

## II

*(Comunicaciones)*COMUNICACIONES PROCEDENTES DE INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DE LA  
UNIÓN EUROPEA

## COMISIÓN

**Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes****(Texto pertinente a efectos del EEE)**

(2009/C 45/02)

**I. INTRODUCCIÓN**

1. El artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («el artículo 82») prohíbe los abusos de posición dominante. Según la jurisprudencia, el hecho de que una empresa esté en posición dominante no es ilegal en sí mismo y la empresa dominante tiene derecho a competir basándose en sus méritos. Sin embargo, la empresa en cuestión tiene la responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común. El artículo 82 es el fundamento jurídico de un elemento fundamental de la política de competencia y la eficacia de su aplicación contribuye a un mejor funcionamiento de los mercados en beneficio de las empresas y los consumidores. Esto adquiere una especial importancia en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado.

**II. OBJETIVO DEL PRESENTE DOCUMENTO**

2. El presente documento establece las prioridades de control que regirán la acción de la Comisión al aplicar el artículo 82 a la conducta excluyente de las empresas dominantes. Paralelamente a las decisiones específicas de aplicación de la normativa adoptadas por la Comisión, se pretende aportar una mayor claridad y previsibilidad al marco general analítico que la Comisión utiliza para determinar si debe intervenir en los asuntos referentes a distintas formas de conducta excluyente y para ayudar a las empresas a apreciar mejor si es probable que una determinada conducta suscite la intervención de la Comisión de conformidad con el artículo 82.

3. El presente documento no pretende sentar doctrina jurídica y se entiende sin perjuicio de la interpretación del artículo 82 que realicen el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Además, el marco general estable-

cido en el presente documento se aplica sin perjuicio de la posibilidad de que la Comisión desestime una denuncia cuando considere que un asunto carece de prioridad por otros motivos tales como la falta de interés comunitario.

4. El artículo 82 se aplica a las empresas que disfrutaban de una posición dominante en uno o varios mercados de referencia. Esta posición puede ser disfrutada por una empresa (dominación individual) o por dos o más empresas (dominación colectiva). El presente documento solamente se refiere a los abusos cometidos por empresas en situación de dominación individual.
5. Cuando aplique el artículo 82 a la conducta excluyente de las empresas dominantes, la Comisión se centrará en los tipos de conducta más lesiva para los consumidores. Estos se benefician de la competencia mediante unos precios más bajos, una mejor calidad y una mayor gama de bienes y servicios nuevos o mejorados. Así pues, la aplicación de dicho artículo por la Comisión irá encaminada a velar por el correcto funcionamiento de los mercados y por que los consumidores se beneficien de la eficiencia y productividad resultantes de la competencia efectiva entre las empresas.
6. En su actividad de control de las conductas excluyentes, la Comisión hace hincapié en la salvaguarda del juego de la competencia en el mercado interior y en garantizar que las empresas que disfrutaban de una posición dominante no excluyan a sus competidores por otros medios que no sean la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que ofrecen. Con ello, la Comisión tiene en cuenta que lo realmente importante es la protección de la eficacia del juego de la competencia y no simplemente la protección de los competidores. Esto bien puede dar lugar a que los competidores que benefician menos a los consumidores en términos de precio, posibilidades de elección, calidad e innovación abandonen el mercado.

7. La conducta que constituye directamente una explotación abusiva de los consumidores, por ejemplo, la aplicación de precios excesivamente altos o de un determinado comportamiento que menoscabe los esfuerzos para lograr un mercado interior integrado, también puede infringir el artículo 82. La Comisión puede decidir intervenir en relación con dicha conducta, en especial si no existe otro modo de garantizar adecuadamente la protección de los consumidores y el correcto funcionamiento del mercado interior. Al proporcionar una orientación sobre sus prioridades de control, la Comisión se limita en esta fase a la conducta excluyente y en particular a ciertos tipos de conductas excluyentes específicas que, según su experiencia, parecen ser las más comunes.
8. Cuando aplique los principios generales de control establecidos en la presente Comunicación, la Comisión tendrá en cuenta los hechos y circunstancias específicos de cada asunto. Por ejemplo, en los asuntos relativos a mercados regulados, la valoración de la Comisión tendrá en cuenta el correspondiente marco regulador específico<sup>(1)</sup>. Por consiguiente, la Comisión puede adaptar el planteamiento expuesto en la presente Comunicación en la medida que resulte razonable y adecuado a un determinado asunto.

### III. PLANTEAMIENTO GENERAL ANTE LA CONDUCTA EXCLUYENTE

#### A. Poder de mercado

9. La evaluación de si una empresa está en posición dominante y del grado de poder de mercado que posee es un primer paso de la aplicación del artículo 82. Según la jurisprudencia, el hecho de disfrutar de una posición dominante confiere a la empresa en cuestión una responsabilidad especial cuyo alcance debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto<sup>(2)</sup>.
10. La dominación se ha definido conforme al Derecho comunitario como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores<sup>(3)</sup>. Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. La dominación implica que esta presión competitiva no es suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial durante cierto tiempo. Esto significa que las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los

consumidores. La Comisión puede considerar que no existe una presión competitiva eficaz aún cuando subsista una cierta competencia real o potencial<sup>(4)</sup>. Por lo general, una posición dominante es el resultado de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente determinantes<sup>(5)</sup>.

11. La Comisión considera que una empresa que puede incrementar los precios de forma rentable por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo significativo no se enfrenta a una presión competitiva suficientemente eficaz y puede, por lo tanto, ser considerada generalmente como dominante<sup>(6)</sup>. En el presente documento, la expresión «incrementar los precios» abarca el poder de mantener los precios por encima del nivel competitivo y se utiliza como forma abreviada de las diversas maneras en que se puede influir en los parámetros de la competencia —tales como los precios, la producción, la innovación, la variedad o la calidad de mercancías o servicios— en beneficio de la empresa dominante y en perjuicio de los consumidores<sup>(7)</sup>.

12. La evaluación de la dominación tendrá en cuenta la estructura competitiva del mercado, y en especial los siguientes factores:

- las presiones ejercidas por los suministros existentes de los competidores en liza y la posición de mercado de estos (posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores),
- las presiones ejercidas por la amenaza creíble de una expansión futura de los competidores existentes o de una entrada de competidores potenciales (expansión y entrada),
- las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes de la empresa (poder de negociación de la demanda).

#### a) Posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores

13. Las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado<sup>(8)</sup>. Sin embargo, la Comisión interpretará las cuotas de mercado teniendo en cuenta

<sup>(1)</sup> Véase por ejemplo el apartado 82.

<sup>(2)</sup> Asunto 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)*/Comisión, Rec. 1983, p. 3461, apartado 57; asunto T-83/91, *Tetra Pak/Comisión (Tetra Pak II)*, Rec. 1994, p. II-755, apartado 114; asunto T-111/96, *ITT Promedia/Comisión*, Rec. 1998, p. II-2937, apartado 139; asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 112; y asunto T-203/01, *Michelin/Comisión (Michelin II)*, Rec. 2003, p. II-4071, apartado 97.

<sup>(3)</sup> Véase el asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Contintental/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartado 65; y el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co./Comisión*, Rec. 1979, p. 461, apartado 38.

<sup>(4)</sup> Véase el asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Contintental/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartados 113 a 121; y el asunto T-395/94, *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, Rec. 2002, p. II-875, apartado 330.

<sup>(5)</sup> Véase el asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Contintental/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartados 65 y 66; asunto C-250/92, *Gøttrup-Klim y otros Grovvarforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarveselskab*, Rec. 1994, p. I-5641, apartado 47; asunto T-30/89, *Hilti AG/Comisión*, Rec. 1991, p. II-1439, apartado 90.

<sup>(6)</sup> Lo que se entienda por período de tiempo significativo dependerá del producto y de las circunstancias del mercado en cuestión, pero por lo general se considerará suficiente un período de dos años.

<sup>(7)</sup> La rentabilidad contable puede ser un indicador imperfecto del ejercicio de poder de mercado. En este sentido, véase el asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Contintental/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartado 126.

<sup>(8)</sup> Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co./Comisión*, Rec. 1979, p. 461, apartados 39 a 41. Asunto C-62/86, *AKZO/Comisión*, Rec. 1991, p. I-3359, apartado 60; asunto T-30/89, *Hilti AG/Comisión*, Rec. 1991, p. II-1439, apartados 90 a 92; asunto T-340/03, *France Télécom/Comisión*, Rec. 2007, p. II-107, apartado 100.

las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos. En los mercados volátiles o en los de licitación también puede tenerse en cuenta la tendencia o la evolución con el tiempo de las cuotas de mercado.

14. La Comisión considera que unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de una falta de poder de mercado importante. Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40 %. Sin embargo, puede haber casos concretos por debajo de este umbral en los que los competidores no estén en condiciones de ejercer una presión efectiva sobre la conducta de una empresa dominante, por ejemplo cuando aquéllos se enfrentan a importantes limitaciones de capacidad. Estos casos también pueden merecer la atención de la Comisión.
15. La experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante y, en ciertas circunstancias, de una conducta abusiva con posibles efectos graves, que justifique una intervención de la Comisión de conformidad con el artículo 82 (<sup>1</sup>). Sin embargo, por regla general, la Comisión no llegará a una conclusión definitiva sobre la conveniencia o no de intervenir en un asunto sin haber examinado todos los factores que pueden bastar para ejercer una presión sobre la conducta de la empresa.

#### b) Expansión o entrada

16. La competencia es un proceso dinámico, por lo que una evaluación de las presiones competitivas que experimenta una empresa no puede basarse únicamente en la situación del mercado existente. También es pertinente el impacto potencial de la expansión de los competidores existentes o la entrada de competidores potenciales, incluida la amenaza de tal expansión o entrada. Si la expansión o la entrada es probable, tempestiva y suficiente, la empresa puede verse disuadida de incrementar los precios. Para que la Comisión considere que la expansión o la entrada es probable, debe ser suficientemente rentable para el competidor o para el nuevo operador, teniendo en cuenta factores tales como los obstáculos a la expansión o a la entrada, las probables reacciones de la empresa presuntamente dominante y de otros competidores, y los riesgos y costes del fracaso. Para que la expansión o la entrada se considere tempestiva, debe ser suficientemente rápida para disuadir o impedir el ejercicio de un poder de mercado sustancial. Para que la expansión o la entrada sea considerada suficiente, no puede ser una simple entrada a pequeña escala, por ejemplo en cierto segmento del mercado, sino que debe ser de una magnitud capaz de disuadir de cualquier intento de incrementar los precios por parte de la empresa presuntamente dominante en el mercado de referencia.

(<sup>1</sup>) Por lo que respecta a la relación entre el grado de dominación y la conclusión de que existe un abuso, véanse los asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge y Dafa-Lines/Comisión*, Rec. 2000, p. I-1365, apartado 119; y el asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 186.

17. Los obstáculos a la expansión o a la entrada pueden presentar diversas formas. Pueden ser obstáculos legales, tales como aranceles o contingentes, o pueden consistir en ventajas disfrutadas específicamente por la empresa dominante, tales como economías de escala y alcance, acceso privilegiado a insumos esenciales o recursos naturales, tecnologías importantes (<sup>2</sup>) o una red de distribución y venta asentada (<sup>3</sup>). También pueden incluir los costes y otros impedimentos, por ejemplo resultantes de efectos de red, a los que se enfrentan los clientes al cambiar a un nuevo proveedor. La propia conducta de la empresa dominante también puede crear obstáculos a la entrada, por ejemplo si ha realizado inversiones importantes que tendrían que ser igualadas por los nuevos operadores o por los competidores (<sup>4</sup>), o si ha concluido con sus clientes contratos a largo plazo que producen efectos de exclusión apreciables. Unas altas cuotas de mercado persistentes pueden ser señal de la existencia de obstáculos a la entrada y a la expansión.

#### c) Poder de negociación de la demanda

18. Las presiones competitivas pueden proceder no sólo de los competidores reales o potenciales sino también de los clientes. Es posible que incluso una empresa que tenga una alta cuota de mercado no esté en condiciones de actuar con un grado apreciable de independencia frente a clientes que cuenten con la suficiente capacidad de negociación (<sup>5</sup>). Este poder de negociación de la demanda puede ser fruto del tamaño de los clientes o de su importancia comercial para la empresa dominante y de su capacidad para cambiar rápidamente a proveedores competidores, promover nuevas entradas en el mercado o integrarse verticalmente y amenazar con hacerlo de forma verosímil. Si el poder de negociación es de una magnitud suficiente, puede disuadir o impedir cualquier intento de la empresa de incrementar los precios de forma rentable. Sin embargo, el poder de negociación no puede considerarse una presión suficientemente eficaz si sólo se limita a proteger a un segmento de clientes concreto o limitado frente al poder de mercado de la empresa dominante.

### B. Cierre del mercado lesivo para los consumidores («cierre anticompetitivo del mercado»)

19. El objetivo de la actividad de control de la Comisión en relación con la conducta excluyente es velar por que las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor, ya sea mediante unos niveles de precios superiores a los que hubieran existido en caso contrario o por cualesquiera otros medios tales como limitar la calidad o reducir las posibilidades de elección del consumidor. En el presente documento se emplea el concepto de «cierre

(<sup>2</sup>) Asunto T-30/89, *Hilti/Comisión*, Rec. 1991, p. II-1439, apartado 19.

(<sup>3</sup>) Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, Rec. 1979, p. 461, apartado 48.

(<sup>4</sup>) Asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continentaal/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartado 91.

(<sup>5</sup>) Véase el asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, apartados 97 a 104, en el que el Tribunal de Primera Instancia consideró si la supuesta falta de independencia de la empresa respecto a sus clientes debe considerarse una circunstancia excepcional que impide declarar la existencia de una posición dominante a pesar de que la empresa era responsable una gran parte de las ventas registradas en el mercado del azúcar industrial en Irlanda.

anticompetitivo del mercado» para describir una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios <sup>(1)</sup> en detrimento de los consumidores. La identificación del perjuicio probable para el consumidor se puede basar en pruebas cualitativas y, siempre que sea posible y apropiado, cuantitativas. Por otra parte, la Comisión se ocupará de este cierre anticompetitivo del mercado tanto al nivel intermedio como al de los consumidores finales o a ambos niveles <sup>(2)</sup>.

20. Por lo general, la Comisión intervendrá de conformidad con el artículo 82 cuando, sobre la base de pruebas sólidas y convincentes, sea probable que la conducta presuntamente abusiva dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La Comisión considera que, para efectuar esta evaluación, son generalmente pertinentes los siguientes factores:

- *la posición de la empresa dominante*: Por lo general, cuanto más sólida es la posición dominante, mayor es la probabilidad de que la conducta que protege esta posición dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado,
- *las condiciones del mercado de referencia*: Se incluyen aquí las condiciones para la entrada y la expansión, tales como la existencia de economías de escala y/o de alcance y los efectos de red. Las economías de escala implican que es menos probable que los competidores entren o se mantengan en el mercado si la empresa dominante cierra una parte significativa del mercado de referencia. Del mismo modo, la conducta puede permitir a la empresa dominante inclinar a su favor un mercado caracterizado por efectos de red o afianzar aún más su posición en dicho mercado. Asimismo, si los obstáculos de entrada al mercado ascendente o descendente son importantes, esto significa que puede ser costoso para los competidores superar el posible cierre del mercado mediante su integración vertical,
- *la posición de los competidores de la empresa dominante*: Este factor se refiere a la importancia de los competidores de cara a mantener una competencia efectiva. Un determinado competidor puede desempeñar un importante cometido competitivo incluso aunque sólo tenga una pequeña cuota de mercado en comparación con otros competidores: puede, por ejemplo ser el competidor más cercano a la empresa dominante, ser un competidor particularmente innovador o tener la reputación de recortar sistemáticamente los precios. En su evaluación, la Comisión también podrá tener en cuenta cuando proceda, basándose en la información

disponible, si existen contraestrategias realistas, eficaces y tempestivas que los competidores aplicarán probablemente,

- *la posición de los clientes o de los proveedores de insumos*: Cabe incluir aquí la evaluación de la posible selectividad de la conducta en cuestión. La empresa dominante puede aplicar la práctica sólo a determinados clientes o a proveedores de insumos que pueden ser de especial importancia para la entrada o expansión de los competidores, lo que aumenta la probabilidad de cierre anticompetitivo del mercado <sup>(3)</sup>. Respecto a los clientes, por ejemplo, pueden ser los que respondan más probablemente a las ofertas de los proveedores alternativos, pueden constituir un medio especial de distribución del producto que sería conveniente para un nuevo operador, pueden estar situados en una zona geográfica idónea para las nuevas entradas o puede ser probable que influyan en el comportamiento de otros clientes. En el caso de los proveedores de insumos, aquellos con los que la empresa dominante haya concluido contratos exclusivos de suministro pueden ser los que respondan más probablemente a las peticiones de los clientes que son competidores de la empresa dominante en un mercado descendente, o pueden producir una calidad del producto —o producir en un lugar— particularmente conveniente para un nuevo operador. También se tendrá en cuenta cualquier estrategia de la que dispongan los clientes o los proveedores de insumos que pueda contribuir a contrarrestar la conducta de la empresa dominante,
- *el alcance de la conducta presuntamente abusiva*. Generalmente cuanto mayor es el porcentaje de ventas totales en el mercado de referencia afectadas por la conducta, mayor es su duración, y cuanto más regularmente se ha aplicado, mayor es el efecto probable de cierre del mercado,
- *las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado*: Si la conducta ha existido durante un período de tiempo suficiente, los resultados de mercado de la empresa dominante y de sus competidores pueden dar pruebas directas de la existencia de un cierre anticompetitivo del mercado; por razones atribuibles a la conducta presuntamente abusiva, la cuota de mercado de la empresa dominante puede haberse incrementado o el descenso de la cuota de mercado puede haberse ralentizado; por razones similares, los competidores existentes pueden haber sido marginados o expulsados, o los competidores potenciales pueden haber intentado entrar y haber fracasado,
- *las pruebas directas de una estrategia de cierre*: Se trata en este caso de documentos internos que contienen pruebas directas de una estrategia para excluir a competidores, tales como un plan detallado de seguir una determinada conducta para excluir a un competidor, para impedir la entrada o para evitar la aparición de un mercado, o pruebas de amenazas concretas de tomar medidas excluyentes. Estas pruebas directas pueden servir para interpretar la conducta de la empresa dominante.

<sup>(1)</sup> Para el significado de la expresión «incrementar los precios» véase el apartado 11.

<sup>(2)</sup> El concepto de «consumidores» abarca todos los usuarios directos o indirectos de los productos afectados por la conducta, incluidos los productores intermedios que utilizan los productos como insumo, así como los distribuidores y los consumidores finales, tanto del producto inmediato como de productos suministrados por los productores intermedios. Cuando los usuarios intermedios sean competidores reales o potenciales de la empresa dominante, la evaluación se centrará en los efectos de la conducta sobre los usuarios en sentido descendente.

<sup>(3)</sup> Asunto T-228/97 Irish Sugar/Comisión, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 188.

21. Al examinar un asunto, la Comisión analizará los factores generales que se enumeran en el apartado 20 junto con otros factores más específicos que se describen más adelante en las secciones relativas a determinados tipos de conducta excluyente, así como cualesquiera otros factores que pueda considerar pertinentes. Por lo general, esta evaluación se hará comparando la situación actual o probable en el futuro del mercado de referencia (a la luz de la conducta de la empresa dominante) con un contrafáctico adecuado, por ejemplo la simple inexistencia de la conducta en cuestión, o con otra situación alternativa realista en función de las prácticas comerciales vigentes.
22. En ciertas circunstancias no es necesario que la Comisión efectúe una evaluación detallada antes de concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores. Si resulta que la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficiencia, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no prueben esos productos, o si paga a un distribuidor o a un cliente para que retrase la introducción del producto de un competidor.

### C. Conducta excluyente basada en el precio

23. Las consideraciones de los apartados 23 a 27 se aplican a la conducta excluyente basada en el precio. Una fuerte competencia de precios suele ser beneficiosa para los consumidores. Por lo general la Comisión sólo intervendrá con objeto de impedir el cierre anticompetitivo del mercado cuando la conducta en cuestión pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia de competidores que sean considerados tan eficaces como la empresa dominante <sup>(1)</sup>.
24. Sin embargo, la Comisión reconoce que en ciertas circunstancias un competidor menos eficaz también puede ejercer una presión que debe tenerse en cuenta al considerar si una determinada conducta basada en el precio da lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La Comisión aplicará un enfoque dinámico al examinar esta presión, dado que si no existe una práctica abusiva dicho competidor puede beneficiarse de ventajas relacionadas con la demanda, tales como efectos de red y de aprendizaje, que tenderán a mejorar su eficiencia.
25. Para determinar si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quede excluido del mercado resultante de la conducta en cuestión, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa

dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. Para esto será necesario disponer de datos suficientemente fiables. La Comisión utilizará la información sobre costes de la propia empresa dominante cuando se disponga de ella. Si no se dispone de información fiable sobre dichos costes, la Comisión puede decidir utilizar los datos sobre costes de los competidores u otros datos fiables comparables.

26. Los parámetros de coste que la Comisión podrá utilizar son el coste medio evitable («AAC») y el coste incremental medio a largo plazo («LRAIC») <sup>(2)</sup>. El hecho de no cubrir el AAC indica que la empresa dominante está sacrificando beneficios a corto plazo ya que un competidor con igual grado de eficiencia no puede suministrar a los clientes sin incurrir en pérdida. El LRAIC suele ser superior al AAC porque, contrariamente al AAC (que solamente incluye los costes fijos si ha incurrido en ellos durante el período examinado), el LRAIC incluye los costes fijos específicos del producto contraídos antes del período en que tuvo lugar la presunta conducta abusiva. El hecho de no cubrir el LRAIC indica que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado <sup>(3)</sup>.

27. Si los datos sugieren claramente que un competidor con igual grado de eficiencia puede competir eficazmente con el comportamiento en términos de precios de la empresa dominante, la Comisión deducirá en principio que no es probable que dicho comportamiento de la empresa dominante tenga un impacto negativo en la competencia efectiva, y por ende en los consumidores, y por lo tanto será improbable que intervenga. Si, por el contrario, los datos sugieren que el precio aplicado por la empresa dominante puede excluir a competidores con igual grado de eficiencia, entonces la Comisión incorporará este elemento en su evaluación general del cierre anticompetitivo del mercado (véase anteriormente la sección B), teniendo en cuenta otras pruebas cuantitativas y cualitativas pertinentes.

<sup>(2)</sup> El coste medio evitable es la media de los costes que podrían haberse evitado si la empresa no hubiera fabricado una modesta cantidad de producción (adicional), en este caso la cantidad presuntamente objeto de la conducta abusiva. En la mayoría de los casos, el AAC y el coste variable medio (AVC) serán el mismo, pues a menudo solamente pueden evitarse los costes variables. El coste incremental medio a largo plazo es la media de todos los costes (variables y fijos) en que incurre una empresa para fabricar un determinado producto. El LRAIC y el coste medio total (ATC) son sustitutos recíprocos adecuados, y son iguales en el caso de empresas monoproducción. Si las empresas multiproducción tienen economías de alcance, el LRAIC será inferior al ATC para cada producto individual, pues los verdaderos costes comunes no se tienen en cuenta en el LRAIC. En el caso de los productos múltiples, los costes que se podrían haber evitado no fabricando un determinado producto o gama no se consideran costes comunes. Cuando los costes comunes son significativos, es posible que haya que tenerlos en cuenta al evaluar la capacidad de excluir a competidores con igual grado de eficiencia.

<sup>(3)</sup> Para aplicar estos parámetros de coste también puede ser necesario tener en cuenta los ingresos y costes de la empresa dominante y de sus competidores en un contexto más amplio. Puede que no baste con evaluar solamente si el precio o los ingresos cubren los costes del producto en cuestión, sino que puede ser necesario estudiar los ingresos incrementales en caso de que la conducta de la empresa dominante en cuestión afecte negativamente a sus ingresos en otros mercados o procedentes de otros productos. Del mismo modo, en el caso de mercados bilaterales puede ser necesario considerar al mismo tiempo los ingresos y costes de ambos lados.

<sup>(1)</sup> Asunto 62/86, AKZO Chemie/Comisión, Rec. 1991, p. I-3359, apartado 72: en relación con los precios inferiores al coste total medio (ATC), el Tribunal de Justicia manifestó: «Dichos precios pueden eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir la competencia que se les hace». Véase también la sentencia de 10 de abril de 2008 en el asunto T-271/03, Deutsche Telekom/Comisión, pendiente de publicación, apartado 194.

#### D. Necesidad objetiva y eficiencias

28. En su aplicación del artículo 82, la Comisión también examinará las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta <sup>(1)</sup>. Esta justificación de la empresa dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anti-competitivo para los consumidores. En este contexto, la Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante.

29. La cuestión de si la conducta es objetivamente necesaria y proporcional debe dilucidarse basándose en factores ajenos a la empresa dominante. Una conducta excluyente puede, por ejemplo, considerarse objetivamente necesaria por razones de salud o seguridad relacionadas con la naturaleza del producto en cuestión. Sin embargo, a la hora de probar que este tipo de conducta es objetivamente necesario se debe tener en cuenta que, por lo general, son las autoridades públicas quienes fijan y velan por el cumplimiento de las normas de salud y seguridad públicas. No incumbe a una empresa que ocupa una posición dominante adoptar por iniciativa propia medidas destinadas a eliminar los productos que, con o sin razón, considera peligrosos o de una calidad inferior a la de sus propios productos <sup>(2)</sup>.

30. La Comisión considera que una empresa dominante también puede justificar una conducta que da lugar a una exclusión del mercado de los competidores alegando las eficiencias suficientes para garantizar que es probable que los consumidores no sufran ningún perjuicio neto. En este contexto, por lo general la empresa dominante deberá demostrar, con un grado suficiente de probabilidad, y basándose en pruebas comprobables, que se cumplen las siguientes condiciones acumulativas <sup>(3)</sup>:

- se han obtenido o es probable que se obtengan eficiencias que son fruto de la conducta. Por ejemplo, pueden consistir en mejoras técnicas de la calidad de los bienes o en una reducción del coste de producción o de distribución,
- la conducta es imprescindible para obtener dichas eficiencias: no debe haber alternativas a la conducta que sean menos lesivas de la competencia y además capaces de producir las mismas eficiencias,

<sup>(1)</sup> Véase el asunto 27/76, *United Brands/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartado 184; el asunto 311/84, *Centre belge d'études de marché — Télémarketing (CBEM)/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e Information publicité Benelux (IPB)*, Rec. 1985, p. 3261, apartado 27; el asunto T-30/89, *Hilti AG/Comisión*, Rec. 1991, p. II-1439, apartados 102 a 119; el asunto T-83/91, *TetraPak/Comisión (Tetra Pak II)*, Rec. 1994, p. II-755, apartados 136 y 207; y el asunto C-95/04 P, *British Airways/Comisión*, Rec. 2007, p. I-2331, apartados 69 y 86.

<sup>(2)</sup> Véase, por ejemplo, el asunto T-30/89, *Hilti AG/Comisión*, Rec. 1991, p. II-1439, apartados 118 y 119; asunto T-83/91, *TetraPak/Comisión (Tetra Pak II)*, Rec. 1994, p. II-755 apartados 83, 84 y 138.

<sup>(3)</sup> Véase, en el contexto diferente del artículo 81, la Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

— las eficiencias probables obtenidas de resultados de la conducta superan cualquier probable efecto negativo para la competencia y para el bienestar de los consumidores en los mercados afectados,

— la conducta no elimina la competencia efectiva al suprimir todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes. La rivalidad entre empresas es un motor esencial de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. Si no hay rivalidad, la empresa dominante carecerá de los incentivos adecuados para continuar creando y repercutiendo los aumentos de eficiencia. Cuando no existe ninguna competencia residual ni ninguna entrada previsible que constituya una amenaza, la protección de la rivalidad y del juego de la competencia prima sobre los posibles aumentos de eficiencia. En opinión de la Comisión, por lo general, una conducta excluyente que mantiene, crea o consolida una posición de mercado que se aproxima a la de un monopolio no puede justificarse argumentando que también crea aumentos de eficiencia.

31. Incumbe a la empresa dominante presentar todas las pruebas necesarias para demostrar que la conducta en cuestión está justificada objetivamente. A continuación es la Comisión la que debe evaluar en último término si la conducta en cuestión no es objetivamente necesaria y, tras ponderar cualesquiera efectos anticompetitivos evidentes y cualesquiera eficiencias alegadas y justificadas, si es probable que dé lugar a un perjuicio para los consumidores.

#### IV. FORMAS CONCRETAS DE ABUSO

##### A. Acuerdos exclusivos

32. Una empresa dominante puede intentar excluir a sus competidores impidiéndoles que vendan a clientes mediante obligaciones de compra exclusiva o descuentos, denominados conjuntamente acuerdos exclusivos <sup>(4)</sup>. La presente sección establece las circunstancias que es más probable que susciten la intervención de la Comisión respecto de acuerdos exclusivos firmados por empresas dominantes.

##### a) *Compra exclusiva*

33. Una obligación de compra exclusiva obliga a un cliente de un determinado mercado a comprar exclusivamente, o en

<sup>(4)</sup> El concepto de acuerdo exclusivo también abarca las obligaciones o incentivos de suministro exclusivo que producen el mismo efecto, mediante los cuales la empresa dominante intenta excluir a sus competidores impidiéndoles que compren a proveedores. La Comisión considera que esta exclusión de los insumos puede en principio dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado si la obligación o el incentivo de suministro exclusivo ata a la mayor parte de los proveedores eficientes de insumos y si los clientes que compiten con la empresa dominante son incapaces de encontrar fuentes alternativas eficientes de suministro de insumos.

gran parte, únicamente a la empresa dominante. Algunas otras obligaciones, tales como los requisitos de almacenamiento, que aparentemente no llegan a imponer la compra exclusiva, pueden producir en la práctica el mismo efecto <sup>(1)</sup>.

34. Con el fin de convencer a los usuarios la compra exclusiva la empresa dominante debería compensarles, total o parcialmente, por la pérdida de competencia resultante de la exclusividad. Cuando se dé esta compensación, cabe que un cliente tenga interés en suscribir una obligación de compra exclusiva con la empresa dominante. Pero sería erróneo deducir automáticamente de esto que todas las obligaciones de exclusividad, tomadas en su conjunto, son beneficiosas globalmente para los clientes, incluidos los que actualmente no compran a la empresa dominante, y para los consumidores finales. La atención de la Comisión se centrará en aquellos casos en los que es probable que los consumidores en su conjunto no se beneficien. Así sucederá, en particular, cuando existan muchos consumidores y las obligaciones de compra exclusiva de la empresa dominante, en su conjunto, produzcan el efecto de impedir la entrada o la expansión de empresas competidoras.
35. Además de los factores mencionados en el apartado 20, los siguientes factores serán generalmente de especial importancia a la hora de determinar si la Comisión intervendrá frente a un acuerdo de compra exclusiva.
36. Las obligaciones de compra exclusiva pueden dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado en especial cuando, en ausencia de las obligaciones, los competidores que no están todavía presentes en el mercado cuando se concluyen las obligaciones o no están en condiciones de competir por el suministro total de los clientes ejercen una presión competitiva importante. Cabe que los competidores no puedan competir por toda la demanda de un cliente individual porque es inevitable mantener relaciones comerciales con la empresa dominante por lo menos para una parte de la demanda del mercado, por ejemplo porque su marca es un «producto imprescindible» preferido por muchos consumidores finales o porque las limitaciones de capacidad de los otros proveedores son tales que una parte de la demanda sólo puede ser satisfecha por el proveedor dominante <sup>(2)</sup>. Si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, suele ser improbable que las obligaciones de compra exclusiva impidan la competencia efectiva a menos que el cambio de proveedor por parte de los clientes resulte complicado debido a la duración de la obligación de compra exclusiva. Generalmente cuanto mayor es la duración de la obligación, mayor es el probable efecto de cierre del mercado. Sin embargo, si para todos o para la mayor parte de los clientes es inevitable mantener relaciones comerciales con la empresa dominante, incluso una obligación de compra exclusiva de corta duración puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado.

<sup>(1)</sup> Asunto T-65/98, Van den Bergh Foods/Comisión, Rec. 2003, p. II-4653. En este caso se consideró que la obligación de utilizar refrigeradores exclusivamente para los productos de la empresa dominante llevaba a una exclusividad del punto de venta.

<sup>(2)</sup> Asunto T-65/98, Van den Bergh Foods/Comisión, Rec. 2003, p. II-4653, apartados 104 y 156.

#### b) Descuentos condicionales

37. Los descuentos condicionales se conceden a los clientes para recompensarlos por una determinada pauta de conducta de compra. Habitualmente, un descuento condicional consiste en que, si las compras del cliente durante un determinado período de referencia superan un cierto umbral, se le concede un descuento, ya sea sobre todas las compras (descuento retroactivo) o únicamente sobre aquellas que superan el umbral (descuento sobre compras incrementales). Los descuentos condicionales no son una práctica excepcional. Las empresas pueden ofrecer estos descuentos para captar más demanda y, de este modo, estimular la demanda y beneficiar a los consumidores. Sin embargo, cuando es una empresa dominante la que concede estos descuentos también pueden tener efectos reales o potenciales de cierre del mercado similares a los de las obligaciones de compra exclusiva. Los descuentos condicionales pueden producir los mismos efectos sin entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante <sup>(3)</sup>.
38. Además de los factores ya mencionados en el apartado 20, los siguientes factores son de particular importancia para la Comisión de cara a establecer si un determinado sistema de descuentos condicionales puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado y, por lo tanto, si figurará entre las prioridades de control de la Comisión.
39. Al igual que ocurre con las obligaciones de compra exclusiva, es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado cuando los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual. Un descuento condicional concedido por una empresa dominante puede permitirle utilizar la parte «rígida» de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción «flexible» de la demanda (es decir, la cantidad que el cliente puede optar por sustituir y para la que puede encontrar sustitutos) <sup>(4)</sup>.
40. De modo general, los descuentos retroactivos pueden cerrar considerablemente el mercado ya que pueden hacer que sea menos interesante para los clientes cambiarse a un proveedor alternativo cuando se trata de pequeñas cantidades de demanda, si esto supone perder los descuentos retroactivos <sup>(5)</sup>. El efecto potencial de cierre de los descuentos retroactivos es en principio mayor en la última unidad comprada del producto antes de superar el umbral. Sin embargo, en opinión de la Comisión, para evaluar el efecto de fidelización de un descuento lo pertinente no es simplemente el efecto sobre la competencia por suministrar la última unidad individual, sino el efecto de cierre que

<sup>(3)</sup> A este respecto, la evaluación de los descuentos condicionales difiere de la de los precios predatorios, que siempre suponen un sacrificio.

<sup>(4)</sup> Véase el asunto T-203/01, Michelin/Comisión (Michelin II), Rec. 2003, p. II-4071 apartados 162 y 163. Véase también el asunto T-219/99, British Airways/Comisión, Rec. 2003, p. II-5917, apartados 277 y 278.

<sup>(5)</sup> Asunto 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Comisión (Michelin I), Rec. 1983, p. 3461, apartados 70 a 73.

produce el sistema de descuento sobre los competidores (reales o potenciales) del proveedor dominante. Cuanto mayor sea el descuento en porcentaje del precio total y cuanto más elevado sea el umbral, mayor será el estímulo por debajo del umbral y, por lo tanto, más fuerte será la probable exclusión de competidores reales o potenciales.

41. Al aplicar el método expuesto en los apartados 23 a 27, la Comisión se propone investigar, en la medida en que disponga de datos fiables, si el sistema de descuento puede obstaculizar la expansión o la entrada incluso de competidores con igual grado de eficiencia haciendo que les sea más difícil satisfacer una parte de las necesidades de los clientes individuales. En este contexto, la Comisión calculará el precio que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda (la «gama de referencia») a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendrá que igualar no es el precio medio de la empresa dominante, sino el precio normal (de catálogo) menos el descuento que pierde por cambiar, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el período de referencia. La Comisión tendrá en cuenta el margen de error que puede ser fruto de las incertidumbres inherentes a este tipo de análisis.

42. La gama de referencia para el cálculo del precio efectivo en un determinado caso depende de las circunstancias concretas de cada asunto y de si el descuento es incremental o retroactivo. Para los descuentos incrementales, la gama de referencia suele corresponder a las compras incrementales que se están estudiando. Por lo general, para los descuentos retroactivos será conveniente evaluar en el contexto específico del mercado la cantidad de las necesidades de compra de un cliente que puede cambiarse siendo realista a un competidor (la «parte flexible» o «porción flexible»). Si es probable que los clientes estén dispuestos y sean capaces de cambiar grandes cantidades de demanda a un competidor (potencial) con relativa rapidez, es probable que la gama de referencia sea relativamente amplia. Si por el contrario es probable que los clientes sólo quieran o puedan cambiar pequeñas cantidades de forma incremental, entonces la gama de referencia será relativamente pequeña. Para los competidores existentes, su capacidad de expandir las ventas a clientes y las fluctuaciones de dichas ventas a cierto plazo también pueden ofrecer una indicación de la gama de referencia. Para los competidores potenciales podrá evaluarse, cuando sea posible, a qué escala podría entrar, siendo realista, un nuevo operador. Cabe la posibilidad de tomar la estructura histórica de crecimiento de los nuevos operadores en el mismo mercado o en mercados similares como indicio de la cuota de mercado realista de un nuevo operador <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> La gama pertinente se calculará basándose en datos que pueden tener diferentes grados de precisión. La Comisión lo tendrá en cuenta cuando extraiga cualquier conclusión relativa a la capacidad de la empresa dominante para excluir a competidores con igual grado de eficiencia. También puede ser útil calcular la magnitud media del porcentaje de las necesidades de los clientes que un nuevo operador debe captar como mínimo de tal modo que el precio efectivo sea por lo menos tan alto como el LRAIC de la empresa dominante. En ciertos casos, la magnitud de este porcentaje, comparada con las cuotas de mercado reales de los competidores y con sus porcentajes de las necesidades de los clientes, puede indicar claramente si el sistema de descuento puede tener un efecto de cierre anticompetitivo del mercado.

43. Cuanto menor sea el precio efectivo calculado sobre la gama de referencia en comparación con el precio medio del proveedor dominante, más fuerte será el efecto de fidelización. Sin embargo, mientras el precio efectivo se mantenga regularmente por encima del LRAIC de la empresa dominante, un competidor con igual grado de eficiencia podrá normalmente competir de forma rentable a pesar del descuento. En estas circunstancias el descuento no suele poder producir un cierre anticompetitivo.

44. Cuando el precio efectivo es inferior al AAC, por lo general el sistema de descuento puede producir un cierre incluso para los competidores eficientes. Cuando el precio efectivo esté entre el AAC y el LRAIC, la Comisión investigará si otros factores llevan a concluir que es probable que la entrada o la expansión de competidores con igual grado de eficiencia se vea afectada. En este contexto, la Comisión investigará si los competidores disponen de contraestrategias realistas y eficaces y el alcance de éstas, por ejemplo la capacidad de aquéllos para utilizar también una parte rígida de la demanda de su comprador como instrumento para disminuir el precio de la gama de referencia. Cuando los competidores no dispongan de estas contraestrategias, la Comisión considerará que el sistema de descuento puede producir un cierre para los competidores con igual grado de eficiencia.

45. Tal y como se indica en el apartado 27, este análisis se integrará en la evaluación general, teniendo en cuenta otras pruebas cuantitativas o cualitativas pertinentes. Suele ser importante considerar si el sistema de descuento se aplica con un umbral individual o estándar. Un umbral individual —basado en un porcentaje de las necesidades totales del cliente o en un objetivo individual de volumen— permite al proveedor dominante fijar el umbral en un nivel tal que resulta difícil que los clientes cambien de proveedores, creando así un efecto máximo de fidelización <sup>(2)</sup>. Por el contrario, un umbral estándar de volumen —es decir, el umbral es el mismo para todos o para un grupo de clientes— puede ser demasiado alto para algunos de los clientes más pequeños y/o demasiado bajo para los clientes más grandes y no producirá un efecto de fidelización. Sin embargo, si puede establecerse que un umbral estándar de volumen se acerca a las necesidades de una proporción apreciable de clientes, la Comisión considerará probablemente que dicho sistema estándar de descuento puede producir efectos anticompetitivos de cierre del mercado.

#### c) Eficiencias

46. Siempre que se cumplan las condiciones que se establecen en la sección III D, la Comisión tomará en consideración las alegaciones de las empresas dominantes de que los sistemas de descuento logran ventajas de coste o de otra índole que se transmiten a los consumidores <sup>(3)</sup>. A menudo es más probable lograr ventajas de costes relacionadas con

<sup>(2)</sup> Véase el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co./Comisión, Rec. 1979, p. 461, apartados 89 y 90; el asunto T-228/97, Irish Sugar/Comisión, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 213; y el asunto T-219/99, British Airways/Comisión, Rec. 2003, p. II-5917, apartados 7 a 11 y 270 a 273.

<sup>(3)</sup> Por ejemplo, para los descuentos véase el asunto C-95/04 P, British Airways/Comisión, Rec. 2007, p. I-2331, apartado 86.

la transacción mediante unos objetivos de volumen estándar que con unos objetivos de volumen individuales. Del mismo modo, por lo general es más probable que los sistemas de descuentos incrementales den a los revendedores un incentivo para producir y revender un volumen mayor que los sistemas de descuentos retroactivos <sup>(1)</sup>. En las mismas condiciones, la Comisión tomará en consideración las pruebas que demuestren que los acuerdos exclusivos generan ventajas para ciertos clientes si dichos acuerdos son necesarios para que la empresa dominante realice ciertas inversiones destinadas específicamente a una relación comercial para poder suministrar a esos clientes.

### B. Vinculación y venta por paquetes

47. Una empresa dominante puede intentar excluir a sus competidores mediante la vinculación o la venta por paquetes. La presente sección establece las circunstancias que tienen más probabilidad de dar lugar a la intervención de la Comisión al evaluar la vinculación o la venta por paquetes de las empresas dominantes.
48. La «vinculación» suele hacer referencia a las situaciones en las que se obliga a los clientes que compran un producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto de la empresa dominante (el producto vinculado). La vinculación puede ser de carácter técnico o contractual <sup>(2)</sup>. La «venta por paquetes» suele hacer referencia a la forma en que la empresa dominante oferta los productos y determina sus precios. En el caso de la venta por paquetes pura los productos sólo se venden conjuntamente en proporciones fijas. En la venta por paquetes mixta, denominada asimismo «descuento multiproducto», los productos también se venden por separado, pero la suma de los precios de los productos por separado es superior al precio del paquete.
49. La vinculación y la venta por paquetes son prácticas comunes que pretenden suministrar a los consumidores productos u ofertas mejores de forma más rentable. Sin embargo, una empresa dominante en un mercado de producto (o en varios) vinculante o vendido por paquetes (denominado el mercado vinculante) puede perjudicar a los consumidores mediante la vinculación o la venta por paquetes al cerrar el mercado a los otros productos que forman parte de la vinculación o de la venta por paquetes (denominado el mercado vinculado) e, indirectamente, el mercado vinculante.
50. Por lo general, la Comisión actuará de conformidad con el artículo 82 cuando una empresa sea dominante en el mercado vinculante <sup>(3)</sup> y se cumplan además las siguientes condiciones: i) los productos vinculantes y vinculados son productos distintos, y ii) es probable que la vinculación dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado <sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Véase en este sentido el asunto T-203/01, Michelin/Comisión (Michelin II), Rec. 2003, p. II-4071, apartados 56 a 60, 74 y 75.

<sup>(2)</sup> La vinculación técnica se produce cuando el producto vinculante está concebido de tal modo que sólo funciona correctamente con el producto vinculado (y no con las alternativas ofrecidas por los competidores). La vinculación contractual ocurre cuando el cliente que compra el producto vinculante se compromete también a comprar el producto vinculado (y no las alternativas ofrecidas por los competidores).

<sup>(3)</sup> La empresa deberá ser dominante en el mercado vinculante, pero no necesariamente en el vinculado. En caso de la venta por paquetes, la empresa debe ser dominante en uno de los mercados de los productos del paquete. En el caso especial de los mercados post-venta, es necesario que la empresa sea dominante en el mercado vinculante y/o en el mercado post-venta vinculado.

<sup>(4)</sup> Asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, en especial los apartados 842, 859 a 862, 867 y 869.

### a) Productos distintos

51. El hecho de que la Comisión considere que los productos son distintos depende de la demanda de los consumidores. Dos productos son distintos si, no existiendo una vinculación o venta por paquetes, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado, lo que haría posible producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado <sup>(5)</sup>. Las pruebas de que dos productos son distintos pueden consistir en pruebas directas de que, pudiendo elegir, los clientes compran por separado el producto vinculante y el vinculado a fuentes de suministro distintas, o en pruebas indirectas tales como la presencia en el mercado de empresas especializadas en la fabricación o venta del producto vinculado sin el producto vinculante <sup>(6)</sup> o de cada uno de los productos vendidos en un paquete por la empresa dominante, o pruebas que indiquen que las empresas con poco poder de mercado, especialmente en mercados competitivos, tienden a no vincular o vender por paquetes estos productos.

### b) Cierre anticompetitivo del mercado vinculado y/o vinculante

52. La vinculación y la venta por paquetes puede dar lugar a efectos anticompetitivos en el mercado vinculado, en el mercado vinculante, o en ambos al mismo tiempo. Sin embargo, incluso cuando el objetivo de la vinculación o de la venta por paquetes es proteger la posición de la empresa dominante en el mercado vinculante, esto se hace indirectamente mediante el cierre del mercado vinculado. Además de los factores ya mencionados en el apartado 20, la Comisión considera que los siguientes factores son en general de importancia particular para identificar los casos probables o reales de cierre anticompetitivo del mercado.
53. Se espera que el riesgo de cierre anticompetitivo del mercado sea mayor cuando la estrategia de vinculación o venta por paquetes de la empresa dominante sea duradera, por ejemplo mediante la vinculación técnica, cuya supresión es onerosa. La vinculación técnica también reduce las oportunidades de reventa de los componentes individuales.
54. En el caso de la venta por paquetes, la empresa puede tener una posición dominante en más de uno de los productos del paquete. Cuanto mayor es el número de estos productos del paquete, más probable es el cierre anticompetitivo del mercado. Esto es especialmente cierto cuando es difícil que un competidor produzca un paquete similar, ya sea por sí solo o en combinación con otros.

55. La vinculación puede suponer una menor competencia para los clientes interesados en comprar el producto vinculado, pero no el producto vinculante. Si no hay un número suficiente de clientes que vayan a comprar sólo el producto vinculado que permita sostener a los competidores de la empresa dominante en el mercado vinculado, la vinculación puede dar lugar a que estos clientes se encuentren con precios mayores.

<sup>(5)</sup> Asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartados 917, 921 y 922.

<sup>(6)</sup> Asunto T-30/89, Hilti/Comisión, Rec. 1991, p. II-1439, apartado 67.

56. Si el producto vinculante y el vinculado pueden utilizarse en proporciones variables como insumos de un proceso de producción, los clientes pueden reaccionar ante un aumento del precio del producto vinculante aumentando su demanda del producto vinculado y disminuyendo al mismo tiempo su demanda del producto vinculante. La vinculación de los dos productos por la empresa dominante puede intentar evitar esta sustitución y en consecuencia poder subir sus precios.
57. Si los precios que la empresa dominante puede aplicar en el mercado vinculante están regulados, la vinculación puede permitir a la empresa dominante subir los precios en el mercado vinculado para compensar la pérdida de ingresos causada por la regulación del mercado vinculante.
58. Si el producto vinculado es un producto complementario importante para los consumidores del producto vinculante, una disminución de los proveedores alternativos del producto vinculado, y por lo tanto una menor disponibilidad de este producto, puede hacer que sea más difícil entrar únicamente en el mercado vinculante.

#### c) Descuentos multiproducto

59. Una descuento multiproducto puede ser contrario a la competencia en el mercado vinculado o en el vinculante si es tan grande que los competidores con igual grado de eficiencia que sólo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto del descuento.
60. En teoría, lo ideal sería que el efecto del descuento pudiera evaluarse examinando si los ingresos incrementales cubren los costes incrementales de cada producto del paquete de la empresa dominante. Sin embargo, en la práctica la evaluación de los ingresos incrementales es compleja. Así pues, en su práctica de control, en la mayor parte de las situaciones la Comisión utilizará el precio incremental como sustituto adecuado. Si el precio incremental que los clientes pagan por cada uno de los productos del paquete de la empresa dominante se mantiene por encima del LRAIC que supone para la empresa dominante la inclusión de este producto en el paquete, la Comisión no intervendrá por lo general puesto que un competidor con igual grado de eficiencia que sólo tenga un producto debe en principio poder competir de forma rentable con el paquete. Sin embargo, puede que proceda a un control si el precio incremental está por debajo del LRAIC, porque en tal caso se puede impedir la expansión o la entrada incluso de un competidor con igual grado de eficiencia <sup>(1)</sup>.
61. Si las pruebas indican que los competidores de la empresa dominante están vendiendo paquetes idénticos, o que podrían hacerlo en el momento adecuado sin que los costes adicionales les disuadieran de ello, la Comisión considerará generalmente que se trata de una competencia de un paquete contra otro paquete, en cuyo caso la pregunta pertinente no es si los ingresos incrementales cubren los costes incrementales de cada producto del paquete, sino más bien si el precio del paquete en su conjunto es predatorio.

<sup>(1)</sup> En principio, el parámetro del LRAIC es pertinente en este caso siempre que los competidores no puedan también vender por paquetes (véanse los apartados 23 a 27 y 61).

#### d) Eficiencias

62. Siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la sección III D, la Comisión examinará las alegaciones de las empresas dominantes de que sus prácticas de vinculación y venta por paquetes pueden suponer un ahorro en la producción o la distribución que beneficiará a los consumidores. La Comisión también puede considerar si tales prácticas reducen los costes de transacción para los clientes, que de otro modo estarían obligados a comprar los componentes por separado, y permiten un ahorro sustancial en costes de embalaje y distribución para los proveedores. Asimismo, puede examinar si la combinación de dos productos independientes en un nuevo producto único podría aumentar la capacidad de introducir ese producto en el mercado en beneficio de los consumidores. La Comisión también puede considerar si las prácticas de vinculación y venta por paquetes permiten al proveedor transmitir eficiencias resultantes de su producción o comprar grandes cantidades del producto vinculado.

### C. Precios predatorios

63. En consonancia con sus prioridades de control, la Comisión intervendrá en general cuando haya pruebas que demuestren que una empresa dominante aplica una conducta predatoria incurriendo deliberadamente en pérdidas o renunciando a beneficios a corto plazo (denominada en lo sucesivo «sacrificio»), a fin de excluir o tener probabilidades de excluir a uno o varios de sus competidores reales o potenciales con objeto de reforzar o mantener su poder de mercado, perjudicando así a los consumidores <sup>(2)</sup>.

#### a) Sacrificio

64. La Comisión considerará que conducta entraña un sacrificio si la empresa dominante, al aplicar un precio más bajo a toda o a una determinada parte de su producción durante el período de referencia o al aumentar su producción durante el período de referencia, incurrió o está incurriendo en pérdidas que podrían haberse evitado. La Comisión tomará el AAC como punto de partida apropiado para evaluar si la empresa dominante incurre o incurrió en pérdidas evitables. Si una empresa dominante aplica un precio por debajo del AAC a toda su producción o a una parte de ella, no está recuperando los costes que podrían haberse evitado si no fabricara esa producción: está incurriendo en una pérdida que podría haberse evitado <sup>(3)</sup>. Así

<sup>(2)</sup> La Comisión también puede perseguir las prácticas predatorias de las empresas dominantes en los mercados post-venta en los que todavía no son dominantes. En especial, será más probable que la Comisión declare que existe tal abuso en aquellos sectores en los que las actividades están protegidas por un monopolio legal. Aunque la empresa dominante no necesita aplicar una conducta predatoria para proteger su posición dominante en el mercado amparado por el monopolio legal, puede utilizar los beneficios realizados en el mercado del monopolio para subvencionar de forma cruzada sus actividades en otro mercado, amenazando así con eliminar la competencia efectiva en ese otro mercado.

<sup>(3)</sup> En la mayoría de los casos el coste variable medio (AVC) y el AAC serán iguales, pues a menudo sólo pueden evitarse los costes variables. Sin embargo, cuando el AVC y el AAC difieren, el segundo refleja mejor el posible sacrificio: por ejemplo, si la empresa dominante tuvo que ampliar su capacidad para poder aplicar una conducta predatoria, entonces los costes a fondo perdido de esa capacidad adicional deberían tenerse en cuenta al examinar las pérdidas de la empresa dominante. Dichos costes se reflejarían en el AAC, pero no en el AVC.

pues, en la mayoría de los casos la Comisión considerará unos precios inferiores al AAC un indicio claro de sacrificio <sup>(1)</sup>.

65. Sin embargo, el concepto de sacrificio no sólo consiste en aplicar unos precios por debajo del AAC <sup>(2)</sup>. Para demostrar una estrategia predatoria, la Comisión también puede investigar si la presunta conducta predatoria produjo a corto plazo unos ingresos netos inferiores a los que cabría haber esperado de una conducta alternativa razonable, es decir, si la empresa dominante incurrió en una pérdida que podría haber evitado <sup>(3)</sup>. La Comisión no comparará la conducta real con las alternativas hipotéticas o teóricas que podrían haber sido más rentables. Sólo se tendrán en cuenta las alternativas económicamente racionales y practicables que, habida cuenta de las condiciones de mercado y de la situación comercial de la empresa dominante, cabe esperar, siendo realista, que sean más rentables.
66. En algunos casos será posible basarse en pruebas directas que consistirán en documentos de la empresa dominante que indiquen claramente una estrategia predatoria <sup>(4)</sup>, tal como un plan detallado de sacrificio para excluir a un competidor, impedir la entrada en un mercado o evitar la aparición de un mercado nuevo, o pruebas de amenazas concretas de tomar medidas predatorias <sup>(5)</sup>.

#### b) Cierre anticompetitivo del mercado

67. Si dispone de suficientes datos fiables, la Comisión analizará si el competidor tiene un igual grado de eficiencia, tal como se describe en los apartados 25 a 27, para determinar si la conducta puede ser lesiva para los consumidores. Normalmente sólo los precios inferiores al LRAIC pueden excluir del mercado a los competidores con igual grado de eficiencia.
68. Además de los factores ya mencionados en el apartado 20, la Comisión investigará generalmente si la conducta sospechosa reducirá la probabilidad de que los rivales compitan y de qué modo lo hará. Por ejemplo, si la empresa dominante está mejor informada sobre el coste u otras condiciones de

mercado o si puede falsear las señales del mercado sobre la rentabilidad, puede incurrir en prácticas predatorias para influir en las expectativas de los posibles nuevos operadores, disuadiendo así la entrada. Si la conducta y sus efectos probables se dejan sentir en varios mercados y/o en períodos sucesivos de posible entrada, puede demostrarse que la empresa dominante pretende tener la reputación de aplicar una conducta predatoria. Si el competidor afectado depende de la financiación externa, las disminuciones de precios sustanciales u otras conductas predatorias de la empresa dominante podrían incidir negativamente en los resultados del competidor de tal manera que su acceso a nueva financiación pudiera verse seriamente socavado.

69. La Comisión no considera necesario demostrar que los competidores han abandonado el mercado para demostrar que ha existido un cierre anticompetitivo del mismo. No se puede excluir la posibilidad de que empresa dominante prefiera impedir que el rival compita intensamente y obligarlo a seguir los precios de la empresa dominante, en vez de eliminarlo totalmente del mercado. Este elemento de disciplina evita el riesgo inherente a la eliminación de competidores, en especial el riesgo de que los activos del competidor se vendan a bajo precio y permanezcan en el mercado creando un nuevo operador de bajo coste.
70. Hablando en términos generales, es probable que los consumidores resulten perjudicados si la empresa dominante puede esperar razonablemente que, una vez finalice la conducta predatoria, su poder de mercado sea mayor que el que hubiera tenido de no haber incurrido en esa conducta en primer lugar, es decir, si es probable que la empresa pueda beneficiarse del sacrificio.
71. Esto no significa que la Comisión solo vaya a intervenir cuando sea probable que la empresa dominante pueda subir sus precios por encima del nivel que existía en el mercado antes de la conducta. Es suficiente, por ejemplo, con que sea probable que la conducta impida o retrase una disminución de los precios que se hubiera producido sin la conducta. La determinación de la existencia de un perjuicio para el consumidor no es un cálculo mecánico de beneficios y pérdidas, y no es necesario probar que existieron beneficios globales. Se puede demostrar un perjuicio probable para el consumidor evaluando el efecto probable de cierre del mercado de la conducta, combinado con el examen de otros factores, tales como los obstáculos a la entrada <sup>(6)</sup>. En este contexto, la Comisión también estudiará las posibilidades de volver a entrar en el mercado.

72. La empresa dominante podrá aplicar más fácilmente una conducta predatoria si se dirige selectivamente a clientes específicos con precios bajos, pues esto limitará las pérdidas de la empresa dominante.

<sup>(1)</sup> En el asunto 62/86, AKZO Chemie/Comisión, Rec. 1991, p. I-3359, apartado 71, al referirse a los precios inferiores al coste variable medio (AVC), el Tribunal manifestó que «(...) una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida (...)».

<sup>(2)</sup> Si la estimación de costes se basa en el coste directo de producción (según consta en los libros de la empresa), puede que no refleje adecuadamente si ha existido o no un sacrificio.

<sup>(3)</sup> Sin embargo, las empresas no deberían resultar penalizadas por incurrir en pérdidas a posteriori cuando la decisión previa de aplicar la conducta se adoptó de buena fe, es decir, si pueden presentar pruebas concluyentes de que podían esperar de forma razonable que la actividad fuera rentable.

<sup>(4)</sup> Véase el asunto T-83/91, Tetra Pak International/Comisión (Tetra Pak II), Rec. 1994, p. II-755, apartados 151 y 171; y el asunto T-340/03, France Télécom/Comisión, Rec. 2007, p. II-107, apartados 198 a 215.

<sup>(5)</sup> En el asunto AKZO (asunto 62/86, AKZO Chemie/Comisión, Rec. 1991, p. I-3359) el Tribunal aceptó que había pruebas claras de que AKZO había amenazado a ECS en dos reuniones con aplicar precios inferiores al coste si no se retiraba del mercado de los peróxidos orgánicos. Además había un plan detallado, con cifras, que describía las medidas que AKZO aplicaría si ECS no se retiraba del mercado (véanse los apartados 76 a 82, 115, y 131 a 140).

<sup>(6)</sup> Esto quedó confirmado en el asunto T-83/91, Tetra Pak International/Comisión (Tetra Pak II), Rec. 1994, p. II-755, recurrido ante el Tribunal en el asunto C-333/94 P, Tetra Pak International/Comisión, Rec. 1996, p. I-5951, en el que el Tribunal de Primera Instancia afirmó que no era necesario probar que se habían recuperado las pérdidas (apartado 150 in fine). Con carácter más general, como la práctica predatoria puede resultar más difícil de lo previsto al comienzo de la conducta, los costes totales de dicha práctica para la empresa dominante podrían superar sus beneficios posteriores y, por lo tanto, imposibilitar la recuperación de las pérdidas a pesar de que aún pueda ser razonable decidir continuar con la estrategia predatoria iniciada tiempo atrás. Véase también COMP/38.233, Wanadoo Interactive, Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, apartados 332 a 367.

73. Es menos probable que la empresa dominante aplique una conducta predatoria si esta consiste en la aplicación general de un precio bajo durante mucho tiempo.

c) *Eficiencias*

74. En general se considera poco probable que la conducta predatoria cree eficiencias. Sin embargo, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la sección III D, la Comisión tendrá en cuenta las alegaciones de las empresas dominantes de que los precios bajos permiten lograr economías de escala o eficiencias relacionadas con la expansión del mercado.

**D. Denegación de suministro y compresión de márgenes**

75. Al establecer sus prioridades de control, la Comisión parte del supuesto de que, en términos generales, cualquier empresa, ya sea dominante o no, debe tener derecho a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad. Así pues, la Comisión considera que una intervención en virtud del Derecho de competencia requiere un examen pormenorizado cuando la aplicación del artículo 82 dé lugar a imponer a la empresa dominante una obligación de suministro<sup>(1)</sup>. La existencia de esta obligación —incluso con una remuneración justa— puede socavar los incentivos de las empresas para invertir e innovar, con la posibilidad de que ello redunde en detrimento de los consumidores. El hecho de saber que pueden estar obligadas a suministrar en contra de su voluntad puede llevar a las empresas dominantes —o a las que prevén que pueden llegar a ser dominantes— a no invertir o a invertir menos en la actividad en cuestión. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de invertir ellos mismos. Ninguna de estas consecuencias beneficiaría a largo plazo a los consumidores.

76. Por lo general los problemas de competencia surgen cuando la empresa dominante compite en el mercado «descendente» con el comprador al que se niega a suministrar. El término «mercado descendente» se emplea para referirse al mercado para el cual el insumo denegado es necesario para fabricar un producto o prestar un servicio. Esta sección se ocupa únicamente de este tipo de negativas.

77. Otros tipos de denegación de suministro posiblemente ilegal, en los que el suministro se condiciona a que el comprador acepte limitaciones de su conducta, no se tratan en esta sección. Por ejemplo, interrumpir los suministros para castigar a los clientes por comerciar con competidores o la denegación de suministro a los clientes que no acepten los acuerdos vinculantes, serán examinados por la Comisión conforme a los principios establecidos en las secciones relativas a los acuerdos exclusivos y a la vinculación y venta por paquetes. Del mismo modo, tampoco se examinan en esta sección las denegaciones de suministro con objeto de

impedir que el comprador realice comercio paralelo<sup>(2)</sup> o baje su precio de reventa.

78. El concepto de denegación de suministro abarca una amplia gama de prácticas, tales como la denegación de suministro de productos a clientes nuevos o existentes<sup>(3)</sup>, la denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual<sup>(4)</sup>, lo que incluye, cuando la licencia sea necesaria, la información sobre interfaces<sup>(5)</sup>, o la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red<sup>(6)</sup>.

79. La Comisión no considera necesario que el producto denegado ya se haya comercializado: basta que haya demanda de compradores potenciales y que pueda determinarse un mercado potencial para el insumo en cuestión<sup>(7)</sup>. Del mismo modo, no es necesario que exista una verdadera negativa por parte de una empresa dominante: basta con una «negativa constructiva». La negativa constructiva podría, por ejemplo, consistir en demorar indebidamente o en degradar de cualquier otro modo el suministro del producto o en imponer condiciones ilógicas a cambio del suministro.

80. Por último, en lugar de denegar el suministro, una empresa dominante puede aplicar al producto en el mercado ascendente un precio que, en comparación con el precio que aplica en el mercado descendente<sup>(8)</sup>, no permite que ni siquiera un competidor con igual grado de eficiencia comercie de forma rentable en el mercado descendente de forma duradera (lo que se denomina «compresión de márgenes»). En casos de compresión de márgenes el parámetro que suele utilizar la Comisión para determinar los costes de un competidor con igual grado de eficiencia es el LRAIC de la división descendente de la empresa dominante integrada<sup>(9)</sup>.

81. La Comisión considerará que el control de estas prácticas es prioritario siempre que concurren todas las siguientes circunstancias cumulativas:

— la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente,

<sup>(2)</sup> Véase la sentencia de 16 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélou kai Sia y otros/GlaxoSmithKline, pendiente de publicación.

<sup>(3)</sup> Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión, Rec. 1974, p. 223.

<sup>(4)</sup> Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comisión (Magill), Rec. 1995, p. 743, asunto C-418/01, IMS Health/NDC Health, Rec. 2004, p. I-5039. Dichas sentencias muestran que, en circunstancias excepcionales, la negativa a conceder licencias sobre derechos de propiedad intelectual es abusiva.

<sup>(5)</sup> Asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601.

<sup>(6)</sup> Véanse la Decisión 94/19/CE de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 en el asunto IV/34.689, Sea Containers/Stena Sealink — Medidas provisionales (DO L 15 de 18.1.1994, p. 8); y la Decisión 92/213/CE de la Comisión, de 26 de febrero de 1992, en el asunto IV/33.544, British Midland/Aer Lingus (DO L 96 de 10.4.1992, p. 34).

<sup>(7)</sup> Asunto C-418/01, IMS Health/NDC Health, Rec. 2004, p. I-5039, apartado 44.

<sup>(8)</sup> Incluida la situación en que una empresa integrada que vende un «sistema» de productos complementarios se niega a vender a un competidor que produce otro producto complementario uno de los productos complementarios separado del paquete.

<sup>(9)</sup> No obstante, en algunos casos el LRAIC de un competidor no integrado en sentido descendente podría utilizarse como parámetro de referencia, por ejemplo cuando no es posible asignar claramente los costes de la empresa dominante a las operaciones en sentido descendente y ascendente.

<sup>(1)</sup> Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comisión (Magill), Rec. 1995, p. I-743, apartado 50; asunto C-418/01, IMS Health/NDC Health, Rec. 2004, p. I-5039, apartado 35; asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartados 319, 330 a 332 y 336.

- sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y
- sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.
82. En algunos casos concretos, puede ser evidente que la imposición de una obligación de suministro no puede obviamente tener efectos negativos para los incentivos del propietario del insumo y/o de otros operadores para invertir e innovar en el mercado ascendente, ya sea previa o posteriormente. La Comisión considera que esto es especialmente probable cuando una regulación compatible con el Derecho comunitario impone ya a la empresa dominante una obligación de suministro y cuando de las consideraciones que son la base de esa regulación se desprende claramente que, al imponer dicha obligación de suministro, la autoridad pública ya ha sopesado adecuadamente los incentivos. Esto puede ocurrir también cuando la posición de la empresa dominante en el mercado ascendente se ha desarrollado al amparo de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada mediante recursos estatales. En estos casos concretos no hay ninguna razón para que la Comisión se desvíe de su norma general de control y muestre el probable cierre anticompetitivo del mercado sin examinar si concurren las tres circunstancias acumulativas contempladas en el apartado 81.
- a) *Necesidad objetiva del insumo*
83. Al examinar si una denegación de suministro merece su atención prioritaria, la Comisión considerará si el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario para que los operadores puedan competir eficazmente en el mercado. Esto no significa que sin el insumo denegado ningún competidor podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente <sup>(1)</sup>. Se considerará más bien que un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar —al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación <sup>(2)</sup>. A este respecto, la Comisión procederá por lo general a evaluar si los competidores podrían realmente, en un futuro próximo, producir un insumo igual que el de la empresa dominante <sup>(3)</sup>. Esta capacidad de copiar el insumo supone la creación de una fuente alternativa eficaz de suministro que permita a los competidores ejercer una presión competitiva sobre la empresa dominante en el mercado descendente <sup>(4)</sup>.
- (1) Asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartados 428 y 560 a 563.
- (2) Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comisión (Magill), Rec. 1995, p. 743, apartados 52 y 53; asunto 7/97, Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft y Mediaprint Anzeigengesellschaft, Rec. 1998, p. I-7791, apartados 44 y 45; asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartado 421.
- (3) Generalmente es probable que sea imposible copiar un insumo cuando interviene un monopolio natural debido a economías de escala o de alcance, cuando hay efectos de red importantes o cuando se refiere a la denominada información de «fuente única». Sin embargo, en todos los casos se debería tener en cuenta la naturaleza dinámica de la industria y, en especial si el poder de mercado puede o no desaparecer rápidamente.
- (4) Asunto 7/97, Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft y Mediaprint Anzeigengesellschaft, Rec. 1998, p. I-7791, apartado 46; asunto C-418/01, IMS Health/NDC Health, Rec. 2004, p. I-5039, apartado 29.
84. Los criterios establecidos en el apartado 81 se aplican tanto a los casos de interrupción del suministro anterior, como a las denegaciones de suministrar un bien o un servicio que la empresa dominante no suministraba antes a otras empresas (denegaciones de suministro *de novo*). Sin embargo, el hecho de poner fin a un acuerdo de suministro tendrá más probabilidades de ser considerado abusivo que si se trata de una denegación *de novo*. Por ejemplo, si la empresa dominante había suministrado antes a la empresa que pide el producto, y si ésta había hecho inversiones destinadas específicamente a utilizar el insumo denegado posteriormente, es más probable que la Comisión considere imprescindible el insumo en cuestión. Del mismo modo, el hecho de que el dueño del insumo esencial en el pasado haya considerado que le interesaba suministrar es una indicación de que el suministro del insumo no implica ningún riesgo de que el dueño reciba una compensación inadecuada por su inversión original. Por lo tanto, correspondería a la empresa dominante demostrar por qué las circunstancias han cambiado de tal manera que el hecho de continuar su relación existente de suministro pondría en el peligro su compensación adecuada.
- b) *Eliminación de la competencia efectiva*
85. Si se cumplen los requisitos contemplados en los apartados 83 y 84, la Comisión considera que la denegación de suministro por parte de una empresa dominante puede generalmente eliminar la competencia efectiva en el mercado descendente, ya sea inmediatamente o a cierto plazo. La probabilidad de eliminar la competencia efectiva es generalmente mayor cuanto más alta es la cuota de mercado de la empresa dominante en el mercado descendente; cuanto menos se limite la capacidad de la empresa dominante en relación con los competidores en el mercado descendente; cuanto más cerca esté la sustitución entre el insumo de la empresa dominante y el de sus competidores en el mercado descendente; cuanto mayor sea la proporción de competidores afectados en el mercado descendente; y cuanto más probable sea que la demanda que podría ser satisfecha por los competidores excluidos se desvíe de ellos en beneficio de la empresa dominante.
- c) *Perjuicio para el consumidor*
86. Cuando examine el probable impacto de una denegación de suministro sobre el bienestar de los consumidores, la Comisión considerará si las probables consecuencias negativas de la denegación de suministro en el mercado de referencia superan a cierto plazo las consecuencias negativas de la imposición de una obligación de suministro. De ser así, la Comisión intervendrá en el asunto.
87. La Comisión considera que los consumidores pueden resultar perjudicados, por ejemplo, cuando los competidores excluidos por la empresa dominante de resultados de la denegación se ven impedidos de lanzar al mercado bienes o servicios innovadores y/o cuando es probable que se frustre la innovación subsiguiente <sup>(5)</sup>. Esto puede ocurrir concretamente si la empresa que pide el suministro no pretende limitarse esencialmente a ofertar los bienes o servicios ya ofertados por la empresa dominante en el mercado
- (5) Asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartados 643, 647 a 649, 652 a 653 y 656.

descendente, sino que se propone producir bienes o servicios nuevos o mejorados para los que existe una demanda potencial de los consumidores o que puedan contribuir al desarrollo técnico <sup>(1)</sup>.

88. La Comisión también considera que una denegación de suministro puede perjudicar al consumidor cuando el precio en el mercado ascendente del insumo está regulado, el precio en el mercado descendente no está regulado y la empresa dominante, al excluir a los competidores en el mercado descendente mediante una denegación de suministro, puede obtener en el mercado descendente no regulado más beneficios de los que obtendría en el caso contrario.

d) *Eficiencias*

89. La Comisión tomará en consideración las alegaciones de la empresa dominante de que la denegación de suministro es necesaria para que la empresa dominante pueda obtener un

rendimiento adecuado de las inversiones necesarias para desarrollar su actividad comercial de suministro de insumos, lo que crea incentivos para seguir invirtiendo en el futuro, teniendo en cuenta el riesgo de fracaso del proyecto. La Comisión también tomará en consideración los argumentos de la empresa dominante de que su propia innovación se verá afectada negativamente por la obligación de suministro o por los cambios estructurales de las condiciones de mercado que conllevará la imposición de dicha obligación, incluido el desarrollo de la innovación subsiguiente por parte de los competidores.

90. Sin embargo, al considerar estos argumentos, la Comisión velará por el cumplimiento de las condiciones establecidas en la sección III D. En especial, incumbe a la empresa dominante demostrar cualquier probable impacto negativo de una obligación de abastecer sobre su propio nivel de innovación <sup>(2)</sup>. Si una empresa dominante ya ha suministrado el insumo en cuestión, esto puede ser pertinente a la hora de examinar los argumentos de que la denegación de suministro se justifica por razones de eficiencia.

---

<sup>(1)</sup> Asunto C-418/01, IMS Health/NDC Health, Rec. 2004, p. I-5039, apartado 49; asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartado 658.

---

<sup>(2)</sup> Asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartado 659.