

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA REVISORA DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN ESPAÑA

Marcos ARAUJO BOYD*
Garrigues

INTRODUCCIÓN

A lo largo del año 2006, nuestro Tribunal Supremo ha dictado cinco sentencias en revisión de otras tantas dictadas por la Audiencia Nacional, y referidas a resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante¹. En ellas, el Alto Tribunal aporta interesantes matizaciones sobre su jurisprudencia anterior. Sin llegar a modificar el rumbo de su doctrina, cuyos cimientos quedaron sólidamente fijados en la importantísima sentencia de 8 de mayo de 2003², el Tribunal parece marcar distancias con la doctrina de la «espe-

* El autor desea agradecer a Reyes MARTÍN DE LAS MULAS su valiosa contribución en la preparación de este artículo. Cualesquiera errores u omisiones son de la exclusiva responsabilidad del autor.

¹ Se trata de las STS de 4 de abril de 2006, *Entidad Unión Española de Explosivos, S. A./Entidad Mercantil Ibernobel, S. A.*; STS de 30 de mayo de 2006, *Telefónica Móviles de España, S. A./Vodafone, S. A.*; STS de 6 de junio de 2006, *Distribuciones Mob, S. A./Telefónica Servicios Móviles, S. A.*; STS de 20 de junio de 2006, *Revisión, S. A./Telefónica, S. A.*; y STS de 4 de julio de 2006, *Entidad Ecolmare Ibérica, S. A.*

² STS de 8 de mayo de 2003, *Unión Española de Explosivos, S. A./Tándem Transportes, S. A.*

cial responsabilidad» de la empresa dominante, mostrándose más comprensivo con los comportamientos comerciales agresivos de las empresas con poder de mercado.

Haya o no cambio de rumbo, lo cierto es que la jurisprudencia sobre abuso de posición dominante, y especialmente la dictada de nuestro Tribunal Supremo, no debe pasar inadvertida a quienes aspiran a conocer el Derecho español de la competencia. Esta afirmación no debería necesitar mayor explicación, pero lo cierto es que son limitados los esfuerzos hechos hasta la fecha para exponer y sistematizar esta doctrina. Cabe esperar que en el actual contexto en que se debate el contenido que procede dar a la prohibición del abuso de posición dominante facilite un estudio más detenido de estos materiales, sin olvidar en modo alguno la importancia que están llamados a tener en la nueva era de aplicación privada del Derecho de la competencia, ya inaugurada ante los Juzgados de lo Mercantil³ y que sin duda animará el sistema propuesto en la reforma legislativa en curso⁴.

Habida cuenta las saludables limitaciones impuestas por el editor de esta obra colectiva, el presente estudio huirá de examinar el contenido y finalidad de la prohibición de abuso de posición dominante, tarea excelente y recientemente realizada en el Segundo Seminario de la Fundación Rafael del Pino, cuyo resultado ya se ha distribuido a la hora de redactar estas líneas. Por el contrario, este trabajo se limitará a repasar la práctica reciente de nuestros Tribunales en el ejercicio de su función revisora de lo decidido por nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) o, en la medida apropiada, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) en aplicación del art. 6 de nuestra vigente Ley de Defensa de la Competencia. Las cuestiones concretas a examinar se relacionan seguidamente:

1. Delimitación del mercado relevante.
2. Definición del comportamiento abusivo.
3. Examen de algunos tipos concretos de abuso.
4. Abuso en presencia de normas o acciones de las Administraciones públicas; y
5. Algunas especialidades procedimentales: determinación del abuso por los Tribunales contra el criterio de la Administración y revisión de la cuantía de las multas.

³ En efecto, los Tribunales de lo Mercantil han dictado ya interesantes sentencias sobre abuso de posición de dominio; véanse especialmente las de 11 de noviembre de 2005, *Conduit Europe, S. A./Telefónica de España, SAU*, y de 25 de enero de 2006, *SGAE/Sogecable*.

⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, A-100-1, de 8 de septiembre de 2006, presentado por el Gobierno el 25 de agosto de 2006.

El trabajo concluirá con una breve valoración sobre el estado de salud de esta jurisprudencia.

1. DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

La delimitación del mercado relevante es sin duda un elemento básico para el establecimiento de la posición de dominio y, por tanto, de la existencia de un abuso. No llama, por ello, la atención que en los precedentes de aplicación del art. 6 de la LDC y del art. 82 del Tratado CE las partes dediquen importantes esfuerzos para defender una determinada definición del mercado de referencia favorable a sus intereses. Este debate ha permitido la cristalización de una doctrina relativamente elaborada a nivel comunitario, cuyos elementos esenciales se recogen en la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia adoptada por la Comisión en 1997⁵.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales sobre esta materia asume el carácter indispensable de esta delimitación. Con escasas excepciones, las sentencias explicitan la delimitación del mercado de referencia aplicada. No obstante, en la gran mayoría de los precedentes se asume sin crítica la delimitación efectuada por la autoridad administrativa⁶. Sólo excepcionalmente los Tribunales proceden a una delimitación diferente, incluso no coincidente con la propuesta por las partes⁷. Incluso en dichos casos, el análisis que justifica la delimitación retenida es somero. Si las partes disputan esta delimitación, no queda mucho rastro de ello en las sentencias.

De entre las escasas excepciones a lo anterior merece destacarse la sentencia de la AN en el asunto *3M*, en el que se recurría una resolu-

⁵ Comunicación núm. 97/C 372/03 de la Comisión, relativa a la definición de mercado de referencia a los efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. *DOUE C* 372 de 9 de diciembre de 1997, p. 5.

⁶ Sentencia de la AN de 26 de septiembre de 2005, *Asociación Española de Floristas Interflora/Tanatorios y Servicios, S. A.*: «[...] La Sala, sin embargo, no puede aceptar la tesis propuesta por la demandante y sí en cambio ha de considerar correcta la definición de mercado relevante propuesta en su día por el Servicio de Defensa de la Competencia y que hizo suya la resolución impugnada». También queda reflejado en la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 2005, *Colegio Oficial de Médicos de Ciudad Real*: «Pues bien, el Tribunal coincide con el análisis efectuado por el Servicio, que define el mercado relevante del producto como el constituido por la distribución de los certificados médicos de la OMC en las condiciones establecidas para cada Colegio en el ámbito territorial donde actúan».

⁷ Como ejemplo de ello, en la sentencia de la AN de 26 de abril de 2002, *Transformadores Eléctricos de Medida. S. L./Asociación Española de la Industria Eléctrica-Eléctricas Reunidas de Zaragoza I. —SAU— Iberdrola* leemos: «Si bien esta definición del mercado relevante no ha sido aceptada por las partes litigantes en sus escritos de alegaciones, sin embargo considera la Sala que debe ser tenida en consideración a falta de otra más verosímil».

ción del Tribunal de Defensa de la Competencia que había definido un mercado muy reducido. Se trataba en el caso de los agrupadores clínicos, productos informáticos de gestión hospitalaria, siendo la dimensión del mercado, según la resolución, de 150.000 euros; de hecho, ante lo exiguo del mercado, la sanción por el abuso de posición dominante se limitó a 4.200 euros. En esas circunstancias no extrañará que la delimitación del mercado relevante fuera discutida por las partes, con el empleo de dictámenes periciales contradictorios. En su sentencia, tras una valoración inusualmente detenida, la Audiencia Nacional mantuvo la delimitación efectuada por el TDC⁸. La sentencia no fue objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Mención especial merece el frecuente recurso de nuestros Tribunales a la determinación de la existencia de mercados conexos, aplicada en supuestos tales como el de comercialización e instalación de equipos de medida para las redes de energía eléctrica en relación con el suministro de electricidad⁹, el mercado de los servicios de revisión de instalaciones de gas en relación con el suministro de dicho producto¹⁰ o el de la sentencia más citada en este trabajo, la de 8 de mayo de 2003, que trató el mercado de los transportes especializados de explosivos, relacionado con el de su producción y comercialización¹¹.

2. DEFINICIÓN DEL COMPORTAMIENTO ABUSIVO

El concepto de abuso de posición dominante es indudablemente la gran pregunta. Una vez delimitado el mercado, y establecida la posición

⁸ Sentencia de la AN de 14 de junio de 2005, 3M/IASIST, FJ 7.º

⁹ Sentencia de la AN de 26 de abril de 2002, *Transformadores Eléctricos de Medida, S. L./Asociación Española de la Industria Eléctrica-Eléctricas Reunidas de Zaragoza I. —SAU— Iberdrola*: «Siendo mercado relevante el de comercialización e instalación de equipos de transformación y medida para las redes de energía eléctrica, relacionado con el de la distribución de la energía eléctrica y, en cierta medida, dependiente de éste porque tanto los instaladores como los clientes se ven obligados a seguir las especificaciones técnicas impuestas por las empresas eléctricas, que limitan de este modo su capacidad de elección a la hora de seleccionar los productos».

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octubre de 2005, asunto *Favi/Naturgas*: «Por ello, coincidimos con la Resolución impugnada en que la codemandada Naturgas, que tiene una clara posición de dominio en el mercado del suministro de gas e inspecciones periódicas, también la tiene el mercado de revisiones, porque se trata de un mercado conexo, pues la posición de dominio en el primer mercado proporciona a Naturgas un conocimiento exhaustivo de las necesidades de sus clientes y unas facilidades privilegiadas de acceso a los domicilios de los usuarios de gas».

¹¹ Sentencia de 8 de mayo de 2003, asunto *Tándem/UEE*: «En este punto, baste decir ahora, aunque sólo a los meros efectos de entender que esas oscilaciones e imprecisiones no son relevantes en el caso de autos, que la prohibición de aquel art. 6, al igual que la del art. 82 del Tratado (LCEUR 1986, 8), es aplicable, también, al abuso cometido en un mercado distinto, pero conexo y vinculado, estrechamente, con el mercado dominado [por todas, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de noviembre de 1996 (TJCE 1996, 216), *Tetra Pak/Comisión*».

dominante, se trata de fijar los comportamientos admisibles de los operadores. Sin duda, nos hallamos ante una de las cuestiones, quizá la cuestión, más debatida en el Derecho de la competencia en la actualidad. Y, ante la parquedad de la regulación legal, se trata de una pregunta que sólo la jurisprudencia está llamada a responder.

Sobre esta cuestión, y en sede de jurisprudencia española, es inevitable comenzar por recordar la STS de 8 de mayo de 2003. Su origen se halla en la denuncia presentada ante el Servicio de Defensa de la Competencia por Tándem Transportes S. A. («Tándem»), y Ruta Sur, S. A. («Ruta Sur»), dos empresas de transportes de explosivos, contra Unión Española de Explosivos, S. A. («UEE»). La denuncia se basaba en que esta empresa dominante en el mercado de los explosivos (y por inferencia, en el conexo de transporte especializado de estos productos) había dejado de contratar los servicios de transporte que venían realizando los denunciados en favor de otra empresa de su grupo, a la que además aplicaba condiciones más beneficiosas que aquellas con las que había contratado con Tándem y Ruta Sur.

Tras la incoación del expediente, el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente. En recurso contra dicho acuerdo, el TDC confirmó lo actuado por el Servicio, por entender que el hecho de encontrarse una empresa en posición de dominio «no obliga a contratar con todos aquellos que estén en el mercado». Tándem y Ruta Sur, insatisfechas con esta resolución, recurren esta decisión ante a la Audiencia Nacional.

En su sentencia de 24 de septiembre de 1997, la Audiencia Nacional dio la razón a los denunciados sobre la base de los siguientes argumentos:

«De las circunstancias que se acaban de exponer, resulta que UEE ha prescindido de los servicios de las empresas ahora recurrentes sin que se haya acreditado, ni tan siquiera alegado, una defectuosa prestación de los servicios de transporte que venía desempeñando, por lo que no existía razón contractual alguna que justificara el cese de sus relaciones comerciales (...).

El mantenimiento de esta postura, contraria a la de la resolución ahora recurrida, no puede entenderse como que se obligue a la empresa con posición de dominio en el mercado a contratar indefinidamente con aquella empresa con la que primero contrató la prestación de un determinado servicio; no desconoce esta Sala las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia según las que la posición de dominio no obliga a contratar con todos aquellos que estén en el mercado, a las resoluciones citadas por la resolución recurrida y por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda cabe añadir otra de fecha 28 de julio de 1992 según la que no había posición de dominio cuando la decisión del Organismo nacional de Loterías de contratar con una y otra persona la instalación de terminales automáticas estaba basada en razones de mercado, semejantes a la que seguiría cualquier empresa. Pero en el caso que nos ocupa hay

una diferencia fundamental: no se trata ahora de decidir con qué empresa se contrata, sino que, manteniéndose vigente un contrato, se decide no prorrogarlo sin que existan razones concretas que justifiquen esta conducta y ocasionando notables perjuicios económicos y empresariales a las empresas que venían prestando, con toda normalidad, los servicios que ahora se contratan con otra empresa».

La doctrina de la Audiencia Nacional parecería entender que debe imponerse a las empresas dominantes una obligación de motivación o justificación para la finalización de relaciones contractuales.

Al resolver el recurso de casación contra esta sentencia, el Tribunal Supremo se siente obligado a fijar los principios bajo los cuales cabe entender que un comportamiento es constitutivo de un abuso de posición dominante. En un tono didáctico, el Tribunal establece una serie de criterios que constituyen una verdadera declaración programática de aplicación de esta norma. Por su interés procede reproducir los Fundamentos de Derecho más relevantes de esta sentencia:

«NOVENO: El estudio de los dos preceptos citados, así como de la jurisprudencia comunitaria [singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvents), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (TJCE 1991, 229) (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (TJCE 1994, 205) (DLG)], permite afirmar, como conclusión alcanzada en el debate de posturas discrepantes, que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses económicos —concurrenciales o extraconcurrenciales— de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Cabe así diferenciar:

A) Los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son primera línea de competencia de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación de la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio. Es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de éstos, de primer grado.

B) Los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados —segunda línea de competencia—. Es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado.

C) Los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores. Son los denominados abusos explotativos».

«DÉCIMO: Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva. Lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema

económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia. Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva (...).

«DUODÉCIMO: La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, 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. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado»¹².

Sentados los anteriores principios, la sentencia de la Audiencia Nacional es casada. En opinión del Tribunal Supremo, «no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva». En cuanto a la prueba, parece exigir una «constancia segura de una restricción significativa e injustificada de la competencia»¹³. También parece dar el Tribunal Supremo algún peso a las disensiones previas entre la empresa dominante y los denunciados, que podrían explicar, si no justificar, la terminación contractual discutida¹⁴.

La sentencia citada merece un juicio globalmente favorable, y muy en la línea de las recientes críticas contrarias a una aplicación formalista y rígida de la prohibición de abuso de posición dominante que podría

¹² STS de 8 de mayo de 2003, *Unión Española de Explosivos, S. A./Tándem Transportes, S. A.*

¹³ «En suma, ni hay constancia segura de una restricción significativa e injustificada en la estructura competitiva del mercado de referencia; ni tampoco la hay de que al ejercer la empresa dominante su libertad económica y su opción contractual de no prorrogar los contratos, previo cumplimiento del preaviso pactado, causando con ello, cierto es, un menoscabo, bien que no imprevisible, a la situación y expectativas empresariales de dos de sus clientes, careciera de toda razón para ello, o de motivo o causa que no le hubiera llevado a actuar como hizo en una situación de competencia más efectiva» (FD 14.º).

¹⁴ «Ello, unido al deterioro, tensiones, problemas, protestas y reclamaciones que menciona una de las sentencias civiles entre los hechos que da como probados, no permite, con certidumbre al menos, afirmar que al ejercer UEE su derecho contractual de no prorrogar los contratos suscritos con los denunciados, sobrepasara los límites normales de ejercicio de tal derecho» (FD 14.º).

impedir a éstas el llevar a cabo estrategias procompetitivas pero agresivas en el mercado. Es especialmente bienvenida la idea de que no toda restricción en la estructura competitiva en el mercado desde una posición de dominio merece un reproche.

Junto a este juicio positivo, debe reconocerse que la sentencia de 8 de mayo de 2003 no da completa respuesta a todos los problemas de aplicación del art. 6 de la LDC. Ciertamente es útil la afirmación de que «no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva», pero sería bienvenida una mayor concreción sobre qué debe entenderse prohibido, más allá de afirmaciones como que «(s)erán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva» (subrayados añadidos).

En cualquier caso, la sentencia de 8 de mayo de 2003 merece ser reconocida como un pilar importante en la construcción jurisprudencial del abuso de posición dominante. En esta calidad ha sido ampliamente citada por numerosas sentencias¹⁵, si bien de forma menos abundante en la jurisprudencia más reciente¹⁶.

Con posterioridad a la sentencia de 8 de mayo de 2003, cabe destacar como aportación de peso a la construcción de una teoría jurisper-

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 2003, *Canal Sur Televisión, Televisión de Catalunya, Televisión de Galicia, Televisión Autónoma de Madrid, Televisión Autónoma de Valencia, Euskal Telebista-Televisión Vasca/Liga Nacional de Fútbol Profesional*, y de 4 de abril de 2006, *Entidad Unión Española de Explosivos, S. A./Entidad Mercantil Ibernobel, S. A.*, así como de la Audiencia Nacional, de 5 de marzo de 2004, *Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de las Islas Baleares*; de 24 de noviembre de 2004, *Colegio Oficial de Médicos de Cantabria*; de 15 de diciembre de 2004, *Colegio Oficial de Médicos de Islas Baleares*; de 19 de enero de 2005, *Colegio Oficial de Médicos de Castellón de la Plana*; de 15 de febrero de 2005, *Fred Olsen, S. A./Transmediterránea*, de 26 de septiembre de 2005, *Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S. A./Mailhouse, S. L.-Suresa Cit, S. A.*, de 26 de septiembre de 2005, *Asociación Española de Floristas INTERFLORA/Tanatorios y Servicios, S. A.*, de 14 de noviembre de 2005, *Colegio Oficial de Médicos de Ciudad Real* y de 15 de febrero de 2006, *Anfevi/Revisa*.

¹⁶ En efecto; de las cinco sentencias del TS sobre abuso de posición dominante dictadas en 2006, las cuatro más recientes no mencionan la sentencia de 8 de mayo de 2003. Es difícil valorar si se trata de un hecho deliberado, por cuanto no parece que las mismas hayan aportado cambios que justifiquen un abandono de la doctrina contenida en la mencionada sentencia.

dencial del abuso de posición de dominio la reciente sentencia de 20 de junio de 2006, en el asunto conocido como *Planes Claros*¹⁷. A nuestro juicio, la contribución más importante de esta sentencia se produce en tres elementos: la relevancia que debe darse a la intencionalidad, la legitimidad de la estrategia agresiva en respuesta a las acciones comerciales de los competidores y el deslinde entre el abuso de posición dominante y los comportamientos desleales de las empresas dominantes. Procede explicar de manera somera estas aportaciones.

En cuanto a la intencionalidad, cabe recordar que ya la sentencia de 8 de mayo de 2003 enfatizó la naturaleza objetiva del abuso, quitando peso a elementos de carácter subjetivo al afirmar:

«que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cuál sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque eso no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto».

La anterior idea es desarrollada en la sentencia de 20 de junio de 2006 en los siguientes términos:

«A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. La intención de “obstaculizar” la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación se hace por medios legítimos. Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales (...) y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición dominante, dicha diferencia, decimos, estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última».

Con todo, sería imprudente concluir que el elemento intencional carece de relevancia en los asuntos de abuso de posición de dominio. Un ejemplo importante de lo contrario se encuentra en una sentencia dictada por el TS en el período que media entre las mismas. Se trata de la dictada el 13 de diciembre de 2004¹⁸, asunto *Farias*, que partió sin discusión alguna de la doctrina comunitaria sobre la relevancia del elemento intencional en los casos de precios predatorios¹⁹.

¹⁷ STS de 20 de junio de 2006, *Retevisión, S. A./Telefónica, S. A.*

¹⁸ STS de 13 de diciembre de 2004, *Altadis (Tabacalera, S. A.)*.

¹⁹ Leemos en el FJ 7.º de esta sentencia: «Si, pues, hemos visto que la intencionalidad, es decir, el elemento subjetivo que subyace en la estrategia dirigida a eliminar a un competidor es determinante para la configuración de la conducta abusiva...»; asimismo, en el FJ 14.º: «Es decir, todos estos datos, en comparación con los anteriores, no nos permiten eliminar toda duda razonable de que la intención de Tabacalera SA fuese la de excluir a los competidores del mercado, que es la característica definitoria de la conducta predatoria...» (subrayado añadido).

La segunda de las aportaciones de la sentencia de 20 de junio de 2006 es la relativa a la justificación de la agresividad comercial del operador dominante cuando se enfrenta a comportamientos también agresivos de sus competidores. Se trata, en definitiva, de un caso de aplicación de la discutida doctrina de *meeting competition*, que el Tribunal Supremo recoge en los siguientes términos:

«(...) Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales por los competidores (y puede reaccionar frente a ellos adoptando las medidas razonables que estime oportunas, pues su posición de dominio no le obliga a la mera pasividad) y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición dominante, dicha diferencia, decimos, estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última.

Cuando, como en este caso ocurrió, el “obstáculo” opuesto al incipiente nuevo competidor consiste en replicar a sus condiciones comerciales ofreciendo el operador históricamente asentado unos descuentos tarifarios análogos o mejores que aquél pero carentes de contenido objetivamente predatorio (y tanto más si dichos descuentos obtienen el informe favorable del regulador de las telecomunicaciones y la subsiguiente aprobación administrativa, finalmente conseguida en lo sustancial), la reacción del operador dominante puede reputarse legítima, al margen del designio subjetivo que se quiera imputar a dicha conducta. Incluso admitiendo que su propósito fuera el de “inhibir” la aceptación por el usuario de los servicios del nuevo operador telefónico, ofreciendo el dominante unas condiciones comerciales más atractivas, incluso en ese caso, tal como acertadamente afirmaba la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en sus resoluciones de 19 de febrero y 30 de abril de 1998 al concluir el análisis de las características de los descuentos tarifarios ofrecidos y pronunciarse sobre su adecuación a las condiciones de competencia en el mercado telefónico, constituiría una “legítima respuesta en el nuevo entorno competitivo”»²⁰.

Nuevamente, haríamos mal en elevar a categoría las anteriores afirmaciones, por cuanto en la sentencia dictada tres semanas antes en el asunto *Airtel*²¹, el mismo Tribunal había confirmado, en lo esencial, una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en la que se planteaba un caso también de réplica de comportamientos de los competidores. Y las analogías no terminaban ahí; de hecho se trataba de la misma empresa dominante (Telefónica) y también de un caso en que se analizaban estrategias adoptadas en un momento de apertura a la competencia (en este caso, de comercialización de servicios de telefonía móvil). El comportamiento discutido era, sin embargo, diferente: el establecimiento de obligaciones de exclusividad a los distribuidores. En tal caso,

²⁰ STS de 20 de junio de 2006, *Retevisión, S. A./Telefónica, S. A.*, FJ 8.º (subrayado añadido).

²¹ STS de 30 de mayo de 2006, *Telefónica Móviles de España, S. A./Vodafone, S. A.*

de manera implícita pero clara, el Tribunal se negó a aceptar un planteamiento de *meeting competition*.

La tercera de las aportaciones de *Planes Claros* que interesa mencionar, es la relativa a la delimitación entre comportamientos abusivos de una posición de dominio y comportamientos desleales cometidos por un operador dominante. Esta idea se expresa en la sentencia de 20 de junio de 2006 en los siguientes términos:

«En efecto, existiendo en la Ley 16/1989 un tipo sancionador específico para los actos desleales en cuanto prácticas anticompetitivas no cabe prescindir de los requerimientos materiales del art. 7 de dicha Ley para concluir que toda conducta desleal cometida desde la posición de dominio resulta automáticamente sancionable incluso en los casos en que no distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Por decirlo en otros términos, la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el art. 6 de la Ley 16/1989, cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra»²².

Este pronunciamiento, que en alguna medida ya apareció tres semanas antes de la sentencia *Planes Claros* en el asunto *Airtel*, si bien en este último caso a título de *obiter dictum*, ha venido a corregir una doctrina reiterada del Tribunal de Defensa de las Competencia, que venía subsumiendo en la prohibición de abuso de posición dominante lo que no eran más que conductas desleales, entendidas como medios de «competencia anormal». Es desde luego pronto para valorar los efectos de esta línea jurisprudencial, recientemente inaugurada por el Tribunal Supremo.

3. EXAMEN DE ALGUNOS TIPOS CONCRETOS DE ABUSO

Tras haber repasado, someramente, la jurisprudencia sobre el concepto general de abuso, tiene interés valorar la forma en que estos principios generales han encontrado aplicación en supuestos concretos.

A) Cierre de mercado a través de reclamar/incitar la exclusividad de los distribuidores

Dentro del grupo de sentencias de nuestro Tribunal Supremo en materia de abuso de posición dominante, son varias las que han exa-

²² STS de 20 de junio de 2006, *Revisión, S. A./Telefónica, S. A.*, FJ 10.º

minado acusaciones de cierre de mercado. A nuestro juicio, las más destacables, así como las más recientes, son *Ibernobel/Unión Española de Explosivos*²³ y la ya citada *Airtel*²⁴. Ambas confirman importantes resoluciones del TDC y sentencias de la Audiencia Nacional, censurando iniciativas de cierre de mercado a través de redes de acuerdos de exclusividad. En curiosa coincidencia, ambas se dirigen a las empresas que con mayor frecuencia han protagonizado sentencias de abuso de posición dominante.

La primera de estas sentencias hace referencia a las iniciativas puestas en marcha por UEE para intentar proteger el mercado español, en el que disfrutaba de una situación de monopolio de fabricación. Las iniciativas consistieron en la suscripción de una serie de acuerdos con 15 distribuidores propietarios de almacenes de explosivos, en los que se pactaba la compra por UEE de los almacenes y su posterior arrendamiento a los distribuidores, acompañado por un contrato de suministro exclusivo. A pesar de la defensa de UEE basada en que los acuerdos implicaban operaciones de concentración excluidas del art. 6 de la LDC, el Tribunal Supremo confirmaría las sanciones impuestas.

Por su parte, *Airtel* se ocupa del establecimiento por Telefónica Móviles, S. A., de condiciones de exclusividad en sus distribuidores de servicios de telefonía móvil tras la entrada en el mercado de Airtel. Se daba la circunstancia de que dicho nuevo entrante había suscrito este tipo de condiciones con sus distribuidores; no obstante, el Tribunal Supremo rechazó reconocer a Telefónica Móviles, S. A., un derecho de respuesta equivalente, a diferencia del asunto *Planes Claros*. No obstante, el TS anuló la multa impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia a Telefónica, S. A. (la matriz de Telefónica Móviles, S. A., que había sido también sancionada en el mismo expediente), por entender que el reproche que le había sido dirigido (la distribución por esta empresa de productos de su filial) no era constitutivo de abuso, aunque quizá sí lo habría sido de competencia desleal.

B) Negativa de suministro

La negativa de suministro o de contratación ha sido examinada en diversos expedientes. Ya se ha hecho referencia al caso extremo de *Tándem/UEE*²⁵ y a los pareceres opuestos de la Audiencia Nacional y el

²³ STS de 4 de abril de 2006, *Unión Española de Explosivos, S. A./Entidad Mercantil Ibernobel, S. A.*

²⁴ STS de 30 de mayo de 2006, *Telefónica Móviles de España, S. A./Vodafone, S. A.*

²⁵ STS de 8 de mayo de 2003, *Unión Española de Explosivos/Tándem Transportes, S. A.*

Tribunal Supremo en dicho caso respecto a la obligación de las empresas dominantes de disponer de justificación en caso de terminación de relaciones contractuales. Recordaremos aquí especialmente la relevancia que el TS pareció dar al «deterioro, tensiones, problemas, protestas y reclamaciones (...) [que] no permite, con certidumbre al menos, afirmar que al ejercer UEE su derecho contractual de no prorrogar los contratos suscritos con los denunciados, sobrepasara los límites normales de ejercicio de tal derecho»²⁶.

Otra sentencia importante sobre negativa de suministro es la recaída en el asunto *3C/Telefónica*, en la cual la Audiencia Nacional primero, y el Tribunal Supremo después, confirmaron que la prohibición se aplica no sólo a la negativa inicial a facilitar las conexiones requeridas, sino asimismo al retraso en proporcionarlas cuando tales conexiones fueran indispensables, el retraso fuese reiterado y no existieran razones objetivas que lo justificaran. Si bien se reconoció que el art. 6, párr. 2, letra c), de la LDC no contiene la expresión «retraso» sino únicamente «negativa», consideró que este comportamiento no era «sino una negativa camuflada bajo pretextos»²⁷.

En diversas ocasiones, la Audiencia Nacional ha aclarado que la negativa a contratar deviene ilegal cuando se «elimina toda posibilidad de negociación de forma unilateral»²⁸. En un sentido análogo frente al supuesto de ingreso en un Colegio Profesional, la sentencia de la AN de 14 de noviembre de 2005, Colegio Oficial de Médicos de Ciudad Real, señala: «A juicio de esta Sala, si la solicitud de ingreso no podía ser admitida, debió denegarse exponiendo las razones de la negativa y posibilitando que la afectada o bien alegara lo oportuno en relación con dicha negativa o bien reaccionara eliminando los obstáculos. En consecuencia la negativa es injustificada».

C) Venta a pérdida

En su sentencia de 13 de diciembre de 2004, el TS tuvo ocasión de pronunciarse sobre una práctica tan clásica como controvertida en Derecho de la competencia: la venta a pérdida. Se trataba en el caso de los cigarrillos puros vendidos por Tabacalera (hoy Altadis) bajo la marca «Farias». La sentencia venía precedida de otra de la Audiencia Nacional, que había confirmado la resolución del TDC. El TS, con amplias y

²⁶ FJ 14.º Véase en sentido análogo la STS de 8 de noviembre de 2004, *Benito/UEE*.

²⁷ Sentencia de la AN de 24 de septiembre de 1997, *3C/Telefónica*, confirmada por la STS de 6 de marzo de 2003.

²⁸ Sentencia de la AN de 25 de febrero de 2004, *SGAE/Vale Music*.

literales citas de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *Akzo* y *Tetra Pak*, resolvió que los criterios a aplicar serían los siguientes:

«De modo sintético, expuesta la doctrina que se desprende de esas sentencias, puede decirse: *a)* Los precios inferiores a los costes variables medios, se presumen siempre abusivos; *b)* Los precios inferiores a los costes totales medios, pero superiores a los costes variables medios, serán abusivos si se establecen en el marco de una estrategia de eliminación de competidores. Resulta así que el concepto de precio predatorio, el elemento verdaderamente distintivo y que configura la conducta predatoria es la intención de eliminar a un competidor; intención que, en un supuesto, se presume *iuris et de iure* y, en otro, ha de probarse»²⁹.

Ya se ha hecho referencia con anterioridad a la cuestión del tratamiento del elemento intencional en esta sentencia y su discutible compatibilidad con lo expresado en *Planes Claros*. De otro lado, cabe observar que, no obstante el reconocimiento de la base doctrinal que justificaba la resolución del TDC y la sentencia de la Audiencia Nacional, la sentencia del TS anuló la resolución del TDC por una cuestión de hecho: no haberse probado los costes de producción³⁰.

D) Boicot

No son frecuentes en la jurisprudencia los supuestos de boicot o persecución, como medida dirigida a la eliminación de otro operador económico más allá de la simple negativa de suministro. El único ejemplo reconocible como tal en la jurisprudencia reciente es el asunto *MOB/Telefónica*³¹. En la misma, el TDC había sancionado a Telefónica por la inclusión del denunciante en unas denominadas «listas negras». En su defensa, Telefónica alegaba que había llevado a cabo una respuesta proporcionada a comportamientos ilegales del denunciante. Este ejercicio de autotutela fue rechazado por el TS en los siguientes términos:

«Con estas actuaciones se ha deformado el clima competitivo que en un mercado debe caracterizarse por la toma de decisiones independientes de las operaciones en función de sus propios intereses, sin ningún tipo de mediación por influencia de la empresa dominante. Cuando ésta usa la presión para distorsionar el libre funcionamiento de la competencia, su conducta se transforma

²⁹ STS de 13 de diciembre de 2004, *Tabacalera, S. A.*

³⁰ «Aun admitida sin discusión la valoración que se hace el Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que en modo alguno ha resultado acreditado es si los precios a que se vendieron durante el período examinado los cigarrillos Farias, estaban o no por debajo de los costes en los términos a que se refiere la jurisprudencia que antes quedó expuesta. En efecto, no se han determinado con precisión ni los costes fijos ni los costes variables. Y pudo haberse hecho sin más que practicar en el expediente administrativo la prueba pericial instada por la Compañía Canariense denunciante, después renunciada por ella».

³¹ STS de 6 de junio de 2006, *Distribuciones Mob, S. A./Telefónica Servicios Móviles, S. A.*

en abusiva y merece el reproche legal. Frente a ello no puede alegarse un comportamiento desleal de uno de sus distribuidores. Su actuación resultó desproporcionada pues lejos de acudir a los medios que le daba el ordenamiento jurídico contra él (demandas judiciales, rescisión del contrato de suministro de terminales subvencionados, etc.), que, por cierto, más tarde sí utilizó, prefiere actuar *motu proprio* mediante una conducta anticompetitiva. El abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por la otra parte contratante no legitiman una reacción personal e ilegal contra ella cuando se tienen otros mecanismos de defensa que además permitirían reparar los perjuicios económicos derivados de aquel abuso».

Dejando de lado lo excepcional del supuesto enjuiciado, la solución alcanzada en este caso merece discusión. En nuestra opinión, la autotutela en sí misma no debería merecer reproche por las autoridades de defensa de la competencia; ciertamente, medidas como la resolución de contratos, que implica la negativa a contratar, han sido aceptadas por el Tribunal Supremo incluso cuando son aplicadas por operadores dominantes³². Lo relevante debe ser la adecuación y proporcionalidad de la reacción, sin pretender sin más que las empresas sólo tienen derecho de acudir ante los Tribunales.

Independientemente de lo anterior, cabe discutir que en este caso nos encontremos ante un verdadero supuesto de utilización abusiva de una posición dominante, pareciendo más bien un caso de comportamiento potencialmente desleal de un operador dominante; conducta que, precisamente, otras dos sentencias dictadas en fechas muy próximas a *MOB/Telefónica* y también referidas a comportamientos de dicha empresa habían considerado no reprochables en aplicación del art. 6 de la LDC.

4. ABUSO EN PRESENCIA DE NORMAS O ACTUACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En esta rápida revisión de la jurisprudencia de nuestros Tribunales sobre abuso de posición dominante es indispensable detenerse en el conjunto, relativamente numeroso, de sentencias en las que se tratan comportamientos que se encuentran «a caballo» entre lo público y lo privado. Antes de este examen recordaremos que, a diferencia de lo establecido en nuestra Ley respecto de las conductas prohibidas por el art. 1, el abuso de posición dominante se encuentra prohibido también cuando la situación de poder de mercado proviene de una disposición legal, lo que parece dar pie a una aplicación extensiva de esta disposición incluso en presencia de entidades investidas de poderes públicos.

³² Especialmente, véanse las SSTs de 8 de mayo de 2003, *Unión Española de Explosivos/Tándem Transportes, S. A.*, y de 8 de noviembre de 2004, *Benito/UEE*.

Como veremos, sin embargo, la jurisprudencia de nuestros Tribunales no ha sido generosa en esta dirección.

A) Colegios Profesionales

Varios Colegios Profesionales (de Médicos, Abogados, Odontólogos y Estomatólogos, Arquitectos, y Aparejadores y Arquitectos Técnicos) han sido objeto de resoluciones sancionadoras del TDC por iniciativas calificadas como constitutivas de abuso de posición dominante. Se trata en todos los casos de sentencias de la Audiencia Nacional, sin que hasta donde sepamos se haya planteado caso alguno ante el Tribunal Supremo.

Una primera duda que surge de estas sentencias es de principio; esto es: si las actuaciones de los Colegios deberían ser examinadas como acuerdos entre empresas, o más propiamente, decisiones de asociaciones de empresas, y no como abusos de posición dominante. De hecho, alguna sentencia de la Audiencia Nacional reconoce que ambas vías podrían ser de aplicación³³. A nuestro juicio, sólo excepcionalmente debería aplicarse el art. 6 a estos casos, dado su carácter especial respecto al art. 1 de la LDC.

Más allá de esta cuestión, se plantea si el comportamiento del Colegio debe entenderse limitado o no por la Ley de Defensa de la Competencia y cuándo éste no es el caso. Frecuentemente se ha alegado ante los Tribunales que el TDC no debería controlar la legalidad de las resoluciones de los Colegios, sin perjuicio de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En múltiples sentencias, la Audiencia Nacional ha rechazado esta pretensión cuando el comportamiento tenía una proyección exterior, esto es, no se limitaba a disciplinar la relación entre el Colegio y los Colegiados³⁴.

No obstante lo anterior, parece que la intervención de los órganos especializados de defensa de la competencia no impide que se sigan

³³ La sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 2005, *Colegio Oficial de Médicos de Ciudad Real*, señala que «dicha actuación infringe tanto el art. 1 como el art. 6 de la LDC, señalando que los elementos del abuso prevalecen sobre los colusorios, de modo que se debe aplicar exclusivamente el art. 6 de la LDC».

³⁴ Véanse en este sentido las sentencias de 13 de octubre de 2000, *Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid*, de 21 de junio de 2002, *Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid*, de 2 de febrero de 2004, *Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz*, de 9 de febrero de 2004, *Ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera*, de 24 de noviembre de 2004, *Colegio Oficial de Médicos de Cantabria*, de 15 de diciembre de 2004, *Colegio Oficial de Médicos de Islas Baleares*, de 19 de enero de 2005, *Colegio Oficial de Médicos de Castellón de la Plana*, de 22 de julio de 2005, *Colegio Oficial de Médicos de Orense* y de 14 de noviembre de 2005, *Colegio Oficial de Médicos de Ciudad Real*. Cabe destacar por su especialidad la sentencia de 27 de octubre de 2004, *Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, que parece seguir un criterio distinto.

otras vías de recurso previstas en el Derecho administrativo general. Así se desprende de la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2000, según la cual «(L)a LDC obliga a todo los sujetos públicos privados en sus actuaciones como operadores económicos y el TDC debe estudiar cada caso para resolver si el Colegio Profesional actúa como operador económico o realiza una actuación de tipo administrativo al margen de las prohibiciones de la LDC dentro de sus atribuciones competenciales. La sentencia del TC de 21-12-1989 no es contraria a la competencia del TDC dentro de su marco de atribuciones legales, que están incluidas en el Derecho Administrativo. Pudiendo optar la denunciante entre la vía del recurso ordinario, o la que eligió ante el SDC, habiendo ocasionado la denegación de visado un retraso en la construcción de viviendas que supone un perjuicio patrimonial» (subrayado añadido).

B) Medidas imputables a la Administración

En diversas ocasiones, la Audiencia Nacional ha examinado la legalidad concurrencial de un posible abuso cometido en última instancia por organismos públicos en el ejercicio de sus funciones. Si bien, como ya se ha apuntado, la LDC establece que el abuso debe entenderse prohibido incluso cuando la posición de dominio se ha establecido en virtud de disposiciones administrativas, lo que podría haber permitido una aplicación a medidas regulatorias como el establecimiento de precios, las sentencias de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2001³⁵ y de 25 de enero de 2002³⁶ anulaban resoluciones del TDC al entender que el comportamiento era imputable a la Administración, rechazando por tanto imponer limitaciones al ejercicio de potestades administrativas con base en la LDC.

C) Comportamiento de operadores privados apoyados en medidas administrativas

Un último apunte en este rápido recorrido por la jurisprudencia en materia de abuso de posición dominante y sus complicadas relaciones con el resto del Derecho administrativo es el caso inverso: el de actuaciones de operadores privados basados de una forma u otra en disposiciones de Derecho administrativo que han permitido exonerarles de responsabilidad. A esta última categoría pertenecen las sentencias de

³⁵ Sentencia de 8 de noviembre de 2001, *Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid*.

³⁶ Sentencia de la AN de 25 de enero de 2002, *Cementerio Jardín Alcalá de Henares, S. A.*

la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2002³⁷ y de 26 de noviembre de 2003³⁸, esta última recientemente confirmada por el Tribunal Supremo³⁹.

La primera de estas sentencias hace referencia al comportamiento de ERZ de haber recomendado a los instaladores sus propias normas internas de especificaciones técnicas, diferentes a las exigibles legalmente. En este caso, la Audiencia consideró que ello «no es objeto de la defensa de la competencia, sino de una posible infracción administrativa, que corresponde determinar a la Administración de Industria y Energía, tanto autonómica como estatal (...), siendo el suministro de energía un servicio público cuya reglamentación y control era atribuida al antiguo Ministerio de Industria, cuando se presentó la denuncia de la actora al SDC».

En la segunda, la Audiencia Nacional (y más recientemente el Tribunal Supremo) rechazan las imputaciones de abuso denunciadas, por cuanto «conceptualmente el abuso de posición de dominio es una conducta individual de una empresa, mientras que en este caso hemos visto que la actividad que desarrolla SASEMAR, objeto de denuncia se realiza en virtud de convenios de colaboración con distintas Autoridades Portuarias, esto es, estamos en presencia de acuerdos entre dos personas jurídicas, que únicamente podrían ser constitutivos de una práctica anticompetitiva concertada, lo que nos lleva al ámbito de aplicación del art. 1 LDC que ya ha quedado descartado».

Ambas sentencias, *ERZ* y *Ecolmare*, son sorprendentes por varios motivos. La primera de ellas parece dar a entender que el Derecho de la competencia no debería aplicarse en sectores regulados, lo que ciertamente no se corresponde con la práctica actual. La segunda, además del extraño pronunciamiento según el cual el art. 6 exige una «conducta individual de una empresa» (lo que sería contradictorio con las frecuentes imputaciones a Colegios Profesionales y asociaciones de empresas) parece sugerir que los convenios de colaboración previstos en la LRJAPPAC configuran un entorno al que no es de aplicación la LDC, lo que ciertamente es discutible.

³⁷ Sentencia de la AN de 26 de abril de 2002, *Transformadores Eléctricos de Medida, S. L./Asociación Española de la Industria Eléctrica-Eléctricas Reunidas de Zaragoza I. —SAU— Iberdrola*.

³⁸ Sentencia de la AN de 26 de noviembre de 2003, *Ecolmare Ibérica, S. A./SASEMAR*.

³⁹ STS de 4 de julio de 2006, *Entidad Ecolmare Ibérica, S. A.*

5. ALGUNAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES: DETERMINACIÓN DEL ABUSO POR LOS TRIBUNALES CONTRA EL CRITERIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y REVISIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS MULTAS

Un recorrido, incluso inicial, por la jurisprudencia de nuestros Tribunales en materia de abuso de posición dominante quedaría incompleto sin una referencia a la discusión, entreverada en la jurisprudencia, sobre el papel respectivo de la Administración y los Tribunales en la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Ciertamente, la regla general es clara: la Administración aplica la Ley, y los Tribunales corrigen las actuaciones administrativas; no obstante, la duda ha surgido en dos supuestos. Uno es el relativo al caso en que la Administración entiende que no procede reproche, y los Tribunales disienten, planteándose si en estos casos los Tribunales deberían aplicar directamente la Ley o si, por el contrario, deben limitarse a anular el acto administrativo y reclamar de la Administración una aplicación correcta. El segundo caso de duda se refiere a la revisión de la cuantía de las multas, siendo la discusión análoga: ¿deben los Tribunales revisar por sí mismos la sanción, al alza o a la baja, o devolver el caso a la Administración?

A) **Disconformidad de la calificación con la Administración**

La revisión de la calificación de los hechos en casos de abuso de posición dominante puede tener lugar en dos situaciones. La general es la de revisión jurisdiccional de resoluciones declarando la existencia de abuso, e imponiendo en su caso una sanción. Este caso plantea escasas especialidades: los Tribunales examinan los hechos de manera contradictoria, contrastan la aplicación del Derecho, y dictan sentencias confirmando o anulando las resoluciones administrativas. En estos supuestos, el disenso entre Tribunales y Administración resulta en la desaparición, total o parcial, del reproche.

El segundo caso es aquel en que los Tribunales examinan resoluciones constatando la inexistencia de un abuso (incluidas en esta categoría aquellas que revisan resoluciones relativas a acuerdos de archivo o sobreseimiento) y llegan a la conclusión de que la resolución del TDC es incorrecta. En estos casos, ciertamente, se anula un acto de contenido negativo, no siendo evidente cómo debe aplicarse la decisión judicial.

Una posibilidad sería entender que la resolución judicial debe resultar en el pronunciamiento directo del reproche. Encontramos un ejem-

plo de esta vía en el asunto *Tándem/Unión Española de Explosivos*, varias veces citado en este trabajo. Como se recuerda, los recurrentes atacaban una resolución del TDC confirmando el sobreseimiento de su denuncia contra Unión Española de Explosivos por abuso de posición dominante. Tanto el SDC como el TDC habían rechazado que hubiera tal abuso. No obstante, en el recurso contencioso-administrativo la Audiencia dio la razón a los denunciados, y aquí viene lo que nos interesaba destacar: en lugar de limitarse a anular el sobreseimiento y ordenar la continuación del expediente, la Audiencia Nacional declaró directamente la existencia de abuso y devolviendo el expediente al TDC para la imposición de la correspondiente multa⁴⁰. La anulación de esta sentencia por el Tribunal Supremo⁴¹ impediría finalmente la ejecución de esta orden, sin duda complicada para la autoridad de competencia.

Más recientemente, la Audiencia Nacional parece haber revisado esta cuestión. Así, en el asunto *Distribarna, S. A., y Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Barcelona y Provincia*⁴² la Audiencia Nacional, también disconforme con un archivo de actuaciones, decidió remitir el expediente de nuevo al TDC, pero esta vez para que sea el TDC quien «determine si existían prácticas contrarias a la libre competencia»; es decir, no dejando al TDC únicamente la determinación de la sanción, sino la propia calificación.

B) Revisión del importe de las sanciones

De acuerdo con la doctrina generalmente aplicada por el orden contencioso-administrativo al revisar sanciones administrativas en los asuntos en que existe un margen que permite a la Administración imponer una de varias posibles sanciones o señala un margen cuantitativo, la determinación de la sanción es una actividad reglada, siendo por ello posible en sede jurisdiccional «no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta, sino su modificación o reducción»⁴³.

En aplicación de este criterio, en algunas —escasas— ocasiones los Tribunales han reducido el importe de las sanciones impuestas por el

⁴⁰ Sentencia de la AN de 24 de septiembre de 1997, *Tándem Transportes, S. A., y Ruta Sur, S. A./Unión Española de Explosivos*.

⁴¹ STS de 8 de mayo de 2003, *Unión Española de Explosivos, S. A./Tándem Transportes, S. A.*

⁴² Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2000. Dicha sentencia fue objeto de recurso posterior ante el Tribunal Supremo, que confirmó lo decidido por la Audiencia Nacional el 10 de mayo de 2004.

⁴³ STS de 4 de abril de 2006, *Unión Española de Explosivos, S. A./Entidad Mercantil Ibernobel, S. A.*, con referencia a las SSTS de 24 de mayo de 2004 y de 14 de octubre de 2005.

TDC. En algún caso ello ha sido el resultado de una anulación parcial de la resolución del TDC⁴⁴. En otros, por una valoración distinta en cuanto a lo apropiado de la sanción inicialmente impuesta por el TDC⁴⁵.

Por lo que respecta a un posible aumento, si bien la jurisprudencia habla en términos neutros de «modificación», parece difícil que ello se pueda producir. En efecto, en el caso de que el recurso haya sido planteado por la empresa sancionada, un eventual aumento de la sanción sería contrario al principio general de interdicción de la llamada *reformatio in peius*. Y, por lo que respecta a una reclamación de un tercero, como el denunciante, en el marco de un recurso contra la resolución, entendemos que se enfrentaría a un obstáculo de legitimación procesal.

Esto último es lo que sucedió en el asunto *3M*⁴⁶. Ya se ha mencionado que la sanción impuesta por el TDC en este caso fue de 4.200 euros, habida cuenta lo exiguo del mercado relevante. El denunciante ante el TDC, disconforme con este importe, recurrió ante la Audiencia Nacional aduciendo que la cuantía de la multa impuesta era escasa, insuficiente y carente de todo efecto sancionador. La Audiencia Nacional inadmitió este recurso por falta de legitimación, entendiendo en base a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que «la imposición de una sanción más elevada no puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante, ni puede eliminar una carga o gravamen, ni dada la configuración de nuestro sistema jurídico, aparece relación alguna entre la cuantía de la sanción pecuniaria y el importe de una posible futura indemnización de daños y perjuicios».

CONSIDERACIONES FINALES

Como señalábamos al comienzo de esta nota, la jurisprudencia de nuestros Tribunales en materia de abuso de posición de dominio está lla-

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006, *Telefónica Móviles de España, S. A., Telefónica, S. A./Vodafone S. A.*

⁴⁵ Como ejemplo, véase la sentencia de la AN de 26 de septiembre de 2005, *Sociedad estatal Correos y Telégrafos, S. A./Mailhouse, S. L., Suresa Cit, S. A.*: «En este sentido, la prueba documental practicada (escrito del Subdirector de Gestión Económica de Correos y Telégrafos, S. A., no contradicho por las demandadas) evidencia que la dimensión del mercado relevante a considerar es la mitad de aquel que tuvo en cuenta la resolución sancionadora para graduar la sanción por lo que, coherentemente con ello, procede reducir la sanción a la mitad en aras del principio de proporcionalidad antedicho». Véase asimismo la sentencia de la AN de 22 de septiembre de 2003, *Telefónica, S. A./Retevisión, S. A.*, que redujo la sanción inicial de 8,4 millones de euros a 901.518,16 euros por considerar no aplicable la agravante de reincidencia a reserva de firmeza jurisdiccional de las sanciones impuestas en otros expedientes. La Resolución a que esta sentencia se refiere sería finalmente anulada en la STS de 20 de junio de 2006.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2005, *3M España, S. A./IASIST, S. A.*

mada a adquirir gran importancia en el actual contexto revisor de esta norma, habida cuenta de la prevista aplicación judicial del Derecho de la competencia en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia. Cabe añadir aquí, tras el rápido repaso a algunos pronunciamientos de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que los juristas deberemos no sólo atender a los criterios que resultan de las resoluciones administrativas, hasta hace bien escasas fechas nuestra fuente principal de conocimiento del Derecho español de la competencia. Es preciso, cada vez más, estudiar, analizar y criticar las sentencias de nuestros Tribunales, especialmente de nuestro Tribunal Supremo, dado el papel que la jurisprudencia de este Alto Órgano tiene en nuestro sistema de fuentes.

En un rápido chequeo de salud de esta jurisprudencia debe empezarse por destacar su altura jurídica y doctrinal. Ciertamente, nuestros Tribunales han trabajado y trabajan de forma admirable. No es difícil advertir que las cuestiones que preocupan al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional son las mismas que interesan a las autoridades de los países con mayor experiencia y a los especialistas en la materia. La jurisprudencia actual es sin duda un magnífico punto de partida para una aplicación profesional del Derecho de la competencia en España.

A la vez, es cierto que hay áreas que deberán mejorar. Sin duda, una es la de la duración de los procedimientos judiciales; no por ser común a otras áreas debe preocuparnos menos. Otra, ya más específica, es la necesidad de establecer criterios que combinen seguridad jurídica y dejen un margen de apreciación razonable a las autoridades. Ciertamente no es algo sencillo, como muestra el debate en curso en diversos países de nuestro entorno y en la propia Unión Europea. Otra área a analizar es la de la relación entre el abuso de posición dominante y los comportamientos de la Administración. En esta área será importante establecer criterios más predecibles que lo que hoy tenemos.