

Facultad de Derecho y RR.II.

Dr. Fernando Díez Estella

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Asignatura: Competencia y mercado



Unidad Didáctica 05. Abuso de posición dominante



GLOBAL CAMPUS
NEBRIJA



Fernando Díez Estella
Profesor

Contenido

1. Introducción	3
1.1. Justificación económica de la posición dominante.	3
1.2. Normativa	4
1.3. Objeto de la prohibición	5
2. La posición de dominio	5
2.1. Cuota de mercado.	6
2.2. Barreras de entrada.	7
2.3. Poder compensatorio de la demanda.	7
3. El abuso	8
3.1. Concepto	8
3.2. Clasificación de las conductas abusivas.	10
3.3. Criterios para determinar la existencia de una conducta abusiva	10
3.4. Efectos sobre el mercado	11
4. La propuesta de Directrices sobre el art. 102 TFUE de 2024.	13
4.1. Novedades principales	13
4.2. Categorización de nuevos conceptos	14

1. Introducción

1.1. Justificación económica de la posición dominante.

En términos económicos, el monopolio constituye una estructura de mercado opuesta a la de la competencia perfecta. Como ya se ha visto en temas anteriores, en un modelo de competencia perfecta, existe un gran número de productores en un mercado que fabrican un bien homogéneo en un contexto de total certidumbre e información perfecta.

En este modelo, cada empresa individual carece de poder sobre el precio del bien, que le viene dado. Si intenta aumentarlo pierde automáticamente sus ventas y, si lo intenta bajar, incurre en pérdidas pues el precio competitivo sólo cubre sus costes.

Si los beneficios se encuentran por encima de los normales, otros fabricantes se verán atraídos hacia este mercado y el exceso de oferta obligará a las empresas a bajar los precios para competir por las ventas, resultando un equilibrio donde el coste marginal de producción (el coste de producir una unidad adicional) iguala al precio.

Como consecuencia de lo anterior, en este modelo los productos se suministran a precios que reflejan el mínimo coste. Implícitamente, se predice que las empresas con precios por encima del coste marginal competirán reduciendo sus precios hasta acercarlos al coste marginal y las empresas más eficientes (aquellas con menores costes) expulsarán a las menos eficientes.

Por el contrario, el modelo de monopolio representa una situación en la que una sola empresa suministra a todo el mercado, la entrada es imposible y el monopolista puede afectar al precio modificando la cantidad suministrada. Aprovechándose de la ley de la demanda, por la cual la gente estará dispuesta a pagar más por un producto cuando la cantidad disminuya, el monopolista puede aumentar los precios reduciendo la cantidad producida.

Dado que llega un precio a partir del cual la gente ya no está dispuesta a pagar por el bien, el monopolista ha de calcular cuál es el precio que maximiza su beneficio, lo cual ocurre para aquella cantidad de producción que hace que el coste de producir una unidad adicional (coste marginal) se iguale al ingreso obtenido en la última unidad vendida (ingreso marginal).

Así, la teoría económica predice que los monopolios perjudican a los mercados de varias formas. Primero, se produce una asignación ineficiente de los recursos de la sociedad en su conjunto, como consecuencia de que la cantidad que algunos consumidores estarían dispuestos a pagar por el bien es superior al coste de producción del monopolista pero inferior al precio que oferta el monopolista.

Segundo, respecto de aquellos consumidores que están dispuestos a pagar el precio de monopolio, se produce una transferencia de renta a favor del monopolista (sobrecargo), de forma que los consumidores pierden y el monopolista gana. Adicionalmente, el monopolista dedicará recursos a mantener su posición y mantener fuera del mercado a competidores deseosos de entrar en su mercado. Estos esfuerzos, que suponen una pérdida de recursos desde el punto de vista del interés público.

Ya hablemos de monopolio o de empresas dominantes, está claro que, desde la perspectiva económica, estas empresas pueden distorsionar el funcionamiento de los mercados y, por ello, impiden a la sociedad disfrutar de los beneficios de la competencia. Esto aporta el apoyo teórico necesario para la prohibición cuasi universal del abuso de posición de dominio en todas las legislaciones de competencia.

1.2. Normativa

La explotación abusiva de una posición de dominio está prohibida en la mayoría de las legislaciones de competencia del mundo. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Sherman Act en los Estados Unidos de América, y otras normas nacionales de defensa de la competencia, como la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en España, prohíben el abuso de posición de dominio. El primero prohíbe esta conducta en su artículo 102 TFUE, la segunda en su apartado 15 U.S.C. § 2, y la Ley 15/2007 en su artículo 2.

El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece en su primer párrafo lo siguiente:

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

A continuación el artículo recoge, con fines explicativos, una lista abierta de supuestos constitutivos de abuso desde una posición de dominio en el mercado. Continúa, en este sentido, el artículo 102 TFUE:

“Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

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

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 15/2007, cuyo título es *Abuso de posición dominante*, prohíbe en su apartado 1: “[...] *la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*” En el apartado 2 del mismo artículo se enuncian de forma casi idéntica al artículo 102 TFUE los tipos de conductas que se consideran abusivas, aunque se añade explícitamente un tipo más: *“La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios”.*

No obstante, tanto en la normativa comunitaria como en la española, esta lista de conductas abusivas no está cerrada, de modo que existe otros comportamientos o conductas, que si son realizados por una empresa con posición de dominio, pueden resultar declarados abusivos en aplicación de la legislación de competencia

En las dos normas, la europea y la española, el ámbito material de la prohibición es idéntico, el abuso de una posición de dominio, y únicamente es distinto el ámbito geográfico que es *el mercado común o una parte sustancial del mismo*, para el TFUE, y *todo o parte del mercado nacional*, para la Ley 15/2007.

Respecto a la Sherman Act, su sección 2 dice textualmente: *“ Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine, o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerado culpable de una falta, y convicto de la misma será penado con una multa (...) o con prisión hasta un año o con ambas penas a discreción del Tribunal”.*

Como vamos a desarrollar en un epígrafe posterior, esta normativa va a verse reforzada en fechas próximas por un importante documento de *soft-law*. En efecto, además de que en los últimos años sí que se han culminado numerosos expedientes sancionadores en esta materia -por ejemplo, basta traer a colación la saga de casos *Google*- que, especialmente en los nuevos mercados digitales, algo de luz están arrojando sobre la configuración de la prohibición de abuso de posición dominante, en fechas muy recientes, la Comisión ha dado un notable paso adelante en este aspecto con la consulta pública¹ sobre el borrador de *Directrices sobre abusos de exclusión*, publicada en agosto de 2024 (en adelante, las *Directrices*).

1.3. Objeto de la prohibición

El artículo 2 de la Ley 15/2007 y el artículo 102 del TFUE prohíben la explotación de manera abusiva de una posición de dominio o, en otras palabras, prohíben el abuso desde una posición de dominio en un mercado relevante, pero no la posición de dominio en sí. Tampoco prohíben explícitamente la creación de una posición dominante mediante una concentración o de cualquier otro modo.

La *generalidad* de la prohibición del abuso de posición de dominio en España y en la Unión Europea, cualesquiera que sean los operadores económicos que la lleven a cabo, implica que la prohibición es también para el abuso desde una posición dominante que ha sido otorgada por Ley, es decir, la denominada *posición de dominio legal*. Estas empresas u operadores económicos, al igual que cualquier empresa en posición de dominio por sus propios méritos, tendrán una especial responsabilidad de evitar cualquier comportamiento abusivo.

2. La posición de dominio

El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no define la posición de dominio ni tampoco el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Sin embargo dicho concepto se ha ido definiendo a través de la jurisprudencia de los tribunales.

En su sentencia de 14 de febrero de 1978, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") proporcionó la que, a partir de entonces, ha sido su definición constante de "posición dominante":

"Situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable, independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores"

Dos elementos destacan en la definición:

- Capacidad para limitar la competencia efectiva en el mercado y
- Capacidad de comportamiento independiente frente a competidores, clientes y consumidores.

Un instrumento que se puede utilizar para definir la posición de dominio es recurrir al concepto económico de poder de mercado. El poder de mercado se define como aquél que permite a

¹ Comunicación de la Comisión: Propuesta de *Directrices sobre la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, 1 de agosto de 2024. Disponible en la página web: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en

la empresa aumentar de forma rentable los precios durante un periodo por encima del nivel competitivo.

El concepto de “poder de mercado” no goza de unanimidad². Así mientras que en Estados Unidos la noción aparece claramente vinculada a la capacidad de una empresa de controlar los precios, a nivel comunitario y español, el concepto de poder de mercado es más amplio, refiriéndose, de manera general, a la capacidad de actuar en el mercado de manera independiente

¿Cuáles son los elementos a tomar en consideración a la hora de valorar si una empresa determinada goza o no de posición de dominio en su mercado?

Analizar si una determinada empresa tiene poder de mercado y si, en caso de respuesta afirmativa, dicho poder de mercado es significativo o relevante a efectos del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o del artículo 2 de la Ley 15/2007 no es tarea fácil. Existe, sin embargo, cierto consenso en cuanto a que el análisis del poder de mercado debe basarse en una evaluación conjunta de varios factores.

Dentro de éstos destacan;

- la cuota de mercado,
- las condiciones de entrada/expansión y
- El poder compensatorio de la demanda o el grado de madurez del mercado.

2.1. Cuota de mercado.

La cuota de mercado de un productor de un determinado producto (bien o servicio) se define como el porcentaje de las ventas de su producto sobre el total de las ventas de dicho producto en el mercado.

No existen reglas precisas para determinar qué cuota de mercado se corresponde a una posición dominante. A grandes rasgos se podría decir que cuotas de mercado por debajo del 30-35% difícilmente pueden dar lugar a posiciones dominantes, mientras que cuotas por encima del 60-65% representan indicios de posición de dominio.

En la praxis decisoria de la CNMC encontramos los siguientes “umbrales” de cuota de mercado a los efectos de determinación de la posición dominante:

- Una cuota del 95% se considera indicador suficiente de dominancia³;
- Una cuota del 90%, sumada a otros factores -por ejemplo, la asimetría de información respecto a competidores- es indicador suficiente⁴;
- Una cuota entre el 70 y 80% exige, para acreditar la posición de dominio, el análisis de otros factores⁵;
- Una cuota inferior al 50%, en ausencia de barreras de entrada significativas, no

² Dos ejemplos de la jurisprudencia norteamericana: en el asunto *United States v. E.I. du Pont Nemours & Co.*, 351 US 377, 391-92 (1956), se definió el poder de mercado como “*the power to control prices or exclude competition*”; mientras que, en el asunto *Eastman Kodak Co. V. Image Technical Servs., Inc.*, 504 US 451, 464 (1992), se definió como “*the ability of a single seller to raise price and restrict output*”.

³ RCNMC de 18 de febrero de 2022, *Correos 3*, Exp. S/0041/19.

⁴ RCNMC de 11 de abril de 2022, *Instalaciones de gas*, Exp. S/0031/19.

⁵ RCNMC de 17 de mayo de 2022, *Real Sociedad Canina de España*, Exp. S/0044/19.

- confiere a la empresa que la detenta posición dominante en el mercado⁶;
- Una cuota inferior al 40% confiere una “presunción rebatible de ausencia de dominancia”⁷;
 - Una cuota inferior al 30% lleva a descartar, automáticamente, la dominancia⁸.

Por su parte, en la Sentencia *United Brands* el TJUE dejó claro cómo el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo, lo que habrá que apreciar, en todo caso, a la luz de otros factores. Una elevada cuota de mercado resulta “altamente significativa”, como dijo el TJUE en la Sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)* de 13 de febrero de 1979, pero ante una alta cuota de mercado, es obligado profundizar en el análisis y valorar conjuntamente otros factores.

2.2. Barreras de entrada.

Se entiende por barreras a la entrada las dificultades que se encuentran las empresas para operar en un nuevo mercado. La presencia o ausencia de barreras constituye un elemento importante para evaluar la posición dominante, dado que de éstas dependerá las futuras condiciones de competencia o falta de la misma que se produzcan en el mercado objeto de análisis.

Es posible que una empresa tenga posición de dominio otorgada por ley, pero como ya hemos dicho, esa concesión legal no la exime de las prohibiciones establecidas en las normas de defensa de la competencia, en concreto del abuso de posición de dominio.

Algunas de las barreras de entrada más frecuentes son: las barreras de tipo legal; los costes hundidos; los costes de transporte; los ‘switching costs’ (costes de ajuste para los clientes); el comportamiento estratégico.

2.3. Poder compensatorio de la demanda.

Pese a la relevancia de las barreras de entrada, las autoridades de competencia también han apreciado que otros elementos, aún en presencia de aquéllas, son capaces de relativizar por completo la importancia de las cuotas de mercado, como es el caso del poder de compra. Así ocurrió en el asunto⁹ *Wilkinson/Gillette*, en el que, ante una cuota del 70% en el mercado relevante, el Tribunal de Defensa de la Competencia estimó que la fuerza negociadora de las grandes superficies comerciales y de las centrales de compra (que contaban además con sus propias marcas blancas) impedía a Gillette mantener una política comercial independiente. En el mismo sentido se manifestó el Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto¹⁰ *Laboratorios Farmacéuticos*, otorgando especial relevancia al poder del Sistema Nacional de Salud como cliente de las empresas farmacéuticas, entre otros factores.

⁶ RCNMC de 20 de febrero de 2019, *ORACLE*, Exp. S/0354/11.

⁷ RCNMC de 10 de junio de 2022, *ENEL Green Power España*, Exp. S/0022/20.

⁸ RCNMC de 6 de febrero de 2020, *Software SAGE Murano*, Exp. S/0028/19.

⁹ Resolución del TDC de 29 de enero de 1999, Expte. R313/98.

¹⁰ Resolución del TDC de 5 de diciembre de 2001, Expte. R488/01.

3. El abuso

3.1. Concepto

El problema que se plantea desde un punto de vista substantivo es que no todas las conductas descritas como abusivas en el artículo 102 se pueden considerar directamente dañinas para los consumidores o el funcionamiento de los mercados (aunque sí lo pueden ser indirectamente), de modo que la definición de lo que es abusivo es compleja. Como ha señalado algún autor, la definición actual de abuso bajo el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea carece de precisión y de contenido normativo real. Lo mismo ocurriría con el artículo 2 de la Ley 15/2007.

El concepto de abuso ha sido definido de maneras diferentes por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

i. Comportamiento anormal: “...*comportamiento que a través del recurso a métodos diferentes a aquellos que gobiernan la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el aumento de dicha competencia.*” (Hoffman- La Roche ([1979] E.C.R. 461, parr. 91.)

ii. Competencia basada en méritos: “*La Comisión enfatiza que no considera ilegal la intención, incluso para una empresa dominante, de triunfar sobre sus rivales. Un dominante tiene derecho a competir basándose en sus propios méritos. Tampoco sugiere la Comisión que las grandes empresas deben estar obligadas a abstenerse de competir enérgicamente con competidores más pequeños o nuevos entrantes.*” AKZO (OJ L 375, 31.12.1985, para. 81.)

iii. Especial responsabilidad: “*Los dominantes tienen una especial responsabilidad en impedir que su conducta perjudique una competencia genuina y no distorsionada en mercados donde la competencia se encuentra ya limitada por la existencia de su dominio.*” (Case T-191/98, Atlantic Container Lines judgment dated Sept. 30, 2003, para. 1460.)

iv. Conducta exclusionaria sin justificación objetiva: “*Una empresa con posición de domino no puede recurrir a otros medios que los basados en sus méritos... sin una justificación económica objetiva para ello*” (Michelin II, para. 107, 110.)

La CNMC, en una reciente Resolución¹¹, conceptúa la figura del abuso como: “*la conducta de una empresa en posición de dominio que, a través de diferentes métodos ajenos a los propios de una competencia basada en los méritos, tiene como efecto, en detrimento de los consumidores, la vulneración de la competencia existente en el mercado o el desarrollo de esta. En este sentido, están dentro del ámbito de aplicación del artículo 102 del TFUE tanto aquellas prácticas que causan un daño directo a los consumidores como aquellas que causan un daño a los consumidores a través de su impacto en la competencia*”.

Las Directrices de 2024 hablan del el concepto de “competencia basada en méritos”, que es la clave esencial y el criterio último de delimitación entre una conducta lícita y una conducta abusiva: “Para determinar si la conducta de las empresas dominantes puede constituir un abuso de exclusión, es necesario, en general, determinar si la conducta se aparta de la competencia basada en los méritos y puede tener efectos de exclusión” (apartado 45).

En efecto, recogiendo la jurisprudencia más reciente en aplicación del art. 102 TFUE, como

¹¹ RCNMC de 17 de mayo de 2022, *Real Sociedad Canina de España*, Exp. S/0044/19, apdo. 317.

los casos *Servizio Elettrico Nazionale*¹², *Generics*¹³, *Unilever*¹⁴, y -por supuesto- *Intel*¹⁵, señalan las *Directrices* (apartado 50) que solo las conductas que se aparten de la competencia basada en los méritos pueden constituir un abuso de exclusión en el sentido del artículo 102 del TFUE. Ofrecen, así mismo, una primera definición de qué ha de entenderse por esta categoría al señalar (apartado 51):

“El concepto de competencia basada en los méritos abarca las conductas comprendidas en el ámbito de la competencia normal basada en el rendimiento de los operadores económicos y que, en principio, se refiere a una situación competitiva en la que los consumidores se benefician de precios más bajos, de una mejor calidad y de una oferta más amplia de bienes y servicios nuevos o mejorados”.

La CNMC, en sus más recientes resoluciones¹⁶, habla ya también de “*medios de competencia normal*”.

Y no se olvidan las *Directrices* de 2024 de recordarnos que el concepto de abuso es un concepto objetivo: “*Dado que el concepto de abuso es objetivo, por lo general no es necesario demostrar que una empresa tenía la intención de obstaculizar una competencia efectiva para demostrar la existencia de un abuso de posición dominante*” (apartado 44), recogiendo en este punto concreto también jurisprudencia reciente, como el conocido y mediático caso *Google Shopping*¹⁷.

El abuso de posición de dominio es, pues, un concepto objetivo, lo cual tiene dos importantes implicaciones:

La primera es que es totalmente irrelevante, al menos a la hora de tipificar la práctica como abusiva, la intencionalidad o falta de la misma a la hora de llevar a cabo la práctica. Esto es, una empresa en posición de dominio puede con un determinado comportamiento no haber perseguido abusar de su posición. El hecho de que no exista intención de abusar no es óbice para que se pueda imputar la infracción de abuso de posición de dominio, dado que lo relevante, con independencia de la intencionalidad, es que como consecuencia de ese comportamiento la competencia se haya podido ver debilitada.

Se ha discutido por los juristas si hace falta una relación de causalidad entre posición de dominio y el carácter abusivo de la conducta. En este sentido, si la conducta la realiza una empresa dominante y esta conducta tiene efectos sobre el mercado (reductores de la competencia o explotadores de los clientes o proveedores), se suele afirmar la existencia del abuso sin necesidad de analizar la existencia o no de una relación de causalidad entre la conducta y la posición de dominio. Por lo demás, lo normal será que las conductas sólo puedan tener los efectos anticompetitivos cuando las realiza una empresa con posición de dominio.

En todo caso, de cara a la determinación de la cuantía de la sanción por abuso, la intencionalidad o la ausencia de la misma sí puede ser relevante de cara a la determinación de la cuantía de la sanción.

La segunda consecuencia del carácter objetivo del concepto de abuso es que la lista de prácticas prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007 y en el artículo 102 del Tratado de

¹² Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, As. C-377/20 (ECLI:EU:C:2022:379), apdos. 74 y 75.

¹³ Sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) y otros*, As. C-307/18 (ECLI:EU:C:2020:52), apdos. 149 a 151.

¹⁴ Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, As. C-680/20 (ECLI:EU:C:2023:33), apdo. 37.

¹⁵ Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel/Comisión*, As. C-413/14 P (ECLI:EU:C:2017:632), apdo. 134.

¹⁶ RCNMC de 10 de noviembre de 2022, *Leadiant*, Exp. S/0028/20.

¹⁷ Sentencia de 10 de noviembre de 2021, *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping)*, As. T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763), apdos. 254 a 257.

Funcionamiento de la Unión Europea no agota las posibles formas del abuso. Ello significa que cualquier conducta realizada por una empresa en posición de dominio que obstaculice la competencia en el mercado recurriendo a métodos distintos a los que rigen en el mercado, se considerará abusiva con independencia de que figure o no dentro de las tipificadas en los anteriores artículos.

3.2. Clasificación de las conductas abusivas.

A grandes rasgos se distinguen dos grandes tipos de abusos: abusos explotativos y abusos anticompetitivos.

▢ Los abusos explotativos: son aquellos en las que la empresa en posición de dominio aprovecha su poder de mercado para apropiarse de parte de la renta de sus clientes.

▢ Los abusos anticompetitivos o exclusionarios: son aquellos en los que la empresa dominante trata de limitar la competencia en el mercado con el objeto de mantener y/o aumentar su poder de mercado. Normalmente, dicho tipo de conductas no tiene por qué constituir un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar la futura explotación de sus clientes o suministradores.

Considerando las cuatro categorías de abuso definidas en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tenemos que:

▢ Los apartados a) y b) abarcan dos formas de conductas directamente explotadoras de la posición de dominio: la imposición de precios u otras condiciones no equitativas (letra a) y la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico (letra b). La fijación de precios predatorios, sin embargo, no es explotativa sino claramente exclusionaria al perseguir la eliminación del competidor.

▢ El apartado c) se refiere a las prácticas discriminatorias, tanto la aplicada por el dominante respecto de sus clientes y que sitúan a unas empresas en desventaja frente a otras (*secondary line discrimination*) como las que perjudican al competidor de la empresa que discrimina (*primary line discrimination*). En general, aunque no exclusivamente, las conductas discriminatorias suelen tener efectos exclusionarios.

▢ Finalmente, la letra d) contempla los casos de vinculación en los que predomina el efecto exclusionario de los competidores frente al explotativo de consumidores o clientes, aunque éste también se puede dar cuando se obligue al cliente a aceptar una prestación que no desea como condición para recibir la que sí.

Así, podemos decir que los tipos de abusos más frecuentes en la práctica son:

- los precios discriminatorios
- la negativa de suministro
- la fijación de precios (predatorios, excesivos, etc)
- negativa de acceso a un recurso esencial ("*essential facilities*")
- las prestaciones vinculadas y/o complementarias

3.3. Criterios para determinar la existencia de una conducta abusiva

Muchas prácticas empresariales no son restrictivas de la competencia si son llevadas a cabo por empresas que carecen de posición de dominio, pero sin embargo sí pueden serlo cuando las realizan empresas con posición de dominio. Y ello porque tener posición de dominio conlleva que de alguna manera la competencia ya se encuentra algo debilitada en el mercado

y por tanto lo que sería aceptable en un mercado en competencia (una estrategia de precios agresiva, por ejemplo) no lo será tan fácilmente en un mercado con una competencia mermada.

De ahí que los tribunales han elaborado la doctrina de la especial responsabilidad de los dominantes en su comportamiento para evitar la afectación de la competencia en el mercado. En la Sentencia *Michelin* de 1981, el TJUE estableció que a la empresa dominante le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas de competencia en el mercado. Por su parte en la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea *Irish Sugar* de 7 de octubre de 1999, se precisa que a la empresa en posición dominante “*le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*”.

A pesar de la especial responsabilidad a la que se obliga a las empresas dominantes en su actuación, ésta puede ser el resultado de su reacción a la conducta de sus competidores, y siempre que dicho comportamiento sea razonable y no refuerce su posición de dominio podrá considerarse lícita (justificación objetiva)

En general, se consideran dos tipos de justificaciones objetivas;

▢ Aquella en la que el incumbente pueda demostrar que la, en otras circunstancias, conducta abusiva es necesaria sobre la base de factores objetivos externos a las partes implicadas – necesidad objetiva.

▢ Cuando la empresa dominante demuestre que su conducta tiene como objetivo minimizar pérdidas como reacción a la competencia de sus rivales (“*meeting competition defence*”)

Se debe tener en cuenta si la empresa actuó de la misma manera que como lo habría hecho en una situación de competencia normal o si, por el contrario, utilizó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado.

3.4. Efectos sobre el mercado

En el análisis de una infracción en materia de defensa de la competencia, y en concreto ante un abuso de posición de dominio, junto con el establecimiento de la posición de dominio y la ejecución de una práctica que resulta abusiva, deberían demostrarse los efectos en el mercado de la práctica abusiva. De lo contrario resultaría paradójica la prohibición de determinadas conductas que no producen perjuicios para los consumidores, el mercado o la competencia.

Sin embargo, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea continúa aplicándose con criterios esencialmente formalistas, ajenos a cualquier análisis económico de los efectos específicos de las prácticas en cada caso concreto.

Resulta chocante constatar cómo, al mismo tiempo en que la Comisión introducía el análisis económico en la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el TGUE pronunciaba sendas sentencias que apuntaban en una dirección

diametralmente opuesta. En efecto, tanto en *Michelín II*¹⁸ como en *British Airways*¹⁹ el TGUE parece abiertamente aceptar la existencia de prohibiciones *per se* y reconocer que la Comisión no tiene que analizar los efectos de las prácticas presuntamente abusivas para poder aplicar el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Estas sentencias supusieron una importante decepción para la mayoría de la doctrina. En efecto, el enfoque formalista y contrario al análisis de los efectos económicos que aplicó el TGUE respecto del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contrasta vivamente con la posición que había adoptado pocos meses en tres resonantes sentencias anulando otras tantas decisiones de la Comisión en materia de concentraciones por la insuficiencia en su análisis económico.

Con la aprobación en 2008 por la Comisión de las “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE [actual artículo 102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” la aplicación de dicho artículo por la Comisión *irá encaminada a velar por el correcto funcionamiento de los mercados y porque los consumidores se beneficien de la eficiencia y productividad resultantes de la competencia efectiva entre las empresas.* (Párrafo 5)

De este modo se da un mayor peso al análisis de los efectos del abuso sobre la competencia y los consumidores: *El objetivo de la actividad de control de la Comisión en relación con la conducta excluyente es velar por que las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor, (...)* (párrafo 19).

Sin embargo, y como ha puesto de relieve la mejor doctrina, sigue siendo difícil encontrar en la jurisprudencia comunitaria y la praxis de la Comisión Europea criterios claros y uniformes de la aplicación del artículo 102-TFUE. Con razón se ha señalado que la prohibición contra el abuso de posición dominante se encuentra entre las más “oscuras, difusas y complicadas” de todo el Derecho antitrust europeo.

Recientes pronunciamientos en este ámbito, como la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Post Danmark II* (de 2015, As. C-23/14) o el conocido caso *Intel* (2022), hacen que por ejemplo el tema de los descuentos y su ilegalidad desde el punto de vista de la normativa de competencia, resulte sencillamente incomprensible.

Para hacer esta materia, si cabe, aún más confusa, en el mes de octubre de 2022 la Comisión Europea publicó su flamante Reglamento de Ley de los Mercados Digitales (DMA, *Digital Markets Act*), que ha suscitado una gran polémica entre las empresas y un amplio sector doctrinal. Además, a lo largo del año 2021 pudimos comprobar cómo las compañías tecnológicas -principalmente las reunidas bajo el acrónimo GAFAs: *Google, Facebook, Facebook* y *Apple*- han sido objeto de expedientes sancionadores por supuestas prácticas de

¹⁸ Sentencia de 30 septiembre de 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin / Comisión*, (As. T-203/01, Rec. p.II-04071). “El «efecto» al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto del comportamiento abusivo denunciado. Para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 TCE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto. [...]”

De ello se desprende que, en el marco de la aplicación del artículo 82 TCE [actual artículo 102 TFUE], la demostración del objeto y del efecto contrario a la competencia se confunden (...). En efecto, si se demuestra que el objeto perseguido por el comportamiento de la empresa en situación de posición dominante consiste en restringir la competencia, dicho comportamiento podrá también producir dicho efecto”.

¹⁹ Sentencia de 17 diciembre de 2003, *British Airways/Comisión*, (As. T-219/99. Rec. p. II-05917).

abuso de posición dominante.

Especialmente relevante para toda esta materia ha sido el reciente pronunciamiento del Tribunal General de la UE (TGUE), desestimando el recurso planteado por Google en el asunto *Google Shopping*, que le supuso una multa de más de 4.200 millones de euros en 2018, y que fue confirmada por STGUE de 11 de noviembre de 2021 (As. T-612/17).

4. La propuesta de Directrices sobre el art. 102 TFUE de 2024.

Como hemos avanzado en la introducción, este documento, cuando se formalice en versión oficial, supondrá un notable avance en la aplicación de la prohibición de abusos de dominio de carácter de exclusión (no se aplica a los de explotación).

4.1. Novedades principales

Como ya se ha puesto de manifiesto en algunos comentarios²⁰ sobre esta iniciativa de la Comisión, las modificaciones que anuncia de las *Orientaciones* no alteran aspectos sustanciales, sino que son más bien “puntillas”. Desde luego, y visto el fracaso²¹ del documento de 2008, eran claramente necesarias. Con todo, la Comisión está enviando una señal inequívoca: el art. 102 del TFUE sigue ocupando un lugar destacado en la agenda de *enforcement* del Derecho de Competencia, y junto con herramientas como la flamante DMA y otros esfuerzos de aplicación, gran parte de su atención va a dirigirse hacia los mercados digitales.

Y, en fin, ya en el año 2020 la OCDE había publicado²² un concienzudo informe sobre precisamente el abuso de dominio en los mercados digitales, que ponía de manifiesto la necesidad de “repensar” las teorías de daño empleadas hasta ahora para adaptarlas a este nuevo contexto. Pues bien, de todo ello se hablará en las páginas siguientes, ya que el ámbito que más preocupa ahora es precisamente el de la actuación de las grandes plataformas *on-line* en los nuevos ecosistemas digitales, y la complicada aplicación de las normas de Defensa de la Competencia en este nuevo escenario²³.

En cualquier caso, en el mes de agosto de 2024 se han publicado²⁴ -y sometido a consulta pública- una primera versión de estas *Directrices* sobre abusos de exclusión, y este trascendental documento será el que marque la pauta para la interpretación y aplicación del

²⁰ DROESSLER, P.: “Exclusionary abuses – more guidance to come”, blog *Antitrustpolitics.com*, 31 de marzo de 2023. En: <https://antitrustpolitics.com/2023/03/31/exclusionary-abuses-more-guidance-to-come/> (último acceso el 5 de abril de 2023).

²¹ Es muy elocuente esta crítica de una de las mayores expertas en la actualidad en el art. 102 TFUE: “Sin embargo, es un hecho que las empresas no están mucho mejor informadas sobre lo que es legal y lo que es ilegal en virtud del artículo 102 del TFUE que antes de la adopción de las Orientaciones. Incluso podrían estar más confundidas que antes”. AKMAN, P.: “The European Commission’s Guidance on Article 102TFEU: From Inferno to Paradiso?”, *The Modern Law Review*, Vol. 73 (4), p. 630.

²² OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*. Disponible en la página web: www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf

²³ CRANE, D.: “Ecosystem Competition and the Antitrust Laws”, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, Issue n. 2, 2019, pp. 412 – 424.

²⁴ Comunicación de la Comisión: Borrador de *Directrices sobre la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, 1 de agosto de 2024. Disponible en la página web: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en

art. 102 TFUE a esta categoría de abusos de posición dominante.

Con carácter general, no parece que estas *Directrices* vayan a alterar mucho el análisis de la conducta de las empresas que lleva a cabo la Comisión Europea, que será prudente, y sin asumir riesgos innecesarios seguirá al pie de la letra la doctrina jurisprudencial emanada de los tribunales de la Unión. En este sentido, y pese a ligeras variaciones gramaticales sobre algunos de los conceptos empleados hasta la fecha, la Comisión seguirá efectuando un análisis de efectos de las conductas supuestamente abusivas, antes de poder concluir sobre su licitud o ilicitud conforme al art. 102 TFUE. Como acertadamente se ha señalado²⁵, ni siquiera con un documento de estas características la Comisión podría retroceder en este enfoque basado en efectos que tan claramente han marcado los tribunales de la Unión.

En efecto, pese a que en algún análisis que ya se ha publicado²⁶ sobre la propuesta de *Directrices* se apunta que la Comisión está separándose de este enfoque económico basado en efectos, en la medida en que establece una serie de “presunciones de daño” para las conductas anticompetitivas que recoge en el documento, consideramos que esto no es un cambio de enfoque sino simplemente codificar la jurisprudencia existente y el amplio acervo comunitario sobre prácticas de abuso de posición dominante.

Es cierto que la interpretación que la Comisión lleva a cabo de la jurisprudencia existente para configurar sus presunciones y los respectivos test legales puede ser discutible, pero precisamente por ello se insiste en que son presunciones rebatibles, y que las empresas pueden aportar evidencia exculpatoria en su defensa. En cualquier caso, sobre esto, y sobre la propia validez de los test legales propuestos, serán los tribunales de la Unión los que tengan la última palabra.

4.2. Categorización de nuevos conceptos

Las *Directrices* de 2024 al identificar (apartado 31) “las ventajas derivadas de los datos” como uno de los principales obstáculos a la expansión y entrada a un mercado, tanto limitando el acceso a datos únicos, las economías de escala y alcance relacionadas con los datos, o los efectos de red basados en datos. Naturalmente, en este punto la Comisión se apoya en la Sentencia del TG en el asunto *Google – Android*²⁷, en el que los datos tuvieron un papel esencial en la conducta declarada abusiva y contraria al art. 102 TFUE, que le valió al gigante norteamericano la multa más grande impuesta nunca a una sola empresa, 4.300 millones de euros.

Hay también un apartado expreso dedicado al *self-favoring*, que en la versión en castellano se traduce como *autopreferencia*, y se conceptúa (apartado 156) como una situación en la que “una empresa dominante conceda activamente un trato preferente a sus propios productos en comparación con los de los competidores, principalmente mediante una conducta no ligada a los precios”.

Naturalmente, esta definición legal lo único que hace es codificar la doctrina sentada por el

²⁵ PEEPERKORN, L.: “The Draft Article 102 Guidelines: A Somewhat Confused Attempt to Partly Roll Back the Effects-based Approach of the Union Courts”, 4 de septiembre de 2024, *Kluwer Competition Law Blog*. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/09/04/the-draft-article-102-guidelines-a-somewhat-confused-attempt-to-partly-roll-back-the-effects-based-approach-of-the-union-courts/>

²⁶ KILLICK, J.; FUENTES MÁIQUEZ, A; TEIXEIRA PIRES, M.; CITRON, P.: “The European Commission Moves Away from Economics and Proposes a Presumption-Based Approach in its Draft Guidelines on Exclusionary Abuses”, en *Kluwer Competition Law Blog*, 23 de Agosto de 2024. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/08/23/> (último acceso el 30 de agosto de 2024).

²⁷ Sentencia del TG de 14 de septiembre de 2022, As. T-321/05 (ECLI:EU:T:2022:541).

Tribunal General en el asunto *Google Shopping*²⁸, al cual hacen referencia explícita las *Directrices* (nota n. 330) en el texto.

Finalmente, y esto nos parece un poco decepcionante, ya que la práctica exige una mayor elaboración del test, el apartado 160 se limita a indicar que para determinar si esta conducta puede ser abusiva tienen que concurrir los dos requisitos que ha venido repitiendo para todos los abusos no sujetos a criterios jurídicos específicos: que esa concesión de un trato preferente a los productos propios se aparte de la competencia basada en los méritos, y que pueda producir efectos de exclusión.

²⁸ Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping)*, As. T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763), apartado 240.