los acuerdos de Consejo de Ministros según lo previsto en la presente Ley”.

e) “Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia o del Consejo de Ministros”.

f) “Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 39”.

g) “Al cumplimiento de las medidas cautelares”.

El fin que persigue la adopción de estas multas coercitivas no es otro que obtener la ejecución inmediata o directa de la obligación impuesta. También lo que pretenden es sancionar la perseverancia en la actividad o el retraso en el cumplimiento de las decisiones dictadas por los órganos de la Competencia.

A esto, hay que agregar, que en consonancia con la anterior Ley de Defensa de la Competencia ha supuesto, estas multas coercitivas, un aumento de la sanción diaria, (de 60,10 a 3005,06 euros en la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia en su artículo 11) a 12000 Euros en la actual Ley. Por su parte, el Reglamento 1/2003 prevé multas coercitivas de hasta el 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso a partir de la fecha en que se fije la decisión. En este apartado se demuestra la dureza con la que castigan estas conductas nuestras homólogas instituciones europeas de la Competencia.

Seguidamente, el artículo 69 señala la publicidad de las sanciones estableciendo lo siguiente: “ Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida”. Es, por todos conocida, la difusión en los diferentes medios de comunicación (prensa, televisión o radio), de las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por



la infracción cometida. Esta repercusión mediática genera en las sancionadas el efecto de cumplir con la LDC a fin de que no se continúe desprestigiando su marca, su imagen, y contribuyendo también a que, a posterior, los consumidores o asociaciones de consumidores les reclamen daños y perjuicios.

10.6 PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES.

La LDC en su artículo 68 diseña los plazos de prescripción de las infracciones y de las sanciones. En su apartado 1, establece: "las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado". La anterior ley 16/89 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia establecía un plazo común de prescripción de infracciones de cinco años a contar desde el día de su comisión. Y el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículo 81 y 82 del Tratado CE señala en su artículo 25: "un plazo de prescripción de tres años para las infracciones en materia de solicitud de información o ejecución de inspecciones, y de cinco para las demás infracciones". En su apartado 2, dice: "El plazo de prescripción comenzará a contar a partir del día en que se haya cometido la infracción".

No obstante, respecto de las infracciones continuas o continuadas, la prescripción sólo empezará a contar a partir del día en que haya finalizado la infracción".

Por tanto, el plazo de prescripción de una infracción comienza en la fecha en que ésta se cometa. En el caso de infracciones continuadas, como pueden ser acuerdos horizontales, el plazo de prescripción comienza en la fecha en que la infracción dejó de cometerse. La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de abril de 1999 ¹¹² "*Caso Cepsa 2*" rechazó la alegación de prescripción por tratarse de infracciones que se desarrollaban de forma continua y sin interrupción.

¹¹². BENEYTO PÉREZ, J.M^a., y SUDEROW, J., "El régimen...", en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 265.



El plazo de prescripción de las sanciones, en su apartado 2 del artículo 68 señala: “Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las impuestas por la comisión de infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año”. En cuanto al ámbito comunitario, el Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE señala en su artículo 26, apartado 1, que “El poder de la Comisión de ejecutar las decisiones adoptadas en aplicación de los artículos 23 (multas sancionadoras) y 24 (multas coercitivas) estará sometido a un plazo de prescripción de cinco años”. Y su apartado 2 fija: “el plazo de prescripción comenzará a contar a partir del día en que la decisión sea firme”. El apartado 3 puntualiza: “Quedará interrumpida la prescripción en materia de ejecución de sanciones”:

a) “por la notificación de una decisión que modifique el importe inicial de la multa sancionadora o de la multa coercitiva o que rechace una solicitud tendente a obtener tal modificación”;

b)” por cualquier acto de la Comisión o de un Estado miembro que actúe a instancia de la Comisión, y esté destinado a la recaudación por vía ejecutiva de la multa sancionadora o de la multa coercitiva”.

Para esos casos citados anteriormente el apartado 4 establece que: “el plazo de prescripción volverá a contar a partir de cada interrupción”.

Para concluir con el análisis de este artículo se cierra de la siguiente manera: “Quedará suspendida la prescripción en materia de ejecución de sanciones”:

a) “mientras dure el plazo concedido para efectuar el pago (pago voluntario),

b) “mientras dure la suspensión del cobro por vía ejecutiva en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia”.

Respecto al tema que nos ocupa, conviene consignar que el artículo 68 de nuestra LDC no establece el comienzo de plazo de prescripción de las sanciones, y ello a diferencia de lo que hace respecto de las infracciones (desde que se comete).



Así las cosas, se ha de acudir a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 132.3 a cuyo tenor: “El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción”.

Al margen de lo anterior, debe tenerse en cuenta al apartado 3 del artículo 68 LDC cuando declara: “La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes”. En este contexto, el término “acto”¹¹³ parece referirse a la solicitud de información escrita, un mandato de inspección, la notificación de un procedimiento o la notificación de un pliego de cargos.

11. LA POLÍTICA DE CLEMENCIA.

El programa de clemencia consiste en un procedimiento por el que las autoridades de competencia ofrecen inmunidad completa o reducción parcial en las penas que se hubieran impuesto en determinados supuestos en los que se les facilite información sobre las conductas realizadas, o en otras palabras, es un procedimiento que permite una exoneración total o parcial de la sanción por acuerdo de fijación de precios en materia de defensa de la competencia y que incluso, además, puede contener una recompensa para aquel que aporta pruebas relevantes sobre las que no tenía conocimiento la autoridad competente relativas a acuerdos o prácticas de fijación de precios¹¹⁴, entre otras. Y ello, a pesar de que exista conducta prohibida o restrictiva si coloquialmente “cantas todo lo que sabes”. La utilidad o el objeto de este programa de clemencia es la disuasión de posibles infractores que se unen a cárteles en los que, las autoridades de la competencia les es imposible verificar las conductas prohibidas que desarrollan.

¹¹³ BENEYTO PÉREZ, J.M^a, y SUDEROW, J., “El régimen...”, en: BERENGUER, L., *La nueva ... cit.*, p. 264.

¹¹⁴ JIMÉNEZ LATORRE, F., “La persecución de los cárteles: La política de clemencia”, en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÓ JUAN, A., *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005 p. 136.



Esta iniciativa del programa de clemencia tiene sus orígenes en los Estados Unidos de América ¹¹⁵y que posteriormente se ha ido extendiendo a los países de la Unión Europea, Canadá, Australia y Japón, entre otros. Ese sistema de clemencia estadounidense, ofrece la posibilidad al participante en el programa de no tener ningún tipo de responsabilidad penal sí cuenta todo lo que conoce.

En cuanto a nuestra Ley de Defensa de la Competencia, es una novedad que anteriormente no existía el programa de clemencia y su inclusión se encuentra en los artículos 65 y 66 de la LDC. Por su parte, el Reglamento 261/2008, de 22 de febrero, de Defensa de la Competencia establece un desarrollo normativo de este programa de clemencia en su artículo 46 a 53. El artículo 46 contempla la manera de presentar la solicitud para la exención del pago de la multa. De conformidad con su apartado 1: "Este procedimiento de exención del pago de la multa se comienza a instancia de la empresa o persona física solicitante que haya participado en el cártel. El solicitante ha de presentar ante la Dirección de Investigación una solicitud formal de exención, que tendrá que ir acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga. A tal fin se debe tener en cuenta, lo establecido en las letras a) o b) del apartado 1 del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y en el apartado tercero de este mismo artículo". A continuación su apartado segundo (art 46 LDC) señala: siempre que se pida por el solicitante, la Dirección de Investigación podrá aceptar que la solicitud se presente verbalmente. Esta declaración debe ir acompañada de la información y de los elementos de prueba a los que se hace referencia en el apartado siguiente y será grabada en las dependencias de la Comisión Nacional de la Competencia, registrándose su transcripción.

El artículo 65.1 LDC señala en cuanto a la exención del pago de la multa lo siguiente: "Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando":

a) "Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los

¹¹⁵ BENEYTO PÉREZ, J. M^a., y SUDEROW, J., "La política de clemencia". en BERENGUER, L., *La nueva ley de defensa de la competencia*. Ed. Bosch, Mayo, 2009, p.271.



términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma”, o

b)”Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a)”.

El solicitante puede solicitar a la CNMC la expedición de un recibo en el que conste la entrada en el registro del momento preciso para en momento posterior pueda comprobar su posición frente a otros en el procedimiento administrativo. El solicitante también puede obtener copia sellada del escrito para tener constancia de los documentos presentados. Cabe también, remitir a la CNMC las solicitudes a través del registro electrónico las 24 horas del día, si bien el recibo de la presentación de la solicitud no se entregará hasta que la CNMC compruebe que efectivamente es el órgano competente.

El artículo 65.2 concluye diciendo: “Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos”:

a) “Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación”.

b) “Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección”.



c) “No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido”.

d) “No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción”.

Es decir, en el momento que destruya algún elemento de prueba o deje de hacer esas conductas en la práctica se revoca la posibilidad de que quedé exento en el pago de la multa.

Por último respecto de la exención del pago de la multa concluye el artículo 65 en su apartado 3: “La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia”.

Respecto de la reducción del importe de la multa, el artículo 66 apartado 1 señala: “La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior”:

a) “faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia”, y

b) “cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior”.

Su apartado segundo del artículo 66 especifica lo siguiente: “El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla”:



a) “La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento”.

b) “La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento”.

c) “Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa”.

El artículo 66 finaliza con dos menciones relativas a la reducción del importe de la multa. Por un lado el apartado tercero: “La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tomada en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física”, y por otro lado el apartado cuarto: “ La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia”.

No da lugar a dudas el rotundo éxito y las ventajas que proporciona este sistema de clemencia, ya que la Administración obtiene pruebas relevantes al contar con colaboradores directos. Asimismo, este programa de clemencia concede la oportunidad a los infractores de participar en él y ver así reducida su sanción. Hay que dejar claro, que esta clemencia es de tipo administrativo y las sanciones de la CNMC son recurribles ante los tribunales autonómicos por la vía contencioso-administrativa y también queda abierta para depurar las responsabilidades cometidas en la vía penal y civil.

12.CONCLUSIONES ALCANZADAS.



El estudio realizado sobre la prohibición del abuso de posición dominante permite obtener, cuando menos, las siguientes conclusiones:

1ª) En el ámbito económico al igual que en otras facetas de la vida somos competitivos. La normativa de la Competencia permite el acceso al mercado por todas las personas ofreciendo productos y servicios. La libre competencia se consagra en el artículo 38 de la Constitución Española, en virtud del cual: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Esto es, que el que quiera ajustarse al mercado ha de respetar el Ordenamiento Jurídico tanto el Derecho Mercantil, en sus versiones de defensa de la competencia, competencia desleal, normativa societaria, etc. Por tanto, cualquiera puede ofrecer sus productos y servicios en el mercado. De esta forma, nuestro estudio, está circunscrito al ámbito mercantil, se ha detenido en una temática de crucial importancia en la economía, cual es la prohibición del abuso de posición dominante. El interés del tema asoma ya en el propio Preámbulo de la actual Ley de Defensa de la Competencia, donde se destaca el establecimiento de mecanismos para limitar la restricción de la competencia y muestra la preocupación por regular las prácticas limitativas de la competencia y sus sanciones, diseñando una estructura institucional encaminada a ejecutar la ley.

Hay que señalar que la Defensa de la Competencia y su creciente importancia en las últimas décadas ha conseguido ser uno de los referentes de la política económica en la actualidad dinamizando la economía general nacional.

Esta creciente importancia de la competencia y su vulneración repercute, en definitiva, en los competidores, en los consumidores y en la economía general del país, y en último término, conlleva una restricción del I+D+I.

2ª) Llegamos a la conclusión de que la libertad de competencia presenta unos límites, que si son vulnerados, dan lugar a una serie de prácticas prohibidas bien sean colusorias o bien abusivas que repercuten en el plano económico en los adquirentes de esos productos o servicios. Ante esta situación, el Ordenamiento Jurídico interviene, por una parte, encomendando a los órganos de la competencia el control y sanción de estas conductas prohibidas y, por otra parte, sujetando las mismas al enjuiciamiento por las autoridades judiciales.



El afán del legislador por regular esta materia con eficacia se muestra en las continuas modificaciones que ha llevado a cabo en el sector de la competencia, por ejemplo, con la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y numerosas modificaciones sustantivas y procedimentales tendentes a erradicar el abuso de posición dominante.

3ª) Concluimos que para concretar esta conducta prohibida, objeto de estudio, el abuso de posición dominante hay que delimitarlo, ya sea, mediante el mercado relevante del producto (su posible capacidad de intercambio o sustituibilidad), o bien, mediante el mercado relevante geográfico de la zona donde la mercantil desarrolla su actividad. Como valoración personal y propia, hay que tener en cuenta, que en ocasiones, se denuncia una conducta presumiblemente abusiva, pero que en verdad no es más que un crecimiento de una actividad económica por parte de un empresario que conlleva enfrentamiento entre otro u otros por su proximidad de pertenecer a la gama de productos, o por la proximidad de las zonas geográficas en que operan.

4ª) Destacar el riguroso procedimiento sancionador establecido legalmente que comprende tanto multas sancionadoras como multas coercitivas. En efecto, el Ordenamiento específica de una manera clara las sanciones a las que se someten los empresarios cuando realicen una conducta abusiva y qué no sólo incluye multas sancionadoras, sino también multas coercitivas por incumplimiento de lo ordenado o de lo que los órganos de la competencia hayan resuelto. Se advierte claramente que las multas coercitivas desempeñan un claro papel persuasivo para que el infractor lleve a cabo el cumplimiento de lo establecido.

5ª) Cabe extraer la conclusión de que la política de clemencia juega un importante papel en la prevención y represión de las conductas anticompetitivas. Y ello porque el legislador ante la dificultad que conlleva el averiguar algún tipo de conducta restrictiva de la competencia, ha considerado oportuno incluir en la norma, la denominada política de clemencia, con posibilidades de ver reducida la multa para las personas que colaboren en la persecución de la conducta prohibida. Parece razonable que para hacer frente al temor o reticencias a comentar lo que uno pueda saber acerca de



determinadas conductas, se recojan normas tendentes a preservar la identidad de estas personas acusadoras conjurando así las represalias contra ellas.

6ª) A mi juicio, la LDC me parece una ley objetiva, detallada y aceptable, que tipifica con profundidad el régimen sancionador. Tal vez se eche en falta el hacer una regulación más exhaustiva de que clases concretas de conductas deberían incluirse en esos supuestos delimitando el abuso y los distintos tipos de abuso de posición dominante.

A modo de corolario final, destacaría que en cuanto al objeto del trabajo se refiere (la prohibición del abuso de posición dominante), el legislador español está en sintonía con la normativa comunitaria y prevé un régimen jurídico sancionador detallado y acorde con la importancia de la conducta.

Bien es verdad, que no es tarea fácil y que existirán dificultades para delimitar esta figura del abuso de posición dominante, tarea que a fin de cuentas, más que al legislador, va a corresponder a las autoridades de competencia, y en último término a los tribunales de Justicia.

12.1 CONCLUSIONS.

First, in the economic sphere as in all the factors we are competitive. People can access to the market offering products and services. Consistently, Article 38 of the Spanish Constitution includes "free enterprise within the market economy is recognized". That is, whosoever fit the market needs to respect the legal system both commercial law, versions of Antitrust Act, the Corporations, Tax Law (with reference to taxes ...) etc, fulfilling the legal system anyone can offer their products on the market.

So we regard the Trade Law, and specifically, work to focus on prohibiting the abuse of a dominant position in the Preamble shows us the importance of the current Law on Protection of Competition establishing mechanisms to limit the restriction Competition worrying regulate restrictive practices of Competition and penalties,



worrying about the mergers, regulating public aid, issues of citizen cooperation, the leniency program, the penalty system, organs that exist and its institutional structure as well as detailing the prohibition of the 3 most important behaviors of law such as collusive behavior, abusive and distortion of competition through unfair acts.

The law of Competition and its increasing importance in recent decades has achieved a benchmark of economic policy at present, with the factor of competitiveness in the overall national economy.

This growing importance of competition impact, ultimately, on competitors, consumers and the general economy and is preventing free competition from entrepreneurs and entails a restriction of R & D.

Secondly, freedom of competition has limits, which if are violated, result in a series of good practices being prohibited collusive or abusive affecting the economic sphere by the purchasers of those products or services. In this situation, the legal system involved. On the one hand by, the competition authorities controlling and punishing abusive conductor, on the other hand by the judicial authorities.

The desire of the legislature to regulate this matter is essential and vital. Because this regulation is essential. This is shown in the continuous modifications that has carried out the field of competition. For example the Law 3/2013 creating the National Commission of Markets and Competition.

Third, to realize the abuse, I firstly have to delimit the relevant product market (possible interchangeability or substitutability) or the relevant geographic market in the area where the company operates. My decision, must take into account that occasionally a presumably abusive behavior is reported, but in truth is nothing but a growth of economic activity by an entrepreneur who brings confrontation between one or other close the same sector or product or geographic area.

Fourth, the specific legal system shown the sanctions to which employers are making an abusive conduct and do not only concern fines but also coercive fines for failure to comply with the order.



Fifth, the legislator before the difficulty of finding out some kind of conduct restrictive of competition, considered necessary to include in the rule, an opportunity, called the leniency with chances of seeing reduced the fine for people to collaborate in pursuit of prohibited conduct. On many occasions, there may be fear or reluctance to discuss what one person can know about certain behaviors. For this reason, the identity of these people accusing preserve for fear of reprisals against them.

In my opinion, the LDC seems to be an objective , detailed and acceptable law , which defines the legal system in depth and perhaps falls short of the 3 main competitive conducts (collusive conduct , abusive and distortion of unfair competition acts) without a more comprehensive regulation of specific kinds of behavior which should be included in such cases.

13. BIBLIOGRAFÍA RELACIONADA Y MATERIALES UTILIZADOS.

-BAÑO LEÓN, J. M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho Español de la Competencia*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

-BELLAMY, C. y CHILD, G., *European Community Law of Competition*, Ed. Sweet &Maxwell, London, 2001.

-BENEYTO PÉREZ, J.M^a., *Tratado de Derecho de la Competencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

-PASCUAL Y VICENTE, J. *Prohibición del abuso de posición dominante*, Ed Bosch, Barcelona, 2005.

- BERENGUER, L, *La nueva ley de defensa de la competencia*. Ed. Bosch, Madrid, 2009.



-BENEYTO PÉREZ, J.M^a. y SUDEROW, J., “*El régimen sancionador*”, Ed. Bosch, Madrid, 2009.

-BERENGUER, L, *La nueva ley de defensa de la competencia*, Ed. Bosch, Madrid, 2009.

-BENEYTO PÉREZ, J. M^a. y SUDEROW, J., “*La política de clemencia*”. Ed Bosch, Madrid, 2009.

-CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., *La igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2008.

-CREUS CARRERAS, A. *La ley 15/2007, de defensa de la competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

-BRIONES ALONSO, J., *El abuso de posición de dominio. Perspectiva económica.*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

-DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

-DÍEZ ESTELLA, F., “Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las “Merger guidelines” del Departamento de Justicia de EEUU” . *Anuario de la Competencia*, nº1, 2000.

-DÍEZ ESTELLA, F, “¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº7, Año 2010.



-DÍEZ ESTELLA, F., “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las essential facilities”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº248, abril-junio 2003.

-EUGENIO SORIANO, J. *La defensa de la Competencia en España*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

-FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, M., “Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: An economic Overview”, *World Competition*, 29, 2006.

-GARCÍA CRUCES, J.A. *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

-GUTIÉRREZ, A. “El abuso de posición dominante”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Thomson-Civitas, 2ª Ed, Madrid 2010.

-HAUSMAN, J.A., y LEONARD, G.K., “Efficiencies from the Consumer Viewpoint”, *Geo Mason L Rev*, 7, 1999.

-LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo”, *Rev de Administración Pública nº 129*, 1992.

-MARTÍNEZ LAGE, S y PETITBÓ JUAN, A., *El abuso de posición dominante*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

-MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÓ JUAN, A., “La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea”, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005.

-JIMÉNEZ LATORRE, F., “*La persecución de los cárteles: La política de clemencia*”, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005.

-MARTÍNEZ LAGE, S, y PETITBÓ JUAN, A. *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.



- JIMÉNEZ LATORRE, F y PRIETO KESSLER, E. “*Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio*”. Ed. Marcial Pons, Madrid 2008.

-MASTROMANOLIS, E. P. “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”, *ECLR*, Vol.19, 1998.

-MEDRANO IRAZOLA, S., *La tipicidad de la infracción y la cuantía de las multas. La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

-PALOMAR OLMEDA, A., “*Derecho de la Competencia, Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia*”, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

- DE ALVARO MONTERO, ÁNGEL., “*El régimen sancionador en la ley de defensa de la Competencia*”, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

-PASCUAL SEQUEROS, A., “Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante”, *Gaceta Jurídica*, octubre, 2000.

-PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

-POSNER, R. *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Londres, 1976.

-PRIETO KESSLER, E. Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Enero-Febrero, Nº 205, 2000.

-RAPP, R. T., “The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis”, *Antitrust Law Journal*, 64, 1995.



-SIRAGUSA, M. “The application of article 86 to the pricing policy of Dominant Companies. Discriminatory and Unfair Prices”, *CMLR*, nº16,1979.

-TIROLE, J., “*Teoría de la Organización Industrial*”, Ed. Ariel Economía, Madrid, 1990.

-TOBÍO RIVAS, A. M^a., “ *El proceso de reforma de la normativa antitrust española: panorámica del anteproyecto de ley de defensa de la competencia*”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006.

13.1 LEGISLACIÓN COMUNITARIA Y ESPAÑOLA.

-Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea. <http://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>

-Reglamento (CE) núm 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones sobre empresas. <http://www.boe.es/doue/2004/024/L00001-00022.pdf>

-Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70006>

-Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf

-Memorándum de la Comisión sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1 de diciembre de 1965.

-*Discussion Paper* de la Comisión Europea de diciembre de 2005.



-Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA_COMPTENCIA/IIID30_27838.htm

-Comunicación de la Comisión sobre las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm 1/2003. http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26118_es.htm

-Constitución Española. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

-Ley 15,2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA_COMPTENCIA/IA1_15967.htm

-Ley 52/1999, de 28 de diciembre de reforma de la ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l52-1999.html

-Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r11-116-1989.html

-Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA_COMPTENCIA/IA3_35406.htm



-Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA_COMPTENCIA/IB11_23966.htm

-Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA_COMPTENCIA/IA2_17894.htm

13.2 SENTENCIAS EUROPEAS Y DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Continental Can*, de 21 de febrero de 1973.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *General Motors Continental N. V. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, de 13 de noviembre de 1975.

-Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, *United Brands* de 14 de febrero de 1976.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Hoffman-La Roche* de 13 de febrero de 1979.

-*Decisión chiquita* (Decisión 76/353/EEC, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975).

-Sentencia, del Tribunal Justicia Europeo, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión*, de 7 octubre de 1981.



-Sentencia del tribunal de justicia Europeo, *Michelin*, de 9 de noviembre de 1983.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *British Leyland c Comisión*, de 11 de noviembre de 1986.

-Sentencia, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *British Sugar vs Napier Brown*, de 18 de julio de 1988.

-Sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea, *Alsatel c Novasam*, de 5 de octubre de 1988.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *Azco* de 3 de julio de 1991.

-Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, *British Midland/ Air Lingus* de 26 de febrero de 1992.

-Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, *Magill*, de 6 de abril de 1995.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *República Francesa c Comisión*, de 31 de marzo de 1998.

-Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, *Irish Sugar Plc. c. Comisión de la comunidades Europeas*, de 7 de octubre de 1999.

-Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, *Industrie des Poudres Sphériques*, de 30 de noviembre de 2000.

-Sentencia del Tribunal General, *marquin squeeze*, de 29 de marzo de 2012.



-Sentencia del Tribunal Supremo, *Repsol Comercial De Productos Petrolíferos, S.A., B.P. Oil España S.A. Y Cepsa*, de 7 de julio de 2003.

-Sentencia del Tribunal Supremo *Caso Iberdrola*, de 30 de enero de 2012.

-Sentencia del Tribunal Supremo, *Ferrocarril de Sóller S.A.*, de 6 de marzo de 2012.

-Sentencia del Tribunal Supremo, *Antena 3 Televisión S.A. y a Gestevisión Telecinco S.A.*, de 19 de marzo de 2013.

-Sentencia del Tribunal Supremo, *Funeraria de Mallorca*, de 14 de junio de 2013.

13.3 RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ESPAÑOLAS.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Faconauto*, de 25 de mayo de 1993.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Boutiques*, de 13 de septiembre de 1993.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Instituto Catalán de Inspecciones y Control*, de 16 de enero de 1997.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Airtel/Telefónica*, de 26 de febrero de 1999.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Cepsa 2*, de 20 de abril de 1999.



-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Bacardí*, de 30 de septiembre de 1999.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *arquitectos Madrid*, de 19 de noviembre de 1999.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Gas Sabadell*, de 14 de febrero de 2000.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Retevisión/Telefónica* de 8 de marzo de 2000.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Velatorios Madrid*, de 20 de junio de 2001.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Gas natural*, de 14 de noviembre de 2003.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Iberdrola*, de 8 de marzo de 2007.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Transporte de televisión*, de 8 de febrero de 2012.

-Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia *Mensajes Cortos*, de 19 de diciembre de 2012.