



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 19 de enero de 2023 *

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Artículo 102 TFUE — Posición dominante — Imputación al productor de las actuaciones de sus distribuidores — Existencia de relaciones contractuales entre el productor y los distribuidores — Concepto de “unidad económica” — Ámbito de aplicación — Explotación abusiva — Cláusula de exclusividad — Necesidad de demostrar los efectos en el mercado»

En el asunto C-680/20,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 7 de diciembre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de diciembre de 2020, en el procedimiento entre

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

y

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

con intervención de:

La Bomba Snc,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. E. Regan (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. D. Gratsias, M. Ilešič, I. Jarukaitis y Z. Csehi, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Rantos;

Secretario: Sr. C. Di Bella, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 3 de marzo de 2022;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de Unilever Italia Mkt. Operations Srl, por el Sr. G. Bitonto, las Sras. S. Borocci y S. Lembo y los Sres. L. Perfetti, C. Tesauro y C. Thomas, avvocati;

* Lengua de procedimiento: italiano.

- en nombre de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, por el Sr. F. Sclafani, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. P. Gentili, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno helénico, por el Sr. K. Boskovits, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea por los Sres. G. Conte y N. Khan y por la Sra. C. Sjödin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de julio de 2022;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.
- 2 Esta petición 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 (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado, Italia) (en lo sucesivo, «AGCM»), en relación con una sanción impuesta por dicha autoridad a la citada sociedad por abuso de posición dominante en el mercado italiano de distribución de helados en envases individuales a determinados tipos de comercios, como balnearios y bares.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 3 Unilever se dedica a la fabricación y comercialización de productos de gran consumo, entre ellos helados preparados, comercializados con las marcas Algida y Carte d'Or. En Italia, Unilever distribuye helados en envases individuales destinados a consumo «en el exterior», es decir, fuera del domicilio de los consumidores, 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.
- 4 El 3 de abril de 2013, una sociedad competidora presentó ante la AGCM una denuncia por abuso de posición dominante por parte de Unilever en el mercado de helados en envases individuales. La AGCM abrió una investigación.
- 5 Durante su instrucción, la AGCM consideró, en particular, que no estaba obligada a analizar los estudios económicos presentados por Unilever para demostrar que las prácticas objeto de la investigación no tenían efectos de expulsión de sus competidores al menos igual de eficientes, debido a que tales estudios carecían por completo de pertinencia al existir cláusulas de exclusividad, ya que el empleo de tales cláusulas por parte de una empresa que ocupa una posición dominante era suficiente para poner de manifiesto un uso abusivo de dicha posición.

- 6 Mediante decisión de 31 de octubre de 2017, la AGCM consideró que Unilever había abusado de su posición dominante en el mercado de la comercialización de helados en envases individuales destinados a consumo en el exterior, infringiendo el artículo 102 TFUE.
- 7 De esta decisión se desprende que Unilever llevó a cabo, en el mercado de referencia, una estrategia de exclusión que podía obstaculizar el crecimiento de sus competidores. Esta estrategia se basó principalmente en la imposición, por parte de los distribuidores de Unilever, de cláusulas de exclusividad a los operadores de los puntos de venta, obligándoles a adquirir de manera exclusiva a Unilever la totalidad de sus necesidades de helados en envases individuales. Como contrapartida, estos operadores disfrutaban de un amplio abanico de descuentos y comisiones, cuya atribución estaba supeditada a requisitos de volumen de negocios o de comercialización de una gama determinada de productos de Unilever. Estos descuentos y comisiones, que se aplicaban, según combinaciones y modalidades variables, a casi todos los clientes de Unilever, pretendían, según la decisión, incitarlos a que continuasen adquiriendo dichos productos de manera exclusiva a esa empresa, disuadiéndolos de resolver su contrato para adquirirlos a los competidores de Unilever.
- 8 Dos aspectos de la decisión de la AGCM, de 31 de octubre de 2017, son especialmente pertinentes a efectos de la presente remisión prejudicial.
- 9 Por una parte, a pesar de que las actuaciones abusivas no hayan sido realizadas materialmente por Unilever, sino por sus distribuidores, la AGCM consideró que tales actuaciones debían imputarse únicamente a Unilever debido a que esta última y sus distribuidores formaban una única y misma entidad económica. Según la decisión, Unilever practica cierto grado de injerencia en la política comercial de los distribuidores, de modo que estos no actuaron de manera independiente al imponer cláusulas de exclusividad a los operadores de los puntos de venta.
- 10 Por otra parte, la AGCM consideró que, habida cuenta de las características específicas del mercado de referencia, y en particular del escaso espacio disponible en los puntos de venta, así como del papel determinante, en las elecciones de los consumidores, de la amplitud de la oferta en esos puntos de venta, Unilever, con su conducta, había excluido, o al menos limitado, la posibilidad de que los operadores competidores ejercieran una competencia basada en los méritos de sus productos.
- 11 En consecuencia, mediante su decisión de 31 de octubre de 2017, la AGCM impuso a Unilever una multa de 60 668 580 euros por haber abusado de su posición dominante, infringiendo el artículo 102 TFUE.
- 12 Unilever interpuso un recurso contra esta decisión ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), que desestimó el recurso en su totalidad.
- 13 Unilever interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- 14 En apoyo de este recurso de apelación, Unilever sostiene que el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) debería haber constatado la existencia de vicios de que supuestamente adolecía la decisión de la AGCM,

de 31 de octubre de 2017, por lo que respecta, por una parte, a la propia imputabilidad de la conducta llevada a cabo por sus distribuidores y, por otra parte, a los efectos de la conducta en cuestión, que, en su opinión, no podían falsear la competencia.

- 15 El órgano jurisdiccional remitente indica que alberga dudas sobre la interpretación que ha de darse al Derecho de la Unión para responder a las dos imputaciones antes citadas. En particular, en cuanto a la primera imputación, dicho órgano jurisdiccional señala que necesita saber si la coordinación entre operadores económicos formalmente autónomos e independientes es tal que equivale a la existencia de un centro de decisión único, lo que supone que las actuaciones de uno puedan imputarse también al otro.
- 16 En este contexto, 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 Autoridad de Defensa de la Competencia [competente] no tiene la obligación jurídica de basar la apreciación de que existe una conducta contraria a la competencia en el criterio del competidor igual de eficiente?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión prejudicial

Sobre la admisibilidad

- 17 La AGCM y el Gobierno italiano sostienen que debe declararse la inadmisibilidad de la primera cuestión prejudicial, ya que la resolución de remisión carece de las precisiones necesarias. Además, afirman que esta cuestión hace referencia al artículo 101 TFUE, mientras que esta disposición no ha sido aplicada por la AGCM.
- 18 A este respecto, cabe recordar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, que actualmente figura en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho de la Unión eficaz 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 (sentencia de 5 de marzo de 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, apartado 49).
- 19 Además, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna con la realidad ni con el objeto del litigio principal o cuando el problema planteado sea de naturaleza hipotética (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de octubre de 2022, Baltijas Starptautiskā Akadēmija y Stockholm School of Economics in Riga, C-164/21 y C-318/21, EU:C:2022:785, apartado 33).
- 20 En el caso de autos, como ha señalado el Abogado General en el punto 19 de sus conclusiones, por una parte, 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. Por otra parte, el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente mencione, en la primera cuestión prejudicial, no solo el artículo 102 TFUE, sino también el artículo 101 TFUE, no pone en cuestión la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial en su conjunto.
- 21 En cambio, dado que de los fundamentos de Derecho de la resolución de remisión se desprende que la AGCM no aplicó el artículo 101 TFUE en el litigio principal, y aun cuando el concepto de «empresa» sea común a los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, la primera cuestión prejudicial, en la medida en que se refiere a la interpretación del artículo 101 TFUE, debe considerarse hipotética y, por lo tanto, inadmisibile.
- 22 Por consiguiente, la primera cuestión prejudicial es admisible únicamente en la medida en que se refiere a la interpretación del artículo 102 TFUE.

Sobre el fondo

- 23 De la petición de decisión prejudicial resulta que, por lo que respecta a las actuaciones abusivas realizadas por los distribuidores, la AGCM sancionó únicamente a Unilever por haber incurrido en un abuso de posición dominante. En este contexto, mediante su primera cuestión prejudicial,

el órgano jurisdiccional remitente desea saber en qué condiciones las actuaciones de operadores económicos formalmente autónomos e independientes, esto es, distribuidores, pueden imputarse a otro operador económico autónomo e independiente, a saber, el fabricante de los productos distribuidos por estos.

- 24 En estas circunstancias, procede considerar que, mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las actuaciones llevadas a cabo por distribuidores que forman parte de la red de distribución de un productor en posición dominante pueden imputarse a este y, en su caso, en qué condiciones.
- 25 En particular, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si la existencia de una coordinación contractual entre un productor, en torno al cual se organiza dicha coordinación contractual, y diferentes distribuidores jurídicamente autónomos es suficiente para permitir tal imputación o si, además, es preciso comprobar que el citado productor tiene la capacidad de ejercer una influencia determinante en las decisiones comerciales, financieras e industriales que los distribuidores pueden adoptar en relación con la actividad de que se trata, que va más allá de la que caracteriza habitualmente las relaciones de colaboración entre los productores y los intermediarios de distribución.
- 26 A este respecto, es cierto que, en la medida en que su aplicación implica su aceptación al menos tácita por todas las partes, las decisiones adoptadas en el contexto de una coordinación contractual, tal como un acuerdo de distribución, no son, en principio, un comportamiento unilateral, sino que se insertan en las relaciones que las partes en dicha coordinación mantienen entre sí (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión, 25/84 y 26/84, EU:C:1985:340, apartados 20 y 21). Por lo tanto, tales decisiones están comprendidas, en principio, en el ámbito del Derecho de las prácticas colusorias contemplado en el artículo 101 TFUE.
- 27 No obstante, esta conclusión no excluye que pueda imputarse a una empresa en posición dominante el comportamiento adoptado por los distribuidores de sus productos o servicios con los que solo mantiene relaciones contractuales y que, por consiguiente, se constata que esa empresa cometió un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE.
- 28 En efecto, sobre cualquier empresa que ocupa una posición dominante recae una responsabilidad especial, la de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 135 y jurisprudencia citada).
- 29 Pues bien, como ha observado el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, tal obligación tiene por objeto prevenir no solo las distorsiones de la competencia ocasionadas directamente por el comportamiento de la empresa en posición dominante, sino también las derivadas de comportamientos cuya ejecución haya sido delegada por dicha empresa en entidades jurídicas independientes, obligadas a ejecutar sus instrucciones. Así, cuando el comportamiento reprochado a la empresa en posición dominante se lleva a cabo materialmente a través de un intermediario que forma parte de una red de distribución, dicho comportamiento puede imputarse a esa empresa si resulta que ha sido adoptado conforme a las instrucciones específicas dadas por esta y, por tanto, en virtud de la aplicación de una política decidida unilateralmente por esa empresa y a la que los distribuidores afectados estaban obligados a atenerse.

- 30 En tal supuesto, dado que el comportamiento reprochado a la empresa en posición dominante ha sido decidido unilateralmente, esta puede ser considerada su autor y, por lo tanto, en su caso, como la única responsable a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE. En efecto, en tal supuesto, debe considerarse que los distribuidores y, por consiguiente, la red de distribución que forman con esa empresa son simplemente un instrumento de ramificación territorial de la política comercial de dicha empresa y que, por ello, son el instrumento mediante el cual se ha llevado a cabo, en su caso, la práctica de expulsión controvertida.
- 31 Así sucede, en particular, cuando tal comportamiento adopta la forma de contratos tipo, redactados íntegramente por un productor en posición dominante y que contienen cláusulas de exclusividad en beneficio de sus productos que los distribuidores de dicho fabricante están obligados a hacer firmar a los operadores de puntos de venta sin poder modificarlos, salvo acuerdo expreso del citado productor. En efecto, en tales circunstancias, el mismo productor no puede ignorar razonablemente que, habida cuenta de los vínculos jurídicos y económicos que le unen a esos distribuidores, estos ejecutarán sus instrucciones y, de ese modo, la política adoptada por este. Por lo tanto, debe considerarse que tal productor está dispuesto a asumir los riesgos de dicho comportamiento.
- 32 En ese supuesto, la imputabilidad a la empresa en posición dominante del comportamiento llevado a cabo por los distribuidores que forman parte de la red de distribución de sus productos o servicios no está supeditada ni a que se demuestre que los distribuidores afectados también forman parte de dicha empresa, en el sentido del artículo 102 TFUE, ni siquiera a la existencia de un vínculo «jerárquico» derivado de una pluralidad sistemática y constante de actos de orientación dirigidos a esos distribuidores que puedan influir en las decisiones de gestión que estos adoptan respecto a sus actividades respectivas.
- 33 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las actuaciones llevadas a cabo por distribuidores que forman parte de la red de distribución de los productos o de los servicios de un productor que ocupa una posición dominante pueden imputarse a este si se demuestra que tales actuaciones no fueron adoptadas de manera independiente por dichos distribuidores, sino que forman parte de una política decidida unilateralmente por ese productor y aplicada a través de los referidos distribuidores.

Segunda cuestión prejudicial

- 34 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando los contratos de distribución contienen cláusulas de exclusividad, la autoridad de competencia competente está obligada, para declarar la existencia de un abuso de posición dominante, a demostrar que dichas cláusulas tienen por efecto excluir del mercado a competidores tan eficientes como la empresa en posición dominante y si, en cualquier caso, ante una pluralidad de prácticas controvertidas, dicha autoridad está obligada a examinar de manera detallada los análisis económicos presentados, en su caso, por la empresa afectada, en particular cuando se basen en el criterio denominado del «competidor igualmente eficiente».
- 35 A este respecto, procede recordar que el artículo 102 TFUE declara que es incompatible con el mercado interior y queda prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

- 36 Por lo tanto, este concepto tiene por objeto sancionar las actividades de una empresa en posición dominante que, en un mercado en el que, debido a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, producen el efecto de perjudicar el mantenimiento de una estructura de competencia efectiva (sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 68 y jurisprudencia citada).
- 37 No obstante, el artículo 102 TFUE no persigue el objetivo de impedir que una empresa conquiste, por sus propios méritos, y en particular debido a sus competencias y capacidades, una posición dominante en un mercado, y tampoco pretende garantizar la permanencia en el mercado de competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante. En efecto, no todo efecto de expulsión del mercado altera necesariamente el juego de la competencia, puesto que, 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 (sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 73 y jurisprudencia citada).
- 38 En cambio, incumbe a las empresas que ocupan una posición dominante, independientemente de las causas de tal posición, no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (véanse, en particular, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, 322/81, EU:C:1983:313, apartado 57, y de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 135).
- 39 Así, un abuso de posición dominante podrá probarse, en particular, cuando el comportamiento reprochado haya producido efectos de exclusión de competidores igual de eficientes que el autor de ese comportamiento en términos de estructura de costes, de capacidad de innovación o de calidad o incluso cuando el citado comportamiento se basaba en la utilización de medios que no sean los propios de una competencia «normal», es decir, basada en los méritos (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartados 69, 71, 75 y 76 y jurisprudencia citada).
- 40 A este respecto, corresponde a las autoridades de competencia demostrar el carácter abusivo de un comportamiento a la luz de todas las circunstancias fácticas pertinentes que rodean al comportamiento en cuestión (sentencias de 19 de abril de 2012, Tomra Systems y otros/Comisión, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartado 18, y de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 72), lo que incluye las puestas de relieve por los medios de prueba aportados en su defensa por la empresa en posición dominante.
- 41 Ciertamente, para constatar el carácter abusivo de un comportamiento, una autoridad de competencia no tiene que demostrar necesariamente que dicho comportamiento produjo realmente efectos contrarios a la competencia. En verdad, el artículo 102 TFUE pretende sancionar el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, con independencia de que dicha explotación haya tenido éxito o no (sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 53 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, una autoridad de competencia puede declarar la existencia de una infracción del

artículo 102 TFUE constatando que, durante el período en el que se llevó a cabo el comportamiento en cuestión, este tenía, en las circunstancias del caso concreto, la capacidad de restringir la competencia basada en los méritos a pesar de su falta de efecto.

- 42 No obstante, esta demostración debe basarse, en principio, en pruebas tangibles, que acrediten, más allá de la mera hipótesis, la capacidad efectiva de la práctica en cuestión de producir tales efectos y, en caso de duda a este respecto, esa duda debe beneficiar a la empresa que haya recurrido a esa práctica (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal/Comisión*, 27/76, EU:C:1978:22, apartado 265, y de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, apartado 126).
- 43 En consecuencia, una práctica no puede calificarse de abusiva si ha permanecido en fase de proyecto. Además, una autoridad de competencia no puede basarse en los efectos que dicha práctica podría o habría podido producir si se hubieran dado determinadas circunstancias particulares, que no eran las que existían en el mercado en el momento de su aplicación y cuya realización parecía, entonces, poco probable.
- 44 Por otra parte, si bien para apreciar la capacidad del comportamiento de una empresa para restringir la competencia efectiva en un mercado, una autoridad de competencia puede basarse en las enseñanzas de las ciencias económicas, confirmadas por estudios empíricos o comportamentales, la toma en consideración de esas enseñanzas no puede ser suficiente. Deben tenerse en cuenta otros elementos propios de las circunstancias del caso, como la amplitud de dicho comportamiento en el mercado, las limitaciones de capacidades impuestas a los proveedores de materias primas o el hecho de que la empresa en posición dominante sea, al menos para una parte de la demanda, un socio inevitable, para determinar si, habida cuenta de estas enseñanzas, debe considerarse que el comportamiento en cuestión tuvo la capacidad de producir efectos de expulsión en el mercado de que se trata, al menos durante una parte del período durante el que se llevó a cabo.
- 45 Además, debe seguirse una actuación similar en lo que respecta a la prueba de una intención contraria a la competencia de la empresa en posición dominante. En efecto, esta intención constituye un indicio de la naturaleza y de los objetivos perseguidos por la estrategia seguida por dicha empresa y, por ello, puede tenerse en cuenta. La existencia de una intención contraria a la competencia también puede ser pertinente a efectos del cálculo de la multa. Sin embargo, la demostración de la existencia de tal intención no se exige ni es suficiente, por sí sola, para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante, ya que el concepto de «explotación abusiva», en el sentido del artículo 102 TFUE, se basa en una apreciación objetiva del comportamiento de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems y otros/Comisión*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartados 19 y 21, y de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, C-377/20, EU:C:2022:379, apartados 61 y 62).
- 46 En este contexto, en lo que atañe más concretamente a las cláusulas de exclusividad, es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que las cláusulas en virtud de las cuales las partes contratantes se comprometieron a abastecerse en una empresa en posición dominante para la totalidad o gran parte de sus necesidades, aunque no fueran acompañadas de descuentos, constituían, por su naturaleza, una explotación de una posición dominante y que lo mismo ocurría con los descuentos por fidelidad concedidos por tal empresa (sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 89).

- 47 No obstante, en la sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2017:632), apartado 138, el Tribunal de Justicia precisó, en primer lugar, esta jurisprudencia cuando una empresa en posición dominante sostiene, durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas en apoyo de sus alegaciones, que su comportamiento no tuvo la capacidad de restringir la competencia y, en particular, de producir los efectos de exclusión imputados.
- 48 A tal fin, el Tribunal de Justicia indicó que, en tal supuesto, la autoridad de competencia 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 que la empresa en posición dominante (sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 139).
- 49 El Tribunal de Justicia añadió, en segundo lugar, 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. Pues bien, esta comparación de los efectos, favorables y desfavorables para la competencia, de la práctica criticada solo puede llevarse a cabo tras analizar la capacidad de expulsión del mercado de concurrentes al menos igualmente eficaces que resulte inherente a la práctica examinada (sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 140).
- 50 Es cierto que, al aportar esta segunda precisión, el Tribunal de Justicia mencionó únicamente los sistemas de descuentos. No obstante, dado que tanto las prácticas de descuentos como las cláusulas de exclusividad pueden estar objetivamente justificadas o que las desventajas que generan pueden verse compensadas, e incluso sobrepasadas, por ventajas en términos de eficacia que benefician también al consumidor, tal precisión debe entenderse válida para ambas prácticas.
- 51 Por lo demás, además de que tal interpretación parece coherente con la primera precisión aportada por el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2017:632), apartado 139, procede señalar que, si bien las cláusulas de exclusividad suscitan, debido a su naturaleza, preocupaciones legítimas de competencia, su capacidad para excluir a los competidores no es automática, como por otra parte ilustra la Comunicación de la Comisión titulada «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes» (DO 2009, C 45, p. 7), apartado 36.
- 52 De ello se deduce que, por una parte, cuando una autoridad de competencia sospecha que una empresa ha infringido el artículo 102 TFUE al hacer uso de cláusulas de exclusividad y esta última impugne, durante el procedimiento, la capacidad concreta de dichas cláusulas para excluir del mercado a competidores igualmente eficaces, aportando pruebas, dicha autoridad debe asegurarse, en la fase de la caracterización de la infracción, de que esas cláusulas tenían, en las circunstancias del caso de autos, la capacidad efectiva de excluir del mercado a competidores tan eficientes como esa empresa.

- 53 Por otra parte, la autoridad de competencia que ha iniciado este procedimiento también está obligada a apreciar, de manera concreta, la capacidad de dichas cláusulas para restringir la competencia cuando, durante el procedimiento administrativo, la empresa sospechosa, sin negar formalmente que su comportamiento tenía capacidad para restringir la competencia, sostiene que existen justificaciones para su conducta.
- 54 En cualquier caso, la presentación durante el procedimiento de pruebas que puedan demostrar la falta de capacidad para producir efectos restrictivos genera la obligación de la citada autoridad de competencia de examinarlas. En efecto, el respeto del derecho a ser oído, que, según reiterada jurisprudencia, constituye un principio general del Derecho de la Unión, exige que las autoridades de competencia oigan a la empresa en posición dominante, lo que implica que han de prestar toda la atención necesaria a las observaciones formuladas por esta y examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los datos pertinentes del asunto de que se trate y, especialmente, las pruebas presentadas por dicha empresa (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 52).
- 55 De ello se deduce que, cuando la empresa en posición dominante ha presentado un estudio económico para demostrar que la práctica que se le reprocha no podía eliminar a los competidores, la autoridad de competencia competente no puede excluir la pertinencia de dicho estudio sin exponer las razones por las que considera que este no permite contribuir a demostrar la incapacidad de las prácticas cuestionadas para menoscabar la competencia efectiva en el mercado de que se trata y, en consecuencia, sin permitir a la citada empresa determinar la prueba que podría sustituirlo.
- 56 Por lo que respecta al criterio del competidor igualmente eficiente, que el órgano jurisdiccional remitente ha mencionado expresamente en su petición, es preciso recordar que este concepto hace referencia a diferentes criterios que tienen en común la finalidad de apreciar la capacidad de una práctica para producir efectos de expulsión contrarios a la competencia y que se refieren a la aptitud de un hipotético competidor de la empresa en posición dominante tan eficiente como ella, en términos de estructura de costes, para ofrecer a los clientes una tarifa lo suficientemente ventajosa para incitarlos a cambiar de proveedor, a pesar de las desventajas generadas, sin que ello dé lugar a que ese competidor sufra pérdidas. Esta aptitud se determina generalmente en función de la estructura de costes de la propia empresa en posición dominante.
- 57 Pues bien, un criterio de esta naturaleza puede ser inadecuado cuando se trata, en particular, de determinadas prácticas no relacionadas con el precio, como una negativa a suministrar, o cuando el mercado de referencia está protegido por grandes barreras. Por lo demás, tal criterio no es más que un método entre otros que permiten apreciar si una práctica puede producir efectos de exclusión, método que, por lo demás, solo toma en consideración la competencia mediante los precios. En particular, la utilización, por una empresa en posición dominante, de recursos distintos a los que rigen la competencia basada en los méritos puede bastar, en determinadas circunstancias, para poner de manifiesto la existencia de tal abuso (véase, también en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 78).
- 58 Por consiguiente, las autoridades de competencia no tienen la obligación jurídica de utilizar el criterio del competidor igualmente eficaz para apreciar el carácter abusivo de una práctica (véase, en este, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 57).

- 59 Sin embargo, incluso en presencia de prácticas no relacionadas con el precio, no puede excluirse la pertinencia de tal criterio. En efecto, un criterio de este tipo puede resultar útil siempre que puedan cuantificarse las consecuencias de la práctica en cuestión. En particular, en el caso de las cláusulas de exclusividad, tal criterio puede servir teóricamente para determinar si un hipotético competidor con una estructura de costes análoga a la de la empresa en posición dominante podría ofrecer sus productos o servicios sin pérdidas o con un margen insuficiente si tuviera que asumir las indemnizaciones que los distribuidores tendrían que pagar para cambiar de proveedor o las pérdidas que deberían soportar tras tal cambio a raíz de la retirada de los descuentos anteriormente concedidos (véase, por analogía, la sentencia de 25 de marzo de 2021, Slovak Telekom/Comisión, C-165/19 P, EU:C:2021:239, apartado 110).
- 60 En consecuencia, cuando una empresa en posición dominante sospechosa de práctica abusiva facilita a una autoridad de competencia un análisis basado en el criterio del competidor igualmente eficiente, la citada autoridad no puede descartar dicha prueba sin examinar siquiera su valor probatorio.
- 61 Esta circunstancia no queda desvirtuada por la existencia de una pluralidad de prácticas controvertidas. En efecto, aun suponiendo que los efectos acumulados de estas prácticas no puedan apreciarse mediante tal criterio, no es menos cierto que el resultado de un criterio de esta naturaleza puede, no obstante, constituir un indicio de los efectos de algunas de esas prácticas y ser pertinente así para determinar si ciertas calificaciones pueden tenerse en cuenta en relación con las prácticas en cuestión.
- 62 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando los contratos de distribución contienen cláusulas de exclusividad, una autoridad de competencia está obligada, para declarar la existencia de un abuso de posición dominante, a acreditar, a la luz de todas las circunstancias pertinentes y teniendo en cuenta, en particular, los análisis económicos que, en su caso, aporte la empresa en posición dominante en cuanto a la falta de capacidad de los comportamientos en cuestión para excluir del mercado a los competidores igual de eficientes que ella, que dichas cláusulas tienen la capacidad de restringir la competencia. El recurso al criterio del competidor igualmente eficiente tiene carácter facultativo. No obstante, si la empresa afectada presenta los resultados de aplicar tal criterio durante el procedimiento administrativo, la autoridad de competencia está obligada a examinar su valor probatorio.

Costas

- 63 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

- 1) **El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las actuaciones llevadas a cabo por distribuidores que forman parte de la red de distribución de los productos o de los servicios de un productor que ocupa una posición dominante pueden imputarse a este si se demuestra que tales actuaciones no fueron adoptadas de manera independiente por dichos distribuidores, sino que forman parte de una política decidida unilateralmente por ese productor y aplicada a través de los referidos distribuidores.**
- 2) **El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando los contratos de distribución contienen cláusulas de exclusividad, una autoridad de competencia está obligada, para declarar la existencia de un abuso de posición dominante, a acreditar, a la luz de todas las circunstancias pertinentes y teniendo en cuenta, en particular, los análisis económicos que, en su caso, aporte la empresa en posición dominante en cuanto a la falta de capacidad de los comportamientos en cuestión para excluir del mercado a los competidores igual de eficientes que ella, que dichas cláusulas tienen la capacidad de restringir la competencia. El recurso al criterio del competidor igualmente eficiente tiene carácter facultativo. No obstante, si la empresa afectada presenta los resultados de aplicar tal criterio durante el procedimiento administrativo, la autoridad de competencia está obligada a examinar su valor probatorio.**

Firmas