



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. ATHANASIOS RANTOS  
presentadas el 14 de julio de 2022<sup>1</sup>

**Asunto C-680/20**

**Unilever Italia Mkt. Operations Srl**  
**contra**  
**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**  
**con intervención de:**  
**La Bomba Snc**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Posición dominante — Artículo 102 TFUE — Concepto de “unidad económica” — Imputación al productor de la conducta de distribuidores con los que tiene únicamente vínculos contractuales — Explotación abusiva — Cláusula de exclusividad — Necesidad de demostrar los efectos en el mercado»

## I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) se ha presentado en el contexto de un litigio entre Unilever Italia Mkt. Operations Srl (en lo sucesivo, «Unilever») y la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (en lo sucesivo, «AGCM»),<sup>2</sup> relativo a una sanción impuesta por esta autoridad a dicha sociedad por abuso de posición dominante en el mercado italiano de la distribución de helados preparados a determinados tipos de comercios, como balnearios y bares que, a su vez, revenden el helado a los consumidores finales.

2. En el presente asunto se plantean dos cuestiones prejudiciales mediante las que se insta al Tribunal de Justicia a precisar ciertos aspectos relativos a la interpretación y aplicación del artículo 102 TFUE.

3. La primera cuestión prejudicial versa sobre la aplicación del concepto de «unidad económica única» (en lo sucesivo, «unidad económica») a sociedades unidas únicamente por vínculos contractuales. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que precise los límites de este concepto a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE y, en particular, de su aplicación en el contexto de una red de distribución organizada exclusivamente sobre una base contractual. Si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

<sup>2</sup> Autoridad Nacional de la Competencia y del Mercado (Italia).

materia de grupos de sociedades ofrece consideraciones útiles, esta cuestión permitirá esclarecer los criterios oportunos aplicables a la constitución de una unidad económica en situaciones en las que las entidades no presentan vínculos de capital.<sup>3</sup> Esta aclaración reviste una importancia práctica nada desdeñable, pues el recurso a servicios de franquicia (*franchising*), de externalización (*outsourcing*) o de subcontratación (*subcontracting*) de ciertas fases de la distribución es habitual en la práctica de empresas de gran tamaño, que podrían estar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE.

4. La segunda cuestión prejudicial versa sobre la posibilidad de que una autoridad de competencia considere que una práctica consistente en introducir cláusulas de exclusividad en los contratos de distribución tiene, por su propia naturaleza, la capacidad de restringir la competencia, en el sentido del artículo 102 TFUE, sin que sea necesario acreditar concretamente que así sucede en el caso de los contratos en cuestión sobre la base del test del «competidor igualmente eficiente».<sup>4</sup>

## II. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

5. Unilever es una empresa cuya actividad consiste en la fabricación y comercialización de productos de gran consumo, entre ellos, en el sector de los helados preparados, «Algida» y «Carte d'Or». En Italia, distribuye estos helados en dosis individuales destinadas al consumo «en el exterior», es decir, en bares, cafeterías, clubes deportivos, piscinas u otros lugares de ocio (en lo sucesivo, «puntos de venta»), a través de una red de 150 distribuidores.

6. El 3 de abril de 2013, una sociedad competidora, concretamente La Bomba Snc, denunció ante la AGCM un abuso de posición dominante por parte de Unilever.<sup>5</sup>

7. Mediante decisión de 31 de octubre de 2017 (en lo sucesivo, «decisión controvertida»), la AGCM declaró que Unilever había abusado de su posición dominante en el mercado de la distribución y la comercialización de helados preparados a operadores de puntos de venta «fuera del hogar» (en adelante, «mercado de referencia»), infringiendo el artículo 102 TFUE. En consecuencia, impuso a Unilever una multa por importe de 60 668 850,00 euros y ordenó además poner fin a las acciones consideradas ilícitas.

8. Según la AGCM, Unilever había adoptado, en el mercado de referencia, una estrategia de exclusión que podía impedir el crecimiento de sus competidores. Esta estrategia se basaba principalmente en la aplicación a los operadores de puntos de venta de cláusulas de exclusividad en virtud de las cuales se les exigía adquirir exclusivamente de Unilever todos los helados preparados que requiriesen. Además de las cláusulas de exclusividad, la estrategia de exclusión incluía, en opinión de dicha autoridad, la aplicación simultánea a estos operadores de una amplia gama de descuentos y comisiones sujetos a condiciones, como la consecución de determinados objetivos de facturación o el mantenimiento de una determinada gama de productos Unilever en sus surtidos. La AGCM consideró que estos descuentos y comisiones, que se aplicaban en distintas

<sup>3</sup> Sobre el concepto de «unidad económica», véanse las conclusiones del Abogado General Pitruzzella presentadas en el asunto Sumal (C-882/19, en lo sucesivo, «conclusiones presentadas en el asunto Sumal», EU:C:2021:293), puntos 23 a 31, así como los trabajos de Wils, W.: «The Undertaking as Subject of E. C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons», *European Law Review*, vol. 25, 2000, pp. 99 a 116, y de Odudu, O. y Bailey, D.: «The single economic entity doctrine in EU competition law», *Common Market Law Review*, vol. 51, n.º 6, 2014, pp. 1721 a 1758.

<sup>4</sup> Conocido por la expresión inglesa «as efficient competitor test»; en lo sucesivo, «test AEC».

<sup>5</sup> Según La Bomba, durante los últimos años, Unilever ha exigido a los operadores de puntos de venta que no comercialicen, junto a sus propios productos, los polos de La Bomba, amenazándolos, en caso de hacerlo, con no aplicar los descuentos previstos en el acuerdo celebrado o imponiéndoles, además, el pago de penalizaciones o la resolución del contrato.

combinaciones y condiciones a casi todos los puntos de venta, pretendían incentivar a estos últimos para que mantuvieran la exclusividad, disuadiéndolos de resolver sus contratos para abastecerse en competidores de Unilever.

9. A juicio de esta autoridad, Unilever puso en práctica esta conducta en gran medida a través de su red de 150 distribuidores (en lo sucesivo, «distribuidores») con los que mantenía una relación de exclusividad en virtud de la cual: i) Unilever vendía sus productos a uno solo de estos distribuidores para su reventa en un territorio determinado y ii) ese distribuidor, que tenía, por consiguiente, la condición de concesionario en el sentido jurídico de este término, estaba sujeto tanto a la prohibición de vender activamente en los territorios asignados en régimen de exclusividad a otros concesionarios como a la prohibición de producir o comercializar productos de operadores competidores. Además, tal distribuidor debía adquirir los equipos destinados al almacenamiento y la exposición de los helados en los puntos de venta, así como el material de comercialización que luego debía cederse gratuitamente a los operadores de los puntos de venta.

10. A efectos de la presente petición de decisión prejudicial, son pertinentes dos aspectos de la decisión controvertida.

11. Por un lado, las acciones abusivas a las que se refiere la AGCM, a pesar de haber sido desarrolladas materialmente por los distribuidores, se imputaron únicamente a Unilever por considerar que esta última y los distribuidores formaban una misma y única entidad económica, es decir, una «unidad económica». En efecto, según dicha autoridad, Unilever ejercía «cierto grado de injerencia en la política comercial de los distribuidores», de modo que estos no actuaban de manera independiente cuando adoptaban la política comercial consistente en establecer condiciones de exclusividad, conceder incentivos económicos al objeto de fidelizar a los puntos de venta o de obtener la exclusividad para los productos de Unilever, y ejercer presiones destinadas a proteger dicha exclusividad.

12. Por otro lado, la AGCM consideró que, dadas las características específicas del mercado de referencia, la conducta de Unilever excluía, o cuando menos limitaba, la posibilidad de que los operadores competidores ejerciesen una competencia basada en los méritos. Ciertamente, en opinión de dicha autoridad, Unilever hizo valer su posición dominante para incitar a los puntos de venta a mantener en sus surtidos, durante el mayor tiempo posible, únicamente sus productos, limitando las ocasiones en que las distintas marcas competían frente al consumidor e impidiendo el crecimiento de los competidores en función de los «méritos» de sus respectivas ofertas.

13. Unilever impugnó la decisión controvertida en primera instancia ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional del Lacio, Italia; en lo sucesivo, «TAR»). Dado que el TAR desestimó el recurso en su totalidad, Unilever interpuso recurso de apelación ante al Consiglio di Stato (Consejo de Estado), el órgano jurisdiccional remitente. En apoyo de dicho recurso, Unilever reprocha, en particular, al TAR no haber constatado la existencia de vicios que afectaban a la decisión controvertida relativos, por una parte, a la imputabilidad a Unilever de la conducta llevada a cabo por sus distribuidores y, por otra, a los efectos de la conducta en cuestión, la cual, en su opinión, no podía falsear la competencia.

14. En este contexto, al albergar dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión en relación con los dos motivos mencionados, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) Además del control societario, ¿qué criterios resultan pertinentes para determinar si la coordinación contractual entre operadores económicos formalmente autónomos e independientes da lugar a una entidad económica única, en el sentido de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE? En particular, ¿la existencia de un cierto nivel de injerencia en las decisiones comerciales de otra empresa, típica en las relaciones de colaboración comercial entre productores e intermediarios en la distribución, puede considerarse suficiente para entender que esas partes conforman la misma unidad económica? ¿O es necesario que exista un vínculo “jerárquico” entre las dos empresas que se aprecia cuando existe un contrato en virtud del cual diversas sociedades independientes se “someten” a la dirección y coordinación de una de ellas, de forma que la autoridad de defensa de la competencia [competente] debe probar la existencia de una pluralidad, sistemática y constante, de actos de dirección que pueden influir en las decisiones de gestión de la empresa, esto es, en sus decisiones estratégicas y operativas de carácter financiero, industrial y comercial?
- 2) Para apreciar la existencia de un abuso de posición dominante cometido mediante cláusulas de exclusividad, ¿debe interpretarse el artículo 102 TFUE en el sentido de que la autoridad de defensa de la competencia [competente] está obligada a comprobar si tales cláusulas tienen por efecto excluir del mercado a competidores igualmente eficientes, y a examinar puntualmente los análisis económicos presentados por la parte interesada sobre la capacidad concreta de las conductas censuradas de excluir del mercado a competidores igual de eficientes, o bien en el sentido de que, en el caso de cláusulas de exclusividad excluyentes o de conductas consistentes en múltiples prácticas abusivas (descuentos de fidelización y cláusulas de exclusividad), la [AGCM] no tiene la obligación jurídica de basar la apreciación de que existe una conducta contraria a la competencia en el criterio del competidor igualmente eficiente?»

15. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia Unilever, la AGCM, los Gobiernos italiano y griego y la Comisión Europea. Además, todas estas partes intervinieron en la vista celebrada el 3 de marzo de 2022.

### III. **Apreciación**

#### ***A. Sobre la primera cuestión prejudicial***

16. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre el vínculo estructural que debe existir entre el productor y los intermediarios independientes para que pueda considerarse que constituyen una «entidad económica», en el sentido del Derecho de la Unión en materia de competencia. Más concretamente, dicho órgano jurisdiccional pregunta, en esencia, si, en ausencia de vínculos de capital, un productor y sus distribuidores pueden constituir tal «unidad económica» i) simplemente por la existencia de «cierto nivel de injerencia» del primero «en las decisiones comerciales» de sus distribuidores, o

ii) si es necesario, a tal fin, un «vínculo jerárquico», en virtud del cual el productor somete a sus distribuidores a través de una «pluralidad, sistemática y constante, de actos de dirección» que puedan influir en sus «decisiones estratégicas y operativas».

### 1. Admisibilidad

17. La AGCM y el Gobierno italiano alegan que la primera cuestión prejudicial es inadmisibile, puesto que la petición de decisión prejudicial carece de las precisiones necesarias. Asimismo, aducen que dicha cuestión se refiere al artículo 101 TFUE, si bien la AGCM no aplicó esta disposición.

18. A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho de la Unión útil para el juez nacional exige que este defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones. Estas exigencias son especialmente pertinentes en el ámbito de la competencia, que se caracteriza por situaciones de hecho y de Derecho complejas.<sup>6</sup>

19. En el presente asunto, considero, por un lado, que la información contenida en la resolución de remisión, aunque sucinta, es suficiente para explicar el supuesto fáctico en el que se basa la primera cuestión prejudicial, a saber, el de la aplicación del concepto de «unidad económica» a una red de distribución formada por sociedades que no presentan ningún vínculo de capital con la empresa dominante.<sup>7</sup> Por otro lado, no me parece que el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente haga referencia, en la formulación de la primera cuestión prejudicial, además de al artículo 102 TFUE, al artículo 101 TFUE, pueda poner en entredicho lo anterior, y ello tanto más cuanto que el concepto de «unidad económica», objeto de dicha cuestión prejudicial, es común a los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

20. Por lo tanto, propongo considerar admisible la primera cuestión prejudicial.

### 2. Sobre el fondo

#### a) Observaciones preliminares

21. Para delimitar mejor la problemática planteada por el órgano jurisdiccional remitente, he de recordar que la AGCM únicamente imputó a Unilever la conducta que constituye el objeto del litigio principal, pese a que fueron los distribuidores quienes la llevaron a cabo materialmente, al considerar que Unilever y los distribuidores formaban una «unidad económica», debido, en particular, a que Unilever ejercía cierto nivel de injerencia en la política comercial de esos distribuidores. Por su parte, Unilever replica, en esencia, que los distribuidores son empresarios

<sup>6</sup> Sentencia de 5 de marzo de 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172), apartado 49 y jurisprudencia citada, actualmente reflejada en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

<sup>7</sup> Dicho esto, he de observar que la primera cuestión prejudicial, tal como está formulada, contiene referencias a dos criterios de apreciación de la unidad económica, a saber, el «nivel de injerencia» y el «vínculo jerárquico» entre las empresas. Pues bien, estos criterios implican necesariamente una evaluación cuantitativa basada en un contenido concreto de relaciones entre las sociedades de que se trate. Por lo tanto, la pertinencia de estos criterios no puede apreciarse *in abstracto* y de antemano, como desea el órgano jurisdiccional remitente. Además, si bien el Tribunal de Justicia debe aportar respuestas útiles que contengan orientaciones que permitan resolver al órgano jurisdiccional remitente, no puede dar respuestas que consistan esencialmente en comprobar, sobre la base de los elementos fácticos contenidos en la resolución de remisión, si Unilever y los distribuidores formaban una «unidad económica» en el sentido del Derecho de la Unión.

independientes —puesto que ella no participa en su capital ni tiene ningún representante en sus consejos de administración— que determinan libremente su política comercial, cada uno en su propio sector, asumiendo ellos mismos los riesgos asociados a su actividad, y que, en consecuencia, no se le puede imputar la conducta abusiva.<sup>8</sup>

22. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, al margen de los casos en que existen vínculos de capital, cuáles son los criterios pertinentes para determinar si la coordinación contractual entre un productor y sus intermediarios de distribución da lugar a una unidad económica en el sentido de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. En particular, el órgano jurisdiccional remitente percibe dificultades a la hora de interpretar y aplicar el concepto de «unidad económica» por lo que respecta a la naturaleza y la importancia de los indicios que muestran el vínculo estructural que debe existir entre el productor y sus distribuidores para que se forme, entre ellos, un centro de decisión único, de modo que la conducta de uno pueda imputarse también al otro.

23. Para responder a esta cuestión procede, antes de nada, explicar los conceptos de «empresa» y de «unidad económica» en los que se basa la lógica de la imputabilidad de la responsabilidad por una infracción de las normas de competencia<sup>9</sup> (subsección b). A continuación, es preciso exponer cómo se ha aplicado el concepto de «unidad económica» en el contexto de la imputabilidad cuando existen vínculos de capital (subsección c). Los principios derivados de esta jurisprudencia pueden también extrapolarse, en mi opinión, a asuntos, como el presente, en los que no existen vínculos de capital, en particular, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia solo ofrece unos pocos ejemplos de aplicación del concepto de «unidad económica» en presencia de vínculos contractuales (subsección d).

*b) Conceptos de «empresa» y de «unidad económica» y su importancia en la aplicación del Derecho de la Unión en materia de competencia*

24. El término «empresa», que figura en los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, refleja la elección de los autores de los Tratados de utilizar un término autónomo, diferente de los términos existentes en el Tratado FUE,<sup>10</sup> para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia. Pese a que el término «empresa» no está definido en el Tratado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido precisado progresivamente el contenido de dicho concepto. Conforme a esta jurisprudencia, el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad constituida de elementos personales, materiales e inmateriales que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación.<sup>11</sup>

25. Inspirado en un enfoque funcional, el Tribunal de Justicia también ha declarado que el concepto de «empresa» designa una *unidad económica* aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Ciertamente, al tener por objeto las actividades de las empresas, el Derecho de la Unión en materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una *unidad de comportamiento en el*

<sup>8</sup> Unilever aduce, además, que sus acciones autónomas no podían constituir un abuso por exclusión, ya que los acuerdos de exclusividad celebrados directamente entre ella y los puntos de venta solo abarcaban al 0,8 % del total de los puntos de venta que operan en Italia.

<sup>9</sup> Para un análisis de las normas de imputabilidad aplicables en el contexto de un grupo de sociedades, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Servizio Elettrico Nazionale y otros (C-377/20, en lo sucesivo «conclusiones presentadas en el asunto SEN», EU:C:2021:998), puntos 146 a 152 y jurisprudencia citada.

<sup>10</sup> Como «sociedad» o «persona jurídica». Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, Schindler Holding y otros/Comisión (C-501/11 P, EU:C:2013:522), apartado 102.

<sup>11</sup> Sentencia de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión (C-516/15 P, EU:C:2017:314), apartado 47 y jurisprudencia citada.

*mercado*, sin que la separación formal entre diversas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda oponerse a tal unidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia.<sup>12</sup>

26. Este concepto de «unidad económica» ha sido elaborado y aplicado con un doble objetivo: por un lado, excluir del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE los acuerdos entre entidades pertenecientes a la misma empresa (por ejemplo, empresas del mismo grupo de sociedades), en la medida en que el artículo 101 TFUE, apartado 1, contempla los acuerdos entre entidades económicas que puedan competir entre sí,<sup>13</sup> y, por otro lado, imputar, dentro de un grupo de sociedades, la conducta anticompetitiva de una filial a la sociedad matriz.

27. Pues bien, aunque el concepto de «unidad económica», a efectos del primer objetivo, debe interpretarse, en principio, de manera estricta, ya que se trata de una excepción que restringe el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE,<sup>14</sup> se plantea la cuestión de si este concepto podría justificar una concepción más amplia en cuanto atañe a la imputación de un comportamiento, en la medida en que el concepto de «unidad económica» tiene el objetivo principal de garantizar un mayor alcance útil y reforzar el efecto disuasorio y preventivo de las normas de competencia.<sup>15</sup>

28. Efectivamente, en primer término, la aplicación del concepto de «unidad económica» puede conllevar de pleno Derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción.<sup>16</sup> Históricamente, el concepto de «unidad económica» se ha utilizado en el contexto de la aplicación del artículo 101 TFUE, sobre todo en lo tocante a prácticas colusorias, y ha permitido vincular la conducta de las filiales que operan en el territorio de la Unión a la sociedad matriz que se encontraba fuera de la Unión e imponerles sanciones en virtud de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia.<sup>17</sup> Este método de imputación de la responsabilidad a través del concepto de «unidad económica» pretende evitar que las empresas eludan tanto el artículo 101 TFUE como el artículo 102 TFUE. A modo de ejemplo, una empresa dominante podría llevar a cabo una reestructuración interna y dividir sus actividades entre diferentes filiales (no dominantes) con el objetivo de reducir la cuota de mercado de cada entidad jurídica distinta, sin que se produzca ninguna intervención a efectos del artículo 102 TFUE. Si la conducta de las filiales no pudiera imputarse a la empresa dominante, esta podría eludir fácilmente la prohibición establecida en dicho precepto.

29. En segundo término, el concepto de «unidad económica» permite aumentar considerablemente el importe de la multa y, por consiguiente, su efecto disuasorio. En efecto, recurrir a la unidad económica permite calcular el importe máximo de la multa previsto en el

<sup>12</sup> Sentencia de 6 de octubre de 2021, Sumal (C-882/19, en lo sucesivo, «sentencia Sumal», EU:C:2021:800), apartado 41

<sup>13</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión (T-68/89, T-77/89 y T-78/89, EU:T:1992:38), apartado 357, y de 24 de octubre de 1996, Viho/Comisión (C-73/95 P, EU:C:1996:405), apartado 54, y las conclusiones del Abogado General Dutheillet de Lamothe presentadas en el asunto Béguelin Import (22/71, EU:C:1971:103), pp. 252 y 253.

<sup>14</sup> Véase, en este sentido, el punto 30 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales, de 30 de junio de 2022 (DO 2022, C 248, p. 1).

<sup>15</sup> Véase, a este respecto, Whish, R., y Bailey, D.: *Competition Law*, 10.ª ed., Oxford, 2021, pp. 100 y 101.

<sup>16</sup> Véanse las sentencias de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión (C-152/19 P, en lo sucesivo, «sentencia Deutsche Telekom II», EU:C:2021:238), apartado 73, y de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros (C-377/20, en lo sucesivo «sentencia SEN», EU:C:2022:379), apartado 107 y jurisprudencia citada. Sobre la base teórica de la responsabilidad conjunta de la sociedad matriz y la filial, que caracteriza a la unidad económica, véanse las conclusiones presentadas en el asunto Sumal, puntos 35 a 38.

<sup>17</sup> Véanse las sentencias de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries/Comisión (48/69, EU:C:1972:70), apartados 129 a 141, y de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión (6/73 y 7/73, EU:C:1974:18), apartado 41, así como la jurisprudencia citada en la nota 17 de las conclusiones presentadas en el asunto Sumal.

artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003,<sup>18</sup> a saber, el 10 % del volumen de negocios, sobre la base del volumen de negocios de las entidades que componen la unidad económica, y no solo el de la entidad que ha cometido efectivamente la infracción. Además, este concepto permite ajustar el importe de base de la multa e incrementarlo debido a la concurrencia de circunstancias agravantes —por ejemplo, en caso de reincidencia— y con fines disuasorios.<sup>19</sup>

30. En tercer término, en la esfera privada de aplicación del Derecho de la competencia (*private enforcement*), la víctima de una práctica contraria a la competencia puede ejercitar una acción de resarcimiento por daños y perjuicios indistintamente contra cualquier empresa que constituya una unidad económica.<sup>20</sup>

31. ¿El hecho de que el concepto de «unidad económica» pueda ser objeto de una interpretación restrictiva o amplia en función de la finalidad perseguida significa que debe atribuirse a dicho concepto un significado «variable»?

32. En mi opinión, es preciso responder a esta pregunta en sentido negativo.

33. En primer lugar, desde el punto de vista de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, me parece difícil justificar la existencia de tal «variabilidad» en el concepto de «unidad económica», que, por lo demás, no encuentra apoyo alguno en la jurisprudencia actual. En segundo lugar, del punto 25 de las presentes conclusiones se desprende que el criterio decisivo es la existencia de una «unidad de comportamiento en el mercado», que debería ser común tanto por lo que respecta a la aplicabilidad del artículo 101 TFUE como en lo concerniente a la imputación de la conducta. En tercer y último lugar, desde un punto de vista prospectivo, una concepción demasiado amplia de la «unidad económica» podría tener como consecuencia excluir de la aplicación del artículo 101 TFUE los acuerdos perjudiciales para la competencia, tanto horizontales como verticales.<sup>21</sup>

34. Por lo tanto, si bien es cierto que la presente cuestión da lugar a un análisis que versa principalmente sobre la imputación de una conducta contraria a la competencia, no debe perderse de vista que la calificación de unidad económica a efectos de la imputación implica necesariamente la inaplicabilidad del artículo 101 TFUE, apartado 1, a las entidades que conforman esa unidad económica.

*c) Aplicación del concepto de «unidad económica» a sociedades que presentan vínculos de capital*

35. El concepto de «unidad económica» se ha aplicado fundamentalmente a sociedades que habían participado en cárteles y que formaban parte de un grupo de sociedades. Por lo que respecta a estos grupos, el Tribunal de Justicia ha declarado que la responsabilidad del comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando esa

<sup>18</sup> Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1).

<sup>19</sup> Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1/2003 (DO 2006, C 210, p. 2), puntos 28 y 30.

<sup>20</sup> Véase, en este sentido, la sentencia Sumal (fallo y apartado 48).

<sup>21</sup> Por lo tanto, quedaría excluida la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos verticales que constituyen «restricciones especialmente graves» (*hardcore restrictions*) en el sentido del artículo 4 del Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 3, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO 2010, L 102, p. 1), que expiró el 31 de mayo de 2022, y del artículo 4 del Reglamento (UE) n.º 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 3, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO 2022, L 134, p. 4), que sustituyó al Reglamento n.º 330/2010.

filial no determina de *manera autónoma* su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente *los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas*.<sup>22</sup> De este modo, para que un grupo de sociedades se considere una unidad económica y, por lo tanto, pueda imputarse a la sociedad matriz la conducta de la filial, deben cumplirse dos requisitos acumulativos: la sociedad matriz debe tener la capacidad de ejercer *una influencia determinante sobre la filial* y, sobre todo, debe haber ejercido dicha facultad en la práctica.<sup>23</sup>

36. A efectos de las normas de imputabilidad en el contexto de los vínculos de capital, pueden darse dos supuestos: que la sociedad matriz posea la totalidad o la casi totalidad del capital de su filial o que posea una participación menor de la sociedad matriz en el capital de su filial, que no dé lugar al mismo grado de control.

37. En cuanto atañe al primero de estos supuestos, en el caso de que una sociedad matriz posea (directa o indirectamente) la totalidad o la casi totalidad del capital de su filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial y, por otra, existe la presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia a menos que esa misma sociedad matriz demuestre lo contrario.<sup>24</sup> Esta presunción de influencia determinante se basa en la premisa de que la ostentación de un control total de una filial presupone necesariamente la capacidad (económica) de ejercer tal influencia. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el hecho base de esta presunción no es de por sí la mera posesión del capital de la propia filial, sino el grado de control que implica dicha participación en el capital.<sup>25</sup> Dicha presunción implica, salvo que se logre destruirla mediante la presentación de pruebas suficientes que demuestren que la filial se comporta de forma autónoma en el mercado,<sup>26</sup> que el ejercicio efectivo de una influencia determinante por la sociedad matriz sobre su filial se considera acreditado de modo que es posible considerar a la primera responsable del comportamiento de la segunda, sin tener que aportar ninguna prueba adicional.<sup>27</sup>

38. Por lo que respecta al segundo supuesto, además de la aplicación de esta presunción, las autoridades de competencia deberán basar la responsabilidad en otros elementos concretos de *influencia determinante*. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a efectos de examinar si la sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante sobre el comportamiento en el mercado de su filial, deben tomarse en consideración todos *los aspectos pertinentes de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a la filial con su sociedad matriz, y atender de esa forma a la realidad económica*. Pues bien, aunque las instrucciones dadas por la sociedad matriz a su filial que afecten a su comportamiento en el mercado pueden constituir

<sup>22</sup> Sentencia Deutsche Telekom II, apartado 74 y jurisprudencia citada.

<sup>23</sup> Sentencia de 26 de septiembre de 2013, The Dow Chemical Company/Comisión (C-179/12 P, no publicada, EU:C:2013:605), apartado 55.

<sup>24</sup> Véanse las sentencias de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, EU:C:2009:536), apartado 61, y de 15 de abril de 2021, Italmobiliare y otros/Comisión (C-694/19 P, en lo sucesivo, «sentencia Italmobiliare», no publicada, EU:C:2021:286), apartados 47 y 55, y jurisprudencia citada.

<sup>25</sup> Véanse las conclusiones presentadas en el asunto SEN, punto 155 y jurisprudencia citada.

<sup>26</sup> El juez de la Unión ha considerado que estas pruebas pueden referirse a aspectos de la política comercial de una filial, por ejemplo, la capacidad de la sociedad matriz de influir en la política de precios, las actividades de producción y distribución, los objetivos de venta, los márgenes brutos, los costes de venta, el «cash flow», las existencias y el marketing (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2007, Akzo Nobel y otros/Comisión, T-112/05, EU:T:2007:381), apartado 64 y jurisprudencia citada.

<sup>27</sup> Sentencia Italmobiliare, apartado 55. A modo de recordatorio, aun en el caso de que la sociedad matriz posea la totalidad o casi la totalidad del capital de su filial, nada impide que las autoridades de competencia demuestren el ejercicio efectivo de una influencia determinante con otros medios de prueba o con una combinación de esos medios y de la presunción de influencia determinante (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de enero de 2021, The Goldman Sachs Group/Comisión C-595/18 P, EU:C:2021:73, apartado 40 y jurisprudencia citada).

pruebas suficientes de esa influencia determinante, no constituyen las únicas pruebas admisibles. El ejercicio efectivo de una influencia determinante de la sociedad matriz sobre el comportamiento de su filial puede también deducirse de un *conjunto de elementos concordantes*, aunque ninguno de ellos, examinado de manera aislada, baste para establecer la existencia de tal influencia.<sup>28</sup> Este es precisamente el enfoque que, en mi opinión, debería aplicarse *mutatis mutandis* a las sociedades unidas por vínculos contractuales.

*d) Aplicación del concepto de «unidad económica» a sociedades que únicamente presentan vínculos contractuales*

39. Pese a haber sido desarrollado en el marco de las relaciones entre una sociedad matriz y sus filiales, que constituyen el contexto «típico» de la existencia de una unidad económica, este concepto puede aplicarse en ámbitos distintos de los grupos de sociedades.<sup>29</sup> Como afirmó el Tribunal General, la existencia de una unidad económica no se limita a los supuestos en los que las sociedades mantengan relaciones de capital, sino que incluye asimismo, en ciertas circunstancias, las relaciones entre una sociedad y su representante comercial o entre un comitente y su comisionista.<sup>30</sup>

40. En primer lugar, la cuestión de si un comitente y su intermediario forman una unidad económica, de modo que el segundo constituye un órgano auxiliar integrado en la empresa del primero, se planteó con el objetivo de determinar si una conducta estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE o del artículo 102 TFUE. Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, si «[un] intermediario ejerce una actividad *en beneficio de su comitente*, puede en principio considerarse como órgano auxiliar integrado en la empresa de este, obligado a atenerse a las instrucciones del comitente y formando así con dicha empresa, a semejanza del empleado comercial, una unidad económica».<sup>31</sup> De ello se sigue que un intermediario independiente puede formar una unidad económica con la empresa comitente cuando desarrolla una actividad en beneficio de esta última.<sup>32</sup>

41. A este respecto, en la sentencia Minoan Lines, el Tribunal General tuvo en cuenta dos elementos como parámetros de referencia principales para determinar la existencia o inexistencia de una unidad económica, a saber, por una parte, el hecho de que el intermediario asuma o no algún *riesgo económico* y, por otra, el *carácter exclusivo* o no *de los servicios* que presta el intermediario.<sup>33</sup>

42. Por lo que respecta a la asunción de un *riesgo económico*, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Suiker Unie que un intermediario no puede ser considerado un órgano auxiliar integrado en la empresa de su comitente cuando el contrato celebrado con este le atribuye o le deja funciones que económicamente se asemejan a las de un comerciante independiente, por contemplar la asunción por ese intermediario de los riesgos financieros vinculados a la venta o a

<sup>28</sup> Sentencia Deutsche Telekom II, apartados 75 a 77 y jurisprudencia citada.

<sup>29</sup> Véanse, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2016, VM Remonts y otros (C-542/14, en lo sucesivo, «sentencia Remonts», EU:C:2016:578), apartados 20, 27 y 33, y las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto VM Remonts y otros (C-542/14, EU:C:2015:797), punto 48.

<sup>30</sup> Sentencia de 11 de diciembre de 2003, Minoan Lines/Comisión (T-66/99, en lo sucesivo, «sentencia Minoan Lines», EU:T:2003:337), apartados 125 a 128.

<sup>31</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, en lo sucesivo, «sentencia Suiker Unie», EU:C:1975:174), apartado 480. El subrayado es mío.

<sup>32</sup> Véase, en el mismo sentido, la sentencia de 15 de julio de 2015, voestalpine y voestalpine Wire Rod Austria/Comisión (T-418/10, EU:T:2015:516), apartado 153.

<sup>33</sup> Sentencia Minoan Lines, apartados 125 a 128.

la ejecución de los contratos celebrados con terceros.<sup>34</sup> Así pues, cuando un distribuidor asume los riesgos financieros vinculados a la venta, por ejemplo, adquiriendo los bienes y el derecho de propiedad sobre ellos para después revenderlos a su cuenta y riesgo, este distribuidor no actúa, en principio, como un órgano auxiliar integrado en la empresa del productor, de manera que ambos no constituyen una unidad económica.<sup>35</sup>

43. En lo que atañe al *carácter exclusivo de los servicios prestados* por el intermediario, el Tribunal de Justicia ha estimado que no aboga en favor de la idea de unidad económica el hecho de que, paralelamente a las actividades ejercidas por cuenta del comitente, el intermediario realice, como comerciante independiente, transacciones de considerable magnitud en el mercado del producto o servicio de que se trate.<sup>36</sup>

44. Este análisis del Tribunal General fue confirmado, en esencia, por el Tribunal de Justicia en la sentencia Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, en la que declaró que un proveedor de servicios puede perder su condición de operador económico independiente y, por lo tanto, de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente, *por el hecho de que no asume ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad económica de este último y opera como auxiliar integrado en la empresa de dicho comitente*.<sup>37</sup> Sin embargo, estos dos criterios no pueden ser exhaustivos ni decisivos por sí mismos para determinar si puede imputarse a un comitente el comportamiento anticompetitivo de su agente.<sup>38</sup>

45. En segundo lugar, en la sentencia Remonts,<sup>39</sup> se instó al Tribunal de Justicia a analizar de manera más general el concepto de «unidad económica» en relación con las acciones de un proveedor independiente que prestaba servicios a una empresa. Esta sentencia se dictó en un contexto fáctico diferente al del litigio principal, a saber, una situación en la que se habían llevado a cabo ciertas prácticas concertadas en el marco de una licitación (*bid rigging*), pero permite identificar unos parámetros de referencia útiles, que se solapan en parte con los ya identificados. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia declaró que, en principio, una empresa no puede ser considerada responsable de una práctica concertada debido a las acciones de un proveedor independiente que le presta servicios, a menos que se cumpla alguno de los requisitos siguientes: i) ese proveedor *opera en realidad bajo la dirección o el control de una empresa* usuaria de sus servicios,<sup>40</sup> o ii) dicha empresa *conocía los objetivos contrarios a la competencia perseguidos* por sus competidores y el proveedor e intentaba contribuir a ellos con su propio comportamiento<sup>41</sup> o iii) la mencionada *empresa podía prever razonablemente el comportamiento contrario a la competencia de sus competidores y estaba dispuesta a asumir ese riesgo*.<sup>42</sup>

<sup>34</sup> Sentencia Suiker Unie, apartado 483.

<sup>35</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2005, DaimlerChrysler/Comisión (T-325/01, EU:T:2005:322), apartado 118.

<sup>36</sup> Véanse las sentencias Suiker Unie, apartado 544, y Minoan Lines, apartado 128.

<sup>37</sup> Sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784), apartados 43 y 44. Véase igualmente la sentencia de 24 de octubre de 1995, Volkswagen y VAG Leasing (C-266/93, EU:C:1995:345), apartado 16.

<sup>38</sup> Véase, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto VM Remonts y otros (C-542/14, EU:C:2015:797), punto 53.

<sup>39</sup> Véase la sentencia Remonts, apartado 31.

<sup>40</sup> Sentencia Remonts, apartado 25.

<sup>41</sup> Sentencia Remonts, apartados 29 y 30.

<sup>42</sup> Sentencia Remonts, apartado 31.

46. Procede tener en cuenta las anteriores consideraciones al aportar una respuesta al órgano jurisdiccional remitente, habida cuenta de la especificidad de la conducta que es objeto del litigio principal.

*e) Aplicación del concepto de «unidad económica» a relaciones contractuales verticales con arreglo al artículo 102 TFUE*

47. A este respecto, he de observar que, según mi leal saber y entender, el Tribunal de Justicia no ha tenido aún que apreciar comportamientos de distribuidores independientes que podrían imputarse a la empresa dominante a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE. Pues bien, en ámbitos distintos del de los vínculos de capital, el concepto de «unidad económica» está necesariamente condicionado por el contexto fáctico en el que se inscribe el vínculo contractual. Por consiguiente, no es posible establecer de antemano e *in abstracto* los elementos que permiten considerar que una configuración contractual concreta está comprendida en el concepto de «unidad económica». Sin perjuicio de la evaluación que corresponde llevar a cabo al órgano jurisdiccional remitente, único competente para apreciar los hechos del litigio principal, estimo que los siguientes elementos podrían ser útiles.

48. En primer lugar, he de señalar que, en la práctica, el recurso al concepto de «unidad económica» es menos frecuente en el contexto de la aplicación del artículo 102 TFUE, lo que explica por qué las cuestiones de imputabilidad rara vez han sido analizadas por los órganos jurisdiccionales de la Unión.<sup>43</sup> Ello se debe, en parte, a que tal clasificación no siempre es indispensable. Ciertamente, considero que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que el intermediario de un tercero distribuidor lleva a cabo materialmente el comportamiento abusivo, dicho comportamiento sí podría imputarse a la empresa dominante si resultara que fue adoptado por ese distribuidor conforme a las *instrucciones específicas impartidas por dicha empresa y, por lo tanto, para la ejecución de una política comercial única*. En efecto, de no ser así, una empresa dominante podría eludir fácilmente la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE delegando en sus distribuidores o en otros intermediarios independientes, obligados a seguir sus instrucciones, determinadas conductas abusivas, como las censuradas en el presente asunto por la AGCM. En verdad, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante (y no a los distribuidores) la responsabilidad particular de no menoscabar, mediante su comportamiento, una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior, ya sea directamente, mediante conductas abusivas que ella misma ha llevado a cabo, o indirectamente, mediante conductas que ha delegado en operadores independientes obligados a acatar sus instrucciones.<sup>44</sup> Por otra parte, de la aplicación por analogía del criterio establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Remonts resulta que procede comprobar si la empresa dominante podía prever razonablemente las acciones contrarias a la competencia de sus distribuidores y estaba dispuesta a asumir el riesgo derivado de ellas.<sup>45</sup>

49. En segundo lugar, si la autoridad considera que, pese a todo, la responsabilidad debe imputarse también a los distribuidores, a la luz de la jurisprudencia citada en el punto 38 de las presentes conclusiones, la apreciación de la existencia de una unidad económica debe efectuarse a la luz de los vínculos *económicos, organizativos y jurídicos* entre el productor y esos

<sup>43</sup> Véanse, no obstante, las sentencias de 1 de julio de 2010, AstraZeneca/Comisión (T-321/05, EU:T:2010:266), apartados 818 a 822; Deutsche Telekom II, apartados 68 a 87, y SEN, apartados 104 a 123.

<sup>44</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de septiembre de 2017 Intel/Comisión, (C-413/14 P, en lo sucesivo, «sentencia Intel», EU:C:2017:632), apartado 135, y de 6 de diciembre de 2012, AstraZeneca/Comisión (C-457/10 P, EU:C:2012:770), que confirman que tal abuso puede constatarse aunque los efectos contrarios a la competencia solo puedan producirse mediante la intervención de terceros.

<sup>45</sup> Véase el punto 45 de las presentes conclusiones.

distribuidores, al objeto de comprobar, sobre la base de un *conjunto de indicios*, el ejercicio efectivo de una influencia determinante del productor sobre los distribuidores, de modo que pueda demostrarse que los segundos actuaron esencialmente como *longa manus* del primero. Así sucede, en particular, cuando los distribuidores están o se consideran obligados a reproducir frente a los operadores las prácticas de exclusión concebidas y llevadas a cabo por el productor.

50. A este respecto, en primer término, en lo tocante a los vínculos *económicos*, y sobre todo en el contexto de una relación entre una empresa dominante y sus distribuidores, también pueden resultar pertinentes elementos relativos al equilibrio de poder económico. En este contexto, cabe destacar los elementos siguientes: i) la importancia de la posición dominante del productor, en la medida en que puede llevar al distribuidor a temer, fundadamente, que tendrá dificultades para encontrar, al margen de su relación con ese productor, otro productor que le permita garantizar la distribución de sus productos; ii) la importancia que el volumen de negocios resultante de las ventas de productos del productor dominante representa en el volumen de negocios global del distribuidor, que le lleva a temer, fundadamente, que perderá una parte significativa de su volumen de negocios global si se interrumpe su relación con ese productor; iii) el valor económico de los incentivos, como los descuentos o las bonificaciones concedidos por el productor al distribuidor, que tienen por efecto condicionar las decisiones del distribuidor por el temor a que se le denieguen o reduzcan tales beneficios como sanción por incumplir las cláusulas de exclusividad impuestas por el productor o por no trasladar a los operadores dichas cláusulas u otras prácticas de exclusión (como los descuentos por fidelidad) previamente definidas por el referido productor. Asimismo, deben tenerse en cuenta las presiones competitivas ejercidas por la empresa dominante y, en particular, si los distribuidores pueden abastecerse sin dificultades de otros productores, así como el poder de mercado compensatorio de dichos distribuidores (sobre todo cuando se trata de grandes superficies).

51. En segundo término, en lo concerniente a los vínculos *organizativos*, me parece pertinente, a efectos de la apreciación de la existencia de una unidad, comprobar si el productor lleva a cabo prácticas de control (*monitoring*), *in situ* o de cualquier otro tipo, del cumplimiento de las cláusulas de exclusividad y otras cláusulas de exclusión (como los descuentos por fidelidad o los requisitos de resolución) en las relaciones entre distribuidores y operadores.

52. En tercer término, en cuanto atañe a los vínculos *jurídicos*, cabe considerar pertinentes los siguientes elementos: i) la elaboración previa por el productor de los modelos de contrato que el distribuidor deberá exigir obligatoriamente a los operadores y ii) la definición previa por el productor de las modalidades específicas de venta por los operadores. A este respecto, es preciso formular dos observaciones.

53. Por un lado, considero que no es necesario acreditar que existe «un vínculo jerárquico» (retomando los términos de la cuestión prejudicial) entre la empresa dominante y sus distribuidores, en virtud del cual la empresa dominante somete a los distribuidores mediante una «pluralidad, sistemática y constante, de actos de dirección» que pueden influir en sus «decisiones estratégicas y operativas». Si bien la existencia de tal vínculo jerárquico pone de manifiesto que el distribuidor está sujeto a la influencia determinante del productor, es importante que, más allá de los vínculos jerárquicos formalizados mediante actos de dirección, ese distribuidor no sea libre para pronunciarse sobre nada que pudiera reducir la eficacia de las prácticas de exclusión decididas previamente por el productor dominante, y ello porque teme, fundadamente, sufrir consecuencias económicas perjudiciales si no apoya sistemáticamente tales comportamientos

54. Por otra parte, por lo que respecta al «nivel de injerencia», es preciso señalar que todas las relaciones verticales presuponen la existencia de un acuerdo que confiere al comitente cierto grado de influencia sobre el otro sujeto. Este grado de influencia puede ser elevado y extenderse a múltiples aspectos de las actividades comerciales objeto de la relación contractual, pero ello no basta por sí solo para dar lugar a una unidad económica. En efecto, la mera coordinación o interferencia en las decisiones adoptadas por otro sujeto, aunque sean significativas y puedan representar una conducta restrictiva de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, no permiten por sí solas concluir que el distribuidor no actúa de manera autónoma.

55. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que los artículos 101 TFUE y 102 TFUE deben interpretarse en el sentido de que, salvo en los casos en que existan vínculos de capital, la coordinación contractual entre un productor y sus intermediarios de distribución da lugar a una «unidad económica» en el sentido de dichos artículos cuando, habida cuenta de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos existentes entre el productor y sus distribuidores, dicho productor ejerce una influencia determinante en los distribuidores, de modo que estos se consideran obligados a reproducir las prácticas concebidas y llevadas a cabo por aquel, al no poder actuar de forma independiente en el mercado. Ello sucede, en particular, cuando, en virtud de esa coordinación contractual, dichos distribuidores, por un lado, no asumen ninguno de los riesgos financieros vinculados a la venta de los productos del productor o cuando, por otro lado, celebran contratos de exclusividad con él.

### ***B. Sobre la segunda cuestión prejudicial***

56. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en el caso de cláusulas de exclusividad o de conductas consistentes en múltiples prácticas abusivas (en particular, descuentos de fidelización y cláusulas de exclusividad), una autoridad de competencia tiene la obligación de basar la constatación de una infracción del artículo 102 TFUE en el criterio del competidor igualmente eficiente y de examinar puntualmente los análisis económicos presentados, en su caso, por la empresa dominante sobre la capacidad «concreta» de las conductas censuradas de excluir del mercado a competidores igualmente eficientes. De los fundamentos de la resolución de remisión se desprende que esta cuestión tiene su origen, en particular, en las dudas de interpretación que alberga el órgano jurisdiccional remitente en cuanto al ámbito de aplicación de los principios derivados de la sentencia Intel.

57. Para contextualizar las preocupaciones de dicho órgano jurisdiccional, he de recordar que la AGCM estimó, durante su investigación, que no tenía que analizar los estudios económicos aportados por Unilever para demostrar que las prácticas en cuestión no podían excluir del mercado a competidores al menos igual de eficientes, en la medida en que dichos estudios carecían de toda pertinencia para la constatación de la infracción en cuestión.<sup>46</sup> El TAR, que se adhirió al análisis de la AGCM, consideró que los principios desarrollados en la sentencia Intel se aplican únicamente a los descuentos por exclusividad y no a las obligaciones de exclusividad combinadas con varios descuentos. Por lo tanto, el TAR declaró que no procedía tener en cuenta los estudios presentados por Unilever.

<sup>46</sup> Según Unilever, por la misma razón, la AGCM se negó a atender a sus economistas, que habían solicitado la celebración de una reunión para determinar las modalidades de elaboración de estos estudios económicos.

58. La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se compone de dos partes:

- la primera está dirigida a determinar si, incluso en el caso de cláusulas que imponen una obligación de exclusividad, es preciso analizar la capacidad de estas para excluir del mercado a competidores al menos tan eficientes como la empresa dominante, y
- la segunda tiene por objeto comprobar si, en el contexto de dicho análisis, una autoridad de competencia está obligada a tener en cuenta los estudios económicos presentados por la empresa a la que se imputa la comisión de la infracción.

### 1. *Observaciones preliminares*

59. Antes de abordar estas dos partes, considero útil señalar que la presente cuestión prejudicial es una extensión directa de la tercera cuestión prejudicial planteada por el mismo órgano jurisdiccional en el caso que dio lugar a la sentencia SEN. Mediante dicha cuestión se trataba de saber si, para determinar el carácter abusivo del comportamiento de una empresa dominante, deben considerarse pertinentes los elementos aportados por esa empresa con el fin de demostrar que, a pesar de la capacidad abstracta de ese comportamiento para producir efectos restrictivos, este no ha producido efectivamente tales efectos y, en caso de que así sea, si la autoridad de competencia ha de examinar estos elementos en profundidad.<sup>47</sup>

60. Si bien la cuestión prejudicial planteada en el asunto que dio lugar a la sentencia SEN era de carácter más general, el análisis llevado a cabo en mis conclusiones, a la luz de las aportaciones de dicha sentencia, permite enmarcar la presente cuestión prejudicial en el contexto normativo del artículo 102 TFUE y dar una respuesta parcial a las preguntas formuladas por el órgano jurisdiccional remitente.

61. Antes de nada, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para constatar el carácter abusivo de la conducta de una empresa en posición dominante, no es necesario demostrar que la conducta en cuestión produjo efectivamente efectos contrarios a la competencia. Una autoridad de competencia solo está obligada a demostrar el potencial perjuicio del comportamiento denunciado (es decir, su capacidad de ocasionar tal perjuicio), con independencia de que los efectos contrarios a la competencia se hayan producido realmente. En efecto, sería contrario a la lógica inherente del artículo 102 TFUE, que también es de carácter preventivo y prospectivo, tener que esperar a que se produzcan en el mercado los efectos contrarios a la competencia para poder constatar legalmente el abuso.<sup>48</sup>

62. De lo anterior se deduce que las pruebas aportadas por una empresa para indicar la inexistencia de efectos contrarios a la competencia, como análisis económicos, no pueden tener una función exoneratoria ni transferir la carga de la prueba a la autoridad de competencia, de modo que le imponga la carga de demostrar la materialización concreta del daño derivado del comportamiento reprochado. Por otro lado, la naturaleza contraria a la competencia de un comportamiento debe evaluarse en el momento en que ese comportamiento se haya producido, lo que además se ajusta al principio general de seguridad jurídica, dado que la empresa dominante debe poder apreciar la legalidad de su comportamiento sobre la base de elementos existentes.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Véanse la sentencia SEN, apartados 49 a 58, y las conclusiones presentadas en el asunto SEN, puntos 109 a 121.

<sup>48</sup> Véanse, a este respecto, las conclusiones presentadas en el asunto SEN, puntos 110 y 112 y jurisprudencia citada.

<sup>49</sup> Véanse, a este respecto, las conclusiones presentadas en el asunto SEN, punto 114 y jurisprudencia citada.

63. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la apreciación de la capacidad de limitar la competencia, y, en particular, de producir los efectos de exclusión que se reprochan, debe realizarse a la luz de todas las circunstancias fácticas pertinentes en las que tiene lugar la conducta controvertida, lo que, en mi opinión, incluye asimismo las pruebas aportadas por la empresa dominante para demostrar que, pese a su capacidad abstracta de producir efectos restrictivos, la conducta en cuestión no ha producido realmente tales efectos. Por otra parte, para respetar los derechos de defensa, y en particular el derecho a ser oído, la admisibilidad de este tipo de pruebas, desde el punto de vista procesal, es indiscutible.<sup>50</sup>

64. En cuanto al valor probatorio de este tipo de prueba, este varía en función del contexto fáctico. Por ejemplo, una prueba económica que, después de que haya cesado el comportamiento cuestionado, demuestre la inexistencia de efectos de expulsión podría corroborar el carácter meramente hipotético de dicho comportamiento. Pues bien, tal comportamiento meramente hipotético no puede ser considerado abusivo en el sentido del artículo 102 TFUE.<sup>51</sup> Desde esta óptica, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia SEN que las pruebas de la inexistencia de efectos excluyentes concretos pueden constituir «un indicio de que el comportamiento en cuestión no podía producir los efectos de exclusión alegados» y que, «no obstante, la empresa afectada debe completar este principio de prueba con elementos que demuestren que esa falta de efectos concretos se debía efectivamente a la incapacidad de dicho comportamiento para producir tales efectos».<sup>52</sup>

## 2. Primera parte

65. Mediante la primera parte, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, a raíz de la sentencia Intel, una autoridad de competencia está obligada a examinar, incluso en el caso de una cláusula de exclusividad, la capacidad de dicha cláusula para excluir del mercado a los competidores que sean al menos tan eficientes como la empresa dominante.

66. Para entender mejor esta cuestión, es preciso hacer un breve recordatorio de los hechos y los problemas planteados en el asunto que dio lugar a la sentencia Intel.

67. En 2009, la Comisión adoptó una decisión contra Intel, según la cual esta última había cometido una infracción única y continua del artículo 102 TFUE, desde octubre de 2002 hasta diciembre de 2007, al haber aplicado una estrategia destinada a excluir a un competidor, concretamente AMD, del mercado de los procesadores (en lo sucesivo, «CPU x86»). Esta decisión describía dos tipos de conducta seguidos por Intel para con sus socios comerciales, concretamente, los descuentos condicionales y las «restricciones manifiestas». El primer tipo de conducta, pertinente a efectos del presente análisis, consistía en la concesión de descuentos a cuatro empresas de suministro informático (en lo sucesivo, «OEM»), en particular, Dell, Lenovo, HP y NEC, supeditados a la condición de que le compraran a ella la totalidad o la casi totalidad de sus CPU x86. Asimismo, Intel efectuó pagos a MSH, primer distribuidor europeo de ordenadores de mesa, a condición de que esta vendiera exclusivamente ordenadores equipados con CPU x86 de Intel. La Comisión concluyó que los descuentos condicionales concedidos por Intel constituían descuentos por fidelidad y que el mecanismo económico de los pagos condicionales de Intel a MSH era equivalente al de los descuentos condicionales concedidos a las OEM. En la decisión

<sup>50</sup> Véanse la sentencia SEN, apartado 52, y las conclusiones presentadas en el asunto SEN, punto 116 y jurisprudencia citada.

<sup>51</sup> Véanse las conclusiones presentadas en el asunto SEN, puntos 41 y 116 y jurisprudencia citada.

<sup>52</sup> Véase la sentencia SEN, apartado 56.

impugnada, la Comisión también proporcionó un análisis económico de la capacidad de los descuentos para expulsar del mercado a un competidor que fuera tan eficiente como Intel, pero sin ocupar una posición dominante.<sup>53</sup>

68. Intel impugnó el análisis de la Comisión ante el Tribunal General, que desestimó el recurso<sup>54</sup> por considerar, en esencia, que los descuentos concedidos eran descuentos por exclusividad, en la medida en que estaban vinculados a la condición de que el cliente se abasteciera en Intel, bien por la totalidad de sus necesidades en CPU x86, bien por una parte importante de ellas. El Tribunal General declaró que la calificación como «abusivo» de tal descuento no depende del análisis de las circunstancias del asunto que tenga por objeto demostrar su capacidad de restringir la competencia.<sup>55</sup> A mayor abundamiento, dicho Tribunal consideró que la Comisión había demostrado de modo suficiente en Derecho y con arreglo a un análisis de las circunstancias del asunto que los descuentos y pagos por exclusividad concedidos podían restringir la competencia.<sup>56</sup>

69. Intel interpuso un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia en apoyo del cual alegó que el Tribunal General había incurrido en varios errores de Derecho, en particular, al no examinar los descuentos controvertidos teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes (primer motivo). En la sentencia Intel, el Tribunal de Justicia estimó este motivo de casación, anuló la sentencia inicial y devolvió el asunto al Tribunal General que, en una nueva sentencia, anuló parcialmente la decisión de la Comisión.<sup>57</sup> En su análisis del primer motivo, el Tribunal de Justicia precisó, en esencia, que si la empresa de que se trate mantiene durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan, la autoridad de competencia está *obligada* a analizar, en particular, si las prácticas objeto de la investigación pueden efectivamente expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes.<sup>58</sup>

70. El alcance de este principio constituye el objeto de la cuestión prejudicial aquí examinada. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente se plantea en esencia la cuestión de si este principio es válido únicamente en el caso de que una investigación tenga por objeto descuentos por exclusividad o si se aplica también en el caso de que los comportamientos reprochados sean más amplios, de modo que incluyan también obligaciones de exclusividad y otros tipos de descuentos y comisiones denominados «de fidelización».

71. Por las razones que se exponen a continuación, y como ya se ha indicado en el punto 63 de las presentes conclusiones, considero que este mismo principio se aplica con carácter general, *con independencia del tipo de restricción*, cuando una empresa dominante aporta pruebas para demostrar que la conducta en cuestión no podía producir tales efectos.

72. En primer lugar, ello resulta del tenor de los apartados 137 a 140 de la sentencia Intel.

<sup>53</sup> Concretamente, este análisis consistió en determinar a qué precio un competidor tan eficiente como Intel habría tenido que ofrecer sus CPU para compensar a una OEM por la pérdida de un descuento que le hubiese concedido Intel. Se realizó un análisis del mismo tipo respecto a los pagos concedidos por Intel a MSH.

<sup>54</sup> Sentencia de 12 de junio de 2014, Intel/Comisión (T-286/09, en lo sucesivo, «sentencia inicial», EU:T:2014:547), apartado 79.

<sup>55</sup> Sentencia inicial, apartados 80 a 89.

<sup>56</sup> Sentencia inicial, apartados 172 a 197.

<sup>57</sup> Sentencia de 26 de enero de 2022, Intel Corporation/Comisión (T-286/09 RENV, EU:T:2022:19).

<sup>58</sup> Sentencia Intel, apartados 138 y 139.

73. Antes de nada, en el apartado 137 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: «[...] para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores, aunque sea a petición de estos, mediante la *obligación o la promesa de abastecerse* exclusivamente en dicha empresa *para la totalidad* o para gran parte de sus necesidades constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, *tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más como si es la contrapartida de la concesión de descuentos*. Lo mismo puede decirse cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, *un sistema de descuentos de fidelidad*, es decir, de descuentos sujetos a la condición de que el cliente se abastezca exclusivamente en la empresa en posición dominante para la totalidad o para gran parte de sus necesidades, cualquiera que sea, por lo demás, el importe de sus compras». <sup>59</sup> De este modo, el Tribunal de Justicia calificó las dos categorías de «cláusulas potencialmente abusivas», a saber, las obligaciones de exclusividad puras y simples y los descuentos condicionados a una obligación de exclusividad, sin hacer distinción alguna en cuanto a su carácter nocivo para la competencia.

74. A continuación, en el apartado 138 de la sentencia Intel, el Tribunal de Justicia observó que, «sin embargo, conviene precisar esta jurisprudencia para el supuesto de que la *empresa de que se trate mantenga* durante el procedimiento administrativo, *aportando pruebas al respecto*, que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan». <sup>60</sup> Por consiguiente, el Tribunal de Justicia señaló que la precisión que figura en los apartados siguientes de dicha sentencia se refiere a *toda* empresa que mantenga, durante el procedimiento administrativo, que su conducta, sea del tipo que fuere, no tuvo la capacidad de restringir la competencia. Evidentemente, esta precisión puede aplicarse a las dos categorías de prácticas a que se hace referencia en el apartado anterior de la referida sentencia.

75. Así, en el apartado 139 de la sentencia Intel, el Tribunal de Justicia declaró que, «en tal supuesto, la Comisión no solo está obligada a analizar, por una parte, la importancia de la posición dominante de esa empresa en el mercado de referencia y, por otra, el porcentaje del mercado cubierto por la práctica criticada y las condiciones y las modalidades de concesión de los descuentos de que se trata, su duración y su importe, sino que *también está obligada a apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces*». <sup>61</sup> De este modo, el Tribunal de Justicia revisó el análisis que la Comisión estaba obligada a efectuar en respuesta a las alegaciones formuladas por la empresa afectada, según las cuales la conducta en cuestión no podía restringir la competencia. Esto se aplica claramente tanto a las obligaciones de exclusividad como a los descuentos sujetos a una obligación de exclusividad.

76. Por último, en el apartado 140 de la sentencia Intel, el Tribunal de Justicia añadió que «el análisis de la capacidad de expulsión del mercado también resulta pertinente para apreciar si un sistema de descuentos en principio prohibido por el artículo 102 TFUE puede estar objetivamente justificado. Además, el efecto de expulsión del mercado derivado de un sistema de descuentos, desfavorable para la competencia, puede verse contrarrestado, o incluso superado, por mejoras en términos de eficacia que beneficien también a los consumidores [...]. Esta comparación de los efectos, favorables y desfavorables para la competencia, de la práctica criticada *solo puede llevarse a cabo en la decisión de la Comisión tras analizar la capacidad de expulsión del mercado de*

<sup>59</sup> El subrayado es mío.

<sup>60</sup> El subrayado es mío.

<sup>61</sup> El subrayado es mío.

*concurrentes al menos igualmente eficaces que resulte inherente a la práctica examinada».*<sup>62</sup> En otras palabras, el Tribunal de Justicia puntualizó que la apreciación de las alegaciones formuladas por la empresa dominante en su defensa, a saber, las justificaciones objetivas o las ventajas en términos de eficacia, únicamente puede realizarse *tras* analizar la capacidad de expulsar del mercado a competidores al menos igual de eficientes. Aunque el Tribunal de Justicia se refirió expresamente a los descuentos, la lógica que subyace a este apartado de la sentencia Intel impone examinar tales alegaciones cuando se acredite que la conducta en cuestión puede producir efectos de exclusión del mercado de competidores que son al menos tan eficientes, con independencia del tipo de conducta de que se trate.

77. En segundo lugar, la interpretación teleológica del artículo 102 TFUE corrobora la interpretación literal de estos apartados de la sentencia Intel. En efecto, en los apartados 133 y 134 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia, confirmó que «el artículo 102 TFUE no persigue en absoluto el objetivo de impedir que una empresa conquiste, por *sus propios méritos*, una posición dominante en un mercado. Esta disposición *tampoco pretende garantizar la permanencia en el mercado de competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante*. [...] Así pues, no todo efecto de expulsión del mercado altera necesariamente el juego de la competencia. Por definición, la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, *menos interesantes para los consumidores, en particular desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación*».<sup>63</sup>

78. Estos dos apartados llevan a formular dos observaciones. Por una parte, como se analizó con mayor detalle en las conclusiones presentadas en el asunto SEN, el concepto de «competencia basada en los méritos», al que se refiere el Tribunal de Justicia, no se vincula a una forma precisa de prácticas, es abstracto, y no puede definirse de tal modo que permita determinar con carácter previo si un comportamiento está comprendido o no en el ámbito de tal competencia. En efecto, el concepto de «competencia basada en los méritos» expresa un ideal económico, que tiene, como telón de fondo, la tendencia del Derecho de la competencia de la Unión a favorecer un análisis de los efectos contrarios a la competencia del comportamiento, en lugar de un análisis basado en la forma,<sup>64</sup> en particular habida cuenta de que en la actualidad se admite que los descuentos de fidelidad no son necesariamente perjudiciales para la competencia.<sup>65</sup>

79. Por otra parte, más concretamente, de los apartados 138 a 140 de la sentencia Intel resulta que el artículo 102 TFUE debe entenderse como una disposición que impide que la empresa dominante adopte una conducta que pueda excluir del mercado a competidores que sean al menos tan eficientes desde el punto de vista de la calidad, la innovación y la gama de productos ofrecidos, y que la prohibición establecida por esta disposición se refiere no solo a las conductas relacionadas con el precio, como los descuentos por exclusividad, sino también a todas las demás prácticas comerciales no relacionadas con el precio, como las obligaciones de exclusividad, en la medida en que es la nocividad de estas conductas, y no su forma, lo que determinará su carácter abusivo.

<sup>62</sup> El subrayado es mío.

<sup>63</sup> El subrayado es mío.

<sup>64</sup> Véanse las conclusiones presentadas en el asunto SEN, punto 55 y jurisprudencia citada.

<sup>65</sup> Véase, en este sentido, el punto 37 de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 [CE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO 2009, C 45, p. 7), que dispone que «las empresas pueden ofrecer [descuentos condicionales] para captar más demanda y, de este modo, *estimular la demanda y beneficiar a los consumidores*».

### 3. Segunda parte

80. Mediante la segunda parte, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, al analizar los efectos de las cláusulas de exclusividad, una autoridad de competencia está obligada a examinar de manera detallada los análisis económicos presentados por la parte dominante sobre la capacidad concreta de la conducta en cuestión de excluir del mercado a competidores igualmente eficientes.

81. Como se desprende del punto 63 de las presentes conclusiones, para respetar los derechos de defensa, y en particular el derecho a ser oído, la admisibilidad de este tipo de pruebas, desde el punto de vista procesal, es indiscutible. Por lo tanto, en la medida en que la carga de la prueba de los efectos de expulsión del mercado contrarios a la competencia incumbe a las autoridades de competencia, recae sobre ellas la obligación de considerar cuidadosamente las pruebas presentadas por la empresa dominante, cuando esta trata de demostrar que, a pesar de su (supuesta) capacidad abstracta para producir efectos restrictivos, la conducta en cuestión no ha producido efectivamente tales efectos.<sup>66</sup>

82. Con el fin de aclarar algunos aspectos prácticos del alcance de esta obligación de las autoridades de competencia, considero útil aportar las siguientes precisiones.

83. En primer lugar, cuando una empresa en posición dominante alega, apoyándose en pruebas concretas, que su comportamiento no puede restringir la competencia sobre la base de un test AEC, el artículo 102 TFUE impone a la autoridad de competencia la obligación de llevar a cabo un análisis para determinar si lo hace.<sup>67</sup> Este análisis debe basarse en pruebas tangibles<sup>68</sup> que permitan constatar un efecto restrictivo que no sea de naturaleza meramente hipotética.<sup>69</sup> Si, de resultas de dicho análisis, se acredita que la conducta en cuestión no puede excluir del mercado a competidores al menos igual de eficientes que la empresa dominante, la autoridad de competencia debe concluir que el artículo 102 TFUE no se ha infringido, mientras que si se considera que esta conducta puede producir el efecto de excluir del mercado a competidores tan eficientes como la empresa dominante, esta autoridad debe tener en cuenta los eventuales elementos invocados por la empresa afectada en su defensa para demostrar que la conducta reprochada está objetivamente justificada o que los efectos restrictivos derivados de ella han sido contrarrestados, o incluso superados, por mejoras en términos de eficacia que beneficien a los consumidores.<sup>70</sup>

84. En segundo lugar, *a fortiori*, cuando la empresa dominante aporta pruebas económicas para demostrar que su conducta no tiene la capacidad de excluir a competidores igualmente eficientes, la autoridad de competencia no puede obviarlas. En efecto, como se ha señalado en los puntos 74 y 75 de las presentes conclusiones, es precisamente la presentación de pruebas que demuestran la ausencia de efectos restrictivos lo que genera la obligación de la autoridad de competencia de examinarlas en relación con las obligaciones de exclusividad y las prácticas de descuentos. En estas circunstancias, las autoridades de competencia deben apreciar las pruebas económicas presentadas por la empresa durante la investigación y tenerlas en cuenta al analizar la posibilidad de que la conducta reprochada pueda excluir del mercado a competidores tan eficientes como la empresa dominante.

<sup>66</sup> Conclusiones presentadas en el asunto SEN, punto 116 y jurisprudencia citada.

<sup>67</sup> Sentencia Intel, apartados 139 y 140.

<sup>68</sup> Sentencia de 6 de diciembre de 2012, AstraZeneca/Comisión (C-457/10 P, EU:C:2012:770), apartado 202.

<sup>69</sup> Sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651), apartado 65.

<sup>70</sup> Sentencia Intel, apartado 140.

85. Pues bien, aunque la autoridad de competencia considere, como en el presente asunto, que la metodología utilizada para elaborar el estudio económico no es pertinente, no puede descartar de antemano que dicho estudio sea pertinente, a menos que especifique, en la decisión en la que dicha autoridad califica una conducta de «abusiva», las razones por las que considera que la metodología en la que se basa ese estudio no permite demostrar que la conducta controvertida no puede excluir del mercado a competidores igualmente eficientes.

86. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante, una autoridad de competencia debe demostrar, a la luz del conjunto de las circunstancias pertinentes y teniendo en cuenta, en particular, las pruebas aportadas por la empresa dominante, que la conducta de dicha empresa tenía la capacidad de restringir la competencia, y analizar, en su caso y a este respecto, también las pruebas aportadas por esa empresa para demostrar que la conducta en cuestión no produjo efectos contrarios a la competencia en el mercado de referencia. Esta obligación es aplicable tanto a las cláusulas de exclusividad como a las conductas compuestas de varias prácticas e impone a la autoridad de competencia un deber de motivación en el caso de que considere que tales pruebas no eran aptas para demostrar la exclusión de ese mercado de competidores tan eficientes como la empresa dominante.

#### **IV. Conclusión**

87. A la vista de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia):

- «1) Los artículos 101 TFUE y 102 TFUE deben interpretarse en el sentido de que, salvo en los casos en que existan vínculos de capital, la coordinación contractual entre un productor y sus intermediarios de distribución da lugar a una “unidad económica” en el sentido de dichos artículos cuando, habida cuenta de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos existentes entre el productor y sus distribuidores, dicho productor ejerce una influencia determinante en los distribuidores, de modo que estos se consideran obligados a reproducir las prácticas concebidas y llevadas a cabo por aquel, al no poder actuar de forma independiente en el mercado. Ello sucede, en particular, cuando, en virtud de esa coordinación contractual, dichos distribuidores, por un lado, no asumen ninguno de los riesgos financieros vinculados a la venta de los productos del productor o cuando, por otro lado, celebran contratos de exclusividad con él.
- 2) El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante, una autoridad de competencia debe demostrar, a la luz del conjunto de las circunstancias pertinentes y teniendo en cuenta, en particular, las pruebas aportadas por la empresa dominante, que la conducta de dicha empresa tenía la capacidad de restringir la competencia, y analizar, en su caso y a este respecto, también las pruebas aportadas por esa empresa para demostrar que la conducta en cuestión no produjo efectos contrarios a la competencia en el mercado de referencia. Esta obligación es aplicable tanto a las cláusulas de exclusividad como a las conductas compuestas de varias prácticas e impone a la autoridad de competencia un deber de motivación en el caso de que considere que tales pruebas no eran aptas para demostrar la exclusión de ese mercado de competidores tan eficientes como la empresa dominante.»