

LOS PARÁMETROS DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL SECTOR ELÉCTRICO

María Isabel Candelario Macías

*Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

EXTRACTO

En este trabajo se reflexiona acerca de los diferentes trazos que dibujan la situación de abuso de posición de dominio como infracción del derecho de la competencia. En este contexto, se analiza cuál es el concepto de abuso, explotación abusiva y posición de dominio, así como el de mercado relevante. Sin desconocer la posición de los consumidores y usuarios que se ven afectados, en especial dentro del desarrollo del mercado eléctrico. De igual modo, se observa la labor de supervisión de los órganos de la competencia dentro de las actuaciones abusivas habidas en el sector eléctrico. Finalmente, se propugnan algunas soluciones a las dudas interpretativas que se plantean en torno a la confluencia del derecho de la competencia y el derecho de la energía eléctrica.

Palabras claves: abuso de posición de dominio, tutela de los consumidores, mercado eléctrico y derecho de la competencia.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

PARAMETERS ABUSE OF DOMINANT POSITION IN THE ELECTRICITY SECTOR LAW

María Isabel Candelario Macías

ABSTRACT

This paper reflects on the different lines that set up the Abuse of Dominant Position as Competition Law infringement. In this context it is analyzed what is the concept of Abuse, Exploitative Abuse and Dominant position, as well as the Relevant Market. While recognizing affected consumers and users status, concretely, within sound electricity market and sustainable economic development. It notes the significant importance of Competition Authorities in all cases up to now in cases of abuse of dominance position in the electricity sector. Finally, certain solutions are intended to promote with regard to interpretative questions that arise around the confluence of the Competition Law and the Electricity Sector Law.

Keywords: abuse of dominant position, protection of consumers, electricity market and competition law.

Sumario

1. Nota introductoria
2. Marco normativo habilitante
3. Concepto del abuso
 - 3.1. Concepto de «mercado relevante»
 - 3.2. Concepto de «explotación abusiva»
 - 3.3. Las concentraciones como vehículo de abuso de posición de dominio
 - 3.4. El cliente, consumidor y usuario: consumidor «vulnerable» y consumidor directo en mercado
4. Concepto de la posición de dominio
5. Organismos de inspección y regulación del abuso
6. Desarrollo y funcionamiento del mercado eléctrico ante la falta de competencia: abuso de posición de dominio
7. A modo de corolario

Bibliografía

Jurisprudencia

1. NOTA INTRODUCTORIA

Hay que partir del planteamiento de que la competencia entendida en cualquiera de sus manifestaciones resulta imprescindible y necesaria en la actividad económica de nuestros días y, en particular, en el eficiente desarrollo del mercado. De forma que cualquier empresa –como operador económico– ubicada dentro de su sector específico de actividad (industria eléctrica¹, en este caso) puede ejercer sobre los demás operadores del mercado (y, a modo de ejemplo, empresas más modestas entrantes en ese mercado y, en especial, respecto a los consumidores y usuarios finales) un poder de monopolio o hallarse en condiciones de hacerlo. Cuando nos encontramos ante esta situación, se corre el riesgo por parte de la empresa de abusar o «desviarse» de las conductas legalmente exigibles, recayendo para paliar tal circunstancia el escudo y el amparo del derecho de la competencia. Se ha de tener presente que el derecho europeo prohíbe a las empresas la explotación abusiva de una posición de dominio o dominante en el mercado interior de la Unión, o bien en una parte sustancial del mismo, de la forma en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Luego, el abuso de la posición de dominio viene fuertemente castigado por el derecho de la competencia europea².

Ergo, para delimitar correctamente cuándo nos encontramos ante una situación de abuso de posición de dominio de un operador, se hace precisa la mirada e interpretación de la legislación anticompetencia. Extremo que es objeto de nuestra atención y reflexión en esta contribución, toda vez que no puede pasarse por alto que la ratio última es impedir que las empresas (operadores en el mercado) en posición dominante (cuasimonopolio u oligopolio) abusen de esta posición para crear distorsiones de la competencia que afecten al comercio intracomunitario o nacional. Esta tesis da lugar a intervenciones de carácter preventivo para investigar los diferentes ingredientes que pueden ocasionar posiciones dominantes.

Sin desconocer, por otro lado, que la situación que perfila el abuso de posición de dominio se manifiesta con diferentes aristas y, en especial, en el sector eléctrico³, siendo la más significa-

¹ Véase CIARRETA, A. y ESPINOSA, M. P.: «Market power in the Spanish electricity auction», n.º 37, *Journal Regulation Economics*, 2010, págs. 42 a 69.

² Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: «Autoridad de la competencia y reguladores sectoriales en el contexto del mercado con posición de dominio: ideas y reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 (asunto T-398/07, España/Comisión)», n.º 11, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2012, págs. 17 a 34.

³ Analiza las características de este sector: DE LA CRUZ FERRER, J.: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 345. Más en VV. AA. (Dir. GUILLÉN CARAMES): *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, Madrid, Civitas Aranzadi, 2009. Por su lado, ALONSO SUÁREZ, A.: «Las decisiones anti-trust de la Comisión Europea en los sectores del gas y la electricidad entre 2006 y 2011», n.º 26, *La Ley*, marzo-abril, 2012, pág. 39, contextualiza la temática, apuntando que «el proceso de liberalización de los mercados energéticos de Euro-

tiva y reflejo del abuso la imposición sobre el consumidor de condiciones contractuales descompensadas o desproporcionadas (cláusulas abusivas) contra las que el consumidor o usuario poco puede hacer si quiere disfrutar de ese bien o servicio, además de provocarse un perjuicio económico y moral, entre otros.

Focalizando la atención en la regulación legal, en especial, la eléctrica, parece no dar cobertura a los comportamientos anticompetitivos⁴ y se tiene que acudir a la normativa general sobre la defensa de la competencia. La liberalización del mercado interior de la energía y, en particular, la eléctrica⁵ aún hoy día plantean diferentes obstáculos frente a la libre competencia⁶. En cualquier caso, nadie puede discutir el hecho de que un mercado de la electricidad que funcione de manera óptima y garantice el suministro adecuado de la energía eléctrica a unos precios competitivos se convierte en un dato fundamental para fomentar el crecimiento económico y la satisfacción de los consumidores⁷. Bajo esta premisa, la Unión Europea ha entendido que era preciso abrir a la competencia al mercado de la electricidad en Europa y construir un mercado único europeo de la energía. Este proceso de construcción ha ofrecido diferentes oportunidades de mercado y ha originado la incorporación de nuevos productos y servicios. La progresiva introducción de la competencia ha supuesto, *in principio*, una rebaja de los costes de la energía en Europa en consonancia con las condiciones de mercado. No obstante, tampoco se puede esconder que la liberalización del sector en la Unión Europea⁸ no está exenta de diferentes obstáculos⁹ a la libre competencia, tal y como se anticipaba.

pa comienza en 1998, cuando la Unión Europea decide abrir los mercados de gas y electricidad a la competencia, con el objetivo de crear un mercado europeo de la energía. Esta política se implementa a través de medidas regulatorias *ex ante*, relativas al diseño del mercado [...] Directivas del gas y electricidad ofrecen a las empresas la oportunidad de competir a través del acceso a las redes de transporte y distribución de gas y electricidad, permitiendo a los consumidores la libertad de elección de suministrador. La política regulatoria se complementa *ex post* con la vigilancia y aplicación de la política de defensa de la competencia [...].»

⁴ Cfr. FABRA, N. y FABRA UTRAY, J.: «Competencia y poder de mercado en los mercados eléctricos», n.º 79, *Cuadernos Económicos de ICE*, 2010, págs. 17 y ss.

⁵ DE LA CRUZ FERRER, J.: «El sector eléctrico: entre la introducción de la competencia y la formación de mercados», en VV. AA. (SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Dir.): *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, Iustel, 2011, págs. 73 a 122.

⁶ Véase a HERNÁNDEZ, J. C. y LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.: *Regulación y competencia en el sector eléctrico: evaluación, regulación actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2005. GUILLÉN CARAMES, J.: «Derecho de la competencia y regulación en el mercado eléctrico: el problema de las restricciones técnicas», *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, 2010, págs. 295 a 331.

⁷ En este sentido, se ha de apreciar y observar el documento de la Dirección General de Políticas Internas de la Unión «La vulnerabilidad de los consumidores», febrero 2012 [IP/A/IMCO/NT/2011-20 (PE 475.082)], en especial pág. 74 referida al sector eléctrico.

⁸ Precisamente esta tarea y otras derivadas de la complejidad de este sector de la energía es tratada mediante la designación de un grupo de expertos tras la Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2012 por la que se crea el *Grupo de Coordinación de la Electricidad* (2012/C 353/02), de 17 de noviembre de 2012.

⁹ Nótese lo que se puntualiza en la base de datos de Eurostat al decir que los precios del consumo de energía eléctrica han ido aumentando desde el año 2010, en Italia el 1,9%, pero es menos incluso que en otros países europeos como España (13,4%), Alemania (7,3%) y Francia (6,5%), cfr. <http://epágs.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>

2. MARCO NORMATIVO HABILITANTE

El abuso de posición de dominio se disciplina y refleja como conducta prohibida por el derecho de defensa de la competencia. En efecto, el cuadro normativo que regula el abuso de posición de dominio se contiene en el derecho europeo de competencia¹⁰ ubicado en el Tratado CE (en adelante, TCE), actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) en virtud del Tratado de Lisboa. En particular, el abuso de posición de dominio se regula en el artículo 102 del TFUE, anterior artículo 82 (86) del TCE y 66 del Tratado CECA (explotación abusiva de una posición dominante). De igual forma, los artículos 85 (89) del TCE y 66 del Tratado CECA establecen los poderes de investigación de la Comisión sobre esta temática.

Al hilo de lo descrito, el cuadro normativo sobre el que se asientan las reglas comunitarias sobre conductas o prácticas prohibidas reside en los artículos 101 y 102 del TFUE, antiguos artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, que venían a prohibir los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, al mismo tiempo que se castigaban aquellos que impedían, falseaban o limitaban el juego de la competencia dentro del mercado interior, así como la explotación abusiva respecto de una o más empresas y de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del referido mercado.

El desarrollo de los mandatos –objeto de atención– se llevan a efecto a través del Tratado de Roma de acuerdo con el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a *la aplicación de las normas sobre competencia*¹¹ prescritas en los artículos 81 y 82, ya aludidos. Cabe puntualizar, por el momento, que una de las características primordiales de este texto legal es otorgar amplios poderes a la Comisión en orden a concretizar las investigaciones o inspecciones, así como la imposición de sanciones o multas, cuyos importes pueden llegar hasta el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior de cada empresa que hubiera intervenido en la infracción. Téngase presente que, en el derecho europeo de la competencia, la legislación no disciplina efectos penales sobre los administradores de las empresas o las personas físicas que hayan infringido las reglas de competencia a diferencia de lo que acontece en el derecho norteamericano. Bajo este contexto, cabe decir que la instrucción de los expedientes por comportamientos no competitivos se llevan a efecto de conformidad con el Reglamento CE n.º 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004, *relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE*. El periodo de tiempo de duración de estos procedimientos no está previsto por ley al depender de la casuística y la complejidad del asunto objeto de investigación.

¹⁰ Cfr., *in totum*, FRIGNANI, A. y WELBROECK, M.: *Derecho europeo de la competencia*, Barcelona, Bosch 1998. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2003. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», en VV. AA. (Dir. MARTÍNEZ LAGE, A. y PETITBÓ JUAN, A.): *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 195 y ss.

¹¹ DOCE L 1, de 4 de enero de 2003.

Desde la perspectiva nacional, nos encontramos la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), en particular, en (su) artículo 2, que es faro de atención y (su) reglamentación de desarrollo. En efecto, la LDC, la Ley 15/2007, de 3 de julio¹², y su reglamento, y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que *se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*¹³, disciplinan mecanismos de colaboración para coordinar las atribuciones relativas a los poderes de investigación (*ex art. 17 LDC*).

Decreta el artículo 2:

«Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

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

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

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

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

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

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

3. 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 legal¹⁴.

¹² BOE n.º 159, de 4 de julio de 2007.

¹³ BOE n.º 50, de 27 de febrero de 2008.

¹⁴ Interpreta y entiende la CNC en torno al artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición dominante, lo que sigue: «Por posición dominante se entiende la situación en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permite actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores. Ejemplos de explotación abusiva de una posición dominante son la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los mismos.

Junto a las disposiciones citadas, se ha de tener presente, a su vez, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, *de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios*¹⁵. Igualmente, se ha de apreciar la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre *el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*¹⁶. Esta panoplia legislativa en materia de competencia se ve ampliada y enriquecida cuando se examinan los diferentes sectores sobre los que se aplica.

Así las cosas, la legislación de competencia ha afectado a la normativa que disciplina el sector eléctrico; baste observar por el momento y, a modo ejemplificativo, que la disposición adicional cuarta de la Ley 17/2007¹⁷ incorpora dos modificaciones en la redacción del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio: de un lado, la que incide sobre el artículo 34 del Real Decreto-Ley en materia de operadores principales y, de otra, la relativa a su disposición adicional tercera en materia de operadores dominantes¹⁸.

3. CONCEPTO DEL ABUSO

Si acudimos al derecho comunitario, nos encontramos que no existe una definición de lo que se entiende por «abusar de una posición de dominio», sino que solo se hace referencia a la «explotación abusiva» y, añadido a esta expresión, y tal y como se colige del artículo 82.2 del TCE, aparecen cinco supuestos que, en definitiva, engloban una cláusula general y otras cláusulas generales de carácter intermedio que, por su carácter abstracto se hallan entre la «explotación abusiva» y cada uno de los supuestos o grupos de casos específicos disciplinados en el artículo 82.

Si se observa detenidamente el contenido del artículo 82, se descuelga que no restringe la posición dominante en cuanto tal, sino solo circunscrita al hecho del abuso de esta posición en un mercado determinado cuando este abuso pueda afectar al comercio entre Estados miembros. Igualmente, y según se desprende del tenor del artículo 82 del TCE, las principales prácticas de abuso de posición dominante son la imposición directa o indirecta de los precios de compra, venta u otras condiciones

La legislación española no sanciona la mera posición dominante, puesto que esta puede ser resultado de un buen desempeño empresarial, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores». Véase en <http://www.encompetencia.es/Inicio/Porqueseimportantelacompetencia/Conductas/Abusodeposiciondominante/tabid/110/Default.aspx> (consultado por última vez el 17 de junio de 2012).

¹⁵ BOE n.º 151, de 24 de junio de 2000.

¹⁶ BOE n.º 283, de 24 de noviembre de 2009.

¹⁷ Cfr. la Ley 17/2007, de 4 de julio, *por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad* (BOE n.º 160, de 5 de julio de 2007).

¹⁸ Vide, en especial, SALINAS LA CASTA, E.: «Una norma de contenido *anti trust* administrada por reguladores sectoriales: el artículo 34 del Real Decreto-Ley y los sectores energéticos», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, mayo-junio, 2007, págs. 71 a 90. GUILLÉN CARAMES, J.: «Derecho de la competencia y regulación en el mercado eléctrico: el problema de las restricciones técnicas», *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, 2010, págs. 295 a 331.

de transacción no equitativas; la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; y la subordinación de 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. Luego, podríamos inferir que no hay una definición general, sino supuestos casuísticos, que además necesitarán de una actualización¹⁹ constante que vaya ofreciendo el devenir del mercado y los factores del entorno, ya sean ambientales, económicos, jurídicos o tecnológicos.

Descendiendo a la esfera nacional, cabe señalar que la tutela de la competencia tiene como punto de partida el artículo 38 de la Constitución española²⁰. La competencia se despliega desde diferentes vertientes, así hay que observar el tratamiento dado a determinados acuerdos entre operadores económicos (léase aquí industrias eléctricas), configurando y distinguiendo: las denominadas *relaciones horizontales* (mantenidas entre competidores) y las *relaciones verticales*²¹ (mantenidas entre no competidores, por ejemplo, acuerdos en el sector eléctrico en materia de distribución y para la comercialización de sus productos/servicios, operados con otras entidades o agentes dependientes o independientes). A partir de aquí hay que acudir a la normativa aplicable. El artículo 2 es el dedicado a regular el *abuso de posición de dominio* en nuestro país, ya referenciado *ut supra*.

En líneas generales, podríamos sintetizar las conductas descritas en dos grandes categorías, a saber: de un lado, conductas excluyentes o abuso por exclusión²² y, de otro, conductas explo-

¹⁹ Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», en VV. AA. (DIRS. MARTÍNEZ LAGE, A. y PETITBÓ JUAN, A.): *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 226: «El concepto de abuso de posición dominante merece una actualización [...] implica enfocar la prohibición hacia la protección de los consumidores y no hacia la protección de los competidores del dominante, de forma que las autoridades estén en condiciones de probar que la conducta incriminada *daña a la competencia* en el sentido de que consolida, refuerza o prolonga el poder de mercado de la empresa dominante».

²⁰ Este mandato viene a reconocer la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. No se olvide de que la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes, tal y como se desprende de los mandatos constitucionales.

²¹ Integración vertical es considerada ya per se como una barrera de ingreso, véase al respecto BASTIANON, St.: *L'Abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, pág. 62: «[...] fenómeno dell'integrazione verticale ci si è posti il problema di stabilire se il fatto che un'impresa risulti verticalmente integrata rappresenti di per sé un ostacolo all'ingresso sul mercato da parte di altre imprese. Autorevole dottrina ha manifestato serie perplessità in merito alla qualificazione dell'integrazione verticale come una barriera all'ingresso».

²² Según ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», *op. cit.*, págs. 216 y 217, apunta: «Las conductas excluyentes son aquellas –en el lenguaje norteamericano– que contribuyen a que el dominante mantenga, refuerce o prolongue su posición monopolística [...] el dominante puede y tiene los incentivos para desarrollar conductas que dañan el proceso competitivo y le permiten extender o prolongar su posición de dominio [...] se defiende frente a la entrada de un rival [...] está impidiendo a un eventual entrante la posibilidad de competir».

tadoras por la situación de dominio. Son más frecuentes y habituales en la realidad práctica las conductas excluyentes que las explotadoras²³.

Un ejemplo manifiesto de lo anteriormente expresado se refleja en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, CNC), de 8 de noviembre de 2011 (Expediente S/0003/07), donde se establece por parte del Consejo de la CNC que la realización de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 2 del TFUE por parte de E.ON Distribución, S. L., sustentada en abusar de la posición de dominio que detenta en determinados mercado geográficos de redes de distribución en el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas al distribuidor²⁴.

Por cuanto hace a los métodos destinados a evaluar cuándo nos encontramos en una situación u otra, cabe señalar que son variados los métodos empleados para delimitar las diferentes conductas excluyentes²⁵ que originan abuso de posición de dominio, hasta el punto de que desde una perspectiva doctrinal e, inclusive, jurisprudencial se han construido tres tipos de test de evaluación: el *test del sacrificio*, toda vez que aprecia como excluyentes las conductas del dominante, que no serían rentables sino por el mero hecho de que se consigue expulsar al rival; el *test de la expulsión del competidor*, y el *test de daños a los consumidores*. Veamos de manera sucinta en qué consisten cada uno de estos test referidos, a saber:

1. El *test del sacrificio* se concretiza en el dato de que la empresa dominante sacrifica un beneficio inmediato para alcanzar otro beneficio de mayor envergadura como es el ilustrado en la desaparición o destrucción de su competencia. En otros términos, mediante estas conductas se deshace de sus rivales y, un ejemplo, viene proporcionado por las prácticas predatorias abusivas. Como puede inferirse se pone especial énfasis en la intención o voluntad del operador dominante.
2. El *test de la expulsión del competidor*, se traduce en la realización de conductas abusivas, tales como incrementar los costes de los rivales, la discriminación, la celebración de contratos en exclusiva, la negativa injustificada a contratar, entre otras.

²³ Así se manifiesta ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», *op. cit.*, pág. 199, sintetiza la cuestión y aclara que «se deducen dos grandes grupos de conductas abusivas: las que prolongan o aumentan el poder del que disfruta la empresa dominante porque *ponen trabas a la competencia residual o potencial* –conductas excluyentes– y las abusivas en sentido estricto porque implican explotar la situación de dependencia en la que se encuentran clientes o proveedores –*conductas explotadoras*–. Del examen de la jurisprudencia se deduce que la mayor parte de los casos han sido casos de abuso de posición dominante por conductas excluyentes siendo pocos los casos de conductas meramente explotadoras».

²⁴ Se expresa en la resolución que «E.ON ha cometido una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, consistente en utilizar su posición de dominio en sus redes de distribución en determinados mercados geográficos para abusar en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas no reservadas al distribuidor de electricidad, sin observar el comportamiento de especial responsabilidad que le corresponde por su posición en el mercado».

²⁵ Seguimos, sobre este punto, al profesor ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», *op. cit.*, págs. 218 a 222.

3. El *test del daño al consumidor*, destinado a observar si las conductas son abusivas y perjudican o menoscaban a los consumidores al reducir sus posibilidades de elección y la rivalidad entre los que les ofrecen.

Sea como fuere, y con independencia del método empleado, hemos de tener presente que el Tribunal de Justicia de la CE ha pronunciado en diferentes ocasiones la oportunidad por parte de los Estados miembros de crear situaciones de posición de dominio. El planteamiento de partida es que la mera configuración de la posición de dominio por el derecho nacional no es per se contraria al derecho comunitario. Al respecto, véase la *STJCE de 17 de mayo de 1994, C-18/93, Puerto de Génova*²⁶.

3.1. CONCEPTO DE «MERCADO RELEVANTE»

Según el tratado europeo, la posición dominante se descuelga del conjunto del mercado comunitario o al menos de la actuación de la empresa en una parte sustancial del mismo. Las dimensiones del mercado que pueden tomarse en consideración en un caso determinado tendrán en cuenta las características del producto y de los productos de sustitución y también la percepción por los consumidores. Expliquemos, pues, con mayor detalle cómo se delimita el mercado relevante para saber si estamos ante un abuso de posición de dominio.

El artículo 82 del TCE se refiere a «[...] la explotación abusiva, [...] de una posición de dominio en el Mercado común o en una parte sustancial del mismo...». De la literalidad de la formulación se puede extraer que la posición de dominio en las mismas condiciones de lo que sucede con toda situación competitiva no alude al mercado en abstracto, sino más bien a un mercado determinado o específico sobre el cual se proyecta y que desde la óptica de la doctrina norteamericana se refieren a la misma como mercado relevante (*relevant market*)²⁷.

Si realizamos un ejercicio de observación podemos decir que cuando se evalúa si una conducta entra dentro del abuso de posición de dominio se empieza mirando dónde se ubica el mercado y si este puede ser considerado como mercado relevante en aras de valorar la posición de la empresa en el precitado mercado. Es verdad que el entendimiento de que sea mercado relevante resulta crucial para configurar si estamos ante una abuso de posición de dominio²⁸, pero tampoco

²⁶ HERNÁNDEZ, J. C. y LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.: *Regulación y competencia en el sector eléctrico: evaluación, regulación actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2005. CASES, L.: «Regulación pública y abuso de posición de dominio», en VV. AA. (Dir. MARTÍNEZ LAGE, A. y PETITBÓ JUAN, A.): *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 227 y ss.

²⁷ Cfr. PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y LEDC*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, págs. 45 y 46, apunta que «se trata de una compleja noción jurídico-económica sobre la que se han suscitado múltiples discusiones doctrinales»; ALTZELAR ULIONDO, J.: «Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia, efectos sobre el comercio intracomunitario», n.º 9, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2011, págs. 51 a 72.

²⁸ En tal sentido, *vid.* JIMÉNEZ LATORRE, F. y CAÑIZARES PACHECO, E.: «Dificultades para la definición del mercado relevante», en VV. AA.: *El abuso de la posición de dominio* (Dir. MARTÍNEZ LAGE y PETITBÓ, J.), Madrid, Marcial Pons,

puede descuidarse el planteamiento de que el mercado relevante es una herramienta o mecanismo que, en la práctica, plantea más de una dificultad por la cantidad y calidad de la información disponible para poder identificarla y cuantificarla. De hecho, en la realidad de la delimitación de mercado, las autoridades de competencia suelen emplear, con frecuencia, los precedentes, evidencias de tipo cualitativo, tales como el precio y características de los productos, la opinión de los clientes y competidores, así como los costes para sustituir producto, o inclusive, estudios de mercado sobre las preferencias de los consumidores y usuarios, entre otros elementos de juicio.

Luego, estamos ante una conducta restrictiva de la competencia siempre que sepamos el entorno competitivo en el que se localiza la empresa objeto de investigación. Para conocer la situación se ha de atender el conjunto de productos, sean bienes o servicios, que compiten entre sí para acomodarse y satisfacer a los consumidores y usuarios. Sumado a ello, se ha de tener presente, a la par, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos, así como el ámbito geográfico en el que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las de otras áreas geográficas cercanas. Ergo, el mercado relevante plantea dos dimensiones de comprensión: primero, el mercado de producto o conjunto de productos que forman parte del mercado relevante y, segundo, el mercado geográfico o zona en la que las condiciones de competencia en la prestación de los referidos productos presentan cierta homogeneidad y diferencias con otras zonas geográficas más cercanas.

Haciendo uso de otros términos de explicación, cabe decir que hay que saber cuál es el mercado relevante en el que se actúa, toda vez que resulta esencial, dado que una posición dominante no puede existir en abstracto. Para determinar la posición dominante de una empresa es importante saber qué productos están en competencia con los productos de dicha empresa. Para ello debemos conocer:

a) Mercado relevante del producto. Se determina analizando:

- Sustituibilidad en la demanda. Los usuarios consideran los productos suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos.
- Sustituibilidad en la oferta. Posibilidad de que los suministradores de productos que no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda puedan fácilmente pasar a producir y ofrecer productos sustituibles desde el punto de vista de la demanda.

b) Mercado relevante geográfico. Área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto de que se trate sean lo suficientemente homogéneas, y que se puede diferenciar de zonas geográficas vecinas, como consecuencia de que en tales áreas las condiciones de competencia sean notablemente diferentes.

2006, pág. 34, expresa que «la definición del mercado relevante es un instrumento que se utiliza para comprender el contexto en el que se desarrolla la rivalidad competitiva entre las empresas y, cuando menos, sirve para realizar una primera aproximación sobre el posible dominio de la empresa objeto de investigación».

Una vez perfilado el mercado, se procederá a evaluar si las conductas que se ejecutan afectan o no a la competencia. Sea como fuere, el mercado relevante se emplea como faro de atención para cuantificar las cuotas de mercado de la empresa objeto de investigación y de sus competidores que, a menudo, son utilizadas como sustento para determinadas presunciones sobre la existencia del dominio. Se entiende que cuanto más limitada sea la definición de mercado, mayor será la cuota de la empresa y más fuerte la presunción de dominio.

No se nos escapa, pues, que para delimitar de manera certera el mercado relevante se han utilizado diferentes criterios, siendo los más usados por parte de la Unión Europea tanto el test SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*) como el test del monopolista hipotético. En cualquier caso, no puede descuidarse el dato de que los mercados son dinámicos y evolutivos en dependencia de reglas y estructuras que, en gran número de ocasiones, dificulta la aplicación de estos criterios a la perfección.

Si nos detenemos desde una perspectiva teórica, sí resulta cierto que el mercado relevante de producto y su ámbito geográfico va a depender de identificar determinadas presiones competitivas que pueden proceder, de un lado, por la sustituibilidad de la demanda, consistente en que la presión competitiva proceda de la posibilidad de que, en respuesta a un incremento de precios de su producto, sus clientes opten por direccionar su consumo hacia otros productos o servicios que aprecian como sustitutos, por motivos de sus características técnicas, precio, o bien por su capacidad de satisfacer una determinada necesidad de forma equiparable. De otro lado, nos hallamos ante la sustituibilidad de la oferta, donde haya un aumento de los precios, y otras empresas empiecen a competir con ella suministrando uno o diferentes bienes o servicios que el consumidor aprecie como sustitutos. Es verdad que en Europa la conceptualización de mercado se ha asociado a la sustituibilidad de la demanda²⁹.

En el caso *Continental Can*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, AS. 6/1972 *Europemballage and Continental Can, Co. v. Commission*, Rep. Cdo., 32, se declara que la delimitación previa del mercado relevante es de especial singularidad «[...] porque las posibilidades competitivas solo pueden ser juzgadas en relación a las particulares características de los productos, en virtud de las cuales solo estos son particularmente aptos para satisfacer una necesidad inelástica, siendo solo limitadamente intercambiables con otros productos».

El establecimiento de los límites para configurar que se entienda por mercado relevante es una cuestión de especial trascendencia tanto desde una perspectiva jurídica como económica. De hecho, en la práctica las empresas encausadas y sancionadas por abuso de posición de dominio, a tenor de la aplicación del artículo 82 del TCE, argumentan y se defienden ante el Tribunal de Justicia señalando que la Comisión ha exagerado su poder partiendo de una delimitación del mercado relevante demasiado estrecha.

²⁹ Así se expresa JIMÉNEZ LATORRE, F. y CAÑIZARES PACHECO, E.: «Dificultades para la definición del mercado relevante», en VV. AA.: *El abuso de la posición de dominio* (Dirs. MARTÍNEZ LAGE y PETITBÓ, J.), Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 36 y 37, precisa que «[...] el mercado relevante comprende todos aquellos bienes o servicios considerados sustitutos desde el punto de vista de la demanda y bajo determinadas circunstancias, el mercado podría ampliarse atendiendo a consideraciones de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta».

Así las cosas, la delimitación del mercado relevante se realiza como una operación de individualización del mercado concreto sobre el cual se proyecta la posición de dominio, resultando casuístico el caso que se está enjuiciando. La determinación y evaluación de los trazos que construyen un mercado relevante dependen de una serie de criterios y principios³⁰, a saber:

1. El principio de la *sustituibilidad*, toda vez que para la Comisión representa el criterio fundamental sobre el cual debe desenvolverse la configuración del mercado de referencia basado en la idea de sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda y de la oferta. La Comisión elaboró una *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia en el año 1997*³¹ y puso especial énfasis en la aplicación del principio de sustituibilidad funcional y geográfica en la conceptualización del mercado relevante como un conjunto de operaciones que afectan al mercado geográfico resultante y las áreas geográficas que se descubran sustituibles desde la óptica de la oferta y la demanda de un mercado concreto, calculándose el volumen total o el volumen del mercado a través de la suma de las ventas de todos los productos y zonas geográficas.
2. Otro criterio a apreciar es la medición de la *intercambiabilidad*, partiendo de la idea de sustituibilidad, la delimitación del mercado relevante se lleva a efecto desde dos versantes: de un lado, el funcional mediante la identificación de los productos que la componen, configurándose de este modo el mercado de producto y, de otro lado, el geográfico, que implica la delimitación espacial del mercado por vía del mercado geográfico. Estos criterios ya se intuían y reflejaban en el caso referente en esta materia emitidos por el Tribunal de Justicia en *United Brands (1978)*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, As. 27/1976, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Comission*, Rep. 237, Cdo. 11, al decir que «las posibilidades de competencia a efectos del artículo 86 TCE (actual 82), deben examinarse en función de las características del producto relevante y en referencia a una zona geográfica definida [...]». También, en este punto, y en relación con la sustituibilidad, se ha de atender tanto al elemento temporal como el regulador, que vienen a perfilar si estamos ante un mercado relevante.

Si descendemos a observar el derecho de defensa de la competencia nacional, tampoco nos encontraremos con una definición de mercado relevante, más si cabe cuando se invoca normalmente la doctrina sobre el abuso de posición de dominio como herramienta auxiliar de interpretación del derecho interno. Así las cosas, las autoridades comunitarias establecen la definición del mercado relevante como una fase previa e indiscutible a la conceptualización de la posición de dominio³².

³⁰ Vide PELLISÉ CAPELL, J.: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y LEDC*, op. cit., págs. 48 y ss.

³¹ *Diario Oficial* n.º C 372 de 9 de diciembre de 1997, págs. 0005-0013.

³² Cfr. ALONSO SOTO, R.: «Derecho de la competencia II: defensa de la libre competencia», en *Curso de Derecho Mercantil (Uría-Menéndez)*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 273 y ss.

Ejemplo manifiesto de la aplicación del abuso de posición de dominio viene proporcionado, en el derecho nacional, por el caso contenido en la Resolución de 7 de julio de 1999, expediente *Electra Avellana* 441/1998 (1999) (AC 2000, 2824), al declarar que «el término posición de dominio hace referencia a un concepto [...] cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, [...] Así la posición de dominio [...] en un mercado determinado». Pueden entenderse y trasladarse las consideraciones vertidas *ut supra* para el derecho comunitario al derecho nacional.

3.2. CONCEPTO DE «EXPLOTACIÓN ABUSIVA»

El TCE (*ex art. 82*) no define el concepto de explotación abusiva de una posición dominante³³. Se limita a dar ejemplos de «prácticas abusivas», a saber:

- La imposición de precios o de otras condiciones de transacción no equitativas (*United Brands*).
- La limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.
- La aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
- La imposición de prestaciones suplementarias sin relación con el objeto de los contratos.

El Tribunal de Justicia, en particular en la Sentencia del Tribunal de Justicia 13 de febrero de 1979, As. 85/1976, *Hoffmann La Roche/Co. AG v. Commission (1979)*, ha afirmado que la explotación abusiva de una posición de dominio es un concepto objetivo. Es el recurso a métodos diferentes de las condiciones normales de competencia en productos y servicios fundadas en transacciones de operadores comerciales, cuyo efecto es reducir aún más la competencia en un mercado, en el que ya es débil como consecuencia de la propia presencia de la empresa en cuestión.

Estas prácticas abusivas pueden ser de naturaleza variada; el tratado menciona, a título indicativo, solamente las principales; por su parte la Comisión y el tribunal se han referido a las siguientes:

- Discriminación geográfica relativa a los precios.
- Primas de fidelidad que impiden que los clientes adquieran suministros a proveedores de la competencia.
- Precios excesivamente bajos con el fin de eliminar a un competidor.

³³ BASTIANON, St.: *L'Abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, págs. 34 y ss.

- Negativa injustificada de suministro que podría suponer la eliminación de toda competencia.
- Denegación de licencias.

No puede descuidarse el planteamiento, que además resulta necesario ponderar en cualquier caso, puesto que la explotación abusiva de una posición dominante afecta de manera perjudicial al comercio entre los Estados miembros o puede afectarlo, lo que excluye los comportamientos que tengan una base exclusivamente nacional visto desde la óptica del derecho comunitario.

En definitiva, hay que tener claro que la posición de dominio en sí misma no está prohibida. Lo prohibido es el abuso de esa posición, aunque se plantea una gran dificultad de distinción entre una conducta permitida y aquella que queda prohibida por abusiva. Como regla general: si la conducta afecta la competencia de forma seria e injustificada en un mercado relevante adecuadamente definido, quedará prohibida. Nótese el planteamiento de que las empresas dominantes tienen una responsabilidad especial debido al perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia.

3.3. LAS CONCENTRACIONES COMO VEHÍCULO DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El planteamiento de partida en este apartado es reconocer que una concentración de empresas, bien sea por fusión o adquisición, puede generar o potenciar una posición dominante que puede ocasionar abusos, pero no siempre y en todos los casos. Este riesgo justifica la aplicación de un control previo de las operaciones de concentración por las autoridades comunitarias y nacionales. De hecho, en el asunto *Continental Can* de 1973, el tribunal resolvió que se producía explotación abusiva de posición de dominio si una empresa ya en posición dominante reforzaba esta posición adquiriendo una empresa competidora. En 1987, en el asunto *BAT-Philip Morris*, el Tribunal llegó a manifestar que, en ausencia de una posición dominante, una adquisición de este tipo podía sancionarse como constitutiva de un acuerdo de falseamiento de la competencia, de conformidad con el antiguo artículo 81 (*ex art.* 101 TFUE).

Sentado lo anterior, la Comisión desarrolló un sistema informal de investigación de las concentraciones. Pero este sistema solamente permitía un control a posteriori y ya en 1973 la Comisión propuso una reglamentación formal.

En lo que hace a la legislación aplicable a la materia, entre otras reglas, se contienen en el Reglamento del Consejo 4064/89, modificado por el Reglamento 1310/97, y por el Reglamento de aplicación de la Comisión 447/98, de 1 de marzo de 1998, que sustituyó al Reglamento 3384/94 y que permite investigar a priori y, por tanto, impedir las concentraciones de empresas que darían lugar a explotación abusiva de una posición dominante en el mercado comunitario; teniendo como última referencia legislativa el Reglamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de enero de 2004, *sobre el control de las concentraciones entre empresas*³⁴.

³⁴ DO n.º L 024 de 29 de enero de 2004, págs. 0001-0022.

Las operaciones de concentración se manifiestan en acumular/integrar empresas hasta ese momento independientes, así:

- Bien por fusión.
- Bien por adquisición.
- Bien mediante la creación de una empresa común con carácter de entidad económica autónoma.

La integración ha de poseer una dimensión comunitaria que cumpla determinados límites y umbrales establecidos *ex lege*.

3.4. EL CLIENTE, CONSUMIDOR Y USUARIO: CONSUMIDOR «VULNERABLE» Y CONSUMIDOR DIRECTO EN MERCADO

Hemos de atender en este epígrafe a la delimitación conceptual del consumidor³⁵ y usuario como afectado por el abuso de posición de dominio en el sector eléctrico³⁶. Dentro de la configuración y los diferentes trazos que construyen el abuso de posición de dominio, no puede pasarse por alto la aproximación al concepto de consumidor y usuario, toda vez que estos sujetos resultan fundamentales a la hora de saber si nos hallamos ante una situación anticompetitiva.

En este aspecto, hay que atender y seguir al Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL³⁷, al decir que «el objetivo del Derecho de la competencia en general y de la prohibición de abuso en particular es proteger la competencia y no proteger a los competidores y que por lo primero se entiende atender a los efectos sobre el bienestar de los consumidores y –sobre todo– sobre *el proceso competitivo*. Como

³⁵ Se ha de remarcar la labor intensa de las instituciones europeas por construir mecanismos de defensa tuitiva hacia el consumidor; véase por todos el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo –Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013– Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz», COM(2007) 99 final, 13 de febrero de 2008, INT/357, *Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013*.

³⁶ Ténganse en consideración las palabras de GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica», n.º 1, *Anuario de Derecho Concursal*, 2012, págs. 207 a 236, en especial, pág. 210, expresa que: «El propósito liberalizador que inauguró esta Ley, además, se concretó en todas las etapas del proceso, es decir, en el sector de la generación de energía eléctrica, en el que se reconoce el derecho a la libre instalación y se organiza su funcionamiento bajo el principio de libre competencia; en el transporte y la distribución, a través de la generalización del acceso de terceros a las redes, aunque la retribución del transporte y la distribución continuaría siendo fijada definitivamente para evitar posibles abusos de posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red; y se da carta de naturaleza a la comercialización de energía eléctrica, regida por los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador».

³⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», en VV. AA. (Dir. MAR-TÍNEZ LAGE, A. y PETITBÓ JUAN, A.): *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 195 y ss.

se señala en un reciente informe sobre el artículo 82 del Tratado, si las conductas de las empresas se examinan desde la perspectiva de si causan daño a la competencia y "daño a la competencia" se entiende como reducción del bienestar de los consumidores, las autoridades de competencia deberían examinar, en cada caso, "el funcionamiento real de la competencia de un mercado determinado, sin prejuicios, y explicando de qué modo daña a los consumidores la conducta en cuestión».

Se hace fundamental, pues, determinar el concepto de consumidor o usuario. En nuestro derecho, la tutela del consumidor y usuario encuentra su acomodo en la norma fundamental, la Constitución española, dentro del modelo de economía de mercado *ex* artículo 38 de la CE³⁸. Este precepto es desarrollado por el artículo 51³⁹ de la CE.

Luego, el amparo del consumidor y usuario se halla fundamentado en este precepto y, posteriormente, se verá recogido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. En concreto, en el Capítulo III, se reconocía la protección de los intereses económicos y sociales (arts. 7 a 12)

Con el transcurso del tiempo, esta disposición legal, que ha resultado ser faro de atención de la defensa de los consumidores, se verá actualizada a través del Real Decreto Legislativo 1/2007⁴⁰, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, LGDCU)⁴¹.

Se ha de remarcar del texto legal referenciado lo que se disciplina en el artículo 1, relativo a los principios generales, al apuntar que «en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución española que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. En todo caso,

³⁸ Dice el artículo 38: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

³⁹ Decreta el artículo 51: «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca [...]».

⁴⁰ Véase lo que se ordena en artículo único: «Aprobación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al que se incorpora lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la regulación sobre contratos con los consumidores o usuarios celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia; las disposiciones sobre garantías en la venta de bienes de consumo; la regulación sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y la regulación sobre viajes combinados. Trámite esta nueva norma se sustituyen otras y se refunden en un único texto legal la protección de los consumidores, usuarios y clientes vía el Real Decreto Legislativo 1/2007».

⁴¹ BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007.

la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139».

Descendiendo a saber qué entiende la norma por consumidor y usuario, este es definido en la Ley: «Como la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros».

Asimismo, cabe señalar que la norma incorpora una serie de definiciones tales como empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto.

Por su parte, el artículo 8 es el destinado a establecer cuáles sean los «Derechos básicos de los consumidores y usuarios. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión».

Se puede entender de la lectura de este mandato que el abuso de los precios o la discriminación del servicio, así como la ausencia o falta de transparencia en la información, son susceptibles de atentar contra los derechos básicos del consumidor⁴², además de incurrir la empresa, en cuestión, en situación de abuso de posición.

Si focalizamos nuestro interés en saber qué ocurre en el mercado del sector eléctrico, hemos de partir del análisis del marco normativo referente, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del *Sec-*

⁴² PALACIOS GONZÁLEZ, M.ª D.: «La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación», n.ºs 1-2, *Revista de Derecho Privado*, 2012, págs. 25 a 59.

*tor Eléctrico*⁴³ (en adelante, LSE), donde se expone en el preámbulo que «el suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad. Su precio es un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía. El desarrollo tecnológico de la industria eléctrica y su estructura de aprovisionamiento de materias primas determinan la evolución de otros sectores de la industria. Por otra parte, el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores».

Puede inferirse que la figura del consumidor⁴⁴ es crucial en un sector regulado como es el eléctrico y adopta un papel aglutinador de las diferentes perspectivas que proporciona el sector eléctrico⁴⁵ y, en especial, si en este concurren situaciones de abuso de posición de dominio⁴⁶. De hecho, la Ley 54/1997 tiene como finalidad «[...] básica establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medioambiente, aspecto que adquiere especial relevancia dadas las características de este sector económico». Se añade en la declaración de intenciones de esta LSE que «el sector eléctrico tiene unas características de complejidad técnica que hacen necesario garantizar que su funcionamiento en un marco liberalizado se produzca sin abusos de posiciones de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia. Por ello, en la presente Ley se dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico de amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos, y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia».

Prescribe el artículo 9 de la LSE, relativo a sujetos, en (su) punto 2: «Los consumidores podrán adquirir la energía eléctrica a tarifa regulada o por los procedimientos previstos en la pre-

⁴³ BOE n.º 285, de 28 de noviembre de 1997.

⁴⁴ Vid. el documento de trabajo elaborado por DI PORTO, F. y LORENZONI, L., derivado del *Workshop* titulado «*Il Consumatore nel mercato europeo dell'energia*», celebrado en la Sala Auditorium vía Veneto, Roma, Italia, 21 de mayo de 2012, bajo el auspicio de la autoridad para la energía eléctrica y del gas italiana.

⁴⁵ Cfr., *in extenso*, CANDELARIO MACÍAS, M.ª L.: «El consumidor del mercado eléctrico: ¿estamos ante una "nueva" categoría de consumidor?», n.º 268, *Derecho de los Negocios*, marzo, 2013, págs. 7 y ss.

⁴⁶ Al respecto, cfr. la Resolución de 22 de abril de 2009, Consejo de la CNC (AC\2009\1035), relativa al mercado de suministro de energía eléctrica, que establece: «Es un mercado conexo al mercado de distribución en el que las conductas realizadas sobre el mercado de distribución pueden tener efectos anticompetitivos en el mercado de suministro de energía eléctrica; Abuso de la posición de dominio: procedencia: mercado de distribución de electricidad: negativa al acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro en los términos establecidos por la normativa sectorial: distorsión del buen funcionamiento de las fuerzas del mercado, perjudicando tanto a los competidores directos en el mercado conexo de suministro, como a los consumidores finales: ausencia de justificación objetiva: aptitud para eliminar la competencia en el mercado descendente: elevación de los costes de entrada y de desarrollo en un mercado en proceso de liberalización incipiente: reducción del abanico de ofertas que los clientes pueden recibir». En este mismo ámbito, se han pronunciado diferentes resoluciones, v. gr., la Resolución de 2 de abril del Consejo de la CNC (AC\2009\794).

sente Ley cuando se trate de consumidores cualificados. Reglamentariamente, se determinará qué consumidores tendrán la condición de cualificados».

El artículo 44, punto 4, viene a identificar la figura del «consumidor vulnerable», modificada la redacción original por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 marzo de 2012, de transposición de directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas y medidas de corrección de las desviaciones por desajustes en los sectores eléctrico y gasista⁴⁷, y se ordena que: «4. Serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual. Se adoptarán las medidas oportunas para garantizar una protección adecuada a los consumidores vulnerables. La definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno».

Se ha de tener en consideración que la LSE ha sido parcheada y modificada constantemente, baste reseñar que la 17/2007, de 4 de julio, *modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad*⁴⁸. Esta norma altera el artículo 9, respecto a los sujetos y, en relación con el consumidor, se prescribe que: «[...] g) Los consumidores que son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo. Aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos en Mercado»⁴⁹.

Así las cosas, el ejecutivo ha venido acuñando e incorporando en el sector eléctrico a través de un paquete de disposiciones regulatorias del sector eléctrico en estos últimos tiempos, y en ade-

⁴⁷ BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2012.

⁴⁸ BOE n.º 160, de 5 de julio de 2007.

⁴⁹ Se modifican los párrafos a) y g) del artículo 9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que quedan redactados como sigue tras la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 marzo de 2012, de *transposición de directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas y medidas de corrección de las desviaciones por desajustes en los sectores eléctrico y gasista*:

«a) Los productores de energía eléctrica, que son aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, ya sea para su consumo propio o para terceros, así como las de construir, operar y mantener las centrales de producción.

En ningún caso tendrán la condición de productores los consumidores acogidos a las modalidades singulares de suministro a las que se refiere el párrafo g) del presente artículo.

[...]

g) Los consumidores que son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo.

Reglamentariamente podrán establecerse para determinados consumidores modalidades singulares de suministro para fomentar la producción individual de energía eléctrica destinada al consumo en la misma ubicación, detallando el régimen de derechos y obligaciones que de ellas resulten.

Aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos en Mercado».

cuación al derecho europeo⁵⁰, algunas medidas relacionadas con la protección del consumidor de electricidad entre las que figuran el establecimiento de puntos de contacto únicos de información a los usuarios o la incorporación o la otorgación de sentido al concepto de «consumidor vulnerable».

En efecto, dentro del camino y el tiempo *per saltum* configuradores del sector eléctrico nos encontramos con el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, *por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*⁵¹. Esta disposición viene a introducir en nuestro sistema legal al consumidor vulnerable⁵² asociándolo al sector eléctrico (*ex art. 2*)⁵³ y, en par-

⁵⁰ Véase el Documento de la Dirección General de Políticas Internas de la Unión «La vulnerabilidad de los consumidores», febrero 2012 [IP/A/IMCO/NT/2011-20 (PE 475.082)], en especial, págs. 65 y ss.

⁵¹ BOE n.º 111, de 7 de mayo de 2009.

⁵² Declara la Exposición de Motivos que «procede en segundo lugar establecer mecanismos adicionales de protección para colectivos vulnerables, imponiendo una obligación de servicio público, en el sentido del artículo 3.º de la Directiva 2003/54/CE, a las comercializadoras de último recurso para que el tránsito a las tarifas de último recurso pueda ser realizado de una forma razonable para todos. La inminencia de la entrada en vigor del nuevo sistema de suministro y de tarifas de último recurso podría implicar que los consumidores más vulnerables sean los que soporten la mayor carga asociada a la eliminación del déficit de tarifa. La protección extemporánea impediría la suavidad del cambio por lo que se requiere la puesta en marcha de forma inminente de un bono social para proteger la seguridad jurídica y confianza legítima de los consumidores más desprotegidos. La financiación de este bono social será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico. Ante la puesta en marcha de la tarifa de último recurso el próximo 1 de julio, se regula de forma transitoria el mecanismo de financiación del déficit y del bono social».

⁵³ Prescribe el artículo 2: «Bonificación en las facturas domésticas. 1. Se crea el bono social para determinados consumidores de electricidad acogidos a la tarifa de último recurso que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen por orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. A estos efectos, se establecerá un umbral referenciado a un indicador de renta per cápita familiar. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual. 2. El bono social se configura como una protección adicional del derecho al suministro de electricidad. Será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. 3. El bono social cubrirá la diferencia entre el valor de la Tarifa de Último Recurso y un valor de referencia, que se denominará tarifa reducida. Dicha tarifa reducida será la vigente aplicable al consumidor doméstico en la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley y podrá ser modificada por orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. 4. El bono social será aplicado por el correspondiente comercializador de último recurso en las facturas, según las condiciones que se determinen por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. 5. La financiación de este bono social será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico. Por orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se establecerán el procedimiento de liquidación y las aportaciones que correspondan a cada una de las empresas.

El Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrá exonerar a determinados titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico de la obligación de contribuir a la financiación del bono social cuando su volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. La declaración de exención solo tendrá efecto para el periodo que en ella se especifique, y el titular de la instalación al que afecte deberá asumir la obligación de contribución a la financiación del bono social una vez transcurrido, salvo que el Ministro de Industria, Turismo y Comercio expresamente lo prorrogue.

Las aportaciones recibidas se depositarán en una cuenta específica en régimen de depósito creada al efecto por la Comisión Nacional de Energía, que será responsable de su gestión. 6. La caracterización del bono social, su financia-

ticular, viene a delimitar qué es el bono social⁵⁴ asimilándolo al consumidor vulnerable, y actuando de conformidad a lo prescrito por la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003⁵⁵, *sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE*⁵⁶.

Bajo esta línea, también se ha de significar, a nivel interno, lo ordenado por el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, *por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia*⁵⁷; esta viene a modificar algunos aspectos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que *se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*, así como el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, *sobre fomento de la cogeneración*, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que *se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, y el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, *de retribución de energía eléctrica mediante tecnología fotovoltaica*, constituyen el marco normativo sobre el que se van a desarrollar la cogeneración de alta eficiencia y la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en los próximos años en nuestro país⁵⁸.

Siguiendo en esta misma línea explicativa, véase el preámbulo del Real Decreto 1699/2011, al decir que «el sector terciario y el doméstico son grandes consumidores energéticos en forma

ción, así como el régimen transitorio de financiación inicial, se revisarán por orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos al menos cada cuatro años para adecuarlos a la situación del sector eléctrico».

⁵⁴ Interpreta el bono social la Sentencia de 7 de febrero de 2012, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), RJ2012\3348, donde se analiza el alcance del bono social y se trata la energía eléctrica: bono social: mecanismo de financiación: régimen jurídico: RDL 6/2009 y O. ITC 1273/2009.

⁵⁵ DOUE L 176 de 15 de julio de 2003.

⁵⁶ Véase la Sentencia de 21 de diciembre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), TJCE\2011\418, que interpreta en aras de construir el mercado interior de electricidad la Directiva 2003/54/CE: «Obligaciones de servicio público y protección del cliente» (art. 3.2) y «ordenación y equilibrio» (art. 11. 2 y 6): vulneración: desestimación: normativa nacional que, con el fin de reducir el precio de la electricidad en interés del consumidor final y de garantizar la seguridad de la red eléctrica, impone a los operadores que poseen instalaciones o grupos de instalaciones consideradas, con arreglo a los criterios definidos por la autoridad reguladora nacional, esenciales para satisfacer las necesidades de la demanda en electricidad de los servicios de ordenación, la obligación de presentar ofertas en los mercados nacionales de la electricidad en las condiciones previamente establecidas por dicha autoridad: cumplimiento de los requisitos de la intervención de los Estados miembros, obligaciones de servicio público, servicios de interés económico general y respeto del principio de proporcionalidad: comprobación por el órgano jurisdiccional nacional. En similar línea, véase como precedente la Sentencia de 9 de octubre de 2008 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), caso proceso penal contra Julius Sabatauskas y otros (TJCE\2008\225).

⁵⁷ BOE n.º 295, de 8 de diciembre de 2011.

⁵⁸ Precisa literalmente la Exposición de Motivos del Real Decreto 1699/2011, al declarar que: «El objeto del presente real decreto es efectuar el desarrollo de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en sintonía con la actual Directiva 2004/8/CE, de 11 de febrero de 2004, y con la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009, mediante el establecimiento de las condiciones administrativas y técnicas básicas de conexión a la red de baja y alta tensión hasta 36 kV de las instalaciones de energías renovables y de cogeneración de pequeña potencia, teniendo en cuenta sus especiales características y con la finalidad de establecer una regulación específica que permita el desarrollo de estas actividades».

de electricidad y calor y está constituido por numerosos consumidores de pequeñas potencias que suelen estar mayoritariamente conectados en baja tensión hasta 400 V, aunque algunos grandes edificios se conectan en alta tensión entre 1 kV y 36 kV».

Desde una perspectiva prelegislativa, hemos de atender para seguir incidiendo en la figura del «consumidor vulnerable» en el proyecto de real decreto por el que se modifica el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, *por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica*. Se regulan en el Capítulo II, en lo concerniente a los consumidores, artículo 75, las definiciones y se reconoce respecto a los consumidores que «los consumidores son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo. Aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominan Consumidores Directos en Mercado. Serán considerados como consumidores vulnerables, los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y de poder adquisitivo que les permitan acogerse al bono social, tal y como se define en el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. En todo caso, la consideración de un consumidor como vulnerable se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual. El Gobierno podrá adoptar las medidas oportunas para garantizar una protección adecuada a los consumidores vulnerables». Se construye un artículo 75 bis, que establece los derechos y obligaciones de los consumidores, y un artículo 75 ter, que disciplina la información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medioambiente; mientras que el artículo 75 quáter se refiere a los requisitos mínimos de los contratos.

Por su lado, el Capítulo III viene a identificar qué se entiende por consumidores directos en el mercado a través del artículo 76, al apuntar que «tendrán la consideración de consumidores directos en mercado por punto de suministro o instalación aquellos consumidores de energía eléctrica que adquieran energía eléctrica directamente en el mercado de producción para su propio consumo, y que deberán cumplir las condiciones previstas en el artículo 4.b) del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica». Se ha de complementar este precepto con los artículos 77 y 78⁵⁹, respectivamente.

Más reciente en el tiempo nos encontramos con el *Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero*⁶⁰, *por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción*

⁵⁹ El artículo 77. Punto de suministro e instalación: «A los efectos de la consideración de consumidor directo en mercado las instalaciones de estos consumidores deberán reunir los siguientes requisitos: a. Que su titular sea una única persona física o jurídica. b. Que los centros o unidades que constituyan la instalación estén unidos por líneas eléctricas propias. c. Que la energía eléctrica se destine a su propio uso. Los requisitos anteriores resultarán igualmente de aplicación a los restantes consumidores de energía eléctrica a los efectos del contrato de acceso. Así mismo los puntos de suministro de estos consumidores deberán reunir los requisitos a y c del párrafo anterior». El artículo 78 recoge la condición de consumidor directo en mercado.

⁶⁰ BOE n.º 24, de 28 de enero de 2012.

de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, que también incidirá en la figura del consumidor vulnerable. Y, en especial, el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 marzo de 2012, de *transposición* de directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas y medidas de corrección de las desviaciones por desajustes en los sectores eléctrico y gasista⁶¹. Trámite esta legislación⁶², se añaden las disposiciones transitorias vigésima y vigésima primera a la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del *Sector Eléctrico*, con la siguiente redacción: «Disposición transitoria vigésima. Consumidores vulnerables. Hasta que se desarrolle lo establecido en el apartado 4 del artículo 44 de la presente ley, se considerará que un consumidor es vulnerable cuando se encuentre dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 y disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, *por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*, así como en la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

Las empresas comercializadoras deberán poner a disposición de los consumidores un servicio de atención telefónica y un número de teléfono, ambos gratuitos, para atender las solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro»⁶³.

Téngase presente que el Real Decreto-Ley 13/2009 es resultado de la adopción de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009⁶⁴, sobre *normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE*⁶⁵. Esta directiva ha motivado la reforma española de la LSE 1997/2007, y da un paso más en la protección del consumidor⁶⁶, cuyo libre y sencillo acceso a los diferentes suministradores debe

⁶¹ BOE n.º 78, de 31 marzo de 2012.

⁶² Se declara en su Preámbulo: «[...] se refuerzan las obligaciones de servicio público. En este sentido cabe resaltar la regulación del acceso de los consumidores a sus datos de consumo, los precios asociados y los costes del servicio, así como a la información relativa a las vías de solución de conflictos. Se dispone asimismo que los Estados miembros deben definir el concepto de cliente vulnerable y establecer medidas para garantizar su suministro de energía eléctrica [...]».

⁶³ *Cfr.*, en esta línea de actuación, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión «Hacia una Carta Europea de los Derechos de los Consumidores de Energía», COM (2007) 386 final.

⁶⁴ DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009.

⁶⁵ Mediante esta directiva se vienen a introducir nuevos preceptos para lograr una separación efectiva de las actividades de suministro y generación de las actividades de red, planteando diferentes opciones para llevar a cabo dicha separación entre actividades.

⁶⁶ Más en CARBALLO FIDALGO, M.: «La protección del consumidor en la Unión Europea y su incidencia en el derecho español. Crónica de su subordinación a la consecución del mercado interior», n.º 315, *Noticias de la Unión Europea*, abril 2011, págs. 63 a 73; TORRES LÓPEZ, M.ª A.: «Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72», n.º 322, *Noticias de la Unión Europea*, noviembre de 2011, págs. 33 a 46; MENDOZA LOSANA, A. I.: «Novedades en la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios de energía eléctrica, gas, servicios de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información», n.º 2, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2012, págs. 212 a 217.

ser garantizado⁶⁷, a la par que la fijación de un mercado eléctrico basado en la libre competencia (ex art. 3.3 de la Directiva 2009/72)⁶⁸.

Como puede inferirse de lo hasta aquí relatado, se ha proporcionado en el transcurso del tiempo múltiple legislación en el sector eléctrico, pero hay un planteamiento que sobresale de las diferentes disposiciones como denominador común que, además, resulta ser lo que se ha querido poner de manifiesto en este apartado y es la reglamentación y la configuración –si bien se observa se queda a medias al remitirse a constante legislación– de unas figuras específicas como son la noción de consumidor asociado a las implicaciones técnicas complejas que acarrea el empleo, distribución, producción y suministro de energía eléctrica: el consumidor vulnerable y el consumidor directo en mercado. Es, cabalmente, el proyecto de real decreto por el que se modifica el Real Decreto 1955/2000 el que mejor especifica y entra en detalle en torno a los derechos y obligaciones, así como criterios y condiciones que han de observar dichos consumidores. Extremo que observando las últimas disposiciones nos hace pensar que en un futuro no muy inmediato se necesitará de una normativa concreta para ordenar y dar contenido a estas figuras.

4. CONCEPTO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Al igual que sucedía con la conceptualización de «abuso», salvo la noción propia que nos pueda proporcionar el derecho privado en general, tampoco la legislación se pronuncia con una definición legal en torno a qué se entiende por posición de dominio, debiendo acudir, en todo caso, a la interpretación proporcionada por la Comisión en sus decisiones y por el Tribunal de Justicia de sus pronunciamientos o las resoluciones de la CNC en el ámbito doméstico.

Sea como fuere, no se pretende mediante esta contribución dar una definición acabada sobre qué sea posición de dominio, toda vez que aquella debería ir siempre referida a un mercado determinado, solo que de esta forma de proceder podrá entenderse y explicarse con certeza si una o unas empresa/s determinadas se encuentran en situación de dominio en ese mercado⁶⁹.

El artículo 82 del TCE se refiere de manera global a la «posición dominante en el mercado común...», si bien hay que interpretar, y así lo hacen las autoridades comunitarias, que la posición

⁶⁷ Vide la síntesis de la reforma en SIERRA, J.: «Los consumidores vulnerables de energía eléctrica en España. La pobreza energética», en <http://www.serviciosenergeticos.org/2012/04/los-consumidores-vulnerables-de-energia.html>, 9 de abril de 2012 (consultado por última vez el 13 de noviembre de 2012).

⁶⁸ Expresamente reza el artículo 3.3: «Los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas, es decir, las empresas que empleen a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de 10 millones de euros, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una cantidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios [...]».

⁶⁹ Así se ha pronunciado FONT GALÁN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pág. 266.

de dominio debe ir siempre en atención a un mercado concreto y que no cabe proyectarla genéricamente sobre el mercado abstracto y global. En este punto, toma posición destacada el denominado «mercado relevante», que se constituye en un *prius* necesario para la determinación de toda posición de dominio, puesto que solo tendrá razón de ser en cuanto vaya referida a ese mercado⁷⁰, tal y como hemos expresado en las precedentes páginas.

Así las cosas, hemos de fijar cuándo nos encontramos en posición dominante. Para ello hay que descubrir si la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta. Ante esto surge el interrogante: ¿qué se considera cuota de mercado alta?

- Cuotas inferiores al 25-30%. No son prueba de una posición dominante.
- Cuotas entre el 30-40%. Dudosas.
- Cuotas por encima del 40%. Serían relevantes en la evaluación de la posición dominante.

Se ha de atender, a la par, con respecto a la duración en el tiempo, que un periodo de 5 años podría ser suficiente. Un periodo inferior a 3 años sería insuficiente para que una cuota alta fuera indicativa de dominio.

También hay que demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa dominante:

- La empresa en posición dominante debe poseer determinados atributos diferenciados que, juntos, hacen posible el éxito y que no pueden ser adquiridos por competidores reales o potenciales.
- La conducta de una empresa también es indicativa; si actúa sin tener en cuenta la competencia, puede presuponer que el grado de competencia es poco efectivo.

Y se ha de probar que la posición dominante existe en el mercado común o en una parte sustancial del mismo:

- La posición dominante debe existir en un mercado geográfico.
- Área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto son lo suficientemente homogéneas. Lo que sea sustancial es una cuestión de hecho en cada caso.

Desde la resolución emitida por *United Brands (1978)*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, As. 27/1976, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Comission*, Rep. 237, se ha perfilado la posición de dominio desde dos criterios complementarios,

⁷⁰ Cfr. PELLISÉ CAPELL, J.: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y LEDC*, op. cit., págs. 93 y ss.

a saber: de un lado, un criterio estructural que enunciará una situación de mercado y, a la par, de otro, un criterio de comportamiento y resultados focalizados en el comportamiento y los frutos de la empresa⁷¹. La combinación y evaluación de los dos criterios descritos de forma conjunta será lo que posibilite el apreciar y el resolver si estamos ante una posición de poder económico que deviene dominante. En efecto, en *United Brands* (1978) se descuelga que la posición de poder económico se traza por dos postulados: otorgar a quién la detenta la posibilidad, primero, de obstaculizar una competencia efectiva y, segundo, de tomar decisiones o estrategias independientes en el mercado.

De tal suerte, que el concepto de posición de dominio está definido por las resoluciones del Tribunal de Justicia, en particular, en el asunto referido de *United Brands* al decir que: «Posición dominante es la posición de fortaleza económica de una empresa, que le permite evitar que en el mercado en cuestión se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores». Agregado a lo anterior, y tal y como anticipábamos, la presencia de una posición dominante se califica con el apoyo de indicadores⁷² caso por caso de los que podemos citar el estar en posesión de una gran cuota de mercado. Entran en consideración también la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso a recursos y tecnología, entre otros extremos.

De igual forma, el Tribunal de Justicia Europeo, en su célebre Sentencia de 13 de febrero de 1979, As. 85/1976, *Hoffmann La Roche/Co. AG v. Commission* (1979), Cdo. 38, nos destaca y esclarece esta temática al apuntar que «una posición tal, a diferencia de la situación de monopolio, o casi monopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la empresa que se beneficia, en situación si no de decidir, sí al menos de influir especialmente en las condiciones en que se desarrollará esta competencia y, en todo caso, de comportarse en gran medida sin tenerla en cuenta y sin que esta actitud le produzca perjuicios».

Desde una perspectiva doctrinal, nos proporcionan luz las palabras de Pellisé Capell⁷³, al apuntar que «[...] la posición de dominio es, en esencia, la capacidad de influencia que tienen una o varias empresas sobre la voluntad de los otros agentes y, con ello, sobre el funcionamiento mismo del mercado, cuando llega el punto en que dicha influencia les da la posibilidad de desarrollar su propia estrategia de forma tan independiente que no necesita tener realmente en cuenta las otras unidades económicas del mercado (competidores actuales y potenciales, proveedores y consumidores), lo que significa que puede obstaculizar una competencia sustancial».

⁷¹ BOLZE, Ch.: «Abus de posición dominante», *Repertoire Dalloz de Droit Communautaire*, 1992, págs. 1 y ss. PELLISÉ CAPELL, J.: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y LEDC*, op. cit., pág. 94.

⁷² En efecto, la existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores de los que el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. La definición se confirmó y amplió en las sentencias Hoffmann-LaRoche (C-86/76), Hugin (C-22/78), Commercial Solvents (C-6 y C-7/73), Michelin (C-332/81), AKZO (C-62/86) e Hilti (T-30/89).

⁷³ PELLISÉ CAPELL, J.: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y LEDC*, op. cit., pág. 95.

Luego, queda claro de lo hasta aquí relatado que la posición de dominio se va a establecer casuísticamente, si bien existen una serie de parámetros que nos evalúan la posición de dominio. Estos criterios de evaluación vienen proporcionados, de un lado, por fijar cuáles son las causas que provocan el poder de mercado y, de otro, el valorar la relevancia o significación de ese poder.

1. En lo que hace a las causas de poder de mercado, cabe señalar que nos encontramos con las denominadas barreras de entrada. Entendiéndose como tales aquellos obstáculos que aparecen para las empresas nuevas que quieren entrar en una industria como desventajas competitivas con respecto a las empresas ya existentes en la industria en cuestión. Se suelen distinguir tres clases de barreras:
 - Las barreras basadas en las condiciones de costos, como resultado de la interacción entre el tamaño del mercado y las economías de escala.
 - Las barreras legales, ilustradas en la intervención de los poderes públicos para garantizar la competencia en un sector económico particular.
 - Las barreras confeccionadas por las empresas, consistentes en que las empresas ya establecidas tiendan a tutelarse mediante ciertas acciones dirigidas a salvaguardar su poder de mercado frente a otros competidores presentes o potenciales. La fijación de precios es una de ellas, tendente a desincentivar la entrada. De igual modo, nos podemos encontrar con la diferenciación de precios, esto es, cuando se da una discriminación de productos de una misma industria y, a igual precio, los compradores muestran su preferencia o no por un producto respecto a otro.

Hay que apuntar que las barreras creadas artificialmente por las empresas son las que constituyen verdaderos actos de abuso anticompetitivo.

2. En lo tocante a la valoración de cuándo nos encontramos en posición de dominio, no existe una categoría jurídica apriorística que nos proporcione los datos precisos para saber si estamos en dicha situación. No obstante lo anterior, tanto de las resoluciones del Tribunal de Justicia como de las decisiones de la Comisión, se ha ido construyendo una teoría fundamentada en conjugar elementos estructurales y de comportamiento y resultado⁷⁴. En este ámbito, se ha de tener muy presente la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia*

⁷⁴ Cfr. lo que precisa PELLISÉ CAPELL, J.: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y LEDC, op. cit.*, pág. 103: «Este método se desarrolla fundamentalmente en dos fases: una primera aproximación inquiriere el aspecto estructural relativo al mercado; y una segunda atiende a "la posibilidad de comportamientos independientes", referente a la estrategia de la empresa. Normalmente, la Comisión, después de describir la estructura del mercado relevante y determinar la influencia que ejerce la empresa dominante sobre ese mercado, pasa a averiguar si esa empresa, a la hora de definir su estrategia en el mercado, escapa a la presión ejercida por los otros operadores».

a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia⁷⁵. A tal finalidad, se ha de considerar si estamos ante monopolios legales, determinar la cuota de mercado, su tamaño y valor, así como la estructura de la empresa. Del mismo modo, se ha de apreciar el comportamiento, estrategias de mercado y resultados alcanzados⁷⁶. Extremos ya expuestos en las precedentes páginas.

5. ORGANISMOS DE INSPECCIÓN Y REGULACIÓN DEL ABUSO

La Comisión Europea detenta facultades de investigación para luchar contra los actos que vulneran la competencia y, entre estas, el abuso de posición de dominio. De forma tal que en el desarrollo de sus poderes de investigación, comienza una investigación a través de una solicitud a instancia de una empresa o agrupación de empresas. Una vez abierto el expediente, la Comisión posee competencias para poder recabar declaraciones y entrevistas sobre toda persona ya sea física o jurídica en aras de recopilar la información necesaria para esclarecer los hechos concurrentes que sean contrarios a la competencia. La investigación resulta extensiva al acceso a locales, a libros y documentos en cualquier soporte material, e inclusive, a la realización de copias de los mismos⁷⁷. Dentro de los amplios poderes de investigación, cabría destacar las inspecciones por sorpresa, bajo la terminología de *dawn raid*. En la misma línea de investigación, se ha de remarcar que existe una política de indulgencia, toda vez que las empresas pueden beneficiarse de un recorte en la multas, siempre y cuando aporten documentos y colaboren con la autoridad comunitaria para esclarecer

⁷⁵ DO C 372 de 9 de diciembre de 1997, puntos 54-55.

⁷⁶ Vid. MARTÍNEZ DEL PERAL CAGIGAL, I.: «La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas», D. 20, *Gaceta Jurídica de la Competencia Europea*, 1993, págs. 79 y ss.

⁷⁷ Sobre este particular, véase a ALONSO SUÁREZ, A.: «Las decisiones anti-trust de la Comisión Europea en los sectores del gas y la electricidad entre 2006 y 2011», *op. cit.*, págs. 50 y 51: «En relación con el mercado alemán de electricidad, la Comisión abrió dos expedientes a E.ON, el primero por el mercado mayorista de electricidad y el segundo por el mercado de balance o ajustes de electricidad ambos referidos a Alemania. Por lo que se refiere al mercado mayorista de electricidad alemán, la inquietud de la Comisión consistía en que E.ON pudiera haber diseñado una estrategia para retirar capacidad de generación disponible limitando el suministro de electricidad de algunas plantas en el mercado a corto plazo, con vistas a aumentar los precios de la electricidad en perjuicio de los consumidores y abusando de ese modo de una posición dominante en el mercado eléctrico mayorista. Además, la Comisión consideraba que E.ON diseñó e implantó una estrategia para impedir a otras empresas realizar inversiones en generación eléctrica en Alemania. Por lo que se refiere al mercado eléctrico de ajustes alemán, la inquietud consistía en que E.ON pudiera haber abusado de su posición dominante en el mercado secundario o de ajustes en la zona de la red de E.ON, en primer lugar incrementando sus propios costes con el fin de favorecer a su filial de producción y repercutir estos costes sobre el consumidor final, y, en segundo lugar, impidiendo que los productores de electricidad de otros Estados miembros exportasen electricidad para el mercado de ajustes. La decisión de la Comisión de 26 de noviembre de 2008 puso fin a ambos expedientes, al aceptar la Comisión los importantes compromisos propuestos por E.ON. En primera lugar, E.ON propuso la desinversión de unos 5000 MW de capacidad de generación en el mercado alemán, procedente de distintos tipos de tecnologías y combustibles: hidroeléctricas (332 MW), nuclear (1500 MW), lignito (604 MW), carbón (1744 MW), a gas natural (491 MW) y de bombeo (347 MW) [...]».

los hechos en torno a la infracción. De suerte tal que si la empresa se suma a esta colaboración puede llegar a alcanzar una rebaja entre el 30 y el 50% de la sanción y hasta un límite del 20%.

Por lo que hace al procedimiento de instrucción de los expedientes por comportamientos no competitivos viene a disciplinarse a través del Reglamento (CE) N° 622/2008, de 30 de junio de 2008⁷⁸, por el que *se modifica el Reglamento (CE) n.º 733/2004, en lo relativo al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel*⁷⁹. Bajo esta normativa, la Comisión puede establecer un plazo dentro del cual las partes podrán señalar por escrito que están dispuestas a comenzar conversaciones e iniciar, de este modo, una solicitud de acuerdo. No se discute que la política de acuerdos y negociaciones entre las empresas y las instituciones en defensa de la competencia resulta beneficiosa para ambas partes, toda vez que se evita la condena de las empresas por las hipotéticas infracciones contra la competencia; bajo este proceder, también la Comisión se beneficia al crear una infraestructura sólida que fomenta la competencia y, en definitiva, la confección de un mercado europeo de la energía eléctrica⁸⁰.

⁷⁸ DOUE L 171 de 1 de julio de 2008.

⁷⁹ Al respecto, *cf.*, GUILLÉN CARAMES, J.: «Derecho de la competencia y regulación en el mercado eléctrico: el problema de las restricciones técnicas», *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, 2010, págs. 295 a 331; ALONSO SUÁREZ, A.: «Las decisiones anti-trust de la Comisión Europea en los sectores del gas y la electricidad entre 2006 y 2011», *op. cit.*, págs. 41 y 42, el autor establece un esquema con las diferentes fases del procedimiento de instrucción y, además, puntualiza que: «El nuevo Reglamento concede a la Comisión un amplio margen discrecional para determinar en qué casos puede resultar adecuada la negociación de un acuerdo, teniendo en cuenta factores como la probabilidad de llegar a un entendimiento y la posibilidad de lograr eficiencias procedimentales a la luz del avance general alcanzado. A efectos de facilitar el acuerdo, la Comisión podrá informar a las partes que deseen iniciar negociaciones las objeciones que prevé formular en su contra, los elementos probatorios utilizados y el abanico de multas potenciales, información que deberá permanecer confidencial con respecto a terceros y permite a las empresas valorar las ventajas que pueden obtener por el camino del acuerdo. Si las negociaciones para el acuerdo avanzan, las empresas podrán presentar una propuesta de acuerdo que refleje el resultado de las conversaciones mantenidas, dentro del plazo fijado por la Comisión. Los resúmenes de los acuerdos propuestos por las empresas son publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea [...] artículo 27 del Reglamento 1/2003. Una vez concluido el plazo de observaciones, y si la opinión del mercado confirma que los compromisos ofrecidos constituyen una decisión satisfactoria, la Comisión puede adoptar una Decisión convirtiendo en legalmente vinculantes los acuerdos propuestos por las empresas, y dando así por concluida la investigación [...] las medidas adoptadas por la Comisión deben ser adecuadas y no exceder las necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos, y cuando es posible elegir entre varias medidas, se debe optar por la menos onerosa».

⁸⁰ Explica ALONSO SUÁREZ, A.: «Las decisiones anti-trust de la Comisión Europea en los sectores del gas y la electricidad entre 2006 y 2011», *op. cit.*, págs. 44 y 45, que la Dirección General de Competencia abrió una investigación sectorial general sobre la competencia de los mercados de gas y electricidad. Los resultados de dicha investigación se recogieron en el informe presentado el 10 de enero de 2007 [...] en el sector de la electricidad, las distorsiones identificadas fueron: «La mayoría de los mercados al por mayor siguen siendo de alcance nacional, con altos niveles de concentración en la generación, lo que da margen para el ejercicio de poder de mercado. – La integración vertical de las actividades de generación, el suministro y la red, lo cual reduce los incentivos de comercialización y para nuevas empresas que entren al mercado, ha seguido siendo una característica dominante en muchos mercados de electricidad. – El bajo nivel de comercio transfronterizo no es suficiente para ejercer presión sobre generadores dominantes en los mercados nacionales. – Existe una grave falta de información confiable y oportuna (transparencia) en los mercados mayoristas de electricidad que es ampliamente reconocido por el sector. – La formación de precios es compleja, y muchos usuarios tienen una confianza limitada en los mecanismos de formación de precios. En conclusión, el informe

A nivel nacional, nos encontramos con dos instituciones que regulan y supervisan la actividad del sector energético en pos de paliar o sancionar los actos contra la competencia: de un lado, la CNC y, de otro, la Comisión Nacional de Energía (en adelante, CNE). Téngase presente el punto octavo del Anexo del Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, *por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico*⁸¹, que dispone «sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima, tercero 1, función undécima, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en relación con el Título X de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, la CNE, en el ejercicio de la función duodécima de la disposición adicional undécima, podrá solicitar la información que considere necesaria. Cuando detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, y aportará todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen tales hechos».

Las principales funciones de los organismos descritos se sintetizan en el poder regulador que poseen, así como en cumplir funciones arbitrales y tareas de inspección o de instrucción de expedientes sancionadores. En orden a garantizar la seguridad del suministro, pueden permitir las tomas de posición de empresas del sector en otras empresas, así como emitir informes, si procede, en supuestos de concentración que afecten a empresas del sector eléctrico. De similar formar y, en lo que hace a la defensa de la competencia, estos organismos velan para que los sujetos que actúan en los mercados eléctricos lleven a cabo su actividad respetando la libre competencia.

6. DESARROLLO Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO ELÉCTRICO ANTE LA FALTA DE COMPETENCIA: ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El mercado eléctrico aparece reglamentado a través de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del *Sector Eléctrico*, ya comentada. Se ha de partir del funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica, que se estructura en mercados a plazo, diario, intradiario, mercados no organizados y los servicios de ajuste del sistema, que comprenden las restricciones técnicas, los servicios complementarios (regulación, control de tensión, reposición del servicio) y la gestión de desvíos.

de enero de 2007, se destacan disfunciones que dificultan el desarrollo de la competencia y la apertura de los mercados: –Muy elevada concentración de los mercados. – Demasiada integración vertical: presencia simultánea en redes (transporte y distribución) y en negocios liberalizados (generación y suministro). – Insuficiente flujo transfronterizo de electricidad y gas [...] Para solucionar estos problemas, la Comisión propuso el establecimiento de un importante paquete legislativo [...] uno de los puntos principales de este paquete es asegurar la independencia de los operadores en las redes de otras actividades en las compañías energéticas verticalmente integradas [...] De manera significativa, cabe señalar que la inspección se centró en las compañías integradas verticalmente en las actividades de suministro».

⁸¹ BOE n.º 309 de 24 de diciembre de 2004.

La normativa que sirve de base a la reglamentación del sector eléctrico se ve desarrollada mediante el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, *por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica*⁸². La finalidad de esta norma tiene por objeto ilustrar el marco normativo en el que han de desarrollarse las actividades relacionadas con el sector eléctrico, bajo el nuevo modelo establecido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Las normas precitadas quizás sean las principales reglas que ordenan el sector eléctrico en nuestro país y han de ser objeto de su análisis, en especial, por lo que hace a las reformas habidas y en trámite sobre la materia. Antes bien, tampoco se puede desconocer que, en la realidad, se suelen plantear dentro del mercado eléctrico comportamientos de abuso de posición de dominio en el mercado de restricciones o bien en situaciones de distribución, teniendo como ejemplo más reciente la Resolución del Consejo de la CNC, de 8 de noviembre de 2011 (Expediente S/0003/07)⁸³. Bajo este contexto, existen diferentes resoluciones de la autoridad de competencia basadas en la Ley 54/1997, que estructura un mercado mayorista organizado que se sustenta sobre el principio de la libre competencia. La finalidad de la norma se focaliza en que el funcionamiento del sistema tenga lugar sin abusos de posición de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia. En este sentido, la CNE posee facultades y poderes de colaboración con las autoridades de competencia, ya reseñados.

El objetivo fundamental que con su promulgación se pretendía era la liberalización. Se trataba, en resumidas cuentas, de sustituir al Estado por el mercado en la asignación de los recursos. El modelo que inspira el texto legal lleva consigo un cambio radical, no solo en el funcionamiento mismo del sector eléctrico, sino también en las relaciones entre las diferentes actividades que realizan los agentes que en él se dan cita. Su implantación en nuestro país exigía, en primer lugar, suprimir monopolios para, después, introducir técnicas tales como las privatizaciones, cuando la titularidad dominical de la empresa pertenecía al Estado, las despublicaciones, cuando la titularidad de la actividad también tenía carácter estatal, a través de la técnica clásica del servicio público, y, por fin, la desregulación o mutación de las normas reguladoras de intervención y dirección por normas de promoción y garantía de la libre competencia.

En efecto, la LSE abandona la concepción tradicional de servicio público, haciendo un guiño a una novedosa técnica: la garantía del suministro a todos los consumidores demandantes

⁸² BOE n.º 310 de 1 de diciembre de 2000.

⁸³ Realizan una reseña de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de noviembre de 2011 (Expediente S/0003/07), E.ON, GINER PARREÑO, C. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: «Competencia. Propiedad industrial e intelectual», n.º 258, *Revista Derecho de los Negocios*, marzo 2012, págs. 58 y ss., en especial, págs. 61 y 62, destacan que «el abuso estaría conformado por las actuaciones realizadas por E.ON ante una petición de nuevo acceso o de ampliación del mismo, y que, basándose en la información privilegiada que tiene como distribuidor, consistirían en a) el envío sistemático con la primera respuesta de los presupuestos para la realización de las obras no reservadas al distribuidor, y b) aportar en dicha primera respuesta una información insuficiente para que otros instaladores puedan conocer la entidad de la obra a realizar y ofertar, en su caso, la realización de la misma y su presupuesto».

del servicio dentro del territorio nacional⁸⁴. No en vano, el párrafo segundo de (su) Exposición de Motivos perfila como fin básico de la ley «establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medio ambiente». Este propósito enderezado a que el suministro se realice al menor coste posible halla su razonamiento básico en la propia Exposición de Motivos, puesto que, para el legislador, el precio de la electricidad «es un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía».

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, viene a reformarse mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, *de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*⁸⁵. Se convierte esta nueva regulación en pilar de un elenco de medidas destinadas a impulsar la productividad, destacando su incidencia en los mercados financieros, el sector energético, la contratación pública y el medioambiente. Sin embargo, es, sin duda, en el ámbito energético donde recae el peso mayor de las medidas incluidas en la norma. En efecto, en el propio Preámbulo del Real Decreto-Ley residencia el porqué de su conformación en la necesidad de «adopción de reformas urgentes que apuesten decididamente por la eficiencia y la competitividad de los mercados financieros y energéticos, como mecanismo para contribuir al impulso de la productividad en el conjunto del sistema económico, y afrontar así una de las principales debilidades del modelo de crecimiento económico. Estas reformas constituyen un instrumento indispensable para atenuar los riesgos y aprovechar las oportunidades que presenta el escenario económico internacional...». Todo ello sobre la base de situar el bienestar de los ciudadanos, su irrechazable y deseable mejora, en pieza angular de la política económica del ejecutivo.

Conviene destacar, desde este momento, las dos previsiones que el Preámbulo del Real Decreto Ley engloba a propósito del sector eléctrico⁸⁶: por un lado, la adopción de medidas para profundizar en la liberalización ordenada del sector y posibilitar la pronta constitución del Mercado Ibérico de Electricidad (MIBEL), prevista para antes del 30 de junio de 2005; por otro lado, la modificación del sistema de liquidación de los costes de transición a la competencia (CTC), retrasando su liquidación

⁸⁴ Véase el trabajo de DOMÍNGUEZ L. C.: «El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, y su incidencia en el sector eléctrico», en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142329979555&es.Articulo=true&idRevistaElegida=1142329979378&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU (consultado por última vez el 7 de junio de 2012).

⁸⁵ BOE n.º 62 de 14 de marzo de 2005.

⁸⁶ Desde un plano legislativo que afecta al sector eléctrico, hay que señalar, a la par, que el Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, *por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico*, supuso solventar los inconvenientes suscitados por la retribución de las unidades de producción con arreglo a su oferta en el mercado diario. Dicha disposición sustituyó el sistema de oferta única por un sistema de doble oferta, con precios distintos para el mercado de restricciones técnicas. La CNC en su Resolución de 14 de febrero de 2008, en interpretación del Real Decreto 2351/2004, apunta que «al tener que explicitar dos ofertas contribuye a hacer más transparente la estrategia seguida por los operadores a la hora de ofertar a los dos mercados, se consiga el mismo efecto que con una sola, esto es, la retirada de la capacidad del diario, la reserva de esa capacidad para resolver la restricción técnica, la obtención del mayor ingreso en el mercado de restricciones y la alteración del precio del mercado diario al forzar la entrada de una central más ineficiente y por tanto de mayor coste marginal».

definitiva correspondiente al año 2004 hasta el 1 de enero de 2006. De hecho, «se avanza [afirma el legislador] en la reforma de los mercados energéticos, mediante la adopción de medidas para fomentar un comportamiento más eficiente de los agentes y profundizar en una liberalización ordenada del sector, que, dado su carácter de insumo estratégico, debe traducirse en ganancias de productividad para el conjunto de la economía» (véase la Exposición de Motivos del real decreto enunciado)⁸⁷.

En la realidad práctica, las conductas contrarias a la competencia presentan diferentes aristas (véase el informe de la CNE donde se contenían varias resoluciones de los años 2004 a 2008, donde se ven afectadas diferentes empresas eléctricas); entre estas, cabe destacar la labor de las eléctricas en cuanto a presentar ofertas a precios sustancialmente superiores a sus costes variables, para quedar excluidas de la casación. La exclusión se solía hacer con el conocimiento de que su oferta era necesaria para satisfacer posteriores restricciones técnicas. En efecto: al ser empresas verticalmente integradas (el mismo grupo genera y distribuye), podrán anticipar dónde surgirían las restricciones, dado su conocimiento de la demanda; la falta de oferta en el mercado diario por la falta de casación del precio provocaba un déficit de generación que solo podría cubrirse mediante energía en régimen de restricciones. Las restricciones técnicas suelen tener lugar en zonas de suministro donde una sola empresa tenía capacidad para resolver tales restricciones, de forma monopolística. La CNC apreció como conducta de abuso de posición de dominio, basándose en los siguientes argumentos: se consideró mercado afectado la zona o zonas donde las compañías eléctricas gozaban de monopolio para la solución de restricciones técnicas; existió posición de dominio porque las compañías actuaban con independencia de mercado, es decir, sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores (porque no existía) y de la demanda (rígida en cuanto al precio); existió abuso, pues las ofertas se realizaron a precios inusualmente altos porque a las compañías no les interesaba casar, dados los altos costes de producción en el mercado diario. Por su posición de dominio en el mercado relevante, sabían que serían llamadas a solucionar restricciones técnicas sin posibilidad de que se rechazase un precio excesivo por tales servicios.

Con el paso del tiempo, se han ido corrigiendo o adoptando diferentes reglamentaciones destinadas a evitar las conductas anticompetitivas y, a su vez, proteger al consumidor de energía eléctrica⁸⁸. En efecto, por mediación del *Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista*, ya precitado, se ha venido a modificar la redacción de la LSE. Por el momento, cabe destacar que se pone especial acento en proteger al «consumidor vulnerable», tal y como se desprende de la Exposición de Motivos en su punto III, al declarar que «en relación al sector eléctrico, el presente Real Decreto-ley da cumplimiento a la obligación contenida en la Directiva 2009/72/CE consistente en que cada Estado miembro designe

⁸⁷ En este punto, véase la Resolución de la CNE de 25 de abril de 2007, por la que se establecen y hacen públicas las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos, *cfr.* <http://www.cne.es>

⁸⁸ *Cfr.* el pronunciamiento contenido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-239/07, de 9 de octubre de 2008 (TOL1.370.242), donde se prioriza ya la tutela del consumidor dentro del mercado eléctrico.

formalmente a una única autoridad reguladora a escala nacional. Asimismo, se contemplan de forma detallada las competencias y funciones de esta autoridad reguladora, reforzando las ya existentes. En especial, se profundiza en los objetivos y funciones que contribuyan a garantizar la efectividad y aplicación de las medidas de protección de los consumidores, en coordinación con otras Administraciones. [...] Por otro lado, se introduce la referencia al consumidor vulnerable, contemplando que es aquel que cumpla las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen, y se establece la adopción de las medidas oportunas para garantizar una protección adecuada a estos consumidores. Transitoriamente, hasta la definición de los consumidores vulnerables, se considerará como tales a aquellos que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 y de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, es decir, los consumidores que tienen derecho a acogerse al bono social. Otra medida en relación con la protección al consumidor es el establecimiento, por parte de las Administraciones competentes, de puntos de contacto únicos en coordinación con la Comisión Nacional de Energía para ofrecer a los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a los procedimientos de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio [...].»

Más reciente en el tiempo, hemos de apreciar que el sector eléctrico se sigue nutriendo de constante normativa, baste como ejemplos el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, *de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*⁸⁹. También, en este contexto, se ha de apreciar la flamante Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, relativa a *la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE*⁹⁰.

⁸⁹ BOE n.º 168 de 14 de julio de 2012. En el Preámbulo punto VIII se cuenta que: «El déficit tarifario provocado por los desajustes entre los costes del sistema eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados fijados por la Administración General del Estado es un problema estructural cuya solución es urgente por la amenaza que supone para la sostenibilidad económica del sistema. [...] El hecho de gravar las diferentes actividades eléctricas a nivel autonómico podría implicar que el coste adicional que suponen estos tributos para los sujetos que realizan dichas actividades se traslade a todos los consumidores, bien en los costes de las actividades reguladas reconocidos en los peajes de acceso, o bien a través del precio del mercado libre. De esta forma, una decisión de este tipo adoptada en el ámbito autonómico afectaría al conjunto de consumidores en el ámbito nacional, en términos que no resultarían justificados. Con el fin de evitar esta situación, se determina para las Comunidades Autónomas que graven, directa o indirectamente, las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico, con tributos propios o recargos sobre los tributos estatales, la obligatoriedad de imponer el suplemento territorial en los peajes de acceso y tarifas de último recurso, debiendo ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma. Para ello, se modifica el apartado 4 del artículo 17 y el apartado 5 del artículo 18 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre [...].»

⁹⁰ DOUE L 315, de 14 de noviembre de 2012. En este ámbito, dice el punto (45) de la Exposición de Motivos que: «La respuesta de la demanda puede estar basada en las reacciones de los clientes finales a las señales de los precios o en la automatización de los edificios. Habría que mejorar las condiciones de respuesta a la demanda y el acceso a la misma, en particular para los pequeños consumidores finales. Teniendo en cuenta el despliegue continuado de redes inteligentes, los Estados miembros deben velar, por lo tanto, porque las autoridades nacionales de regulación de la energía puedan garantizar que las tarifas de red y la reglamentación incentiven una mejora de la eficiencia energética y promuevan una fijación de precios dinámica para medidas de respuesta de la demanda por parte de los consumi-

Tal y como se desprende de la sucinta normativa hasta aquí expuesta, el legislador del mercado eléctrico subraya entre sus objetivos, de un lado, actuar conforme a las normas de la libre competencia y, de otro, no dejar desamparado al consumidor y usuario final. Signifíquese, además, que el contrato de suministro de energía eléctrica desde la perspectiva del consumidor se convierte en un servicio esencial⁹¹, y así se ha puesto de manifiesto por un rosario de normativas de diferente cariz, cuyo centro de atracción viene proporcionado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del *Sector Eléctrico*.

7. A MODO DE COROLARIO

Como puede apreciarse de lo hasta aquí relatado, el abuso de posición de dominio en las eléctricas se produce, especialmente, en mercados integrados verticalmente, siendo los precios uno de los extremos más empleados para delimitar el abuso en perjuicio y menoscabo del usuario final. También el tratamiento de la información o la falta de la misma se convierten por su mal empleo en una situación abusiva. De similar forma, hemos podido colegir de la diferente regulación descrita que se reflejan disfuncionalidades del mercado eléctrico que proceden del entrecruzamiento de la regulación de la industria eléctrica y la libre competencia, sobre todo cuando hemos de delimitar en qué situaciones estamos ante abuso de posición de dominio y esta atente contra la libre competencia. Y ello también puede explicarse y derivarse de la acumulación y presencia de una serie de factores de carácter ambiental, económicos, empresariales, sociales e, incluso, tecnológicos que inciden de manera significativa en la industria eléctrica, que provoca una gran dificultad en establecer comportamientos generales o pautas que sirvan como referentes para no incurrir en situaciones anticompetitivas. Puede comprenderse que las subidas de los precios de la electricidad, los diferentes

res finales. Conviene perseguir la integración del mercado y la igualdad de oportunidades de acceso al mercado por lo que se refiere a los recursos del lado de la demanda (oferta y cargas de los consumidores). Además, los Estados miembros deben velar por que las autoridades nacionales de regulación de la energía apliquen un planteamiento integrado que incluya el potencial de ahorro en los sectores del suministro de energía y de los usuarios finales».

⁹¹ Manifiesta en este sentido GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica», *op. cit.*, págs. 209 y 210: «La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, ya señaló en su día algo que parece necesario remarcar en los escenarios concursales y ante la situación de crisis de las empresas, como es que el suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad y de nuestro tejido empresarial, siendo su precio un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía. Dado que la imposibilidad de almacenar electricidad requiere que la oferta sea igual a la demanda en cada instante de tiempo, lo que supone necesariamente una coordinación de la producción de energía eléctrica, así como la coordinación entre las decisiones de inversión en generación y transporte de energía eléctrica, el sector eléctrico es un sector necesariamente regulado [...]». Véase, por su parte, el mandato contenido en el artículo 2 de la LSE, modificado según la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas para el mercado interior de la electricidad, con vigencia desde el 6 de julio de 2007, al prescribir que: «Se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente Ley. Estas actividades se ejercerán garantizando el acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial».

compromisos de carácter medioambiental, las repetidas denuncias sobre los obstáculos a la entrada, el alto nivel de concentración empresarial y las limitadas posibilidades de elección para los consumidores implican unas barreras significativas para el desarrollo del mercado europeo de la energía eléctrica. En este punto, se ha de remarcar que las restricciones técnicas en torno al sector eléctrico parecen convertirse en un tipo de abuso de posición de dominio.

En unión con lo anterior, también se ha podido desgranar que es preferible para las compañías de energía eléctrica acudir a procedimientos de conciliación con las autoridades reguladoras y vigilantes cuando estas despliegan sus poderes de investigación y se observa una conducta anticompetitiva.

Es remarcable, asimismo, que del estudio y aplicación de la legislación del sector eléctrico se ha acuñado la figura del consumidor vulnerable y el consumidor directo en mercado. Precisamente, el abuso puede tener como perjudicados últimos a estos sujetos. En este sentido, el proyecto de real decreto por el que se modifica el Real Decreto 1955/2000 resulta ser el que mejor especifica y entra en detalle en torno a los derechos y obligaciones, así como criterios y condiciones que han de observar dichos consumidores. Extremo que observando las últimas disposiciones, en especial, al Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 marzo de 2012, de transposición de directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas y medidas de corrección de las desviaciones por desajustes en los sectores eléctrico y gasista, nos hace reflexionar que en un futuro no muy inmediato se necesitará de una normativa concreta para ordenar y dar contenido a estas figuras.

Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [2006]: «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», en VV. AA. (Dir. MARTÍNEZ LAGE, A. y PETITBÓ JUAN, A.): *El abuso de la posición de dominio*. Madrid: Marcial Pons, págs. 193 a 226.

ALONSO SOTO, R. [1999]: «Derecho de la competencia II: defensa de la libre competencia», en *Curso de Derecho Mercantil (Uriá-Menéndez)*, Madrid, Civitas, págs. 273 y ss.

ALONSO SUÁREZ, A. [2012]: «Las decisiones anti-trust de la Comisión Europea en los sectores del gas y la electricidad entre 2006 y 2011», n.º 26, *La Ley*, marzo-abril, págs. 38 y ss.

ALTZELAR ULIONDO, J. [2011]: «Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia, efectos sobre el comercio intracomunitario», n.º 9, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, págs. 51 a 72.

BASTIANON, St. [2001]: *L'Abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè Editore.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. [2012]: «Autoridad de la competencia y reguladores sectoriales en el contexto del mercado con posición de dominio: ideas y reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 (asunto T-398/07, España/Comisión)», n.º 11, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, págs. 17 a 34.

BOLZE, Ch. [1992]: «Abus de position dominante», *Repertoire Dalloz de Droit Communautaire*, págs. 1 y ss.

- CANDELARIO MACÍAS, M.^a I. [2013]: «El consumidor del mercado eléctrico: ¿estamos ante una "nueva" categoría de consumidor?», a publicarse en *Derecho de los Negocios* (en prensa).
- CARBALLO FIDALGO, M. [2011]: «La protección del consumidor en la Unión Europea y su incidencia en el derecho español. Crónica de su subordinación a la consecución del mercado interior», n.º 315, *Noticias de la Unión Europea*, abril, págs. 63 a 73.
- CASES, L. [2006]: «Regulación pública y abuso de posición de dominio», en VV. AA. (Dir. MARTÍNEZ LAGE, A. y PETITBÓ JUAN, A.): *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, págs. 227 y ss.
- CIARRETA, A. y ESPINOSA, M. P. [2010]: «Market power in the Spanish electricity auction», n.º 37, *Journal Regulation Economics*, págs. 42 a 69.
- DE LA CRUZ FERRER, J. [1999]: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, Marcial Pons.
- DOMÍNGUEZ LUÍS, C. [2012]: «El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, y su incidencia en el sector eléctrico», en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142329979555&es.Articulo=true&idRevistaElegida=1142329979378&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU (consultado por última vez el 7 de junio).
- FABRA, N. y FABRA UTRAY, J. [2010]: «Competencia y poder de mercado en los mercados eléctricos», n.º 79, *Cuadernos Económicos de ICE*, págs. 17 y ss.
- FERNÁNDEZ, C. [2006]: «Cuota de mercado y poder de mercado», en VV. AA.: *El abuso de la posición de dominio* (Dir. MARTÍNEZ LAGE y PETITBÓ, J.), Madrid, Marcial Pons, págs. 61 y ss.
- FONT GALÁN [1986]: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. [2012]: «Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica», n.º 1, *Anuario de Derecho Concursal*, págs. 207 a 236.
- GINER PARREÑO, C. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. [2012]: «Competencia. Propiedad Industrial e Intelectual», n.º 258, *Revista Derecho de los Negocios*, marzo, págs. 58 y ss.
- GUILLÉN CARAMES, J. [2010]: «Derecho de la competencia y regulación en el mercado eléctrico: el problema de las restricciones técnicas», *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, págs. 295 a 331.
- HERNÁNDEZ, J. C. y LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. [2005]: *Regulación y competencia en el sector eléctrico: evaluación, regulación actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Thomson Aranzadi.
- JIMÉNEZ LATORRE, F. y CAÑIZARES PACHECO, E. [2006]: «Dificultades para la definición del mercado relevante», en VV. AA.: *El abuso de la posición de dominio* (Dir. MARTÍNEZ LAGE y PETITBÓ, J.), Madrid, Marcial Pons, págs. 33 y ss.
- MARTÍNEZ DEL PERAL CAGIGAL, I. [1993]: «La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas», D. 20, *Gaceta Jurídica de la Competencia Europea*, págs. 79 y ss.
- MENDOZA LOSANA, A. I. [2012]: «Novedades en la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios de energía eléctrica, gas, servicios de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información», n.º 2, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, págs. 212 a 217.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.^a D. [2012]: «La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación», n.ºs 1-2, *Revista de Derecho Privado*, págs. 25 a 59.

PELLISÉ CAPELL, J. [2002]: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y LEDC*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

SALINAS LA CASTA, E. [2007]: «Una norma de contenido *anti trust* administrada por reguladores sectoriales: el artículo 34 del Real Decreto-Ley y los sectores energéticos», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, mayo-junio, págs. 71 a 90.

SIERRA, J. [2012]: «Los consumidores vulnerables de energía eléctrica en España. La pobreza energética», en <http://www.serviciosenergeticos.org/2012/04/los-consumidores-vulnerables-de-energia.html>, 9 de abril de 2012 (consultado por última vez el 13 de noviembre).

TORRES LÓPEZ, M.^a A. [2011]: «Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72», n.º 322, *Noticias de la Unión Europea*, noviembre, págs. 33 a 46.

VV. AA. [2006]: (Dir. MARTÍNEZ LAGE, A. y PETITBÓ JUAN, A.) *El abuso de la posición de dominio*, Madrid: Marcial Pons.

– [2009]: (Dir. GUILLÉN CARAMES): *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, Madrid, Civitas Aranzadi.

Jurisprudencia

RESOLUCIÓN de 7 de julio de 1999, expediente *Electra Avellana* 441/1998 (1999) (AC 2000, 2824).

RESOLUCIÓN del Consejo de la CNC de 8 de noviembre de 2011 (Expediente S/0003/07), E.ON.

SENTENCIA del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, As. 6/1972 *Europemballage and Continental Can, Co. v. Commission*.

SENTENCIA del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, As. 27/1976, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rep. 237.

SENTENCIA del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, As. 85/1976, *Hoffmann La Roche/Co. AG v. Commission (1979)*.

SENTENCIA de 9 de octubre de 2008 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), caso *Proceso penal contra Julius Sabatauskas y otros* (TJCE\2008\225).

SENTENCIA de 21 de diciembre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), TJCE\2011\418.

SENTENCIA de 7 de febrero de 2012, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), RJ\2012\3348.