

El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español*

Abuse of position in the domain Spanish legal regime

Michel Federico Bustos Romero**

Resumen

El régimen de defensa de la competencia contempla dentro de las conductas contrarias, la existencia de un comportamiento abusivo por parte de un agente económico que ostente una posición dominante dentro de un mercado relevante. Este comportamiento por lo general implica el ejercicio de una conducta unilateral dirigida a determinar aspectos inherentes al funcionamiento del mercado. En el presente escrito se analiza la estructura tipológica del abuso de posición de dominio a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de la autoridad de competencia en España.

Palabras clave: Derecho de la competencia, abuso de posición de dominio, mercado relevante, posición dominante, abuso.

Abstract

The scheme envisages competition in conduct contrary, the existence of abusive behavior by a trader who holds a dominant position within a relevant market. This behavior usually involves the exercise of unilateral conduct aimed at determining aspects related to the functioning of the market. In this letter the typological structure position domain abuse in light of the doctrine and jurisprudence of the competition authority in Spain.

Key words: Competition law, abuse of dominant position, relevant market, dominant position abuse.

Introducción

El presente documento busca analizar y explicar desde el punto de vista tipológico el contenido del abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. La estructura del presente texto constará de una primera parte donde se describe y analiza la existencia de una posición dominante, inspirada en aspectos jurídicos económicos ostensibles que permitan la comprensión del anterior concepto. En segundo lugar, se profundizará en el concepto de mercado relevante, elemento indispensable para la configuración de las conductas contrarias a la competencia. Finalmente, se concentrarán esfuerzos en señalar, valorar y describir cada una de las modalidades que constituyen una conducta abusiva de posición de dominio: La imposición unilateral de forma directa e indirecta de precios, la limitación de la producción, distribución, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o servicios, entre otras.

** Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Master en Derecho Público de la Universidad de Sevilla (España). Doctorando en Derecho Universidad de Barcelona. Correo electrónico: federicobrome@hotmail.com

Recepción:
15 de abril de 2015

Revisión:
23 de abril de 2015

Aprobación:
28 de mayo de 2015

Artículo de corto

* El artículo que se presenta a continuación es un artículo corto que formó parte del Trabajo de Fin de Master para optar por el título de Master en Derecho Público de la Universidad de Sevilla (España) titulado "La Potestad sancionadora de la Administración en el Régimen de Defensa de la Competencia" dentro del itinerario de Investigación bajo la dirección del profesor José Manuel Fernández Luque.



El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español

El régimen de defensa de la competencia en España reprime de forma contundente el abuso de posición de dominio, teniendo en cuenta sus diversas modalidades y la gradualidad de su materialización, constituyendo infracción grave o infracción muy grave. Las primeras comprenden aquellas conductas relacionadas con el abuso de posición de dominio en sentido estricto, excluyendo aquellas que se han 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, toda vez que estas circunstancias se corresponden con infracciones muy graves.

El presente artículo pretende analizar la tipología de las formas comunes del abuso de posición de dominio, para esclarecer el contenido de la misma; haciendo alusión al espíritu de la doctrina especializada y al papel fundamental de la autoridad de la competencia en la construcción de precedentes decisorios de trascendental importancia.

Como punto de partida para el análisis del presente texto debemos centrarnos en el concepto de abuso de posición de dominio que incorpora la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007), donde su artículo 2 dice:

Abuso de posición de dominio:

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
2. El abuso podrá consistir, en particular en:
 - La imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

- La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio in injustificado de las empresas o de los consumidores.
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- 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.
- 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 un primer momento es importante determinar en qué situaciones se produce el abuso de dominio, para comprender el alcance y contenido de la infracción. En ese sentido es importante rescatar la opinión de la doctrina alemana, con Peter Ulmer, a mediados de los años setenta del siglo pasado, la cual afirmaba que una empresa abusa de su posición de dominio cuando su comportamiento: i) tiene como efecto reducir aún más la escasa competencia existente en el mercado que domina, o ii) impide que se genere una competencia efectiva (*conductas obstaculizadoras o excluyentes de la competencia*), o iii) perjudica desproporcionadamente a las empresas o a los consumidores que dependan de la dominante (*conductas explotadoras de la posición de dominio*) y en todo caso iv) tal conducta del dominante no está basada en la competencia por eficiencia (Alfaro Águila-Real, 2006, p. 197).

Los elementos que configuran la existencia del abuso de posición dominante del artículo 2 son tres: la posición de dominio, el contexto de un mercado relevante y la concreción del abuso.

La posición de dominio

La existencia de una posición dominante en el mercado no constituye en sí una infracción de las normas de defensa de la competencia, sino que lo que se considera contrario a la misma es la explotación abusiva de esa posición para determinar ciertas condiciones en el mercado.

El concepto de posición dominante ha sido abarcado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en los siguientes términos:

“La posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios, y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio” (RTDC, de 27 de julio de 2000, *Propiedad intelectual audiovisual*, Exp 465/99).

Los elementos que configuran la posición de dominio y el valor relativo que debe darse a cada uno de ellos, en opinión de la doctrina y en particular del análisis de las diferentes decisiones de la autoridad de Defensa de La Competencia, pueden resumirse en los siguientes:

a) El Poder económico e independencia de comportamiento suficiente, que no concurrirá cuando las condiciones de venta del producto, incluido el precio, estén fijadas de antemano por la Administración.

b) La capacidad de modificar el precio y otras condiciones comerciales: para lo cual es evidente que el operador dominante

debe estar en una posición tal respecto de sus competidores, proveedores y clientes que haga posible desarrollar una estrategia anticompetitiva con éxito.

c) El incentivo para hacerlo que se extrae del inciso “en su provecho”, lo que implica que las condiciones del mercado y la posición relativa del operador económico dominante en ellas han de ser tales que aseguren, en el largo plazo, la consecución de rentas monopolistas (Dorrnsoro, 2008, p. 135-136).

Como es evidente, el abuso de la posición de dominio depende de la determinación de los criterios legales y económicos que definen la efectiva existencia de la dominancia, para lo cual existe una amplia gama de factores determinantes, haciéndose necesario realizar un doble análisis respecto de la empresa y del mercado en el que actúa.

El análisis de la empresa persigue medir su fuerza competitiva y comercial en términos absolutos, esto es, sin compararla con la situación de los competidores o con la estructura general del mercado. El análisis de la empresa comprende los siguientes factores:

a) Recursos y métodos de producción: Este factor puede reconducir el concepto genérico de “fortaleza industrial”, que comprendería aspectos técnicos para la producción, transformación de los bienes proveídos, incluyendo economías de escala, de alcance o de red. También puede incluir la posesión de la empresa y el conjunto de recursos financieros sustanciales para su normal operación. Otro elemento relevante sería la existencia de un exceso de capacidad productiva o la tenencia de derechos exclusivos (concesiones administrativas, derechos de propiedad industrial, etc.), que permitan obtener una ventaja respecto de los medios para el desarrollo de sus actividades comerciales.

b) Métodos de presentación, transporte y venta: La eficiencia logística puede conferir una especial ventaja competitiva en industrias que exigen una distribución con amplia capilaridad geográfica. No obstante, debe verificarse si los competidores pueden acceder a dichos activos, para lo cual hay que establecer si son propios de la empresa, si están reservados a estas en régimen de exclusividad y si dichas redes tienen capacidad excedentaria para transportar o distribuir productos rivales. También se encuentran dentro de este esquema la tenencia de marcas comerciales y su explotación.

c) Tecnología: La relevancia de este factor dependerá de si, en el mercado en cuestión la innovación tecnológica resulta importante para competir a medio plazo y si la existencia de estas herramientas permite a la empresa dominar el sector.

Las tres anteriores características corresponden a lo que se conoce como ventajas competitivas, referidas a las características industriales, comerciales, tecnológicas o financieras que le otorgan a una empresa líder en el mercado, una ventaja competitiva en el mercado susceptible de contribuir a determinar su dominancia.

d) Integración vertical: En esta situación, contribuye a declarar la dominancia, la presencia de la empresa (o de empresas pertenecientes a un grupo económico) en mercados ascendentes, descendentes o vecinos respecto del mercado relevante, al realizar la concentración de capitales del mismo grupo inversor. La integración vertical se traduce en la existencia, de forma jerárquica y sistemática, de empresas que comparten los mismos dueños, las cuales se distribuyen en el ejercicio de las diversas funciones desde el comienzo de la elaboración o producción, incluyendo los canales de distribución hasta llegar finalmente al consumidor.

Ahora, se hace necesario entrar en los criterios determinantes de la dominancia a partir del análisis de la estructura y el comportamiento de los mercados, buscando evaluar la fuerza competitiva de la empresa en términos relativos, comparándola con la situación de los demás agentes del mercado, para lo cual se pueden aplicar los siguientes factores:

a) Número y fuerza de los competidores: Trata de medir la fortaleza industrial, comercial, financiera o tecnológica de los rivales de la empresa en cuestión. Este examen ha servido en ocasiones para excluir la dominancia en supuestos en que la empresa investigada contaba con cuotas de mercado muy elevadas; además de tomarse en cuenta si es posible el grado de concentración del mercado (Gutierrez, 2012, p 139-142).

b) Cuotas de mercado: En teoría económica se define el concepto de poder de mercado como la capacidad de una empresa de subir sus precios por encima del nivel competitivo, sin perder un volumen de ventas tal, y tan rápido, que el incremento de precios deja de ser rentable, lo que se traduce en la capacidad de mantener los precios, de forma rentable, por encima de los niveles competitivos o de restringir la oferta o calidad por debajo de esos niveles competitivos (Fernandez, 2006, p. 63)

En ese sentido se entiende que la cuota de mercado se refiere al porcentaje o fracción expresado en las ventas de la compañía o empresa del producto o servicio ofrecido en relación con un mercado concreto o un sector concreto. Este porcentaje, al ser elevado, genera la dominancia, pero debiéndose también analizar el comportamiento y estructura de los mercados de los competidores

Aunque se trata del criterio principal para apreciar la existencia de una posición de dominio, no abundan los precedentes en

los que una elevada cuota de mercado de la empresa sin mención a otro criterio baste para declarar la dominancia de la misma en un mercado relevante.

c) Precios: El nivel y evolución de precios observado en el mercado relevante no ha sido generalmente tomado en consideración en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, a pesar de que el objetivo teórico de las empresas dominantes es la fijación de un nivel de precios por encima del óptimo de competencia y de la asignación eficiente de recursos productivos, a efectos de capturar la máxima renta posible. En general, debería tomarse en consideración la evolución histórica de los precios en el mercado analizado y su comparación con los precios observados en mercados en los que exista una situación de competencia efectiva o, en su defecto, en mercado próximos geográficamente. Parece improbable que, en un mercado en el que los precios no se incrementen o incluso descendan, a lo largo de los años sucesivos, o que sean más reducidos que en otros mercados geográficos, exista una posición dominante (Gutiérrez, 2012, p 141)

d) Barreras de entrada: El criterio de expugnabilidad del mercado y de las barreras de entrada ha sido aplicado con regularidad para determinar la dominancia de una empresa en el mercado, en de forma que en ocasiones la existencia de ellas para el desarrollo de la actividad de una empresa en el mercado constituye en sí mismo el elemento que determina el poder de dominancia en el mercado e incluso el abuso (Gutiérrez, 2012, p 137)

En aras a concluir con todo lo anteriormente señalado, es menester manifestar que la operatividad de los criterios que determinan la dominancia no tiene una consideración jerárquica o simultánea, lo que significa que deben analizarse la aplicación de los criterios

a cada caso concreto en función de las características estructurales de la empresa y del mercado en particular; siendo necesaria la aplicación razonable de los mismos por parte de la autoridad encargada de vigilar, controlar y proteger la competencia, tanto a nivel estatal como autonómico.

Finalmente hay que indicar que la posición de dominio también puede ser de naturaleza colectiva, la cual se presenta cuando dos empresas, jurídicamente independientes entre sí, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva y tengan el poder económico y la independencia de comportamiento característico que delimitan los criterios de dominancia anteriormente explicados. En este caso, para llegar a la conclusión de que existe dominancia, es necesario, mediante una apreciación de la posición de las empresas en cuestión en el mercado pertinente, acreditar la existencia de vínculos o factores económicos de correlación entre las empresas referidas que les acrediten. Estos vínculos o factores pueden ser de carácter jurídico, económico o de otro tipo. Los vínculos jurídicos pueden ser acuerdos entre las empresas en cuestión. Los vínculos económicos pueden consistir, entre otros, en la relación de interdependencia existente entre los miembros de un oligopolio (Allende, Corcho y Vallina, 2008, p 160).

Mercado relevante

El análisis de una conducta restrictiva de la competencia requiere previamente determinar cuál es el contexto competitivo en el que se encuentra la empresa objeto de investigación. Esto supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos



productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las otras áreas geográficas próximas (Jiménez La Torre y Cañizares, 2008, p 34).

El criterio del mercado relevante comprende dos conceptos: el primero de ellos recibe el nombre de mercado producto y el otro es llamado mercado geográfico.

En el “*mercado producto*” es necesario comprender el papel del concepto de sustituibilidad de la demanda, criterio que se basa en determinar, desde la perspectiva del comprador, qué alternativas de suministro razonablemente sustitutivas existen a las ventas de la empresa en cuestión, esto es, qué productos y qué proveedores compiten efectivamente con esta. El método para medir la sustituibilidad de la demanda consiste en analizar la reacción que se producirá en la demanda en caso de que los precios de los productos ofertados por la empresa se incrementasen ligera pero significativamente (Gutiérrez, 2012, p 147).

Las características (técnicas, físicas y comerciales) y las funciones de los productos constituyen un elemento básico para medir la sustituibilidad de la demanda y delimitar el mercado relevante. Así, en principio, pertenecen a un mismo mercado los productos cuyas características y funciones sean similares o intercambiables (Gutiérrez, 2012, p 147).

En cuanto al mercado geográfico, este se determina y se define como la zona en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, debido a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas. Tal como lo expresa González Clavijo “ El mercado producto consiste en el mercado de referencia que comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran

intercambiables e insustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevé hacer de ello...y el mercado geográfico comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, debido en particular, a que las condiciones de competencia en ellas prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas” (Gonzalez Clavijo, 2002, p 1166)

Estos dos criterios deben analizarse previamente al análisis del abuso de posición de dominio, puesto que solo cuando el abuso de posición dominante se materialice previa delimitación del mercado relevante, se puede hablar de una conducta contraria a la competencia, que por ende se convierte en una infracción del régimen competitivo.

Además de los conceptos de mercado relevante desde el punto de vista geográfico y desde el punto de vista del producto, existe otro concepto de mercado, el cual opera desde el criterio de la sustituibilidad del producto pero no hace referencia al mercado relevante, es el denominado *mercado elástico*.

Un mercado es elástico cuando existen sustitutos para el producto, los cuales ante el aumento en el precio de un bien principal son llamados a satisfacer la necesidad del consumidor, no estando el mercado dependiendo de un único agente económico. Es en ese escenario en el cual la autoridad encargada de proteger la competencia debe analizar si verdaderamente existe una posición de dominio pero no afecta el mercado relevante en sí mismo (Velandia, 2011, p 167)

Además de lo anterior, existe otro concepto relacionado con el mercado que establece cuestionamientos y problemas en su aplicación dentro de la defensa de la competencia: el

mercado conexo, Este concepto plantea un problema consistente en determinar si la declaración de una conducta abusiva puesta en práctica por una empresa dominante en un mercado específico, puede afectar a las condiciones de competencia en otro mercado diferente, pero subordinado de alguna manera, con aquel en el que la empresa goza de posición de dominio. Básicamente lo que se prohíbe es que una empresa que ocupa una posición dominante pueda llevar a cabo conductas económicas prohibidas en otro mercado adyacente (Kessler, 2000).

Para delimitar de forma detallada el sentido de este tipo de mercado es necesario considerar un caso práctico que resolvió, el 6 de marzo de 1974 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: (Caso C.S). Commercial Solvents tenía una posición dominante en el mercado comunitario a raíz del suministro de una materia prima llamada “aminobutanol”. Su filial italiana suministraba dicha materia prima a varios clientes hasta 1970. Cuando Commercial Solvents decidió ingresar en el mercado de productos derivados, le negó el suministro a un antiguo cliente que competía con su filial italiana, a la cual si suministraba la materia prima.

En esta situación existen dos mercados diferenciados: el mercado producto referido al sector de materias primas y otro mercado relacionado con la producción de derivados de esas materias primas. Aquellos son los denominados mercados conexos y el Tribunal de Justicia ordeno sancionar a Commercial Solvents por afecta la libertad de competencia de su competidor al negar el suministro en virtud de su posición dominante,

Estrechamente relacionada con la noción de mercados conexos se encuentra la cuestión de los llamados bienes complementarios, esto es, productos generalmente distintos del bien o servicio al que complementan, pero que están estrechamente relacionados con este, hasta el

punto de que pueden resultar imprescindibles para que el bien o servicio en cuestión pueda ser objeto de aprovechamiento económico por parte de su comprador. En la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia se considera que estos bienes complementarios pertenecen a un mercado distinto del bien o servicio al que complementan, con independencia de que se suelen suministrar conjuntamente con dicho bien o servicio, que se suministren de forma gratuita o que resulten inseparables e imprescindibles económicamente del bien o servicio complementado (Gutiérrez, 2012, p 158).

Abuso

El concepto de abuso de posición de dominio ha sido definido en diferentes Sentencias del Tribunal Supremo. Entre estas se puede destacar la STS de 8 de mayo de 2003, en la cual el órgano jurisdiccional define este abuso de posición dominante:

Una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de este, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz; lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia.

A pesar de la anterior aproximación al concepto de abuso, ha sido la literatura económica quien más allá de la clasificación de las conductas potencialmente constitutivas de abuso, ha establecido la existencia de unos rasgos comunes en su materialización, a saber:

- a) Todo abuso supone la reducción (o la amenaza de reducción) del beneficio del operador dominante en el corto plazo con el objeto de obtener rentas monopolísticas en el largo plazo.

b) En consecuencia, para que una conducta sea abusiva debe producirse en un entorno competitivo y por parte de un operador, tal que haga posible la recuperación de las ganancias (*recoupment*) sin que los competidores o los consumidores puedan reaccionar y evitarlo (Dorrnsoro, 2008, p 147),

El concepto de abuso que contempla el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, considera que la intencionalidad de la conducta es irrelevante para determinar el abuso. Esta es la dirección que ha tomado el TJCE, el cual en Sentencia STCJ de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Roche, ha efectuado una aproximación destacada al contenido del abuso como elemento estructural indispensable:

“Se trata de un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar en la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el incremento de la competencia”.

En términos generales, se trata de influir en virtud de su posición de dominante en el mercado afectando el sistema de competencia del mismo; es así que el propio artículo 2 de la Ley, califica las modalidades de abuso que contempla el sistema español de la competencia:

Imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

Generalmente, la conducta que ahora se analiza se concreta en la imposición de

precios no equitativos, categoría que engloba las conductas consistentes en la imposición de: precios excesivos, precios predatorios y estrangulamiento de márgenes.

El concepto de *precios excesivos*, tradicionalmente, se ha considerado que permite a un operador dominante obtener un margen de beneficio extraordinario, superior al que se obtendría en condiciones competitivas. Lo relevante en este caso es determinar si quien ostenta esa posición de dominio ha utilizado esa condición para delimitar unilateralmente el precio en el mercado; para lo cual la autoridad de competencia debe realizar una comparación entre el precio de venta del producto con su coste, con el fin de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente reclamado (Dorrnsoro, 2008, 161).

Se considera que esta modalidad es atentatoria a la competencia en los mercados porque, en primer lugar, si se aplican directamente a los consumidores, producen efectos de explotación, puesto que reducen el bienestar del consumidor al hacerle pagar más por un bien o servicio de lo que pagaría si el precio de este se mantuviera en un nivel competitivo; o al impedirle, incluso, la adquisición del bien o la contratación del servicio. Por otro lado, si se aplican en procesos intermedios de la cadena de producción, producen también efectos de exclusión, puesto que el *input* de las empresas citadas en mercados descendentes, que pueden o bien trasladarlos al consumidor, o bien retirarse del mercado por la incapacidad para obtener rentabilidad (Dorrnsor, 2008, 162).

La conducta de *precios predatorios* es aquella por la que la empresa en posición de dominio baja los precios en el mercado de tal forma que incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a obtener beneficio a corto plazo-y logra así reducir la competencia real o potencial, lo que le permitirá imponer precios monopolistas en el largo plazo.

El TJCE, mediante Sentencia de 3 de julio de 1991, asunto 62/86, AKZO III, determino algunos criterios para determinar la existencia de precios predatorios, es así que en esa oportunidad se dijo:

“Los precios inferiores a la media de los costes variables (es decir aquellos que varían en función de las cantidades producidas) mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos. En efecto, una empresa no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida, a saber, la totalidad de los costes fijos (es decir, de aquellos que permanecen constantes con independencia de las cantidades producidas) y una parte, al menos, de los costes variables correspondientes a la unidad producida.

Por otra parte, los *precios inferiores* a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficientes como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir a la competencia”.

Esta doctrina del TCJE, ha sido incorporada e interpretada en el ordenamiento jurídico español por el Tribunal Supremo, conforme a la cual cabe distinguir los supuestos definitivos en los que se presenta la figura de la depreciación de precios, concluyendo que se realiza cuando los precios se sitúen por debajo de los costes, entendidos como costes variables medios y en segundo lugar, cuando el operador dominante tenga una intención excluyente como parte de una estrategia de eliminación de competidores (Dorronsoro, 2008, 165).

En tercer lugar, nos encontramos con la situación conocida por la doctrina como estrangulamiento de márgenes, el cual supone la manipulación de una empresa en posición de dominio de un margen de precios que incorporan el minorista y el mayorista. Así que la anticompetitividad del abuso de la posición dominante tiene como consecuencia que la empresa controla los anteriores precios, lo que le permite obtener prácticamente rentas monopolísticas.

A diferencia de las conductas relativas a precios (precios excesivos y precios predatorios), la prohibición de esta conducta no pretende amparar un nivel determinado de precios con las dificultades y limitaciones que ello conlleva, sino un determinado margen, esto es, la diferencia entre los precios minoristas y mayoristas (Dorronsoro, 2008, 166).

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

Esta modalidad concreta de abuso consiste en la decisión de la empresa dominante de comercializar los productos o servicios solo a través de determinados puntos de venta (p.ej. una red de distribución) con el ánimo de impedir el ingreso al mercado de nuevos competidores, controlando la producción y distribución del producto o servicio.

Las limitaciones técnicas comprenden todas aquellas conductas que consistan en las obligaciones de marca única o de distribución exclusiva y aquellas relacionadas con la aplicación de descuentos.

Las primeras se definen como la exigencia del comprador para que concentre la mayor parte de sus compras en un único proveedor, lo que implica que cuando afecten de forma considerable a la demanda del producto, se configura la posición de dominio.

Otra limitación técnica se refiere a los conocidos como descuentos condicionados, los cuales consisten en reducción en el precio final satisfecho por el cliente (bien por reducción del precio de cada unidad o por el aumento de las unidades vendidas sin aumento del precio) y aplicados por el proveedor en posición de dominio. Esta categoría se reconoce como anticompetitiva cuando los descuentos están orientados a limitar el coste de los productos y servicios, perjudicando a los otros competidores cuyo producto o servicio no puede ni alcanzar al valor del descuento de los productos. En esta dirección, existen dos tipos de descuentos, en función de si se aplican a todos los clientes (llamados descuentos condicionados en sentido estricto) y otros dirigidos a un tipo de cliente específico, los primeros son los que se aplican en este apartado.

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

Del examen de la doctrina del Tribunal de la Competencia y de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, se pueden distinguir las siguientes situaciones fácticas en que se traduce la negativa de suministro, que es el elemento estructural determinante en la presente modalidad:

- Negativa a suministrar a una entidad que no es cliente de la empresa dominante ni compite con ella o con entidades de su grupo.
- Interrupción o reducción del suministro a una entidad que es cliente de la empresa dominante pero no compite con ella ni con entidades de su grupo
- Negativa a suministrar a una entidad que no es cliente de la empresa dominante pero que compite o pretende competir con ella o con entidades de su grupo.
- Interrupción o reducción del suministro a

una entidad que es cliente de la empresa dominante y que compite con ella o con entidades de su grupo.

En el primer caso, se entiende que esta modalidad se configura cuando la empresa dominante impide el acceso a un recurso esencial (esto es, un producto, servicio o infraestructura cuyo acceso es imprescindible para poder competir en el mercado y que resulta imposible o excesivamente difícil replicar.

En la segunda situación, hay que identificar que los efectos de esta al sistema de competencia responden a la interrupción total del suministro o a la reducción del mismo. En el primer evento, se presume el abuso a menos que la empresa dominante acredite la existencia de alguna causal de justificación, como por ejemplo, la negativa del cliente al suministro o bien aquel haya incrementado desproporcionadamente la solicitud de pedidos en el bien o servicio. En el segundo evento, es importante entender que esa reducción del suministro responde de forma unilateral en forma desproporcionada a lo pactado anteriormente por las partes y sin haber comunicado previamente esta decisión.

En la tercera situación, se considera abusiva la conducta si una empresa dominante manifiesta su negativa a suministrar productos a un competidor a menos que exista una justificación objetiva, esto es una motivación distinta de la voluntad de reservarse el mercado e impedir la entrada o expansión del competidor.

Finalmente en la cuarta situación se incurre cuando para efectos de eliminar al competidor cliente se interrumpe el suministro sin justificación y en la práctica del Tribunal de Competencia se ha reconocido con la existencia simple de la negación (Gutierrez, 2012, p 182-189).

c) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes,

que coloque a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.

Estas conductas tienen su fundamento en el concepto de discriminación, entendido únicamente como aquella dirigida a las relaciones comerciales y de servicios, esto es, a las que se produce en relaciones típicamente verticales, en las que el operador en posición de dominio no está presente en el mercado descendente. La discriminación solo puede predicarse del tratamiento desigual a situaciones equivalentes y no a la diferencia de trato objetivamente justificada, equivalencia que se obtiene de la comparación del producto o servicio objeto de la prestación, considerando el contexto de las mencionadas prestaciones (esto es utilizando parámetros tales como el tiempo, lugar y características del consumidor), por ser indispensable para determinar que, en un determinado supuesto, dos productos o servicios distintos son equivalentes (Dorronsoro, 2008, p 180).

La facultad de discriminación incide sobre la capacidad de decisión de la empresa para dirigir sus estrategias y desarrollar sus políticas comerciales, a fin de adquirir rentabilidad, pero básicamente deben concurrir dos situaciones en las cuales parece claro que la empresa puede discriminar sin ningún tipo de cortapisa legal: i) imponer precios más altos a los que tengan una apreciación subjetiva más elevada del bien, e ii) impedir, a través de obligaciones contractuales o de otro modo, que los clientes revendan el producto para aprovechar las posibilidades de arbitraje que ofrecen los distintos niveles de precios. En los demás casos probada, su equivalencia, se consideraran una explotación abusiva de su posición dominante (Dorronsoro, 2008, p 180-181).

d) 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.

Se incluye bajo este inciso dos conductas: las ventas vinculadas (*tying*), consistentes en exigir, para la venta de un determinado producto (denominado principal), la adquisición por parte del consumidor de un segundo producto (secundario), y por otro lado, la oferta conjunta de productos (*bundling*), que consiste en ofrecer como un paquete único dos o más bienes, que, de acuerdo con naturaleza y uso, deberían ofrecerse por separado (Dorronsoro, 2008, p 183).

El problema que se asocia a estas prácticas es que son prácticas soterradas de discriminación, puesto que generalmente el precio de los productos vinculados u ofrecidos de oferta conjuntas es más bajo que el de los productos por separado, indicando que deben considerarse que las mismas están permitidas salvo que se verifique que la conducta produce o puede producir con probabilidad efectos anticompetitivos, y, en particular, el cierre del mercado (Dorronsoro, 2008, p 183).

Conclusiones

El abuso de posición dominante constituye una conducta contraria al régimen de libre competencia, caracterizada por ser un comportamiento unilateral de un agente económico que ostenta una posición de dominio en un mercado relevante plenamente identificado. La esencia de su contrariedad con la ley es la determinación de condiciones y variables en el mercado de forma unilateral afectando directamente la libre iniciativa empresarial y la dinámica espontánea del mercado.

Entre los diferentes supuestos tipológicos de esta conducta se encuentra la determinación unilateral de precios. Entre las cuales debe resaltarse la determinación de precios predatorios, precios excesivos o precios derivados de estrangulamiento de márgenes. Además de la tradicional conducta unilateral anteriormente mencionada se encuentran entre



otras la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a los competidores en situación de desventaja frente a otros y la subordinación en la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, que no guardan relación con el objeto de dichos contratos.

Estos supuestos típicos del abuso de posición de dominio merecen el análisis doctrinal y jurisprudencial que en el presente texto se abordó de forma sistemática.

Referencias

- Alfaro Águila-Real, J. (2006). *Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio*. En S. Martínez y A. Petitbo (Dir). *El abuso de posición de dominio*. Barcelona: Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons. pp. 193-227
- Allende, R y Vallina, R. (2008). *Artículo 2 LDC. El abuso de posición dominante*. En A. Creus (Dir). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*.
- Dorronsoro, C. (2008). *Artículo 2. Abuso de posición dominante*. En M.Odrizola (Dir) y B.Irissarry (Coord.). *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1 2002. Tomo I.* (117-192). Barcelona: Bosch.
- Fernández, C. (2006). *Cuota de mercado y poder de mercado*. En S. Martínez y A. Petitbo (Dir). *El abuso de posición de dominio*. (61-74). Barcelona: Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons.
- Gutiérrez, A. (2012). *Artículo 2. Abuso de Posición dominante*. En J. Massager, J. Folguera, J. Arguer y A. Gutiérrez (Dir). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. (115-218). Madrid: Thompson-Reuters-Civitas.
- González Clavijo, A. (2002). El abuso de posición de dominio, las medidas cautelares y la competencia desleal en la legislación sobre competencia. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 4, p. 1165-1772.
- Jiménez Latorre, F y Cañizares E. (2006). *Dificultades para la definición del mercado relevante*. En S. Martínez y A. Petitbo (Dir). *El abuso de posición de dominio*. (33-60). Barcelona: Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons.
- Prieto, E. (2000). Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Vol. 205, p. 22-32).
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Forma de citar: Bustos Romero, M. F. (2015). El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico española. *Rev. CES Derecho*, 6(1), 111-122.

