

**CASOS PRÁCTICOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LDC Y
102 DEL TFUE; EN ESPECIAL, ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL
ÁMBITO DE SECTORES SUPERVISADOS Y QUE AFECTAN A ENTIDADES DEL
SECTOR PÚBLICO**



Adrián Sánchez Andrés

**Técnico de la Asesoría Jurídica de la
Comisión Nacional de los Mercados y la Competenciaⁱ**

Cuestiones prácticas sobre el derecho de la competencia

7 de marzo a 4 de abril de 2022

SUMARIO

RESUMEN	3
1. NOCIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	4
1.1. INTRODUCCIÓN	4
1.2. JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA PROHIBICIÓN	4
1.3. MARCO NORMATIVO	5
1.4. OBJETO Y ELEMENTOS DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	7
1.4.1. La posición de dominio	7
<i>1.4.1.1. Identificación de la posición de dominio</i>	8
1.4.1.1.1. Cuota de mercado	8
1.4.1.1.2. Barreras de entrada	9
1.4.1.1.3. Poder compensatorio de la demanda	10
1.4.2. El comportamiento abusivo	10
<i>1.4.2.1. Criterios para evaluar el comportamiento de la empresa dominante</i>	12
1.5. CATEGORÍAS DE ABUSO	12
1.6. EFECTOS: HACIA UN ENFOQUE MÁS ECONÓMICO	13
2. RESOLUCIONES SANCIONADORAS DICTADAS POR LA CNMC POR ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	15
3. EXPEDIENTES DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL ÁMBITO DE LOS SECTORES SUPERIVADOS Y QUE AFECTAN A ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO	18
3.1. S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA	18
3.2. S/0041/19 CORREOS 3	20
4. CONCLUSIÓN	22

RESUMEN

Una de las prioridades declaradas por la CNMC es fomentar que sea efectiva la liberalización de los sectores económicos tradicionalmente sometidos a monopolios legales. Para ello, uno de los instrumentos utilizados por la CNMC han sido los expedientes sancionadores por conductas anticompetitivas de los operadores incumbentes -en muchas ocasiones empresas públicas-, que obstaculizan que dicha liberalización se produzca de forma efectiva.

La presente ponencia recoge el estudio de los casos prácticos de conductas de abuso de posición de dominio prohibidas por los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, prestando especial atención a los abusos de posición de dominio cometidos en el ámbito de los sectores supervisados donde se hayan visto directamente afectadas entidades del sector público.

Con carácter previo al análisis de los casos concretos de abuso de posición de dominio, se hace un breve repaso -no exhaustivo- de las nociones básicas que configuran este tipo de infracción.

Posteriormente, se aborda el estudio de los casos de abuso de posición de dominio cometidos por entidades del sector público en el marco de los sectores supervisados: en concreto, las conductas cometidas por la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora y Renfe Mercancías, S.A. y por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. en los expedientes sancionadores S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA y S/0041/19 CORREOS 3, respectivamente.



Estudios
Jurídicos

1. NOCIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

1.1. INTRODUCCIÓN

El abuso de posición de dominio prohibido por los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)¹ y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)², junto con las conductas colusorias recogidas en los artículos 1 y 101 de ambas normas, respectivamente, es el otro pilar del control *ex post* de las conductas restrictivas de la competencia³.

No es una figura de carácter estático, sino que su configuración actual es fruto de una constante evolución jurisprudencial. Ha pasado de ser entendida de un modo más formalista y dogmático a aplicarse e interpretarse de un modo más dinámico y económico. En los últimos años se ha podido observar cómo, a través de las decisiones y resoluciones de las autoridades de competencia y de los pronunciamientos judiciales, se ha ido otorgando una mayor relevancia al análisis de los efectos desplegados por este tipo de conductas en la estructura de los mercados y en el bienestar de los consumidores.

Como se verá en las próximas páginas, el primer análisis que hay que abordar para acreditar la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio es determinar si la empresa en cuestión ostenta una posición de dominio en el mercado relevante. Se trata fundamentalmente de identificar a aquellos competidores actuales o potenciales de las empresas abusadoras que puedan limitar su comportamiento o impedirles actuar con independencia mediante presiones competitivas, así como determinar otras posibles restricciones de naturaleza endógena a las que se puedan enfrentar dichas empresas en el mercado relevante.

En una segunda sede hay que analizar si la empresa con posición de dominio se ha comportado de manera abusiva y anticompetitiva en el mercado.

1.2. JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA PROHIBICIÓN

Pero antes de entrar al análisis de esta figura sancionadora hay que entender la motivación y justificación que hay detrás de su prohibición. Al respecto, el derecho de la competencia tiene una base fundamentalmente económica y ello permea a la hora de decidir sobre la prohibición y la antijuridicidad de las conductas prohibidas. En este sentido, el legislador busca preservar una situación de rivalidad entre las empresas bajo la lógica de que cuando las empresas compiten, movidas por el objetivo de maximizar sus beneficios, el bienestar de los consumidores (y de la sociedad en su conjunto) aumenta, porque disfrutan de menores precios y una mayor calidad y variedad de productos y servicios. Por el contrario, si no hay rivalidad, el bienestar de los consumidores y de la sociedad se reduce drásticamente. Por ello, parte de la lógica de la prohibición del abuso de posición de dominio se viene a justificar en la necesidad de proteger la estructura competitiva de los mercados.

¹ «BOE» núm. 159, de 04/07/2007.

² Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

³ Se omite, por tratarse de una prohibición de carácter exclusivamente nacional que no encuentra reflejo en el TFUE, la conducta del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, recogida en el artículo 3 de la LDC.

Por tanto, la prohibición de las conductas abusivas se justifica, desde la perspectiva económica, en la necesidad de impedir que determinadas empresas actúen como si estuvieran en una situación de monopolio, una estructura de mercado que se contrapone frontalmente a la al modelo de la competencia perfecta.

Precisamente, 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; en segundo lugar, 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; y por último, el monopolista dedicará parte de sus recursos a mantener su posición y mantener fuera del mercado a competidores deseosos de entrar en su mercado. Estos esfuerzos, suponen una pérdida de recursos desde el punto de vista del interés público.

Lo anterior explica que la gran mayoría de legislaciones de los países desarrollados prohíban, con mayor o menor intensidad y acierto, las conductas consistentes en un abuso de posición de dominio.

1.3. MARCO NORMATIVO

Como ya se ha indicado, la explotación abusiva de una posición de dominio está prohibida tanto por el artículo 2 de la LDC, como por el artículo 102 del TFUE. Aunque ambos artículos resultan, en términos generales, muy similares por su redacción y contenido, es posible identificar algunas diferencias entre ellos:

Comparativa entre los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC⁴

Artículo 102 del TFUE	Artículo 2 de la LDC
<p>Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que <i>pueda afectar al comercio entre los Estados miembros</i>, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el <i>mercado interior o en una parte sustancial del mismo</i>.</p> <p>Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 	<ul style="list-style-type: none"> 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio <i>en todo o en parte del mercado nacional</i>. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: <ul style="list-style-type: none"> a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) <i>La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios</i>. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos. 3. <i>La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.</i>

La primera diferencia, y más obvia, tiene que ver con el distinto ámbito geográfico de aplicación de ambos artículos. Mientras que el TFUE abarca la explotación abusiva de una posición de dominio “*que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros [...] en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo*”, la LDC prohíbe la explotación abusiva de una posición de dominio únicamente “*en todo o en parte del mercado nacional*”.

En lo que se refiere al tipo de prácticas abusivas que podrían ser objeto de la prohibición, la LDC prohíbe explícitamente la comisión de un comportamiento abusivo más: “*La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios*”, recogida en el epígrafe 2.c) del mencionado precepto. Ahora bien, a efectos prácticos, esta diferenciación resulta irrelevante, toda vez que tanto la redacción de la LDC como del TFUE

⁴ Se enfatizan en cursiva las principales diferencias existentes entre ambos preceptos.

manifiestan el carácter abierto del listado de prohibiciones⁵. Incluso, el propio Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 [actuales artículos 101 y 102 del TFUE] del Tratado⁶ señala que “[...] *Los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.*”

Otra diferencia destacable entre ambos preceptos tiene que ver con el apartado 3 del artículo 2 de la LDC, el cual aclara que “*La prohibición [...] se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal*”, generalidad que, si bien no está presente en la redacción del artículo 102 del TFUE, si está incorporada más adelante en el artículo 106, y que tiene especial importancia de cara a disciplinar el comportamiento de empresas públicas presentes en mercados recientemente liberalizados.

1.4. OBJETO Y ELEMENTOS DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El objeto de la prohibición recogida en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE es la explotación de manera abusiva de una posición de dominio en un mercado relevante. El bien jurídico protegido podría afirmarse que es el funcionamiento competitivo de los mercados, y con él el bienestar de los consumidores y de la sociedad en su conjunto. Precisamente por ello, es importante aclarar que la normativa de competencia no prohíbe la ostentación de una posición de dominio en sí, la cual puede haberse alcanzado tanto como consecuencia del fruto de un extraordinario esfuerzo y éxito empresarial como derivarse simplemente de la herencia propia de las antiguas empresas monopolísticas con presencia en mercados recientemente liberalizados y que con anterioridad ostentaban tal posición de dominio otorgada por el Estado.

En lo que se refiere a los elementos de la prohibición, de la lectura de ambos artículos se identifican los dos elementos básicos del tipo de la prohibición de abuso de posición de dominio: la existencia de posición de dominio y la comisión de un comportamiento abusivo.

Aunque en la presente ponencia no se analiza, sí es importante mencionar que la definición del mercado relevante adquiere gran importancia a la hora de identificar la posible existencia de una posición de dominio por parte de una empresa en un mercado concreto. De hecho, se observa una tendencia por parte de las autoridades de competencia a definir mercados relevantes estrechos, a fin de asegurar que la empresa investigada tenga mayores cuotas de mercado que faciliten acreditar y fundamentar así la existencia de una posición de dominio, elemento previo esencial para fundamentar la existencia de un abuso.

1.4.1. La posición de dominio

Como habrá podido advertir el lector de la lectura de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE ninguno de ambos preceptos define qué se entiende por posición de dominio, un

⁵ El lector podrá observar que ambos artículos se redactan en modo condicional: el artículo 2 de la LDC señala que “*el abuso podrá consistir, en particular, en [...]*” y el 102 del TFUE indica que “*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: [...]*” (subrayado añadido).

⁶ Diario Oficial n° L 001 de 04/01/2003 p. 0001 – 0025.

concepto de vital importancia, pues supone el primer elemento que debe ser identificado para, posteriormente, poder acreditar un abuso de posición de dominio.

Para suplir esa falta de concreción normativa se ha admitido pacíficamente en la jurisprudencia y en la práctica de las autoridades de competencia el referido en el apartado 65 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978⁷, que define la posición de dominio como:

“65. [...] la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”

De esta definición se pueden extraer los dos elementos principales exigibles para poder acreditar la existencia de una posición de dominio: por un lado, la capacidad para limitar la competencia efectiva en el mercado; y, por otro lado, la capacidad de comportarse de forma independiente frente a competidores, proveedores y consumidores, aunque sea de un modo apreciable.

1.4.1.1. Identificación de la posición de dominio

Aunque desde un plano doctrinal resultaría relativamente sencillo localizar los elementos definitorios de la existencia de una posición de dominio, en la práctica es una tarea algo más compleja. Afortunadamente, existe un cierto consenso en torno a los elementos a los que las autoridades de competencia deben acudir para su identificación. Básicamente, estaríamos hablando de analizar la cuota de mercado de la empresa incumbente, de las barreras de entrada presentes en el mercado relevante y del poder compensatorio de la demanda.

1.4.1.1.1. Cuota de mercado

Por cuota de mercado entendemos el porcentaje de la venta de un determinado producto por parte de un operador en concreto sobre el total de las ventas de ese mismo producto en un mercado determinado.

Éste suele ser el primer elemento al que se acude para analizar la posible posición de dominio de cualquier empresa en un mercado concreto. Sin duda, como una primera aproximación, aporta elementos valiosos para el análisis, pero que por sí solos, resultan insuficientes para alcanzar cualquier tipo de conclusión.

Está comprobado que, por si sola, la cuota de mercado puede llevarnos a conclusiones equivocadas. Por ejemplo, en mercados dinámicos, poco maduros, con altos crecimientos y rápido cambio tecnológico, la existencia de elevadas cuotas en el momento presente puede no ser representativas de las cuotas futuras. Por ejemplo, el mercado de los servicios de redes sociales es un buen ejemplo de ello, donde incluso a pesar de las difíciles condiciones de expansión de nuevos entrantes como consecuencia de las características propias de los mercados de red, se ha observado cómo empresas que parecían consolidadas en el mercado han ido desapareciendo para dar paso a nuevos entrantes con nuevas características.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. *United Brands Company y United Brands Continental BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. Asunto 27/76. ECLI:EU:C:1978:22.

Así, junto con el análisis de la cuota de mercado de la empresa incumbente, es importante analizar otros elementos que se interrelacionan con la misma, por ejemplo, el número de competidores, sus cuotas y evolución respectiva a lo largo del tiempo, el tamaño y los recursos tanto tecnológicos como financieros de dichos participantes, etc.

1.4.1.1.2. Barreras de entrada

Otro elemento que nos permite identificar la posible existencia de una posición de dominio de una empresa en un determinado mercado es la presencia de barreras a la entrada, que son aquellos condicionantes de entrada y expansión en un mercado que afectan a las empresas que operan o pretenden operar en el mismo.

Entre las principales barreras de entrada existentes podemos citar las de tipo legal, los costes hundidos y los costes de ajuste o *switching costs*:

Las barreras de entradas legales pueden otorgar un derecho exclusivo para realizar una determinada actividad económica a un operador en concreto. Los derechos de propiedad intelectual son un buen ejemplo de ello. La razón por la que el legislador permite la existencia de estas restricciones a la libre competencia se debe a su voluntad de incentivar la investigación y el desarrollo en los distintos campos del conocimiento. Mediante estas restricciones a la competencia se permite que el operador recupere y rentabilice las inversiones y desembolsos realizados para alcanzar dicho producto o servicio, o invención. Por su parte, los monopolios legales para ejercer determinadas actividades también se erigen como barreras legales a la entrada para nuevos entrantes. Al margen de que algunos de ellos carezcan hoy en día de una justificación razonable, o realmente sean adecuados para alcanzar las finalidades pretendidas por el legislador, son numerosos los ejemplos que podemos citar, como la venta minorista de tabaco a través de los estancos, de medicamentos a través del canal de farmacias o determinadas actividades portuarias o aeroportuarias. Por último, también podemos mencionar, como ejemplos de barreras legales de entrada los aranceles o las cuotas de importación de determinados productos en un país.

En lo que se refiere a los costes hundidos, hay que entenderlos como aquellos costes que no se pueden recuperar si el competidor potencial fracasa en su intento de entrada en el mercado. Lógicamente, cuanto mayor sean estos costes, menor presión competitiva derivada de competidores potenciales sentirán los operadores que estén presentes previamente en dicho mercado. Los costes hundidos pueden ser muy variados, desde una maquinaria específica y de difícil o imposible reventa hasta los estudios de mercado y campañas publicitarias diseñadas específicamente para el lanzamiento e intento de posicionamiento en una determinada marca en un mercado concreto. Como puede observarse, se trata, en general de inversiones de difícil o imposible recuperación.

Por último, por *switching costs* debemos entender los costes de ajuste o transición en los que incurre un consumidor al cambiar de marca, proveedor o producto. Aunque la mayoría de los costes de cambio son de naturaleza monetaria, estos costes pueden tener también un carácter psicológico, derivado de la fidelización o confianza del consumidor en una determinada marca o servicio, o pueden estar basados también en el esfuerzo o incluso en el tiempo y burocracia empleada para llevarlos a cabo.

1.4.1.1.3. Poder compensatorio de la demanda

El tercer elemento que puede ayudar a identificar la existencia de una posición de dominio en un determinado mercado viene determinado por el poder compensatorio de la demanda, que se refiere a la presión que, en determinados mercados y circunstancias, pueden ejercer los consumidores y proveedores en contraposición al poder que determinadas empresas o prestadores de servicios puedan gozar un determinado mercado.

De este modo, en ocasiones, grandes superficies o supermercados, como consecuencia de su tamaño y capacidad de pago, pueden compensar hasta prácticamente convertir en testimonial, el poder de mercado de una empresa determinada que le surta de un determinado producto, por mucho que el mismo sea lo suficientemente relevante para el consumidor final⁸.

1.4.2. El comportamiento abusivo

Cabe recordar que para que se cumpla el tipo infractor no basta con que la empresa en cuestión detente una posición de dominio, sino que es necesario, además, que lleve a cabo una práctica abusiva.

Al igual que ocurre en relación con el concepto de posición de dominio, el legislador tampoco ha definido qué se entiende por comportamiento abusivo, más allá de la mención a los distintos comportamientos abusivos recogidos en los artículos 2 de la LDC y el 102 del TFUE que ya se han citado. No obstante, se recuerda que los mismos no constituyen un catálogo cerrado de prácticas abusivas, pues como ha reiterado la jurisprudencia comunitaria, pueden existir comportamientos abusivos que estarían dentro del ámbito del artículo 102 TFUE no recogidos en el citado listado⁹. 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.

Del mismo modo, tampoco sería correcto afirmar que todos los comportamientos abusivos contenidos en los listados de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE pueden ser consideradas *ex ante* como abusivos y dañinos para el funcionamiento de los mercados y los consumidores: al contrario, hay que considerar que muchas prácticas pueden tener tanto efectos pro-competitivos como anticompetitivos¹⁰.

En todo caso, la jurisprudencia sí ha llevado a cabo numerosos intentos por definir qué debemos entender por comportamiento abusivo. Así, desde los años 70, son dos los elementos clave en la definición del abuso de posición de dominio; por un lado, los “*medios de*

⁸ Véase al respecto la resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de enero de 1999 (Expte. R 313/98, *Wilkinson/Gillette*).

⁹ Por todas, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc.* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 6-72. EU:C:1973:22. Apartado 26.

¹⁰ Al respecto, ya desde el Asunto *United States of America v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) de 28 de junio de 2001, se evidenciaba la dificultad de distinguir entre una conducta procompetitiva y una exclusionaria: “*Whether any particular act of a monopolist is exclusionary, rather than merely a form of vigorous competition, can be difficult to discern: [...] The challenge for an antitrust court lies in stating a general rule for distinguishing between exclusionary acts, which reduce social welfare, and competitive acts, which increase it.*”

competencia normal” definidos en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de febrero de 1979¹¹ y, por otro, el elemento de “*responsabilidad especial*” de la empresa dominante consistente en “*no impedir, con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*”¹². La cuestión de hasta dónde se extiende esta especial responsabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso en el que se manifiesta una situación competitiva debilitada¹³.

Así, en la actualidad podemos considerar que el concepto de “*explotación abusiva de una posición dominante*” en el sentido del artículo 102 TFUE es un concepto objetivo, que se refiere a:

“148. [...] *las actividades de una empresa en posición dominante que, en un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia*”¹⁴.

Asimismo, la jurisprudencia comunitaria también ha establecido que el presunto carácter abusivo de una práctica de una empresa dominante en virtud del artículo 102 TFUE debe realizarse tomando en consideración todas las circunstancias particulares del caso¹⁵.

Dicho carácter objetivo no es óbice para tener en cuenta la intencionalidad del operador dominante cuando resulta acreditado que tenía precisamente el objetivo de obstaculizar la competencia¹⁶. Sobre este punto, si bien no se exige en absoluto que se acredite la existencia de una intención anticompetitiva imputable a la empresa que ostenta la posición dominante, la prueba de dicha intención sí “*constituye una circunstancia de hecho que puede ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de un abuso de posición dominante*”¹⁷.

¹¹ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. *Hoffmann-La Roche & Co. AG* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 85/76. ECLI:EU:C:1979:36. Apartado 91.

¹² Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 322/81. ECLI:EU:C:1983:313. Apartado 57.

¹³ Al respecto, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2000. *Compagnie maritime belge transports SA* (C-395/96 P), *Compagnie maritime belge SA* (C-395/96 P) y *Dafra-Lines A/S* (C-396/96 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P. ECLI:EU:C:2000:132. Apartado 114.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) Ltd* y otros contra *Competition and Markets Authority*. Asunto C-307/18. ECLI:EU:C:2020:52.

¹⁵ Por todas, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de abril de 2018. *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA* contra *Autoridade da Concorrência*. Asunto C-525/16. ECLI:EU:C:2018:270. Apartados 27 y 28.

¹⁶ Tal y como se ha establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2000. *Compagnie maritime belge transports SA* (C-395/96 P), *Compagnie maritime belge SA* (C-395/96 P) y *Dafra-Lines A/S* (C-396/96 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P. ECLI:EU:C:2000:132.

¹⁷ Al respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) Ltd* y otros contra *Competition and Markets Authority*. Asunto C-307/18. ECLI:EU:C:2020:52.; señala que:

En definitiva, podríamos considerar que el concepto de abuso se refiere generalmente a toda conducta de una empresa en posición de dominio que produce una debilitación de las condiciones de competencia en el mercado, cuando la empresa dominante recurre a prácticas distintas a las que suelen considerarse como habituales en el mercado.

1.4.2.1. Criterios para evaluar el comportamiento de la empresa dominante

Una vez claro cuáles son los elementos clave que deben formar parte de la definición del comportamiento abusivo, resulta oportuno abordar también, desde una perspectiva práctica, qué criterios pueden ayudar a identificar y evaluar si tal conducta debe incardinarse entre las prohibidas por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

De entrada, lo más obvio es fijarse en el hecho de si la conducta analizada encaja o contiene alguno de los elementos característicos de los comportamientos abusivos recogidos en el listado de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE. No obstante, el alcance de los efectos en el mercado también puede dar pistas sobre la ilicitud del comportamiento, unido a la intensidad y grado de la posición dominante de la empresa involucrada. También deben ser objeto de análisis las amenazas que representan los demás competidores reales o potenciales de la dominante, así como la proporcionalidad de la conducta llevada a cabo por la empresa dominante en respuesta a dicha amenaza. Como ya se ha señalado, aun estando presente los demás elementos objetivos de la definición de comportamiento abusivo, también puede resultar útil analizar la intencionalidad de la empresa dominante, para determinar si la misma tiene carácter excluyente o anticompetitiva.

1.5. CATEGORÍAS DE ABUSO

En función de la finalidad con que se materializan los comportamientos abusivos, podemos agruparlos en tres categorías: explotativos, exclusionarios o discriminatorios¹⁸:

Los abusos explotativos son aquellos en los que la empresa en posición de dominio aprovecha su poder de mercado para apropiarse de parte de la renta de sus clientes. Uno de los ejemplos de abuso explotativo más evidente por su capacidad para reducir de forma directa el bienestar de los consumidores es la fijación de precios excesivos¹⁹.

Los abusos exclusionarios, por su parte, 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. Es la categoría de abuso más habitual, y responde a la necesidad de la empresa

“165. [...] a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE, no se exige en absoluto que se acredite la existencia de una intención anticompetitiva imputable a la empresa que ostenta la posición dominante, la prueba de dicha intención, si bien no basta por sí misma, constituye una circunstancia de hecho que puede ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de un abuso de posición dominante”.

¹⁸ Lo anterior, no obsta para que un mismo comportamiento abusivo formar parte de varias categorías.

¹⁹ Entre los casos existentes de conductas de abuso de posición de dominio de tipo explotativo por fijación de precios excesivos pueden citarse *United Brands, Tournier/Lucazeau; Llavijas Autoru apvieniba* o el expte. 626/07, *Canarias de Explosivos*. Otro ejemplo de prácticas de abuso de posición de dominio de tipo explotativos ajena a la fijación de precios excesivos es el caso S/0446/12 *ENDESA INSTALACIÓN*.

dominante de garantizar la futura explotación de sus clientes o suministradores²⁰. Solo bajo esta perspectiva puede entenderse que conductas como la aplicación de descuentos excesivos puedan ser consideradas como abusivas, a pesar de que, inicialmente y de forma transitoria, puedan permitir a los consumidores acceder a precios más ventajosos.

Por último, parte de la doctrina también ha mencionado la existencia de una tercera categoría de abusos, aquéllos de tipo discriminatorio, cuya finalidad vendría determinada por la intencionalidad de discriminar entre grupos de clientes o competidores para poder extraer la mayor cantidad de rentas de cada grupo o bloquear la entrada o expulsar, en función de su potencial capacidad para competir, a los competidores reales o potenciales²¹. El caso más generalizado de abuso de tipo discriminatorio es el consistente en la imposición de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes por parte de un operador dominante, entre los que se encuentran la discriminación de precios. Desde una perspectiva tradicional podríamos afirmar que si una empresa en posición de dominio aplica condiciones diferentes que no estén objetivamente justificadas, estaría distorsionando la competencia, sin necesidad de demostrar tales efectos. No obstante, desde una perspectiva más actual, podemos considerar que únicamente estará comprendida en el ámbito de la prohibición de abuso de posición dominante de tipo discriminatorio aquella conducta con capacidad de falsear la competencia entre los operadores del mercado²².

1.6. EFECTOS: HACIA UN ENFOQUE MÁS ECONÓMICO

De una simple lectura de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE se observa que el legislador no ha querido distinguir entre aquellos abusos de posición de dominio por objeto y

²⁰ Entre otros ejemplos de conductas de abuso de posición de dominio de tipo exclusionario podemos citar la negativa de suministro/a conceder una licencia (casos *Commercial Solvents*; *Magill*; *Bronner*; *IMS*); la fijación de precios predatorios (*AKZO*); la vinculación (*Tetra Pak II*); la obligación de exclusividad/descuentos de fidelidad (*Hoffmann La Roche – INTEL*); el abuso estructural (*Continental Can*); los descuentos por objetivos (*Michelin I*) o de cantidad, bonus así como otras prácticas de fidelización (*Michelin II*); la compresión de márgenes (*Deutsche Telekom*); los descuentos por contratación global (vinculación) (*646/08, AXION/ABERTIS*); la negativa de suministro a distribuidores independientes (*S/DC/0540/14, ISTOBAL*); el “*Self-preferencing*” (*Google Shopping*); los *Payments-for-delay* (*Generics*) y los pagos por no probar productos competidores (*Intel*).

²¹ Entre otros ejemplos de conductas de abuso de posición de dominio de tipo discriminatorio están los precios discriminatorios (*BA*; *Irish Sugar*; *Meo*); y/o tarifas inequitativas (*S/0500/13, AGEDI/AIE RADIO*).

²² Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 20 de diciembre de 2017 en el Asunto C-525/16, MEO - — *Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.*, contra *Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2017:1020, donde señala:

“67. A diferencia de lo que podría sugerir un análisis superficial, el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), no obliga a los titulares de un monopolio o de una posición dominante a aplicar a sus socios comerciales tarifas uniformes.

68. Del propio tenor de dicha disposición se desprende que la discriminación tarifaria que una empresa dominante aplica a sus socios comerciales únicamente estará comprendida en el ámbito de la prohibición de abuso de posición dominante si la competencia entre esos socios resulta falseada a consecuencia de dicha discriminación. (en cursiva en el original)

69. En definitiva una aplicación rigurosa de dicha disposición exige, por un lado, que se compruebe si existe una relación de competencia entre los socios comerciales de la empresa dominante y, por otro lado, que se acredite que el comportamiento de esa empresa puede falsear la competencia entre las empresas afectadas en el caso concreto. (16) Analizaré esta cuestión en más detalle a continuación.”

por efecto, como sí hace en relación con las conductas colusorias prescritas en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

No obstante, con la práctica de las autoridades de competencia y a través de las interpretaciones jurisprudenciales que se han ido publicando se fueron definiendo algunas conductas abusivas que, en la práctica, parecían estar prohibidas por su objeto. Nos podemos referir a las cláusulas de exclusividad, los precios predatorios por debajo del coste medio incremental o las prácticas abiertamente de exclusión, como los descuentos vinculados a una cláusula de exclusividad, o la negativa directa de acceso a los recursos esenciales²³.

No obstante, recientemente, tras la publicación de la Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2022 en el asunto *Intel*²⁴, parece que se culmina una evolución desde un enfoque excesivamente formalista hacía un enfoque cada vez más económico. Son especialmente didácticas las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Wahl, presentadas el 20 de octubre de 2016 sobre este asunto²⁵, acogidas por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde señalaba que:

“117. La apreciación de la capacidad tiene por objeto establecer si la conducta reprochada tiene, con toda probabilidad, un efecto [restrictivo] de exclusión contrario a la competencia. Por esa razón, la probabilidad debe ser considerablemente más que la mera posibilidad de que un determinado comportamiento pueda restringir la competencia. Por el contrario, no basta con que sea más probable que se produzca el efecto de exclusión que no se produzca. [...]

118. Aunque es cierto que el Tribunal de Justicia ha subrayado regularmente, en su jurisprudencia, la especial responsabilidad de las empresas en posición dominante, no cabe interpretar tal responsabilidad en el sentido de que el umbral para la aplicación de la prohibición de abusos prevista en el artículo 102 TFUE pueda reducirse hasta el punto de desaparecer prácticamente. Así sucedería si el grado de probabilidad exigido para determinar que el comportamiento reprochado constituye un abuso de posición dominante no fuera más que la mera posibilidad teórica de un efecto de exclusión, como parece sugerir la Comisión. Si se acepta un nivel tan bajo de probabilidad, habría que admitir que el Derecho de la competencia de la Unión sanciona la forma, no los efectos contrarios a la competencia.”

Este giro hacia un enfoque más económico parece dirigirse al criterio plasmado por la Comisión europea en el año 2009 en sus *“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”* (Orientaciones)²⁶ en cuyo párrafo 5 señaló que la aplicación de dicho artículo por la Comisión iría encaminada a velar por el correcto funcionamiento de los mercados y porque los consumidores se beneficiaran de la eficiencia y productividad resultantes de la competencia efectiva entre las empresas, dando así un mayor peso al análisis de los efectos del abuso sobre la competencia y los consumidores.

²³ Véase, como ejemplo paradigmático, la Sentencia Del Tribunal General (Sala Primera ampliada), de 18 de noviembre de 2020, *Lietuvos geležinkeliai AB v European Commission*, Case T-814/17. ECLI:EU:T:2020:545.

²⁴ Véase la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta ampliada) de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation Inc.* contra Comisión Europea, Asunto T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, reenviado mediante la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corp. Inc.* contra Comisión Europea. Asunto C-413/14 P. ECLI:EU:C:2017:632.

²⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Wahl, presentadas el 20 de octubre de 2016, Asunto C-413/14 P. *Intel Corporation Inc.* contra Comisión Europea. ECLI:EU:C:2016:788.

²⁶ DO C 45 de 24.2.2009, p. 7/20.

Asimismo, en su párrafo 19 se recogía la necesidad de intervenir solo si hay un cierre anticompetitivo del mercado²⁷. Entre los factores englobados para determinar tal cierre de mercado se mencionaban las condiciones de entrada y expansión en el mercado (barreras de entrada, economías de escala o efectos de red), el poder de negociación de la demanda, el alcance de la conducta presuntamente abusiva, la selectividad de las prácticas y las pruebas de una estrategia de cierre.

También se señalaba en los párrafos 23 y siguientes de las Orientaciones la utilización opcional del Test AEC²⁸ o del competidor igualmente eficiente, mismo que se utiliza para determinar si un competidor igualmente eficiente que la empresa en posición dominante, y que padece los mismos costes que esta, puede seguir cubriéndolos los costes en tal caso.

Por tanto, parece observarse progresivamente una vuelta hacia un enfoque más económico y una exigencia jurisprudencial de acreditación de efectos en aquellos expedientes sancionadores incoados por la comisión de conductas de abuso de posición de dominio.

2. RESOLUCIONES SANCIONADORAS DICTADAS POR LA CNMC POR ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Debido a la constante evolución jurisprudencial y doctrinal tan característica de esta rama del derecho, se ha circunscrito el análisis de los expedientes sancionadores de abuso de posición de dominio a aquéllos casos dictados y resueltos por la CNMC, dejando fuera del análisis las resoluciones sancionadoras dictadas por las extintas autoridades de competencia predecesoras: la Comisión Nacional de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Al respecto, la siguiente tabla muestra las resoluciones por conductas de abuso de posición de dominio dictadas por la CNMC desde su creación en el año 2013:

²⁷ El párrafo 19 de las Orientaciones define el cierre anticompetitivo del mercado como aquella: “situación en la que el acceso efectivo de los competidores a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores.”

²⁸ ‘Test AEC’ responde al acrónimo de ‘As Efficient Competitor test’.

Resoluciones sancionadoras dictadas por la CNMC por conductas de abuso de posición de dominio

Expediente sancionador ²⁹	Tipo de conducta abusiva	Cuantía de la multa ³⁰
S/0041/19 CORREOS 3 (18/02/2022)	Descuentos fidelizadores	32.600.000 € (CORREOS)
S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE (30/05/2019)	Imposición de condiciones contractuales y estatutarias abusivas y empaquetamiento tarifario	2.949.660 € (SGAE)
S/DC/0580/16 CRIADORES DE CABALLOS 2 (21/11/2017)	Imposición de condiciones comerciales arbitrarias, discriminatorias o no objetivas	187.677 € (ANCCE)
S/DC/0557/15 NOKIA (13/06/2017)	Estrechamiento de márgenes (<i>margin squeeze</i>)	1.741.478 € (NOKIA)
S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA (28/02/2017)*	Discriminación comercial abusiva	15.129.000 € (RENFE)
S/DC/0540/14 ISTOBAL (30/06/2016)*	Negativa de suministro	638.770 € (ISTOBAL)
S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO (26/11/2015)	Fijación de tarifas inequitativas y aplicación discriminatoria e injustificada de condiciones contractuales	1.211.400 € / 1.579.020 € (AGEDI / AIE)**
S/0460/13 SGAE – CONCIERTOS (06/11/2014)	Aplicación de tarifas inequitativas por excesivas y condiciones contractuales desproporcionadas	3.103.196 € (SGAE)***
S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS (17/07/2014)	Imposición de condiciones comerciales arbitrarias, discriminatorias o no objetivas	152.833,32 € (ANCEE)
S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN (10/07/2014)	Imposición de condiciones arbitrarias e inequitativas	1.181.309 € (ENDESA)***
S/0373/11 CORREOS 2 (21/01/2014)	Estrechamiento de márgenes (<i>margin squeeze</i>)	8.178.698 € (CORREOS)

Como puede observarse, actualmente tan solo pueden citarse 11 resoluciones sancionadoras por abusos de posición de dominio dictadas por la CNMC, un número muy inferior a las resoluciones sancionadoras que dicta la CNMC por la comisión de prácticas colusorias.

²⁹ Los números de expediente sancionador señalados con un asterisco (*) identifican aquellas resoluciones en las que el Consejo de la CNMC también ha acreditado la comisión de conductas colusorias.

³⁰ Las cifras de multa señaladas con dos asteriscos (**) identifican aquellas multas actualmente anuladas por la Audiencia Nacional y que se encuentran pendientes de recálculo por el Consejo de la CNMC.

Las cifras de multa señaladas con tres asteriscos (***) informan que la cuantía de la multa mostrada ha sido resultado del recálculo ordenado por la Audiencia Nacional.

De estas 11 resoluciones existentes, tan solo 2 de ellas han sido anuladas por los tribunales. En el asunto CORREOS 2 (expte. S/0373/11) el Tribunal Supremo desestimó mediante Sentencia de 5 de febrero de 2018³¹ el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015³² por la que se anuló la resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014, al considerar que la Comisión no había acreditado suficientemente los efectos exclusionarios de la conducta de estrechamiento de márgenes llevada a cabo por la Sociedad Estatal Correos y Telegrafos S.A., lo cual se puede enmarcar actualmente en la vuelta a la exigencia de un mayor enfoque económico y de acreditación de los efectos derivados de las conductas de abuso de posición de dominio. Concretamente, el Tribunal Supremo señaló en su Fundamento Tercero lo siguiente:

“[...] si la Sala de instancia ha valorado que no existe prueba suficiente de que el estrechamiento de márgenes -ese sí, plenamente acreditado- hay podido expulsar a los operadores alternativos y, en concreto, al principal de ellos, del mercado afectado, es claro que no es posible afirmar que haya existido abuso de posición de mercado. No porque no tales operadores no hayan sido efectivamente expulsados, sino porque no se ha considerado probada la posibilidad de que tal expulsión pudiera haberse producido. Así pues, es verdad que no es necesario que una conducta tenga ni propósito anticompetitivo deliberado ni consecuencias anticompetitivas efectivas pero si es preciso que tales efectos anticompetitivos sean al menos posibles. Y si no se ha probado que la conducta acreditada (en el caso de autos, el estrechamiento de márgenes a consecuencia de los descuentos aplicados por Correos), si bien susceptible en abstracto de tener efectos anticompetitivos, haya podido causar tales efectos en el concreto supuesto examinado, debido a la capacidad del principal operador alternativo y denunciante de contrarrestar el comportamiento de la empresa dominante, no es posible admitir que se haya acreditado una conducta contraria al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

La segunda resolución anulada por la Audiencia Nacional por conductas de abusos de posición de dominio ha sido la referida al expediente S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS, de 17 de julio de 2014, pero en esta ocasión por motivos exclusivamente de forma, al declarar caducado el expediente sin entrar en el examen de los elementos de fondo en su Sentencia de 13 de noviembre de 2015³³. No obstante, cabe destacar que ello dio lugar a la incoación de un nuevo expediente sancionador por los mismos hechos que dio lugar a la resolución de la CNMC de 21 de noviembre de 2017 en el marco del expediente S/0580/16 CRIADORES DE CABALLOS 2, que volvió a declarar comisión de un abuso de posición de dominio por parte de la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española en los mercados de gestión del Libro Genealógico del caballo de pura raza española y el de reglamentación y ordenación de los concursos morfológicos.

Otro elemento destacable del listado de resoluciones por conductas de abuso de posición de dominio dictadas por la CNMC es que puede observarse que las mayores multas se han impuesto a aquellas empresas presentes en mercados recientemente liberalizados. En concreto, puede observarse que las resoluciones de 28 de febrero de 2017 (expte. S/DC/0511/14 RENFE

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 5 de febrero de 2018, número de resolución 163/2018, ECLI:ES:TS:2018:254.

³² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 1 de julio de 2015, número de recurso 118/2014, ECLI:ES:AN:2015:2759.

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 13 de noviembre de 2015, número de resolución 111/2015, ECLI:ES:AN:2015:4121.

OPERADORA) y de 18 de febrero de 2022 (expte. S/0041/19 CORREOS 3) han recibido multas de 15.129.000 y 32.600.000 de euros, respectivamente, muy superiores al resto de multas impuestas.

3. EXPEDIENTES DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL ÁMBITO DE LOS SECTORES SUPERIVADOS Y QUE AFECTAN A ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

Una de las prioridades declaradas por la CNMC es fomentar que sea efectiva la liberalización de los sectores económicos tradicionalmente sometidos a monopolios legales. Para ello, uno de los instrumentos utilizados por la CNMC han sido los expedientes sancionadores por conductas anticompetitivas de los operadores incumbentes -en muchas ocasiones empresas públicas-, que obstaculizan que dicha liberalización se produzca de forma efectiva.

Por ello, en este epígrafe de la ponencia se procede a abordar el estudio de los dos casos de abuso de posición de dominio dictados por la CNMC y cometidos por entidades del sector público en el marco de los sectores supervisados: en concreto, se van a analizar las conductas cometidas por la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora y Renfe Mercancías, S.A. en el expediente S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA y por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (CORREOS) en el expediente S/0041/19 CORREOS 3.

3.1. S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA

Mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 28 de febrero de 2017, la CNMC sancionó a Renfe Operadora y Renfe Mercancías, S.A. (conjuntamente, RENFE), y a Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, y DB Schenker Rail Deutschland AG (conjuntamente, DEUTSCHE BAHN), por haber incurrido en una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC, y en el artículo 101 del TFUE, consistente en acuerdos y prácticas concertadas que, por su efecto, restringen la competencia al contribuir a un reparto de los mercados afectados, bajo la forma de un respeto del *statu quo* que existía en los mercados españoles de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías y de transporte de mercancías por ferrocarril en general, antes de la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril en España.

Asimismo, en dicha resolución la CNMC también sancionó a RENFE por haber abusado de su posición de dominio en el mercado minorista de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España y en el mercado mayorista de tracción ferroviaria para transporte de mercancías en España, infringiendo con ello los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, al haber discriminado comercialmente a terceros operadores ferroviarios en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, en relación con las condiciones aplicadas a DEUTSCHE BAHN.

En esta ocasión, centraremos el análisis del presente asunto únicamente en lo que se refiere a la conducta de abuso de posición de dominio. No obstante, este asunto es un buen

ejemplo de cómo en un mismo expediente sancionador pueden darse conductas tipificadas tanto como prácticas colusorias como de abuso de posición de dominio³⁴.

La investigación se inició por la CNMC a raíz de una denuncia que la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP) remitió a la CNMC en marzo de 2014, contra RENFE y sus filiales activas en el transporte de mercancías por ferrocarril, así como contra algunas empresas del grupo DEUTSCHE BAHN, por supuestas conductas prohibidas por la LDC. Según el denunciante, dichas conductas consistían, entre otras prácticas, en un abuso de posición dominante por parte de RENFE, en la prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías y ciertos segmentos vecinos (tales como la tracción y el alquiler de vagones).

A la vista de la denuncia de la AEFP, la CNMC abrió una información reservada, procediendo, en octubre de 2014, a incoar expediente sancionador contra RENFE y DEUTSCHE BAHN.

Cabe destacar que RENFE es el operador incumbente en el sector de servicios ferroviarios en España y hasta la liberalización introducida por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario³⁵, que empezó a hacerse efectiva a partir del año 2005, disponía de un monopolio en la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España.

Por su parte, grupo TRANSFESA, que fue adquirido por DEUTSCHE BAHN en 2008, había sido tradicionalmente el principal competidor en la prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías, incluso antes de la liberalización. En todo caso, conviene tener en cuenta que grupo RENFE y grupo TRANSFESA tienen participaciones cruzadas entre distintas empresas, que les dan derecho a acceder a los consejos de administración de las empresas afectadas.

En el transporte de mercancías por ferrocarril en España, hasta el año 2007, RENFE y grupo TRANSFESA eran los dos únicos competidores significativos en el mercado, teniendo RENFE más del 80% del mercado y grupo TRANSFESA cerca del 20%. Posteriormente, la cuota de RENFE fue cayendo hasta cerca del 70%, mientras que la de TRANSFESA oscilaba

³⁴ En lo referido a la imposición de dos sanciones al mismo sujeto por los mismos hechos, la cuestión ya fue resuelta por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, núm. Rec. 1/2017, ECLI:ES:AN:2021:3606, en el marco de un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, concluyendo que no existe vulneración del principio *non bis in ídem*. Tampoco hay vulneración en lo relativo a la cuantificación de la sanción impuesta, su motivación y su proporcionalidad.

Asimismo, sobre la posible aplicación simultánea de los artículos 101 y 102 del TFUE, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) Ltd y otros contra Competition and Markets Authority*. Asunto C-307/18. ECLI:EU:C:2020:52.; se puede observar cómo la constatación de un abuso de posición dominante supone la existencia de un daño a la estructura competitiva del mercado que va más allá de los meros efectos propios de cada uno de los acuerdos de que se trata sancionados en virtud del artículo 101 TFUE. Más concretamente, el Tribunal de Justicia señala que, habida cuenta, en particular, de los posibles efectos restrictivos de la competencia acumulativos de los diferentes acuerdos, la celebración de estos en la medida en que se enmarca en una estrategia contractual de conjunto puede producir un efecto de expulsión significativo en el mercado, privando al consumidor de los beneficios de la entrada en ese mercado de competidores potenciales que fabriquen su propio medicamento y, por consiguiente, reservando directa o indirectamente al fabricante del medicamento de referencia de que se trata el antedicho mercado.

³⁵ «BOE» núm. 276, de 18/11/2003. Disposición actualmente derogada.

alrededor del 15%. En todo caso, existen determinados segmentos (sector automóvil; siderúrgico) donde RENFE y grupo TRANSFESA disponían conjuntamente del 100% del mercado.

En cambio, en la prestación de servicios mayoristas de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, RENFE mantenía cuotas de mercado muy elevadas, del 100% hasta 2007, que se redujeron hasta cerca del 80% en 2013.

Conviene destacar que hasta su adquisición por DEUTSCHE BAHN en 2008, grupo TRANSFESA estaba buscando desarrollar una capacidad de tracción ferroviaria propia significativa, estrategia que se revirtió tras los acuerdos firmados entre RENFE y DEUTSCHE BAHN justo después de la compra de grupo TRANSFESA, uno de los elementos centrales de análisis llevado a cabo por la CNMC. Al respecto, se concluyó en el expediente que, a pesar de que la adquisición de grupo TRANSFESA por DEUTSCHE BAHN generaba una oportunidad para que este operador se convirtiese en un operador verticalmente integrado (con capacidad de tracción y vagones ferroviarios propios) independiente de RENFE, el conjunto de acuerdos y prácticas concertadas llevaron a la preservación del *statu quo* preexistente a la liberalización del sector del ferrocarril en España, limitando el desarrollo de presiones competitivas por parte de otros operadores, especialmente el de transporte de mercancías por ferrocarril en España

En lo que se refiere a la práctica abusiva, la CNMC motivó la existencia de dicha infracción en la resistencia de RENFE a extender a otras empresas, singularmente a las mercantiles asociadas a la AEFPP, las condiciones comerciales ofrecidas y acordadas con DEUTSCHE BAHN en la prestación de servicios de tracción para el transporte de mercancías por ferrocarril, entre otras, las relativas a precios y condiciones de servicio, lo que, según la CNMC, dio lugar a una discriminación comercial que limitaba injustificadamente la capacidad competitiva de terceros competidores en el mercado minorista de transporte de mercancías por ferrocarril en España.

Este abuso de posición de dominio de RENFE duró desde noviembre de 2008 hasta, al menos, octubre de 2014, y fue sancionado por la CNMC con una multa de 15.129.000 euros.

Esta resolución fue recurrida, entre otros interesados, por RENFE, cuyo recurso ha sido recientemente desestimado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 21 de octubre de 2021³⁶.

3.2. S/0041/19 CORREOS 3

El 18 de febrero de 2022 la CNMC dictó una resolución por la que declaró la existencia de una infracción de lo dispuesto en el artículo 2 de la LDC y en el artículo 102 del TFUE, consistentes en un abuso de posición dominante en el mercado de servicios postales tradicionales prestados a clientes remitentes masivos de correspondencia, mediante la aplicación de un sistema de descuentos fidelizador que habría tenido un efecto potencialmente exclusionario en el mercado minorista de prestación de servicios postales tradicionales de carta a remitentes de envíos masivos de correo, al menos desde el año 2015 hasta el año 2019,

³⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 21 de octubre de 2021, Recurso 302/2017.

imponiendo a CORREOS una multa de 32.600.000 euros por la comisión de una infracción muy grave del artículo 62.4. b) de la LDC.

En la resolución se indicaba que, en términos generales, entre las distintas prácticas que pueden constituir un abuso de posición de dominio se encuentra, en particular, la consistente en la aplicación de descuentos a clientes que pudiera generar un efecto exclusionario.

A este respecto, debe destacarse que la concesión de descuentos no es, en sí misma, una conducta prohibida por la LDC o el TFUE, ya que no se trata por sí misma de una conducta anticompetitiva. Muy al contrario, los descuentos permiten a las empresas desarrollar su actividad en el mercado y la captación –o mantenimiento- de clientes a través de la reducción de precios a sus clientes, quienes –en caso de tratarse de empresas– a su vez reducirán el precio del producto final. Por tanto, los beneficiarios últimos de los descuentos son los consumidores.

Sin embargo, una empresa que ostenta una posición de dominio, puede también emplear los descuentos como una práctica abusiva con efectos discriminatorios [artículos 2.2.d) de la LDC o 102.c) del TFUE] y/o limitativos del mercado [artículos 2.2.b de la LDC o 102.b) del TFUE], motivo por el cual la CNMC procedió a analizar las características de los descuentos aplicados por CORREOS a los grandes clientes en el mercado y su capacidad para provocar efectos exclusionarios en el mercado.

El Consejo identificó una serie de elementos propios de los descuentos de fidelización que le permitieron presumir la existencia de un efecto exclusionario por parte CORREOS, con base en los cuales concluyó sobre la existencia de una práctica abusiva:

Por un lado, analizó el número de tramos del esquema de descuentos y el porcentaje de descuento aplicado por CORREOS a sus clientes, señalando que la jurisprudencia ha llegado a considerar “*relativamente altos*” porcentajes de descuento entre el 6% y el 16%³⁷. Asimismo, analizó la aplicación retroactiva de los descuentos, entendiéndolo por ello el hecho de que superado un determinado umbral de ventas el descuento se proyecte sobre la totalidad de las compras realizadas contenidas dentro los umbrales anteriores. Al respecto, indicó que, según reiterada jurisprudencia³⁸, esta práctica supone un factor de incitación a proveerse con la empresa dominante particularmente intensa, que puede permitir a la empresa en posición dominante fidelizar más fácilmente a sus propios clientes y atraer a los clientes de sus competidores captando para sí la parte de la demanda abierta a la competencia en el mercado pertinente. También analizó el periodo de referencia considerado para la acumulación de los descuentos. Al respecto, señaló que en los precedentes analizados se consideró que el efecto fidelizador es más intenso cuanto más largo sea el periodo de referencia. Al respecto, la práctica comunitaria evidencia que, con carácter general, un periodo de referencia anual es suficientemente prolongado como para generar un efecto fidelizador³⁹. Por último, el Consejo entendió que la falta de transparencia y el carácter individualizado del esquema de descuentos

³⁷ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 6 de octubre de 2015. *Post Danmark A/S* contra *Konkurrencerådet*. Asunto C-23/14. ECLI:EU:C:2015:651.

³⁸ Entre otras, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2007. *British Airways plc* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto C-95/04 P. ECLI:EU:C:2007:166.

³⁹ Entre otras, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 322/81. ECLI:EU:C:1983:313.

impedía a los clientes deducir el porcentaje final exacto de descuentos que les correspondería en función de las variaciones de volúmenes, y por lo tanto, les impedía elegir libremente y en cada momento sus fuentes de abastecimiento.

Con base en el análisis de estos elementos concluyó que, en su conjunto, el sistema de descuentos aplicado por CORREOS a sus clientes de admisión masiva minorista configuraba una conducta abusiva prohibida por la normativa de competencia con base, fundamentalmente, en el carácter condicional y retroactivo de los descuentos, la excesiva duración y concatenación de los contratos mediante sus prórrogas automáticas, la falta de transparencia en el cálculo de los descuentos y la aplicación de descuentos de forma no estandarizada.

Teniendo en cuenta que CORREOS era -y lo sigue siendo en la actualidad- el operador dominante en el mercado durante la duración de la conducta, con cuotas de mercado superiores al 95% en algunos años, el Consejo de la CNMC consideró acreditado que estos descuentos y su aplicación tuvieron una afectación a la competencia en los términos establecidos por la jurisprudencia, lo que le lleva a concluir la existencia de un abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE imponiendo una multa de 32.600.000 euros, la multa más alta impuesta por una conducta de abuso de posición de dominio por la CNMC.

No obstante, cabe advertir que, si bien esta resolución es firme en vía administrativa, se encuentra actualmente dentro del plazo de dos meses para que se interponga contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, lo que previsiblemente ocurrirá en virtud de las declaraciones realizadas por los representantes de CORREOS antes los medios de comunicación⁴⁰.

4. CONCLUSIÓN

El abuso de posición de dominio prohibido por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE es uno de los pilares del control *ex post* de las conductas restrictivas de la competencia más importantes.

Su configuración actual es fruto de una constante evolución jurisprudencial. Ha pasado de ser entendida de un modo más formalista y dogmático a aplicarse e interpretarse de un modo más dinámico y económico. En los últimos años se ha podido observar cómo, a través de las decisiones y resoluciones de las autoridades de competencia y de los pronunciamientos judiciales, se ha ido otorgando una mayor relevancia al análisis de los efectos desplegados por este tipo de conductas en la estructura de los mercados y en el bienestar de los consumidores.

En este marco, una de las prioridades declaradas por la CNMC es fomentar que sea efectiva la liberalización de los sectores económicos tradicionalmente sometidos a monopolios legales. Para ello, uno de los instrumentos utilizados por la CNMC han sido los expedientes sancionadores por conductas anticompetitivas de los operadores incumbentes -en muchas ocasiones empresas públicas-, que obstaculizan que dicha liberalización se produzca de forma efectiva.

⁴⁰ Véase la siguiente url: https://www.elconfidencial.com/empresas/2022-02-23/competencia-cnmc-multa-correo-descuentos-grandes-clientes_3380586/

A este respecto, de las 11 resoluciones sancionadoras por infracciones de los artículos 2 de la LDC y/o 102 del TFUE dictadas por la CNMC, en 2 de ellas se ha abordado el análisis de casos de abuso de posición de dominio cometidos por entidades del sector público en el marco de los sectores supervisados: en concreto, se ha sancionado a la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora y Renfe Mercancías, S.A. en el expediente S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA y a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (CORREOS) en el expediente S/0041/19 CORREOS 3, imponiendo en ambos casos las dos multas de mayor cuantía desde la creación de la CNMC, por un total de 47.729.000 de euros.

ⁱ Las opiniones expresadas en la presente ponencia escrita son de la exclusiva responsabilidad del autor y no representan necesariamente la posición oficial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

