

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. JÁN MAZÁK

presentadas el 25 de septiembre de 2008<sup>1</sup>

1. En el presente recurso de casación, el Tribunal de Justicia ha de examinar un supuesto abuso de posición dominante en forma de precios predatorios, que pertenece a la categoría de prácticas excluyentes o «eliminadoras» de las empresas dominantes.<sup>2</sup> La jurisprudencia precedente del Tribunal de Justicia en materia de precios predatorios se contiene, en esencia, en las sentencias Akzo<sup>3</sup> y Tetra Pak II.<sup>4</sup>

precios predatorios que no le permitieron cubrir sus costes variables hasta agosto de 2001 ni cubrir sus costes totales desde agosto de 2001, en el marco de un plan con el que pretendía apropiarse del mercado de acceso a Internet de alta velocidad en una fase decisiva de su desarrollo.<sup>7</sup> La Comisión le ordenó poner fin a esta infracción y le impuso una multa de 10,35 millones de euros.<sup>8</sup>

2. En el origen del presente recurso de casación se halla una Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003,<sup>5</sup> por la que la Comisión declaró que Wanadoo Interactive SA infringió el artículo 82 CE al practicar, para sus servicios eXtense y Wanadoo ADSL,<sup>6</sup>

3. La Decisión controvertida fue confirmada por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2007 en el asunto T-340/03<sup>9</sup> (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»). Mediante el presente recurso de casación, France Télécom SA (en lo sucesivo, «FT» o «recurrente»), anteriormente Wanadoo Interactive SA (en lo sucesivo, «WIN»), solicita la anulación de la sentencia recurrida.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Los precios predatorios también se denomina en ocasiones «precios inferiores a los costes».

3 — Sentencia de del Tribunal de Justicia 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (C-62/86, Rec. p. I-3359) (en lo sucesivo, «AKZO»).

4 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión (C-333/94 P, Rec. p. I-5951) (en lo sucesivo, «Tetra Pak II»).

5 — Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82 CE] (asunto COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line (Línea de Abonado Digital Asimétrica).

7 — Artículo 1 de la Decisión controvertida.

8 — Artículos 2 y 4 de la de la Decisión controvertida.

9 — France Télécom/Comisión, Rec. p. II-107.

## I. Antecedentes del litigio

4. El Tribunal de Primera Instancia resumió los hechos que originaron el litigio en los apartados 1 a 11 de la sentencia recurrida:

«1 En el contexto del desarrollo del acceso a Internet de alta velocidad, la Comisión decidió, en julio de 1999, abrir una investigación sectorial en el seno de la [UE].<sup>[10]</sup> Dicha investigación tenía por objeto, concretamente, el suministro de servicios relativos al acceso al bucle local y a la utilización del bucle local residencial. En este marco, la información obtenida llevó a la Comisión a examinar en detalle las tarifas que practicaba [WIN] por el suministro de servicios de acceso a Internet de alta velocidad a los clientes del acceso residencial en Francia. Para ello, inició de oficio un procedimiento en septiembre de 2001.

2 En la época controvertida, WIN era una sociedad del grupo France Télécom. El 99,9 % de su capital pertenecía a Wanadoo SA. La participación de [FT] en el capital de Wanadoo osciló entre el 70 y el 72,2 %

durante el período controvertido. El grupo formado por Wanadoo y sus filiales [...] concentraba todas las actividades de Internet del grupo [FT], así como las actividades de edición de guías telefónicas. [...] WIN tenía a su cargo las responsabilidades operativas y técnicas vinculadas a los servicios de acceso a Internet en el territorio francés, incluidos los servicios ADSL [...].

3 La Comisión remitió a WIN un primer pliego de cargos [...] el 19 de diciembre de 2001 y un pliego de cargos adicional el 9 de agosto de 2002 [...], a los que WIN respondió el 4 de marzo y el 23 de octubre de 2002, respectivamente.

4 El 16 de enero de 2003, la Comisión envió a WIN un escrito llamado “precisión de los hechos” [...], en el que le daba acceso al expediente que había servido para la redacción de dicha carta. [...] WIN tuvo acceso al expediente los días 23 y 27 de enero de 2003. Mediante escrito de 26 de febrero de 2003, WIN solicitó a la Comisión que le aclarara diversos aspectos de la precisión de los hechos. La Comisión respondió mediante carta de 28 de febrero de 2003, de forma que WIN presentó un escrito de contestación a la precisión de los hechos el 4 de marzo de 2003.

10 — En virtud de los poderes que le confiere el artículo 12, apartado 1, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

- 5 Mediante [la Decisión controvertida], la Comisión declaró que [WIN infringió el artículo 82 CE,<sup>11</sup>] le ordenó poner fin a esta infracción [...] y le impuso una multa de 10,35 millones de euros [...].
- 6 La Decisión define como mercado de referencia el mercado francés de acceso a Internet de alta velocidad para los clientes del acceso residencial. Los productos a los que se refiere la infracción son los servicios de acceso a Internet de alta velocidad mediante la tecnología ADSL (Wanadoo ADSL y eXtense).
- 7 Según la Decisión, en el caso de Wanadoo ADSL, en la época controvertida el abonado debía pagar una cuota mensual a [FT] por la prestación del servicio, el alquiler del módem ADSL a [FT], así como una cuota a WIN en tanto que proveedor del acceso a Internet (en lo sucesivo, "PAI"). En el marco del servicio eXtense, el usuario compraba el módem y pagaba una única cuota mensual a WIN correspondiente al servicio proporcionado por [FT] y a una tarifa plana para el acceso a Internet.
- 8 Después de examinar los diferentes elementos, entre ellos las cuotas de mercado (considerandos 211 a 222 de la Decisión) y los efectos de la "vinculación" a [FT] (considerandos 223 a 228), la Comisión llegó a la conclusión de que WIN se encontraba en una posición dominante en el mercado de referencia. A continuación, se consagró a demostrar que la práctica de tarifas por debajo de los costes aplicada por WIN se inscribía en el marco de una estrategia intencionada de depredación para "apropiarse" del mercado y, por ello, constituía un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE (considerando 254).
- 9 La Decisión fija como inicio del período de infracción el 1 de marzo de 2001 y su final el 15 de octubre de 2002, fecha de entrada en vigor del remedio propuesto por [FT] en marzo de 2002. Según la Decisión, los costes variables no se cubrieron con las tarifas practicadas de marzo a agosto de 2001 y los costes totales tampoco a partir de esta última fecha (artículo 1 de la Decisión, véase el apartado 5 *supra*).
- 10 Esta Decisión fue notificada a WIN el 23 de julio de 2003 [...].
- 11 A raíz de una operación de fusión que tuvo lugar el 1 de septiembre de 2004, [FT] se subrogó en los derechos de WIN.»

11 — Véase el punto 2 de las presentes conclusiones.

## II. Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

5. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 2 de octubre de 2003, WIN interpuso un recurso de anulación contra la Decisión controvertida.

6. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso.

7. En apoyo de su pretensión de que se anulase la Decisión controvertida, WIN invocó cuatro motivos, por los que alegaba i) la vulneración del derecho de defensa y la existencia de vicios sustanciales de forma, ii) falta de motivación, iii) la violación del principio de individualidad de las penas, y iv) la infracción del artículo 82 CE.<sup>12</sup>

8. En el presente recurso de casación sólo se discute la segunda parte del cuarto motivo (sobre la infracción del artículo 82 CE) —relativa a la cuestión del abuso—. <sup>13</sup> En dicha

parte, WIN sostenía en esencia que la Comisión había infringido el artículo 82 CE por cuanto no demostró de forma suficiente en Derecho que WIN había abusado de su posición dominante al imponer precios predatorios por los servicios en cuestión entre marzo de 2001 y octubre de 2002 (en lo sucesivo, «período controvertido»).

9. Dicha alegación comprendía dos grupos de objeciones, en relación con i) el análisis de cobertura de los costes, y ii) la aplicación por la Comisión del análisis de depredación.

10. En primer lugar, parece que las partes están de acuerdo, en lo esencial, en los siguientes aspectos:

- los servicios de que se trata son abonos de acceso a Internet y, por tanto, se prestan a lo largo de un período de tiempo; la duración media de un abono es de 48 meses;

- cada abono produce ingresos ordinarios mensuales;

<sup>12</sup> — En apoyo de su recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, WIN formuló asimismo pretensiones subsidiarias que tenían por objeto la supresión o la reducción de la multa, alegando: i) la violación de los principios de individualidad y de legalidad de las penas, ii) la inexistencia de efectos de las prácticas de que se trataba, iii) un error en la determinación de la duración de la infracción, y iv) la violación del principio de proporcionalidad.

<sup>13</sup> — Véanse los apartados 122 a 230 de la sentencia recurrida.

— la estructura de costes consiste, por un lado, en «costes de adquisición del abonado» o «costes de conquista», como la publicidad y los gastos de promoción, los «equipos básicos» para los clientes, etc. (que pertenecen a la categoría de costes extraordinarios, dado que una empresa sólo tiene que soportarlos una vez para conseguir un contrato de abono con un cliente) y, por otro lado, «costes de producción» y «costes de red» (que pertenecen a la categoría de costes ordinarios, en la medida en que se refieren a la prestación del servicio de abono y la empresa ha de soportarlos cada mes; pueden ser o bien costes variables, como los costes relativos al acceso a la red de TF que ésta factura en función del número de abonados, o bien costes fijos, como los costes relativos a la gestión de la empresa).

11. Para determinar la cobertura de los costes, la Comisión básicamente comparó los ingresos mensuales con la suma de los costes mensuales ordinarios y la parte de los costes extraordinarios, distribuidos en un período de 48 meses, que, sobre dicha base, cabía imputar a un mes. En particular, la Comisión calculó la tasa media resultante para cuatro períodos consecutivos: del 1 de enero de 2001 al 31 de julio de 2001, del 1 de agosto de 2001 al 15 de octubre de 2001, del 15 de octubre de 2001 al 15 de febrero de 2002, del 15 de febrero de 2002 al 15 de octubre de 2002.

1. Objeciones respecto al análisis de cobertura de los costes

12. El Tribunal de Primera Instancia señaló que «cuando aplicó este método, la Comisión consideró que los precios practicados por WIN no le permitieron cubrir sus costes variables hasta agosto de 2001 ni sus costes totales de enero de 2001 a octubre de 2002 [...] y no había duda respecto de la falta de cobertura de los costes totales hasta agosto de 2001, habida cuenta del nivel de cobertura de los costes variables»<sup>14</sup>

13. Al examinar la objeción de WIN frente a la elección por parte de la Comisión del método de cálculo de la tasa de cobertura de los costes, el Tribunal de Primera Instancia recordó con carácter preliminar que, en la medida en que dicha elección implicaba una valoración económica compleja de la Comisión, había de reconocerse a ésta una amplia facultad de apreciación. En consecuencia, el control del Tribunal de Primera Instancia se limitó a comprobar si se habían respetado las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la inexistencia de error de apreciación manifiesto y de desviación de poder.<sup>15</sup>

14. Remitiéndose, a continuación, a AKZO y Tetra Pak II,<sup>16</sup> el Tribunal de Primera Instancia indicó que, «por una parte, [...] los precios inferiores a la media de los costes

<sup>14</sup> — Véase el apartado 138 de la sentencia recurrida.

<sup>15</sup> — Véase el apartado 129, que, a tal efecto, se refiere a la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartado 34, y la jurisprudencia que se cita.

<sup>16</sup> — Citadas en las notas 3 y 4, respectivamente.

variables permiten presumir el carácter eliminatorio de una práctica de precios y, por otra parte, que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan destinado a eliminar a un competidor». <sup>17</sup>

15. El Tribunal de Primera Instancia afirmó que en el caso de autos la Comisión había basado la Decisión controvertida en un análisis de la cobertura real de los costes corregidos. Siguiendo el principio de amortización de un inmovilizado, la Comisión había partido de la hipótesis de un escalonamiento de los costes de la captación de clientela a lo largo de 48 meses. Sobre esta base, había examinado por separado la cobertura de los costes variables corregidos y la de los costes totales corregidos. <sup>18</sup>

16. Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia desestimó las alegaciones de WIN en el sentido de que la Comisión había aplicado un análisis de cobertura estático, sin tener en cuenta la adaptación de los costes ordinarios mensuales en el tiempo, que hubiera sido mucho más desfavorable para WIN. El Tribunal de Primera Instancia constató que, para cada período de la infracción considerado y para todos los abonados, la Comisión había integrado las sucesivas bajadas de tarifas que tuvieron lugar durante el período controvertido. Incluso había estructurado su análisis en función de estas bajadas. <sup>19</sup>

17. Además, el Tribunal de Primera Instancia señaló que la Comisión consideró acertadamente que los ingresos y los costes posteriores a octubre de 2002 –y, por consiguiente, posteriores a la infracción– no podían tenerse en cuenta para evaluar la tasa de cobertura de los costes durante el período considerado. <sup>20</sup>

18. Para terminar, el Tribunal de Primera Instancia señaló que, aunque WIN demostrase el carácter adaptado en determinados aspectos del método que preconizaba (es decir, el método de los flujos de tesorería actualizados), esto no sería suficiente para probar la ilegalidad del método utilizado por la Comisión. <sup>21</sup>

19. Además, WIN adujo que la Comisión había cometido errores al aplicar su propio método de cálculo, concretamente en sus cálculos de los costes fijos y variables.

20. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia estimó que, independientemente de la admisibilidad de este motivo, el hecho de que, haciendo uso de su amplio poder de apreciación, la Comisión hubiera podido admitir que una tasa de cobertura de los costes variables del 99,7 % no constituía una

17 — Véase el apartado 130 de la sentencia recurrida.

18 — Véase el apartado 132.

19 — Véanse los apartados 140 a 143.

20 — Véase el apartado 152.

21 — Véase el apartado 153.

infracción no la obligaba a tratar de la misma forma una tasa del 98 o del 99 %, según el caso, de los costes totales. Por lo tanto, procedía desestimar este motivo por inoperante.<sup>22</sup>

## 2. Objeciones relativas al análisis de deprecación

21. El Tribunal de Primera Instancia también desestimó las objeciones de WIN relativas al análisis de deprecación aplicado por la Comisión.

22. En primer lugar, desestimó las alegaciones de WIN en el sentido de que un operador tenía derecho a equiparar de buena fe sus precios a los practicados con anterioridad por un competidor, aun cuando fuesen inferiores a los costes de la empresa interesada.

23. Tras señalar que ni la práctica de la Comisión ni la jurisprudencia de los tribunales comunitarios reconocían que el derecho de una empresa dominante a ajustar sus precios a los de la competencia fuese absoluto, el Tribunal de Primera Instancia indicó que las empresas en posición dominante tenían obligaciones específicas y podían ser privadas del derecho a adoptar comportamientos, o a realizar actos, que no eran en sí mismos abusivos y que ni siquiera serían reprochables

si hubieran sido adoptados o realizados por empresas no dominantes.<sup>23</sup>

24. El Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que «WIN no puede invocar un derecho absoluto a equiparar sus precios a los de sus competidores para justificar su comportamiento. Si bien es cierto que el ajuste de los precios de la empresa dominante a los de los competidores no es, en sí mismo, abusivo ni condenable, no puede excluirse que sí lo sea cuando no se dirija únicamente a proteger sus intereses, sino que tenga la finalidad de reforzar esta posición dominante y abusar de ella».<sup>24</sup>

25. En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia decidió no estimar la objeción de WIN basada en la inexistencia de un plan de deprecación y de reducción de la competencia.

26. Según WIN, la Comisión había cometido una grave infracción del artículo 82 CE al estimar que existió dicho plan. De hecho, tal estrategia de deprecación no podía en ningún caso considerarse racional dadas las condiciones del mercado en aquel momento, en particular habida cuenta de las débiles barreras de entrada.<sup>25</sup>

22 — Véanse los apartados 165 a 169.

23 — Véase el apartado 186.

24 — Véase el apartado 187.

25 — Véase el apartado 188.

27. Haciendo referencia a la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal de Primera Instancia recordó que, cuando se trata de precios predatorios, si los precios son inferiores a la media de los costes totales, es necesario demostrar la existencia de un plan de expulsión de la competencia y la intención de eliminación debe demostrarse sobre la base de indicios serios y concordantes.<sup>26</sup> A continuación señaló que las declaraciones a las que aludía la Comisión, que figuraban en documentos internos de la sociedad, constituían un indicio de la existencia de un plan de depredación, que confirmaban otros elementos. El Tribunal de Primera Instancia consideró que, en su demanda, WIN se había limitado a hacer afirmaciones vagas que no permitían que el Tribunal de Primera Instancia resolviese el recurso, por lo que procedió a desestimarlas. Concluyó que la Comisión había presentado indicios serios y concordantes de la existencia de un plan de depredación durante todo el período de infracción.<sup>27</sup>

28. En tercer lugar, WIN alegó que la recuperación de las pérdidas constituía en sí misma un elemento autónomo del análisis de depredación, que la Comisión debía probar. En su opinión, por consiguiente, la Comisión había incurrido en un grave error de Derecho cuando sostuvo que no era necesario demostrar la recuperación de las pérdidas. Además, WIN adujo que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al que se añadía un error de Derecho, al estimar que había aportado la prueba de una posibilidad de recuperación de las pérdidas.<sup>28</sup>

29. El Tribunal de Primera Instancia declaró que, con arreglo a Akzo y Tetra Pak II, la Comisión tenía razón al considerar que la demostración de la recuperación de las pérdidas no era un requisito previo a la constatación de una práctica de precios predatorios. Conforme a la jurisprudencia comunitaria, la Comisión podía considerar abusivos los precios inferiores a la media de los costes variables. En este caso, se presumía el carácter eliminatorio de tal práctica de precios. En lo que atañe a los costes totales, la Comisión debía, además, aportar la prueba de que la práctica de precios predatorios de WIN se inscribía en el marco de un plan destinado a «apropiarse» del mercado. En ambos supuestos, no era necesario demostrar, como prueba adicional, que WIN tenía una posibilidad real de recuperar sus pérdidas.<sup>29</sup>

### III. Pretensiones de las partes

30. FT solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida y, en consecuencia:
- o bien devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que éste resuelva de nuevo;

26 — Véanse los apartados 195 a 198.

27 — Véanse los apartados 199 a 215.

28 — Véanse los apartados 219 a 223.

29 — Véanse los apartados 224 a 229.

- o bien resuelva definitivamente y anule la Decisión controvertida, estimando las pretensiones formuladas por la recurrente en primera instancia.

A. *Primer motivo, basado en la falta de motivación*

- Condene en costas a la Comisión.

33. El primer motivo consiste en dos objeciones. Mediante la primera objeción, la recurrente alega que el Tribunal de Primera Instancia incumplió su obligación de proporcionar una motivación adecuada en lo que atañe al requisito de que se demuestre la posibilidad de recuperación.

31. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

34. Mediante la segunda objeción de su primer motivo, la recurrente alega que el Tribunal de Primera Instancia incumplió su obligación de motivación en lo que atañe al derecho a ajustar los precios a los practicados por los competidores, que el Tribunal de Primera Instancia rechazó sin explicaciones.

- Desestime el recurso de casación.

35. Considero oportuno examinar estas objeciones en orden inverso.

- Condene en costas a la recurrente.

1. Derecho a ajustar los precios a los practicados por los competidores

#### IV. Recurso de casación

Principales alegaciones de las partes

32. La recurrente invoca siete motivos en apoyo de su recurso de casación.

36. La *recurrente* objeta que el Tribunal de Primera Instancia simplemente afirmó en el apartado 187 de la sentencia recurrida que «si

bien es cierto que el ajuste de los precios de la empresa dominante a los de los competidores no es, en sí mismo, abusivo ni condenable, *no puede excluirse que sí lo sea* cuando no se dirija únicamente a proteger sus intereses, sino que tenga la finalidad de reforzar esta posición dominante y abusar de ella» (la cursiva es mía).<sup>30</sup> La recurrente aduce que la referida afirmación es meramente hipotética y que el Tribunal de Primera Instancia no especificó en modo alguno si, en el caso de autos, WIN había tratado de reforzar su posición dominante o abusar de ella.

37. La *Comisión* alega que ante el Tribunal de Primera Instancia la recurrente únicamente invocó una «excepción de ajuste» o un «derecho fundamental al ajuste», a disposición de todas las empresas, dominantes o no, aun cuando los precios de sus competidores la llevaran a adoptar precios inferiores a sus costes. Por consiguiente, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia obró correctamente al excluir la existencia de semejante derecho absoluto.

#### Apreciación

38. En los apartados 176 a 182 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia (en lo sucesivo, «TPI») examinó la cuestión del derecho de WIN a ajustar sus precios a los de sus competidores. El TPI declaró que no podía afirmarse que una empresa dominante tuviera un derecho absoluto a ajustar sus precios a los de la competencia. Esta postura

había sido reconocida por la Comisión en su práctica decisoria previa y por la jurisprudencia pertinente.

39. Considero correcta esta conclusión.

40. No obstante, en el apartado 185 de la sentencia recurrida, el TPI hizo una referencia general a una jurisprudencia reiterada según la cual, si bien una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en tal posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien debe reconocérsele, en una medida razonable, la facultad de adoptar las medidas que considere apropiadas para proteger dichos intereses, no pueden admitirse tales comportamientos cuando su objeto sea precisamente reforzar tal posición dominante y abusar de ella.<sup>31</sup>

41. A continuación, en el apartado 186 de la sentencia recurrida, el TPI recordó su propia jurisprudencia, en la que afirmó que resulta de la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 82 CE que, en circunstancias específicas, las empresas que ocupan una

<sup>30</sup> — Véase el apartado 187 de la sentencia recurrida.

<sup>31</sup> — Citando la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión* (27/76, Rec. p. 207), apartado 189, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión* (T-65/89, Rec. p. II-389), apartado 117, y de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión* (T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201), apartado 146.

posición dominante pueden ser privadas del derecho a adoptar comportamientos, o a realizar actos, que no son en sí mismos abusivos y que ni siquiera serían reprochables si hubieran sido adoptados o realizados por empresas no dominantes.<sup>32</sup>

42. El TPI concluyó con la siguiente afirmación: «WIN no puede invocar un derecho absoluto a equiparar sus precios a los de sus competidores para justificar su comportamiento. Si bien es cierto que el ajuste de los precios de la empresa dominante a los de los competidores no es, en sí mismo, abusivo ni condenable, no puede excluirse que sí lo sea cuando no se dirija únicamente a proteger sus intereses, sino que tenga la finalidad de reforzar esta posición dominante y abusar de ella».<sup>33</sup>

43. El TPI parece haber tratado el derecho de una empresa dominante a ajustar sus precios a los de sus competidores de una manera general, sin aplicar su examen, no obstante, a los hechos del caso concreto de que conocía.

44. En otras palabras, el TPI no analizó específicamente si WIN ajustó o no sus

precios para reforzar su posición dominante y abusar de ella. En mi opinión, omitió por completo examinar esta cuestión en el caso concreto.

45. A este respecto, es preciso examinar si el TPI cumplió con la obligación formal de motivación impuesta por el artículo 36 del Estatuto del Tribunal de Justicia, aplicable al TPI en virtud del artículo 53, párrafo primero, de éste. El artículo 36 establece que las sentencias serán motivadas.<sup>34</sup>

46. El Abogado General Léger señaló en sus conclusiones en el asunto Acerinox que «cabe considerar que la motivación de una sentencia debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la decisión adoptada y el Tribunal de Justicia ejercer su control jurisdiccional».<sup>35</sup>

34 — Véase, en relación con las disposiciones correspondientes del Estatuto CECA del Tribunal de Justicia, la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2003, Bélgica/Comisión (C-197/99 P, Rec. p. I-8461), apartado 63.

35 — Sentencia de 14 de julio de 2005, Acerinox/Comisión (C-57/02 P, Rec. p. I-6689), punto 32 de las conclusiones, que cita, a tal efecto, las sentencias de 14 de mayo de 1998, Consejo/De Nil e Impens (C-259/96 P, Rec. p. I-2915), apartados 32 a 34, y de 17 de mayo de 2001, IECC/Comisión (C-449/98 P, Rec. p. I-3875), apartado 70, así como los autos de 19 de julio de 1995, Comisión/Atlantic Container Line y otros [C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165], apartado 58, de 14 de octubre de 1996, SCK y FNK/Comisión [C-268/96 P (R), Rec. p. I-4971], apartado 52, y de 25 de junio de 1998, Antillas Neerlandesas/Consejo [C-159/98 P(R), Rec. p. I-4147], apartado 70. Véase también la citada sentencia Acerinox, apartado 36.

32 — Citando su sentencia de 17 de julio de 1998, ITT Promedia/Comisión (T-111/96, Rec. p. II-2937), apartado 139.

33 — Véase el apartado 187 de la sentencia recurrida.

47. Mientras que la Comisión adujo en sus alegaciones ante el TPI que no debía permitirse a una empresa en posición dominante ajustar sus precios cuando dicha empresa no pudiera cubrir los costes del servicio en cuestión,<sup>36</sup> resulta patente que la respuesta del TPI en este aspecto es un tanto más sutil. En efecto, de los términos empleados en el apartado 187 de la sentencia recurrida cabría entender que el TPI intentaba abrir la vía a una «defensa de respuesta a la competencia» en futuros asuntos en los que una empresa dominante practique precios inferiores a los costes.

48. Tras referirse a la jurisprudencia derivada del asunto *United Brands*<sup>37</sup> y a la jurisprudencia relativa a las obligaciones específicas impuestas a las empresas en posición dominante, el TPI, en respuesta a su propia cuestión planteada en el apartado 184 de la sentencia recurrida, adoptó una formulación de lo que constituye un ajuste admisible a los precios de los competidores que es ligeramente distinta del análisis postulado por la Comisión y aplicado en la Decisión controvertida, tal como se describe en los apartados 176 y 183 de la sentencia recurrida.

49. Por consiguiente, el TPI debería haber examinado si esa (nueva) formulación se

aplicaba o no a los hechos del caso de autos, algo que, manifiestamente, no hizo.

50. Por el contrario, suscribo la alegación de la recurrente en el sentido de que la afirmación del TPI contenida en el apartado 187 de la sentencia recurrida es meramente hipotética y parece *prima facie* incompleta.<sup>38</sup> A este respecto, no puedo aceptar la alegación de la Comisión según la cual esta afirmación se «completa» (y/o la nueva formulación de lo que constituye un ajuste admisible se aplica a los hechos del caso de autos) en los apartados 199 a 218 de la sentencia recurrida, en los que el TPI declaró que la Comisión había demostrado los elementos que requiere la prueba de la práctica de precios predatorios inferiores a la media de los costes totales. En primer lugar, dicha alegación se presentó demasiado tarde en el procedimiento como para ser admisible, esto es, la Comisión la formuló únicamente en la vista y, como tal, era nueva respecto a las alegaciones presentadas en sus escritos. Además, en mi opinión, esta alegación se basa en apartados de la sentencia recurrida que no guardan relación con el apartado 187.

51. Por último, estimo que la falta de motivación por parte del TPI y su deficiente línea argumental, como se acaba de señalar,

36 — Cabe fácilmente presentar objeciones a esta alegación, dado que la Comisión no especifica qué costes (variables, totales, etc.) tiene en mente.

37 — Véanse las sentencias *United Brands/Comisión*, citada en la nota 31, apartado 189; *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, citada en la nota 31, apartado 117, y *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, citada en la nota 31, apartado 146.

38 — Que establece, en esencia, que no puede excluirse que el ajuste de los precios sea condenable cuando no se dirija únicamente a proteger los intereses de la empresa dominante, sino que tenga la finalidad de reforzar esta posición dominante y abusar de ella.

son tanto más graves cuanto que parece que este es el primer asunto en el que los tribunales comunitarios han examinado directamente la defensa del ajuste en una situación como la del presente caso.

52. De ello se sigue que el Tribunal de Primera Instancia incumplió su obligación de motivación y, además, cometió un error de Derecho.

53. Por consiguiente, procede estimar la segunda objeción del primer motivo.

## 2. Prueba de (la posibilidad de) la recuperación de las pérdidas

### Principales alegaciones de las partes

54. La *recurrente* sostiene en esencia que en Tetra Pak II el Tribunal de Justicia estimó que, *en las circunstancias de aquel asunto concreto*, no sería oportuno exigir además, como prueba adicional, una demostración de que una empresa dominante tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas.<sup>39</sup> En la sentencia recurrida, el TPI decidió transformar esta afirmación en una norma general, pero no motivó tal decisión. La recurrente añade que las circunstancias en el

asunto Tetra Pak II eran totalmente distintas de las aquí examinadas, puesto que Tetra Pak tenía una posición denominada superdominante en un mercado maduro. Por último, la jurisprudencia comunitaria nunca ha establecido que sea innecesario probar la posibilidad de recuperación de las pérdidas.

55. La *Comisión* se remite en la dúplica a su respuesta al séptimo motivo y sostiene en esencia que la jurisprudencia comunitaria no indica que sea necesaria la prueba de la recuperación de las pérdidas. Con carácter subsidiario, la Comisión aduce que la Decisión controvertida examinó de hecho con gran detalle si era probable la recuperación en el caso de autos y llegó a la conclusión de que sí lo era.

### Apreciación

56. En el apartado 226 de la sentencia recurrida, el TPI citó el apartado 44 de Tetra Pak II, que afirma que «[...] en las circunstancias del presente asunto, no sería oportuno exigir además, como prueba adicional, una demostración de que Tetra Pak tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas. En efecto, una práctica de precios predatorios debe poder ser sancionada tan pronto como exista un riesgo de eliminación de los competidores. Pues bien, en [aquel] asunto, el Tribunal de Primera Instancia señaló la existencia de dicho riesgo en los apartados 151 y 191 de la sentencia [Tetra Pak II]. El objetivo buscado, que es el de preservar una competencia no falseada, no permite esperar a que

39 — Tetra Pak II, citada en la nota 4, apartado 44.

una estrategia de tales características logre la eliminación efectiva de los competidores». Seguidamente, en los apartados 227 y 228 de la sentencia recurrida, el TPI señaló que «por consiguiente, [...] la Comisión podía considerar abusivos los precios inferiores a la media de los costes variables. En [una situación así], se presume el carácter eliminatorio de tal práctica de precios [...]. En lo que atañe a los costes totales, la Comisión debía, además, aportar la prueba de que la práctica de precios predatorios de WIN se inscribía en el marco de un plan destinado a “apropiarse” del mercado. En ambos supuestos, no era necesario demostrar, como prueba adicional, que WIN tenía una posibilidad real de recuperar sus pérdidas. [...] En consecuencia, la Comisión tenía razón al considerar que la demostración de la recuperación de las pérdidas no era un requisito previo a la constatación de una práctica de precios predatorios».<sup>40</sup>

57. Como ya se ha indicado anteriormente respecto a la objeción relativa al derecho a ajustar los precios, la motivación de una sentencia del TPI debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento del Tribunal, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la decisión adoptada y el Tribunal de Justicia ejercer su control jurisdiccional.<sup>41</sup>

58. En mi opinión, el TPI no explicó por qué consideró que no era necesario demostrar la posibilidad de recuperación de las pérdidas a la luz de los hechos específicos del caso de autos.

59. El TPI citó una sentencia que de forma clara manifestaba que no era oportuno exigir una demostración de que una empresa dominante tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas *en las circunstancias de ese asunto en concreto*. Considero que el TPI no debería simplemente haber transformado esa afirmación, que claramente se basaba en los hechos específicos del asunto Tetra Pak II, en una norma general. Al hacerlo así sin ninguna explicación en absoluto, el TPI incumplió manifiestamente su obligación de motivación.

60. Por consiguiente, estimo que el TPI cometió un doble error. En primer lugar, su interpretación y aplicación incorrectas de Tetra Pak II constituye el uso de una norma incorrecta. En segundo lugar, como ha quedado expuesto, el TPI incumplió manifiestamente su obligación de ofrecer una motivación adecuada.

61. Cabe añadir que, además, el TPI no respondió precisamente a la alegación formulada por WIN. WIN no había aducido que la Comisión tuviera que demostrar la recuperación «real» de las pérdidas. Lo que había alegado era que la Comisión debía demostrar que WIN había podido «prever la posibilidad» de recuperar las pérdidas.

62. De hecho, en la medida en que la circunstancia de que el TPI no tuviera en cuenta algunas partes de las alegaciones de la

40 — Véanse los apartados 226 a 228 de la sentencia recurrida.

41 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 35.

recurrente afecta al resultado del procedimiento y, por ende, afecta negativamente a sus intereses, puede constituir asimismo una vulneración del derecho a ser oído.<sup>42</sup>

aquí, la recurrente alega que el TPI infringió el artículo 82 CE al considerar que la demostración de la posibilidad de una recuperación de las pérdidas no era un requisito previo a la constatación de una práctica de precios predatorios.

63. Por tanto, debe estimarse igualmente la primera objeción del primer motivo.

64. De las consideraciones precedentes se desprende que el Tribunal de Primera Instancia incumplió su obligación de motivación y cometió un error de Derecho, por lo que procede anular la sentencia recurrida.

*B. Primera objeción del séptimo motivo, basado en una infracción del artículo 82 CE –recuperación de las pérdidas– posibilidad de recuperación de las pérdidas como requisito previo a la constatación de una práctica de precios predatorios*

65. El séptimo motivo consiste en dos objeciones. Mediante la primera, que examinaré

#### Principales alegaciones de las partes

66. La *recurrente* alega que la jurisprudencia comunitaria requiere que se demuestre la posibilidad de recuperar las pérdidas, sin la cual la depredación es inconcebible, puesto que sin la expectativa de recuperación la práctica de precios predatorios no constituye un comportamiento económico racional. La recurrente sostiene que esta opinión es compartida por numerosos tribunales nacionales y autoridades en materia de competencia, así como por un amplio número de autores académicos.

67. La *Comisión* aduce que la jurisprudencia comunitaria no requiere una prueba específica de la posibilidad de recuperar las pérdidas. A diferencia del enfoque de la legislación estadounidense en materia de competencia, el análisis del abuso con arreglo al artículo 82 CE

<sup>42</sup> — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998, Schröder y otros/Comisión (C-221/97 P, Rec. p. I-8255), apartado 24.

presupone la existencia de una posición dominante (véase la sentencia *Hoffman-La Roche/Comisión*),<sup>43</sup> que es por sí misma suficiente para estimar que es posible la recuperación de las pérdidas.

evitar hacer una afirmación general<sup>44</sup> que hiciera innecesaria la demostración de la posibilidad de recuperación en futuros casos de práctica de precios predatorios.<sup>45</sup>

## Apreciación

68. Tras hacer referencia a *Tetra Pak II*, el TPI declara en el apartado 228 de la sentencia recurrida que la Comisión tenía razón al considerar que la demostración de la recuperación de las pérdidas no era un requisito previo a la constatación de una práctica de precios predatorios.

69. Creo que la interpretación que hacen el TPI y, a estos efectos, la Comisión, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es incorrecta. En mi opinión, dicha jurisprudencia exige que se demuestre la posibilidad de recuperar las pérdidas.

70. Considero que, al matizar su expresión mediante los términos «en las circunstancias del presente asunto» en *Tetra Pak II*, el Tribunal de Justicia claramente pretendía

71. En efecto, como acertadamente señaló el Abogado General Fennelly en sus conclusiones presentadas en el asunto *Compagnie Maritime Belge Transports y otros/Comisión*,<sup>46</sup> «el Tribunal de Justicia no parece haber ido tan lejos como el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, que había propuesto<sup>[47]</sup> que el Tribunal de Justicia “no [...] establezca la expectativa de recuperación de las pérdidas como un nuevo requisito para la determinación de los precios eliminatorios, incompatibles con el artículo [82 CE]”, entre otras razones porque, en [...] opinión [del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer], “la recuperación de las pérdidas es el resultado

44 — Para una interpretación similar, véanse, por ejemplo, Whish, R.: *Competition Law*, 4ª ed., Butterworths, 2001, p. 650; Jones, A., y Sufrin, B.: *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, p. 342; Korah, V.: «The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: *Tetra Pak II*», *Current Legal Problems*, vol. 46, 1993, p. 172; y Kon, S., y Turnbull, S.: «Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal’s Judgment in the *NAPP Case*», *E.C.L.R.*, 24(2), 2003, pp. 70 a 86, especialmente p. 75.

45 — Sin embargo, en mi opinión, del artículo 44 de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Tetra Pak II* se desprende claramente que no es necesaria la demostración de una recuperación real. Ello se deduce de la afirmación del Tribunal de Justicia en dicho apartado según la cual: «una práctica de precios predatorios debe poder ser sancionada tan pronto como exista un riesgo de eliminación de los competidores. Pues bien, en [aquel] asunto, el Tribunal de Primera Instancia señaló la existencia de dicho riesgo en los apartados 151 y 191 de la sentencia recurrida. El objetivo buscado, que es el de preservar una competencia no falseada, no permite esperar a que una estrategia de tales características logre la eliminación efectiva de los competidores».

46 — Sentencia de 16 de marzo de 2000 (C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365), punto 129 y nota 84.

47 — Véase el punto 78 de sus conclusiones en el asunto *Tetra Pak II*, citado en la nota 4.

43 — Sentencia de 13 de febrero de 1979 (85/76, Rec. p. 461).

buscado por la empresa dominante, pero los precios predatorios constituyen en sí mismos una práctica anticompetitiva con independencia de que alcancen o no su objetivo”».

72. Además, al hacer esa matización, el Tribunal de Justicia claramente se apartó de la declaración categórica de la sentencia del TPI en el asunto que dio lugar a la sentencia Tetra Pak II, según la cual: «[no es] necesario demostrar, de forma específica, que la empresa de que se trata podía esperar razonablemente recuperar las pérdidas sufridas deliberadamente».<sup>48</sup>

73. En mi opinión, se sigue igualmente de AKZO<sup>49</sup> y Hoffman-La Roche/Comisión<sup>50</sup> que es necesaria la prueba de la posibilidad de recuperación para constatar la existencia de depredación con arreglo al artículo 82 CE.<sup>51</sup>

48 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión (T-83/91, Rec. p. II-755), apartado 150.

49 — En particular, del apartado 71 de la sentencia.

50 — En particular, del apartado 91 de la sentencia.

51 — A mi juicio, el análisis de la posibilidad de recuperación de las pérdidas requiere una apreciación *ex ante* o prospectiva de la estructura del mercado una vez que se haya producido la eliminación, es decir, la posibilidad de recuperación tal como puede preverla razonablemente la empresa dominante en el momento en que establece sus precios. En efecto, dicha apreciación parece similar al análisis realizado por la Comisión en materia de control de las concentraciones. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, Rec. p. I-987), apartados 42 a 44. Véanse también, por ejemplo, Ezrachi, A.: *EC Competition Law*, Hart, 2008, p. 140; Papandropoulos, P.: «Article 82 EC Reform», *Droit & économie, Concurrentes* N° 1 — 2008; y De la Mano, M. y Durand, B.: *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82, DG Competencia*, Comisión Europea, Documento de Discusión de la Oficina del Economista Jefe, 12 de diciembre de 2005, p. 3.

A menos que exista una posibilidad de recuperación, lo más probable es que la empresa dominante se encuentre en una situación de competencia normal.<sup>52</sup>

74. En tal caso, cuando no existe la posibilidad de recuperar las pérdidas, los consumidores y sus intereses, en principio, no deberían verse perjudicados. A este respecto, me permito señalar que comparto la opinión del Abogado General Jacobs, que, en sus conclusiones en el asunto Bronner, afirmó que «la primera finalidad del artículo [82 CE] es impedir las distorsiones de competencia —y, en particular, proteger los intereses de los consumidores— más que proteger la situación de los competidores particulares».<sup>53</sup>

75. Por último, aprovecharé la ocasión para señalar que, aparte de la jurisprudencia aquí citada, la importancia de la prueba de la

52 — Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Fennelly en el asunto *Compagnie Maritime Belge Transports y otros/Comisión*, citado en la nota 46, punto 136. Asimismo, puesto que el análisis precio/coste necesario en los asuntos relativos a la práctica de precios predatorios es por fuerza controvertido y litigioso (véase AKZO, citada en la nota 3, véase también Howarth, D.: «Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC», en *EC Competition Law*, G. Amato y C.-D. Ehlermann ed., Hart, 2007, pp. 258 a 262), en particular por lo que respecta a cuestiones tales como qué costes son variables, qué costes son fijos, cuál es el período relevante y demás, exigir la prueba de la posibilidad de recuperación sería en principio conveniente para disminuir el coste de los errores (especialmente falsos positivos) en presuntos casos de precios predatorios. Además, en cuanto a la prueba *ex ante* de la posibilidad de recuperación como examen útil y aplicable, coincido en que, en principio, «es mucho más fácil determinar a partir de la estructura del mercado que la recuperación es improbable que averiguar el coste que soporta un determinado productor» [véase el asunto de los Estados Unidos A. A. *Poultry Farms, Inc v Rose Acre Farms, Inc* 881 F.2d 1396, (7<sup>th</sup> Cir. 1989), cert denied, 494 U.S. (1990)]. Y tal análisis de la recuperación «permite a un tribunal evitar entrar en la enrevesada área del análisis de costes, el examen de datos contables diversos y las pruebas periciales opuestas respecto a la determinación de los costes relevantes» [véase el asunto australiano *Boral* (2003) 195 ALR 609, apartado 292].

53 — Sentencia de 26 de noviembre de 1998 (C-7/97, Rec. p. I-7791), punto 58.

posibilidad de recuperación ha sido destacada *inter alia* por el Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) (Grupo Económico Asesor en materia de Política de la Competencia),<sup>54</sup> la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico<sup>55</sup> y el Grupo de entidades reguladoras europeas.<sup>56</sup>

dominante se basa a menudo en condiciones de mercado pasadas, mientras que, como ya he explicado, la demostración de la posibilidad de recuperación es inherentemente *ex ante* y prospectiva, con una evaluación de la estructura del mercado tal y como ésta será en el futuro.<sup>57</sup>

76. Para concluir mis observaciones sobre la cuestión de la prueba de la posibilidad de recuperación, quisiera señalar que no me convence el argumento de la Comisión en el sentido de que en Europa y en virtud del artículo 82 CE la recuperación está implícita en la posición dominante, en particular porque la determinación de la posición

77. De las anteriores consideraciones se sigue que procede estimar la primera objeción del séptimo motivo.

78. A la luz exclusivamente de las consideraciones que preceden, estimo que la sentencia recurrida debería ser anulada. Además, considero que las cuestiones de la demostración de la posibilidad de recuperación y del derecho a ajustar los precios son tan fundamentales para el presente asunto que el recurso requiere un nuevo examen en primera instancia.

54 — «En particular, la capacidad de recuperación de la empresa depredadora tiene que ser evaluada detenidamente», en el Informe del EAGCP, que es un grupo de prestigiosos economistas académicos que asesora a la Dirección General de Competencia de la Comisión y al Comisario de Competencia, «An economic approach to Article 82», julio de 2005, p. 52, disponible en: [http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

55 — «El análisis de la recuperación debería aplicarse de manera automática en los casos de precios predatorios», en OCDE, «Predatory Foreclosure», Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP (2005)14, 15 de marzo de 2005, pp. 8 y ss., disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. Para una perspectiva general reciente de 35 países, véase The International Competition Network, Report on Predatory Prices, preparado por The Unilateral Conduct Working Group, presentado en la Séptima Conferencia Anual del ICN, Kioto, abril de 2008, disponible en: [http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral\\_WG\\_3.pdf](http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf).

56 — El Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, establecido por la Comisión, afirma en la página 36 de un documento de consulta de 21 de noviembre de 2003 titulado «Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework», lo siguiente: «La práctica de precios predatorios tiene, por tanto, las siguientes características: i) el precio facturado es inferior a los costes, ii) los competidores son expulsados del mercado o excluidos, y iii) la empresa es capaz de recuperar sus pérdidas» (la cursiva es mía). Este documento está disponible en: [http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330\\_draft\\_joint\\_approach\\_on\\_remedies.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf).

57 — Véase: «Al mismo tiempo, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la prueba de una posición dominante no implica necesariamente que la empresa dominante será también capaz de recuperar sus pérdidas. Mientras que la prueba de la recuperación significa que el monopolio de la empresa dominante subsistirá en el futuro, es preciso considerar que las fases de pérdidas y de recuperación no coinciden. [...] El hecho de que una empresa estuviera en posición dominante en el momento en que realizaba ventas por debajo de los costes no significa que en el futuro vaya a ser capaz de recuperar las pérdidas pasadas mediante el aumento de los precios: es posible que las condiciones de competencia sean diferentes en el futuro. [...] En segundo lugar, las alegaciones de la existencia de precios predatorios sólo han prosperado en la práctica con arreglo al artículo 82 CE cuando la recuperación ha quedado efectivamente demostrada o bien cuando era probable de acuerdo con los hechos», en O'Donoghue, R. y Padilla, A.J.: *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, p. 254. Véase también: «Las Agencias deberán tener en cuenta, no obstante, que examinar la existencia de una posición dominante no equivale a realizar un análisis de la recuperación», OCDE, citado en la nota 55, pp. 8 y ss.

C. Segundo motivo, basado en la infracción del artículo 82 CE — ajuste de los precios a los de los competidores

79. Mediante su segundo motivo, la recurrente alega que el TPI infringió el artículo 82 CE al negar a WIN el derecho a ajustar sus precios, de buena fe, a los de sus competidores.

#### Principales alegaciones de las partes

80. La recurrente sostiene que el TPI no puso en duda que WIN simplemente había ajustado sus precios a los de sus competidores. Sin embargo, el TPI no extrajo de ello ninguna conclusión. Sin ofrecer una explicación, el TPI se limitó a afirmar que «no podía excluirse», que tal ajuste fuera abusivo o condenable. Por consiguiente, el TPI no observó los requisitos para la aplicación del artículo 82 CE. El derecho a realizar este ajuste se recoge en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como en los escritos académicos en materia de competencia y en la práctica decisoria de las autoridades francesas. Además, para la

recurrente es la única manera de seguir siendo competitiva en el mercado. Por último, la recurrente aduce que, con arreglo a la jurisprudencia derivada del asunto *United Brands/Comisión*,<sup>58</sup> el TPI debía examinar si la respuesta de WIN a la competencia era «razonable» y «apropiada».

81. La Comisión sostiene que la recurrente no invoca un error de Derecho por parte del TPI en relación con las alegaciones acerca del supuesto derecho de WIN a ajustar sus precios, ni contradicción alguna en el razonamiento de la sentencia recurrida. En cuanto a las alegaciones relativas a la respuesta «razonable» y «apropiada», la recurrente las formula por primera vez en casación, reprochando a la Comisión no haber llevado a cabo este análisis de proporcionalidad. En cualquier caso, la recurrente critica simplemente un único apartado de la sentencia recurrida (apartado 187).<sup>59</sup> La Comisión alega que prohibir el ajuste efectuado por una empresa dominante cuando implica precios inferiores a los costes es completamente coherente con los principios que subyacen en artículo 82 CE, por los que una empresa dominante tiene una «especial responsabilidad». Con carácter alternativo, la Comisión aduce que la Decisión controvertida hizo una apreciación de hecho en el sentido de que la alegación de WIN según la cual ésta simplemente se había ajustado a sus competidores era infundada. El TPI no tenía que pronunciarse sobre estos hechos.

<sup>58</sup> — Citada en la nota 31.

<sup>59</sup> — Según el cual el ajuste de los precios a los de los competidores «no puede excluirse que [...] sea [abusivo y condenable] cuando [...] tenga la finalidad de reforzar [la] posición dominante [de la empresa] y abusar de ella».

## Apreciación

82. En primer lugar, como he señalado en el punto 39 de las presentes conclusiones, el TPI obró correctamente al estimar, en los apartados 176 a 182 de la sentencia recurrida, que el Derecho comunitario no reconoce a una empresa dominante un derecho absoluto a ajustar sus precios a los de la competencia.

83. Sin embargo, en el marco del presente motivo, la recurrente no explica por qué ese razonamiento del TPI es incorrecto ni alega que el TPI cometiera un error de Derecho.

84. No obstante, la recurrente alega, como ya hiciera ante el TPI, que el derecho (absoluto) de un operador a ajustar sus precios a los de la competencia ha sido reconocido por la propia práctica decisoria de la Comisión y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que es unánimemente admitido en la doctrina académica y en el análisis económico.

85. Con arreglo a los artículos 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, y 112, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, un recurso de casación debe indicar de manera precisa los elementos

impugnados de la sentencia cuya anulación se solicita, así como los fundamentos jurídicos que apoyan de manera específica esta pretensión. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que no cumple este requisito el recurso de casación que se limita a repetir o a reproducir textualmente los motivos y las alegaciones ya formulados ante el Tribunal de Primera Instancia.<sup>60</sup>

86. El Abogado General Geelhoed hizo referencia a la jurisprudencia pertinente a este respecto en sus conclusiones en el asunto *Sumitomo Metal Industries y Nipón Steel/Comisión*:<sup>61</sup> «en su jurisprudencia, unívoca y ya abundante, el Tribunal de Justicia ha resuelto que los motivos invocados deben referirse a la resolución adoptada por el Tribunal de Primera Instancia<sup>[62]</sup> y que, so pena de que se declare la inadmisibilidad de estos motivos, debe indicarse claramente en qué puntos la resolución recurrida del Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho.<sup>[63]</sup> De este requisito de precisión se deriva, entre otras cosas, que no puede bastar con enunciar simplemente un motivo, sin desarrollarlo a continuación<sup>[64]</sup>».

60 — Véase la sentencia *Schröder y otros/Comisión*, citada en la nota 42, apartado 35. Tal interpretación de un recurso de casación no equivaldría sino a un intento de obtener un nuevo examen del asunto y no está previsto que el Tribunal de Justicia lleve a cabo un nuevo examen. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, *Peter Biegi Nahrungsmittel y Commonfood/Comisión* (C-499/03 P, Rec. p. I-1751), apartados 37 y 38.

61 — Sentencia de 25 de enero de 2007 (C-403/04 P y C-405/04 P, Rec. p. I-729).

62 — Los motivos básicamente dirigidos contra un acto u omisión de las instituciones son inadmisibles. Volver a formular dichos motivos haría del recurso una apelación «ordinaria». Véanse, *inter alia*, las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998, *Somaco/Comisión* (C-401/96 P, Rec. p. I-2587), apartado 49, y de 22 de abril de 1999, *Kernkraftwerke Lippe-Ems/Comisión* (C-161/97 P, Rec. I-2057), apartados 76 y 77.

63 — Véanse, entre otras, las sentencias *Schröder y otros/Comisión*, citada en la nota 42, apartados 35 y 38 a 42, y de 9 de septiembre de 1999, *Lucaccioni/Comisión* (C-257/98 P, Rec. p. I-5251), apartados 61 y 62.

64 — Véase la sentencia de 8 de julio de 1999, *Hercules Chemicals/Comisión* (C-51/92 P, Rec. p. I-4235), apartado 113.

87. Por tanto, en mi opinión, procede declarar la inadmisibilidad del segundo motivo.

88. No obstante, para dar a la recurrente el beneficio de la duda, asumamos que, pese a los reparos expuestos en cuanto a la admisibilidad del presente motivo, debiera considerarse admisible.

89. A mi juicio, contrariamente a lo que la recurrente parece alegar, no hay ninguna contradicción en la motivación de la sentencia, por cuanto la sentencia recurrida no contiene ninguna afirmación en el sentido de que «el TPI no puso en duda que WIN simplemente había ajustado sus precios a los de sus competidores».

90. Como ya estimé en mi apreciación del primer motivo, el TPI no aplicó la jurisprudencia relevante sobre el derecho de ajuste a los hechos del caso de autos.

91. De hecho, el TPI no examinó sobre la base de los hechos del caso de autos si WIN había ajustado realmente o no sus precios de buena fe a los de sus competidores. El problema es que esa cuestión de hecho suscita controversia entre las partes en la fase del recurso de casación.

92. Sin embargo, los recursos de casación ante el Tribunal de Justicia se limitan a

cuestiones de Derecho, lo que significa que el TPI es el único competente para pronunciarse sobre los hechos del asunto examinado en primera instancia. Además, no está permitido que, en casación, las partes propongan la prueba de hechos no acreditados por el TPI.

93. A mi juicio, por consiguiente, el segundo motivo es doblemente inadmisibile.

94. En cualquier caso, a mi entender, según el resultado por el que abogo en las presentes conclusiones, la sentencia recurrida debería ser anulada y el asunto devuelto al Tribunal de Primera Instancia para que éste lo examine de nuevo. Ello permitiría al TPI pronunciarse en relación con la cuestión de hecho del ajuste de WIN.<sup>65</sup>

95. En lo que atañe a la cuestión de principio, aprovecharé no obstante la ocasión para llamar la atención sobre los puntos que me parecen relevantes a este respecto. En primer lugar está la jurisprudencia en que se basó el TPI en los apartados 185 y 186 de la sentencia recurrida. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia declaró en Tetra Pak II «que el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circuns-

65 — En caso de que se requieran apreciaciones de hecho adicionales o sea preciso un nuevo examen de las ya efectuadas, el Tribunal de Justicia devolverá el asunto al TPI. Véase, a este respecto la sentencia de 17 de diciembre de 1992, Moritz/Comisión (C-68/91 P, Rec. p. I-6849), apartados 41 y 42.

tancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada». <sup>66</sup> Por tanto, la cuestión del ajuste en un caso como el presente debe examinarse atendiendo a las circunstancias concretas. Y, en tercer lugar, en mi opinión, debería admitirse la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, se permita excepcionalmente a una empresa dominante demostrar que su práctica de precios inferiores a los costes está objetivamente justificada. <sup>67</sup>

artículo 82 CE al no considerar erróneo el método aplicado por la Comisión para calcular la cobertura de los costes, que suponía una desnaturalización del análisis de depredación exigido por el Tribunal de Justicia en el asunto AKZO. El método empleado por la Comisión hacía imposible saber si los abonados de WIN le producían beneficios o pérdidas durante el período de abono.

#### D. Tercer motivo, basado en la infracción del artículo 82 CE — desnaturalización del análisis de depredación

#### Principales alegaciones de las partes

96. Mediante su tercer motivo, la recurrente alega que el TPI infringió asimismo el

97. Por lo que respecta a los *costes variables*, la recurrente sostiene que, a efectos de considerar que unos precios inferiores a los costes variables son abusivos con arreglo al artículo 82 CE, el apartado 71 de la sentencia AKZO exige que el método para calcular la cobertura de los costes demuestre que los productos o servicios se vendían a pérdida. El método utilizado sólo puede ser compatible con el artículo 82 CE si prueba que, para algunos abonados, el abono producía pérdidas en un período de 48 meses. Sin embargo, puesto que WIN alegó en su recurso de anulación que, prácticamente durante todo el período controvertido, cada abonado individual generaba un beneficio para WIN, el TPI no podía, sin infringir el artículo 82 CE, eludir comprobar si la Comisión había acreditado que al menos algunos abonados habían producido una pérdida global para WIN. No obstante, el TPI confirmó la postura de la Comisión, que no ofrecía una visión completa de la rentabilidad de cada abono.

66 — Véase la sentencia Tetra Pak II, citada en la nota 4, apartado 24.

67 — Véanse las conclusiones del Abogado General Fennelly en el asunto Compagnie Maritime Belge Transports y otros/ Comisión, citado en la nota 46, punto 127. Véase la sentencia Tetra Pak/Comisión, citada en la nota 48, apartado 147: «cabe admitir que una empresa en posición dominante practique ventas a pérdida en determinadas condiciones». Véanse también, entre otros, Bellamy y Child: *European Community Law of Competition*, 6<sup>a</sup> ed., Oxford, 2008, pp. 956 y 957, sección 10.071: «En la medida en que [el criterio establecido en Akzo] supone la regla de que los precios inferiores a los costes variables medios [...] deben considerarse predatorios, parece demasiado rígido. Unos precios inferiores [a los costes variables medios] pueden establecerse de manera favorable a la competencia [...]»; Motta, M.: *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, p. 453; Faull, J., y Nikpay, A.: *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, p. 379, sección 4.287; Ezrachi, A., citado en la nota 51, p. 136; OCDE, citada en la nota 55, p. 18: «El mero hecho de que una empresa esté practicando precios inferiores a los costes no significa necesariamente que sus acciones estén perjudicando a la competencia. Existen circunstancias en las que tal práctica de precios no sólo es benigna, sino que, de hecho, favorece la competencia. Las Agencias deberían examinar minuciosamente cualquier justificación que las empresas supuestamente depredadoras ofrezcan para su práctica de precios»; Whish, R., citado en la nota 44, p. 649; Jones y Sufrin, citado en la nota 44, p. 339; Garzaniti, L., y Liberatore, F.: «Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2», *E.C.L.R.*, 25(4), 2004, pp. 234 a 240.

98. En cuanto a los *costes totales*, la *recurrente* se remite a su alegación relativa a los costes variables y sostiene que el TPI desnaturalizó el análisis de depredación al no comprobar si había quedado acreditado que no se habían cubierto los costes totales de los abonados. De hecho, no se aportó ninguna prueba de la existencia de abonado alguno cuyo abono supusiera una pérdida para WIN en un período de 48 meses.

99. La *Comisión* rebate estas alegaciones aduciendo, en primer lugar, que no sólo el método aplicado en el presente caso es el mismo que el usado en los asuntos que desembocaron en las sentencias AKZO y Tetra Pak II –que simplemente considera los costes tal como aparecen en la contabilidad de la empresa–, sino que en esta ocasión la Comisión incluso suavizó el método de manera favorable a la recurrente. Por ejemplo, la Comisión no aplicó una tasa de descuento ni imputó un coste de oportunidad entre los costes empleados en el cálculo.

100. En lo que atañe al método de cálculo alternativo (el método de los flujos de tesorería actualizados), el TPI estimó que la Comisión no había cometido un error manifiesto de apreciación y el presente recurso de casación no alega que el TPI cometiera un error de Derecho a este respecto. En lo que atañe a la necesidad de tener en cuenta la duración total de 48 meses de un abono, la Comisión aduce que, puesto que la tasa de cobertura era inferior al 100 % en el caso de todos los breves períodos sucesivos examinados en la Decisión controvertida (que

suponían un total de aproximadamente un año y medio), la tasa de cobertura no podía sino ser inferior al 100 % también para toda la duración media del abono, es decir, 48 meses. A este respecto, la Comisión sostiene que una tasa de cobertura inferior al 100 % no puede ser superior al 100 % en un período más amplio, excepto en el caso de que la situación en el período posterior a la infracción permita a la empresa producir márgenes de beneficio por abonado considerablemente superiores a un nivel competitivo de forma prolongada.

#### Apreciación

101. La recurrente no especifica con claridad qué partes (es decir, qué apartados) de la sentencia recurrida impugna.<sup>68</sup>

102. En su recurso ante el Tribunal de Justicia, la recurrente alega que la Comisión aplicó un análisis estadístico de la cobertura de los costes que en realidad equivale a sumar los costes de adquisición a 48 veces el importe de los costes ordinarios mensuales, tal como existían en la fecha de suscripción del abono, y a comparar este total a 48 veces los ingresos ordinarios mensuales, tal como existían en la misma fecha.

68 — A este respecto, para evitar reiteraciones, me remito a los puntos 85 y 86 de las presentes conclusiones, que son también aplicables aquí.

103. En la sentencia recurrida, el TPI declaró en los apartados 140 y 142, respectivamente, que «al contrario de lo que alega WIN, la Comisión no ha utilizado un análisis de cobertura estático» y «al contrario de lo que afirma WIN, el método no equivale en absoluto a sumar los costes de adquisición a 48 veces el importe de los costes ordinarios mensuales, tal como existían en la fecha de suscripción del abono, y a comparar este total a 48 veces los ingresos ordinarios mensuales, tal como existían en la misma fecha». <sup>69</sup>

104. Sin embargo, aparte de impugnar en casación, aparentemente, las apreciaciones de hecho del TPI, la recurrente no imputa al TPI ningún error de apreciación o ninguna desnaturalización de los hechos a este respecto y únicamente repite las mismas alegaciones formuladas ante el TPI. <sup>70</sup> En cuanto a las alegaciones relativas al método de los flujos de tesorería actualizados, el TPI estimó en los apartados 153 a 155 de la sentencia recurrida que la Comisión no cometió un error de Derecho al no emplear dicho método y la recurrente no alega que el TPI cometiera un error de Derecho a este respecto.

105. Por tanto, opino que esto es en sí mismo suficiente para declarar la inadmisibilidad del

69 — Véanse los apartados 143 a 151 de la sentencia recurrida en cuanto a la motivación del TPI a este respecto.

70 — Un recurso de casación no puede limitarse a repetir los motivos y alegaciones ya presentados ante el TPI sin presentar argumentos destinados a demostrar que éste ha incurrido en un error de Derecho. Véase el auto del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1998, Abello y otros/Comisión, (C-30/96 P, Rec. p. I-377), apartado 45.

tercer motivo y, en cualquier caso, para considerarlo infundado.

*E. Cuarto motivo, basado en que el Tribunal de Primera Instancia vulneró el artículo 82 CE e incumplió su obligación de motivación — costes e ingresos posteriores al período controvertido*

106. Mediante su cuarto motivo, la recurrente alega que, al considerar que los costes e ingresos posteriores al período de la supuesta infracción (es decir, después del 15 de octubre de 2002) no debían tenerse en cuenta, el TPI vulneró el artículo 82 CE e incumplió su obligación de motivación. La Comisión llegó equivocadamente a la conclusión de que se había producido una infracción sobre la base de esta limitación temporal de los costes e ingresos que habían de tenerse en cuenta.

#### Principales alegaciones de las partes

107. La recurrente reprocha al TPI haber aceptado el análisis de la Comisión, que excluía los costes e ingresos posteriores al 15 de octubre de 2002. El TPI no podía —sin contradecirse a sí mismo e infringir el artículo 82 CE— respaldar la postura de la Comisión, que, por un lado, excluía del cálculo de la tasa de cobertura ingresos y costes posteriores a la supuesta infracción, pero que entraban dentro del período de

48 meses, y, por otro lado, reconocía que, por lo que respecta a los abonos, los costes e ingresos se distribuían legítimamente a lo largo de un período de 48 meses.

108. La recurrente alega que, al confirmar la postura de la Comisión, el TPI incurrió en una contradicción en la motivación, puesto que la Decisión controvertida había acreditado claramente que, a fecha de 15 de octubre de 2002, las condiciones de competencia se habían «restablecido»<sup>71</sup> y ahora la Comisión admitía que nunca había tenido en cuenta los ingresos posteriores a la supuesta infracción porque se habrían obtenido únicamente en una situación de competencia debilitada.

109. Según la *Comisión*, este motivo en realidad no es más que una extensión del tercer motivo y surge de una confusión. La cuestión nunca ha consistido en permitir que todos los ingresos y costes de un abono se distribuyan a lo largo de un período de 48 meses. En vez de eso, el método de la Comisión, que fue aceptado por el TPI, permitía –de acuerdo con el principio de la amortización del inmovilizado– que una categoría determinada de costes se escalonara a lo largo de un determinado período, en concreto, los costes variables extraordinarios («costes de conquista» o «costes de adquisición del abonado») en que se incurría al principio de un abono.

110. La Comisión aduce que los costes ordinarios, sin embargo, no habían de distribuirse a lo largo de un período de tiempo. Según la Decisión controvertida, la empresa era incapaz de «alcanzar un nivel de cobertura de los gastos ordinarios (costes de red y costes de producción) suficiente para que el margen que resulte de estos costes recurrentes cubra, en un horizonte de tiempo razonable, los costes variables no ordinarios invertidos en el desarrollo comercial de los productos en cuestión».<sup>72</sup> Sin embargo, todos los costes e ingresos producidos con posterioridad a la supuesta infracción y que la recurrente pretende que se incluyan en el cálculo son ordinarios.

111. La Comisión alega asimismo que sería erróneo incluir en el cálculo estimaciones de futuros márgenes positivos derivados de disminuciones de costes futuros que estarían al alcance de todos los competidores pero que no se verían acompañados de una bajada de los precios. Tal resultado sólo podría lograrse en el contexto de una competencia debilitada. La Comisión señala que, en cualquier caso, la extrapolación de la recurrente no resultaría en una tasa positiva de cobertura de los costes totales y que, aunque se aceptaran las estimaciones presentadas por la recurrente de márgenes de beneficio extremadamente altos a lo largo de 48 meses, tales márgenes sólo podrían obtenerse en un ambiente de competencia debilitada. Por último, la Comisión sostiene que, incluso excluyendo los «costes de adquisición», el coste directo mensual de cada abonado para WIN sería mayor que el ingreso obtenido del abono.

71 — Véase el considerando 386 de la Decisión controvertida.

72 — Véanse el considerando 72 de la Decisión controvertida y el apartado 136 de la sentencia recurrida.

112. Finalmente, la *Comisión* estima que la (errónea) postura de la recurrente consiste en admitir que sus abonados generan pérdidas mensuales crecientes durante un año y medio (el período cubierto por la Decisión controvertida), pero asumir, en cambio, un notable margen positivo durante los años posteriores a la intervención de la Comisión, de modo que los abonados acabarían siendo rentables al final del período de abono.

los costes ilegal cuando utilizó los datos registrados en la contabilidad de WIN, corrigiéndolos de forma favorable a ésta para tener en cuenta el contexto particular del mercado en cuestión, al tiempo que respetaba los imperativos de examen exigidos por el artículo 82 CE» y que «no resulta de la jurisprudencia que en el caso de autos fuera necesario utilizar el método de los flujos de tesorería actualizados y [...] WIN no ha aportado ningún argumento que demuestre que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación a este respecto».<sup>73</sup>

### Apreciación

113. *Prima facie*, parece que el presente motivo es una mera extensión del motivo precedente y que la recurrente repite la alegación de que únicamente un período de 48 meses habría permitido un cálculo de la cobertura de los costes acorde con los requisitos del artículo 82 CE. En primer lugar, el presente motivo parece basado en la suposición errónea de que el TPI reconoció que «los costes e ingresos se distribuían a lo largo de un período de 48 meses». El TPI nunca hizo tal cosa en la sentencia recurrida. En realidad, el TPI confirmó el método de la Comisión consistente en distribuir únicamente una categoría de costes, concretamente, los costes variables extraordinarios.

115. Por último, quisiera recordar que, conforme al Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el recurso de casación no puede modificar el objeto del litigio planteado ante el Tribunal de Primera Instancia. Sin embargo, el presente motivo de la recurrente es sensiblemente distinto del motivo planteado ante el TPI, en el que la recurrente alegaba que, al negarse a emplear el método de los flujos de tesorería actualizados o del valor actual neto (VAN) (que, según la recurrente, era el único método pertinente), la Comisión había cometido un error de Derecho. En cambio, el recurso de la recurrente ante el Tribunal de Justicia ya no menciona dicho método.

114. En cualquier caso, mi examen de los apartados 129 a 156 de la sentencia recurrida no ha puesto de manifiesto nada que pueda afectar a la validez de la posición del TPI. En mi opinión, el TPI no cometió ningún error de Derecho y aplicó correctamente el artículo 82 CE al concluir que «WIN no ha demostrado que la Comisión haya aplicado, en el caso de autos, un análisis de cobertura de

116. En consecuencia, estimo que procede declarar la inadmisibilidad del cuarto motivo y, en cualquier caso, considerarlo infundado.

<sup>73</sup> — Véanse los apartados 154 y 155. En relación con las discusiones sobre el enfoque basado en el valor actual neto, véase, por ejemplo, el asunto del Reino Unido Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading, Competition Comisión Appeal Tribunal (CAT), Case No. 1001/1/1/01, [15 de enero de 2002], apartado 260.

F. *Quinto motivo, basado en la infracción del artículo 82 CE y en el incumplimiento de la obligación de motivación — precios predatorios aun cuando están acompañados de una considerable disminución de la cuota de mercado de la empresa relevante*

117. Mediante su quinto motivo, la recurrente alega también que el TPI infringió el artículo 82 CE e incumplió su obligación de motivación, al estimar que los precios pueden ser predatorios aun cuando estén acompañados de una considerable disminución de la cuota de mercado de la empresa relevante. En su opinión, no puede considerarse probable que tales precios lleven a la exclusión de competidores.

#### Principales alegaciones de las partes

118. La *recurrente* sostiene que el TPI, pese a reconocer que la cuota de mercado de WIN había disminuido desde agosto de 2002, estimó no obstante que la presunta infracción había continuado hasta el 15 de octubre de 2002. Sin embargo, la depredación presupone una reducción significativa de la competencia y, por tanto, no puede ocurrir cuando la competencia aumenta.

119. La *Comisión* aduce que la recurrente había formulado esta alegación en primera

instancia con objeto únicamente de cuestionar la existencia de una posición dominante y de solicitar una reducción de la multa. La recurrente usa esta alegación para cuestionar la existencia de un abuso por primera vez en casación.

120. En cuanto al fondo, la información de que dispone la Comisión muestra que la cuota de mercado de WIN aumentó constantemente hasta el 31 de agosto de 2002. Cualquier descenso en sus cuotas de mercado durante el último mes y medio de la infracción únicamente podía deberse a la reducción de las tarifas al por mayor de TF para el acceso a la red, que WIN –al contrario que sus competidores– decidió no reflejar en sus precios, poniendo así fin a la infracción el 15 de octubre de 2002. La Comisión añade, a mayor abundamiento, que una disminución de la cuota de mercado como la señalada no pondría en duda la legalidad de la Decisión como tal, sino que, a lo sumo, permitiría cuestionar la duración de la infracción. Sin embargo, ello no tendría ninguna incidencia sobre el importe de la multa, puesto que en casación no se ha solicitado su revisión.

#### Apreciación

121. Como acertadamente señala la Comisión, el presente recurso de casación se limita a la apreciación del TPI respecto al abuso de

posición dominante y WIN únicamente formuló la alegación de una supuesta disminución de su cuota de mercado en primera instancia con objeto de cuestionar la existencia de una posición dominante<sup>74</sup> y para solicitar una reducción de la multa.<sup>75</sup>

G. *Sexto motivo, basado en la desnaturalización de los hechos y en la infracción del artículo 82 CE — supuesto plan de depredación*

#### 1. Desnaturalización de los hechos y de las pruebas

122. Según reiterada jurisprudencia, permitir que una de las partes invoque por primera vez ante el Tribunal de Justicia un motivo que no haya invocado ante el Tribunal de Primera Instancia equivaldría a permitirle plantear al Tribunal de Justicia, cuya competencia en materia de recursos de casación es limitada, un litigio más extenso que aquel del que conoció el Tribunal de Primera Instancia. En el marco de un recurso de casación, la competencia del Tribunal de Justicia está limitada a la apreciación de la solución jurídica que se haya dado a los motivos objeto de debate ante los jueces de primera instancia.<sup>76</sup>

124. El sexto motivo consiste en dos objeciones. Mediante la primera, la recurrente aduce que, por lo que respecta al supuesto plan de depredación, el TPI desnaturalizó los hechos y los elementos de prueba que se sometieron a su apreciación.

#### Principales alegaciones de las partes

123. Por consiguiente debe declararse la inadmisibilidad del quinto motivo.

125. La *recurrente* sostiene que el TPI desnaturalizó la prueba en la que fundamentó su análisis de la existencia de un plan de depredación. Se basó exclusivamente en documentos de WIN y dedujo la existencia de un plan de depredación a partir de términos empleados en ellos, tales como «apropiación» y «apropiarse». Sin embargo, estos documentos únicamente reflejaban «objetivos comerciales bastante ambiciosos», según las propias palabras del TPI.<sup>77</sup>

74 — Apartado 95 del escrito de demanda de WIN en primera instancia, en el motivo relativo a la existencia de una posición dominante.

75 — Apartado 292 del escrito de demanda de WIN en primera instancia, en el motivo relativo a la multa.

76 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun/Comisión (C-68/05 P, Rec. p. I-10367), apartados 95 a 98 y la jurisprudencia allí citada.

77 — Esta cita se refiere al apartado 214 de la sentencia recurrida.

126. La *Comisión* alega que la recurrente trata de obtener un nuevo examen en casación de una objeción que fue declarada inadmisibile por el TPI, sin rebatir, no obstante, su declaración de inadmisibilidad. En segundo lugar, afirma que la recurrente no presentó ningún argumento para fundamentar la supuesta desnaturalización, y corresponde únicamente al TPI apreciar el valor que debe otorgarse a las pruebas que se le presentan. A mayor abundamiento, la Comisión sostiene que el TPI no basó su análisis exclusivamente en documentos que contenían la expresión «apropiarse», sino en muchos otros documentos.

#### Apreciación

127. La recurrente pretende que se examine de nuevo un motivo que el TPI consideró inadmisibile en los apartados 204 y 205 de la sentencia recurrida.

128. Sin embargo, en el marco del presente recurso de casación, la recurrente no puede invocar de nuevo este motivo. Únicamente puede impugnar, por causas específicas, la apreciación del TPI de que el motivo invocado en primera instancia es inadmisibile<sup>78</sup> y debe presentar a este respecto argumentos destinados a demostrar que el TPI incurrió en un error de Derecho.<sup>79</sup> En mi opinión, la recu-

rrrente no ha conseguido refutar la apreciación de inadmisibilidad del TPI.

129. La presente objeción se refiere a una cuestión de hecho y no ofrece argumentos convincentes para estimar que se haya producido una desnaturalización de los hechos.

130. Con arreglo a los artículos 225 CE y 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que ha de atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados.<sup>80</sup> Así pues, esta apreciación no constituye, sin perjuicio del supuesto de la desnaturalización de dichos elementos, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia.<sup>81</sup>

80 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión* (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), apartado 24.

81 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2002, *Glencore y Compagnie Continentale/Comisión* (C-24/01 P y C-25/01 P, Rec. p. I-10119), apartados 65 a 69. Una desnaturalización de esta índole debe deducirse manifiestamente de los documentos que obran en autos, sin que sea necesario efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2006, *General Motors/Comisión* (C-551/03 P, Rec. p. I-3173), apartados 51, 52 y 54.

78 — Véase Lenaerts, K., Arts, D., y Maselis, I.: *Procedural Law of the European Union*, 2ª ed., Londres 2006, p. 464: «Cabe deducir esto de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 1993, *Eppe/Comisión* (C-354/92 P, Rec. p. I-7027), apartado 13».

79 — Véase el auto *Abello y otros/Comisión*, citado en la nota 70, apartado 45.

131. Por consiguiente, debe declararse la inadmisibilidad de la primera objeción del sexto motivo.

134. La *Comisión* aduce, en primer lugar, que el elemento de la intencionalidad en el abuso es necesariamente subjetivo y, en segundo lugar, que la jurisprudencia comunitaria no exige que se acredite la existencia de un plan de depredación mediante el tipo de pruebas objetivas que sugiere la recurrente.

## 2. Infracción del artículo 82 CE

132. Mediante su segunda objeción, la recurrente sostiene que el TPI infringió el artículo 82 CE. Dicho artículo requiere un plan de expulsión de los competidores que pueda identificarse objetivamente y no basta, en ningún caso, un análisis puramente subjetivo del concepto de abuso de posición dominante.

### Apreciación

135. Basta con señalar que, al igual que ocurre con algunos de los motivos precedentes, la recurrente parece utilizar las mismas alegaciones que formuló ante el TPI.

### Principales alegaciones de las partes

133. La *recurrente* afirma que el abuso de posición dominante es un concepto objetivo. Sin embargo, el TPI basó su análisis y su conclusión en factores puramente subjetivos, en vez de en pruebas objetivas tales como las amenazas a los competidores, la práctica de precios selectivos respecto a los clientes de los competidores, la discriminación de precios, la sobrepuja, o la duración, consistencia y magnitud de las ventas a pérdida.

136. Por consiguiente, la segunda objeción del sexto motivo también debe considerarse inadmisibile.

137. En lo que atañe al plan de depredación, a mi entender, el TPI aplicó correctamente y con arreglo a Derecho la jurisprudencia AKZO y Tetra Pak II.

138. Por tanto, procede declarar la inadmisibilidad del sexto motivo y, en cualquier caso, considerarlo infundado.

H. *Segunda objeción del séptimo motivo, basado en la infracción del artículo 82 CE — recuperación de las pérdidas — pruebas de la empresa sobre la imposibilidad de recuperar las pérdidas*

139. Mediante su segunda objeción del séptimo motivo, la recurrente aduce que el TPI infringió el artículo 82 CE al confundir las pruebas de la Comisión sobre la posibilidad de recuperar las pérdidas con las pruebas de la empresa sobre la imposibilidad de recuperar las pérdidas.

Principales alegaciones de las partes

140. La recurrente sostiene que la propia WIN aportó la prueba de que la recuperación de las pérdidas era imposible. Por consiguiente, el TPI debería haberse pronunciado sobre la cuestión de si la Comisión podía legítimamente desatender la prueba de la imposibilidad de recuperación proporcionada por la empresa.

141. La Comisión alega que la recurrente no invocó motivo alguno en primera instancia sobre la cuestión de si la Comisión podía legítimamente desatender dicha prueba. En

cualquier caso, la Comisión sostiene que esta alegación queda implícitamente desestimada en los apartados 103 a 121 y 261 a 267 de la sentencia recurrida. Por último, la Comisión aduce que, a mayor abundamiento, analizó de hecho la posibilidad de recuperación en la Decisión controvertida y la consideró probable en el caso examinado.

Apreciación

142. A mi juicio, la recurrente no presentó ningún argumento ante el TPI afirmando que la recuperación de las pérdidas fuera imposible, salvo por la alegación de que la Comisión demostró en la propia Decisión controvertida la imposibilidad de recuperar las pérdidas al sostener que «las condiciones de competencia se habían restablecido».

143. En efecto, la obligación del Tribunal de Primera Instancia de motivar sus decisiones no llega al punto de exigir que responda con detalle a cada uno de los argumentos presentados por el recurrente, sobre todo si no son suficientemente claros y precisos ni se apoyan en elementos de prueba idóneos.<sup>82</sup>

82 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión (C-274/99 P, Rec. p. I-1611), apartado 121, y Bélgica/Comisión, citada en la nota 34, apartado 81.

144. Estimo que el argumento presentado por WIN en su recurso ante el TPI –en el sentido de que la Comisión se había contradicho a sí misma en su análisis de mercado– para demostrar que la recuperación era imposible no puede considerarse suficientemente claro y preciso. Y tampoco equivalía a la afirmación de que la Comisión no podía legítimamente desatender la prueba de la imposibilidad de recuperación proporcionada por la empresa afectada.

los apartados 103 a 121 y 261 a 267 de la sentencia recurrida.

145. En cualquier caso, tal prueba resulta implícita pero necesariamente desestimada en

146. Por tanto, considero que la segunda objeción del séptimo motivo debe considerarse inadmisibile, por constituir un nuevo motivo o alegación no formulado ante el TPI y, en cualquier caso, es infundada.

## **V. Conclusión**

147. A la luz de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida.

Considero asimismo procedente que el Tribunal de Justicia devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que este último resuelva, con arreglo al artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, y que reserve la decisión sobre las costas.