



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NILS WAHL  
presentadas el 20 de octubre de 2016<sup>1</sup>

**Asunto C-413/14 P**

**Intel Corporation Inc.  
contra**

**Comisión Europea**

## Índice

I. Marco jurídico .....	4
II. Antecedentes del procedimiento .....	5
III. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida .....	8
IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes .....	8
V. Análisis de los motivos de casación .....	9
A. Observaciones preliminares .....	9
B. Sobre el primer motivo de casación, relativo al criterio jurídico que debe aplicarse a los llamados «descuentos por exclusividad» .....	11
1. Principales alegaciones de las partes .....	11
2. Análisis .....	11
a) Apreciación principal de los descuentos y pagos de la recurrente efectuada por el Tribunal General .....	12
i) Principios fundamentales derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de descuentos .....	13
ii) Las circunstancias del caso como medio para determinar si es probable que la conducta reprochada tenga efectos sobre la competencia .....	16
iii) Según la jurisprudencia, sólo existen dos tipos de descuentos .....	17

<sup>1</sup> Lengua original: inglés.

– Una presunción de ilegalidad por la forma no puede desvirtuarse .....	18
– Los descuentos de fidelización no siempre son perjudiciales .....	19
– Los efectos de los descuentos de fidelización dependen del contexto .....	19
– Prácticas similares exigen que se tome en consideración el conjunto de las circunstancias .....	21
iv) Conclusión provisional .....	22
b) Apreciación de la capacidad efectuada con carácter subsidiario por Tribunal General .....	22
i) Capacidad y/o probabilidad .....	23
ii) Elementos analizados por el Tribunal General para respaldar la conclusión de la existencia de un abuso .....	24
iii) Otras circunstancias .....	25
– Alcance en el mercado .....	26
– Duración .....	28
– Comportamiento en el mercado del competidor y caída de los precios .....	29
– El test AEC .....	30
c) Conclusión .....	32
C. Sobre el segundo motivo de casación, relativo al criterio del alcance en el mercado para determinar si una empresa ha abusado de su posición dominante .....	32
1. Principales alegaciones de las partes .....	32
2. Análisis .....	33
D. Sobre el tercer motivo de casación, relativo a la calificación de ciertos descuentos como «descuentos por exclusividad» .....	35
1. Principales alegaciones de las partes .....	35
2. Análisis .....	36
E. Sobre el cuarto motivo de casación, relativo al derecho de defensa .....	38
1. Principales alegaciones de las partes .....	38
2. Análisis .....	39
a) La reunión controvertida fue una entrevista en el sentido del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003 .....	40
b) La nota interna no subsanó el vicio procedimental .....	42
c) Consecuencias de no registrar la reunión controvertida .....	43

F. Sobre el quinto motivo de casación, relativo al ámbito de competencia .....	48
1. Principales alegaciones de las partes .....	48
2. Análisis .....	49
a) Observaciones generales ¿ejecución y/o efectos? .....	50
b) Apreciación de la aplicación de los criterios de competencia pertinentes por parte del Tribunal General .....	54
i) Sobre la ejecución .....	55
ii) Sobre los efectos «calificados» .....	56
G. Sobre el sexto motivo de casación, relativo al importe de la multa .....	58
1. Principales alegaciones de las partes .....	58
2. Análisis .....	58
VI. Consecuencias de la apreciación .....	60
VII. Conclusión .....	61

«Recurso de casación — Artículo 102 TFUE — Abuso de posición dominante — Descuentos de fidelización — Consideración de abuso — Criterio jurídico aplicable — Infracción única y continuada — Derecho de defensa — Artículo 19 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 — Entrevista relativa al objeto de una investigación — Competencia de la Comisión — Ejecución — Efectos»

1. Mediante el presente recurso de casación, Intel Corporation (en lo sucesivo, «Intel» o «recurrente») solicita al Tribunal de Justicia la anulación de la sentencia de 12 de junio de 2014, Intel/Comisión,<sup>2</sup> en virtud de la cual el Tribunal General desestimó su recurso de anulación de la Decisión de la Comisión C(2009) 3726 final, de 13 de mayo de 2009, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 82 [CE] (actualmente artículo 102 TFUE) y en el artículo 54 del Acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/C-3/37.990 — Intel) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

2. Este asunto plantea una serie de importantes cuestiones de principio. Entre ellas se encuentra la cuestión de la aplicación del concepto de «infracción única y continuada» en el contexto de lo que actualmente es el artículo 102 TFUE, la facultad que la Comisión debería tener para guardar constancia de las entrevistas que lleva a cabo durante sus investigaciones y el ámbito de la competencia de la Comisión para realizar investigaciones de infracciones originadas fuera de la Unión.

<sup>2</sup> T-286/09, en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2014:547.

<sup>3</sup> Para un resumen de dicha Decisión, véase el DO 2009, C 227, p. 13.

3. Asimismo, el presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de perfilar su jurisprudencia sobre el abuso de posición dominante con arreglo al artículo 102 TFUE. En concreto, se suscita la cuestión de si, a la luz de la jurisprudencia derivada de la sentencia Hoffmann-La Roche,<sup>4</sup> está justificado establecer una distinción entre distintos tipos de descuentos. Teniendo en cuenta dicha jurisprudencia, el Tribunal de Justicia debe determinar el criterio jurídico correcto que debe aplicarse en relación con un tipo específico de descuentos, que el Tribunal General denominó «descuentos por exclusividad» en la sentencia recurrida.

4. En particular, el Tribunal de Justicia debe determinar si el Tribunal General actuó acertadamente al considerar que los descuentos del tipo controvertido en el presente asunto son intrínsecamente contrarios a la competencia. Si dichos descuentos son contrarios a la competencia por su propia naturaleza, no sería necesario analizar el conjunto de las circunstancias del asunto para determinar si la conducta de que se trata es, de hecho, capaz de restringir la competencia en un determinado mercado.

## I. Marco jurídico

5. El considerando 25 del Reglamento (CE) n.º 1/2003<sup>5</sup> señala que la Comisión debe estar facultada, en particular, para interrogar a toda persona que pueda disponer de información útil y para guardar constancia de sus declaraciones.

6. El artículo 19 de dicho Reglamento hace referencia a la facultad de la Comisión para recabar declaraciones. Su apartado 1 tiene el siguiente tenor:

«Para la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento, la Comisión podrá oír a toda persona física o jurídica que acepte ser entrevistada a efectos de la recopilación de información en relación con el objeto de una investigación.»

7. El artículo 27, apartado 2, del citado Reglamento dispone:

«Los derechos de la defensa de las partes estarán garantizados plenamente en el curso del procedimiento. Tendrán derecho a acceder al expediente de la Comisión, sin perjuicio del interés legítimo de las empresas en la protección de sus secretos comerciales. No se podrá acceder a información de carácter confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros.»

8. El considerando 3 del Reglamento (CE) n.º 773/2004<sup>6</sup> establece que, cuando la Comisión realiza entrevistas, los declarantes han de ser informados de la finalidad de la entrevista y de cualquier constancia que pueda guardarse de la misma.

9. El artículo 3 de ese Reglamento versa sobre la facultad de la Comisión para recabar declaraciones. Establece lo siguiente:

«1. Cuando, en virtud del artículo 19 del Reglamento [n.º 1/2003], la Comisión entreviste a una persona con su consentimiento, le indicará al comienzo de la entrevista la base jurídica y el objeto de la entrevista y le recordará su carácter voluntario. Asimismo, informará al declarante de su intención de guardar constancia de la entrevista.»

4 Véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, en lo sucesivo, «sentencia Hoffmann-La Roche», EU:C:1979:36).

5 Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101] TFUE y [102] TFUE (DO 2003, L 1, p. 1).

6 Reglamento de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos [101] TFUE y [102] TFUE (DO 2004, L 123, p. 18).

2. La entrevista podrá realizarse por cualquier medio, incluido el teléfono o algún medio electrónico.
3. La Comisión podrá registrar, mediante cualquier procedimiento, las declaraciones hechas por los declarantes. Se pondrá a disposición de los declarantes una copia de sus declaraciones para su aprobación. Cuando sea necesario, la Comisión fijará un plazo para que los declarantes puedan comunicarle cualquier corrección que deba hacerse a la declaración tomada.»

## II. Antecedentes del procedimiento

10. Los hechos que originaron el litigio, según constan en la sentencia recurrida, pueden resumirse del modo siguiente.

11. Intel es una sociedad norteamericana que lleva a cabo el diseño, el desarrollo, la fabricación y la comercialización de microprocesadores (en lo sucesivo, «CPU»), chipsets (dispositivo de chips) y otros componentes semiconductores, así como soluciones para plataformas en el ámbito del tratamiento de datos y de los dispositivos de comunicación.

12. El 18 de octubre de 2000, Advanced Micro Devices (en lo sucesivo, «AMD») presentó a la Comisión una denuncia formal en virtud del Reglamento n.º 17,<sup>7</sup> que completó exponiendo nuevos hechos y alegaciones mediante una denuncia complementaria fechada el 26 de noviembre de 2003.

13. En mayo de 2004, la Comisión inició varias investigaciones centradas en algunas alegaciones formuladas en la denuncia complementaria de AMD.

14. El 17 de julio de 2006, AMD presentó una denuncia ante el Bundeskartellamt (Oficina Federal de Cárteles, Alemania), en la que afirmaba que Intel había establecido, en particular, prácticas comerciales de exclusión con Media-Saturn-Holding GmbH (en lo sucesivo, «MSH»), distribuidor europeo de aparatos microelectrónicos y primer distribuidor europeo de ordenadores de mesa. La Oficina Federal de Cárteles intercambió información con la Comisión en relación con este asunto.

15. El 23 de agosto de 2006, la Comisión celebró una reunión con el Sr. D1, directivo ejecutivo de Dell Inc., un cliente de Intel.<sup>8</sup> La Comisión no incluyó el orden del día de la reunión en el expediente del asunto ni levantó acta de la reunión. Un miembro del grupo encargado del expediente dentro de la Comisión redactó una nota, algún tiempo después de la reunión, que fue calificada como interna por parte de la Comisión. El 19 de diciembre de 2008, la Comisión facilitó a la recurrente una versión no confidencial de la citada nota.

16. El 26 de julio de 2007, la Comisión notificó a la recurrente un pliego de cargos (en lo sucesivo, «pliego de cargos de 2007») relativo a su conducta respecto de cinco grandes fabricantes de equipos informáticos (Original Equipment Manufacturers; en lo sucesivo, «OEM»), a saber, Dell, Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. e International Business Machines Corp (IBM).

17. El 17 de julio de 2008, la Comisión notificó a la recurrente un pliego de cargos adicional relativo a su conducta respecto a MSH y a Lenovo Group Ltd (en lo sucesivo, «Lenovo»). Incluía pruebas nuevas sobre la conducta de Intel respecto a algunos de los OEM aludidos en el pliego de cargos de 2007, que la Comisión había obtenido una vez comunicado éste.

<sup>7</sup> Reglamento del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [101] TFUE y [102 TFUE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

<sup>8</sup> Datos confidenciales omitidos. En lo sucesivo, con objeto de preservar su anonimato, el nombre de la persona en cuestión se sustituirá, al igual que en primera instancia, por la letra inicial del nombre de la empresa para la que dicha persona trabaja, seguida de un número.

18. Tras realizar varios trámites procedimentales, el 13 de mayo de 2009, la Comisión adoptó la Decisión impugnada, en la que declaró que, entre octubre de 2002 y diciembre de 2007, Intel había infringido el artículo 82 CE y el artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), al haber aplicado una estrategia destinada a excluir a un competidor, concretamente AMD, del mercado de CPU de arquitectura x86 (en lo sucesivo, «CPU x86»).

19. Dicha Decisión incluía las siguientes consideraciones.

20. Los productos controvertidos son CPU. La arquitectura x86 es una norma diseñada por Intel para sus CPU. Puede gestionar tanto sistemas operativos Windows como Linux. Windows está ligado principalmente a las instrucciones x86. Antes del año 2000 había varios fabricantes de CPU x86. Sin embargo, desde entonces la mayoría ha abandonado el mercado. Según la Decisión impugnada, Intel y AMD son prácticamente las dos únicas empresas que siguen fabricando CPU x86.

21. Además, la Comisión concluyó, en la Decisión impugnada, que el mercado de los productos en cuestión no era mayor que el mercado de CPU x86. Sin embargo, no respondió a la cuestión de si existe un mercado único de CPU x86 para todos los ordenadores o si procede distinguir entre tres mercados distintos de CPU x86, esto es, el de los ordenadores de oficina o de mesa, el de los ordenadores portátiles y el de los servidores. Según la Decisión impugnada, a la vista de las cuotas de mercado de Intel en cada uno de esos segmentos, la conclusión referente a la posición dominante sigue siendo la misma.

22. El ámbito del mercado geográfico en la Decisión impugnada era mundial.

23. En cuanto a la posición dominante, en el período de diez años examinado por la Comisión (entre 1997 y 2007), Intel mantuvo permanentemente cuotas de mercado iguales o superiores al 70 %. Por añadidura, la Comisión detectó obstáculos importantes a la entrada y a la expansión en el mercado de CPU x86. Tales obstáculos se derivan, en particular, de las inversiones irreversibles en investigación y desarrollo, propiedad intelectual e instalaciones de producción necesarias para fabricar las CPU x86. Basándose en las cuotas de mercado de Intel y en los obstáculos a la entrada y expansión en el mercado de que se trata, la Comisión concluyó que Intel había disfrutado de una posición dominante en dicho mercado, al menos, durante el período objeto de dicha Decisión, es decir, de octubre de 2002 a diciembre de 2007.

24. En la Decisión impugnada, la Comisión identificó dos tipos de conducta de Intel frente a sus socios comerciales, en concreto los descuentos condicionales y las llamadas «restricciones manifiestas».

25. En cuanto al primer tipo, Intel concedió descuentos a cuatro OEM, en particular, Dell, Lenovo, HP y NEC, supeditados a la condición de que le compraran la totalidad o la práctica totalidad de sus CPU x86. Intel también efectuó pagos a MSH con la condición de que ésta vendiera exclusivamente ordenadores equipados con CPU x86 de Intel.

26. Según la Decisión impugnada, los descuentos condicionales concedidos por Intel son descuentos de fidelidad. Por lo que se refiere a los pagos condicionales de Intel a MSH, la Comisión concluyó que el mecanismo económico de dichos pagos es equivalente al de los descuentos condicionales concedidos a los fabricantes OEM.

27. La Decisión impugnada también ofrece un análisis económico de la capacidad de los descuentos y de los pagos a MSH para excluir a un hipotético competidor que fuera tan eficiente como Intel (análisis del competidor igualmente eficiente; en lo sucesivo, «test AEC»).

<sup>9</sup> Ese análisis determina a qué precio un competidor tan eficiente como Intel tendría que haber ofrecido sus CPU para compensar a un OEM por la pérdida de un descuento que le hubiese concedido Intel.

28. A la luz de estas consideraciones, la Comisión concluyó que los descuentos condicionales y los pagos efectuados por Intel inducían a garantizar la fidelidad de los OEM estratégicos y de MSH. Estas prácticas tuvieron efectos adicionales, reduciendo notablemente la capacidad de los competidores para competir basándose en las ventajas de sus CPU x86. Por consiguiente, la conducta contraria a la competencia de Intel provocó una reducción de las opciones de los consumidores y menores incentivos a la innovación.

29. En lo que respecta al segundo tipo de conducta identificado en la Decisión impugnada, a saber, las «restricciones manifiestas», la Comisión consideró que Intel concedió pagos a tres OEM, en particular HP, Acer y Lenovo, a condición de que aplazaran o cancelaran la salida al mercado de productos equipados con CPU procedentes de AMD y/o impusieran restricciones a la distribución de dichos productos. La Comisión concluyó que la conducta de Intel en materia de restricciones manifiestas perjudicaba a la competencia, porque privaba a los clientes de una opción que, en otro caso, habrían tenido. A juicio de la Comisión, no se trataba de una competencia normal basada en las ventajas.

30. En la Decisión impugnada, la Comisión concluyó que cada uno de los comportamientos de Intel respecto de los OEM arriba mencionados y de MSH era un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE y que cada uno de dichos abusos, además, formaba parte de una única estrategia destinada a excluir a AMD, —único competidor importante de Intel— del mercado de las CPU x86. Por lo tanto, estos abusos constituyen una infracción única a efectos de lo dispuesto en el artículo 102 TFUE.

31. Con arreglo a las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1/2003 (en lo sucesivo, «Directrices de 2006»),<sup>10</sup> la Comisión impuso a la recurrente una multa de 1 060 millones de euros.

32. La Decisión impugnada declara lo siguiente:

«Artículo 1

Intel [...] ha infringido el artículo [102 TFUE] y el artículo 54 del Acuerdo EEE al cometer una infracción única y continuada desde octubre de 2002 hasta diciembre de 2007 al aplicar una estrategia destinada a excluir a los competidores del mercado de CPU x86, concretada en las siguientes acciones:

- a) Conceder descuentos a Dell entre diciembre de 2002 y diciembre de 2005, cuyo importe se supeditaba a que Dell comprase a Intel la totalidad de sus CPU x86.
- b) Conceder descuentos a HP entre noviembre de 2002 y mayo de 2005, cuyo importe se supeditaba a que HP comprase a Intel al menos el 95 % de las CPU x86 destinadas a sus ordenadores de mesa profesionales.
- c) Conceder descuentos a NEC entre octubre de 2002 y noviembre de 2005, cuyo importe se supeditaba a que NEC comprase a Intel al menos el 80 % de las CPU x86 destinadas a sus PC para clientes.
- d) Conceder descuentos a Lenovo entre enero de 2007 y diciembre de 2007, cuyo importe se supeditaba a que Lenovo comprase a Intel la totalidad de las CPU x86 destinadas a sus portátiles.
- e) Efectuar pagos a [MSH] entre octubre de 2002 y diciembre de 2007, cuyo importe estaba supeditado a que [MSH] sólo vendiera ordenadores equipados con CPU x86 de Intel.

<sup>10</sup> DO 2006, C 210, p. 2.

- f) Efectuar pagos a HP entre noviembre de 2002 y mayo de 2005, con la condición de que: i) HP orientase los ordenadores de mesa de HP equipados con CPU x86 de AMD destinados a las empresas hacia las pequeñas y medianas empresas y los clientes del sector gubernamental, educativo y médico, antes bien que a las grandes empresas; ii) HP prohibiera a sus socios distribuidores almacenar los ordenadores de mesa de HP equipados con CPU x86 de AMD destinados a las empresas de manera que los clientes sólo pudieran adquirirlos mediante pedido a HP (bien directamente, bien por medio de socios distribuidores de HP que desempeñaran la función de agentes comerciales); y iii) HP retrasara en seis meses la salida al mercado de su ordenador de mesa equipado con CPU x86 de AMD, destinado a las empresas de la región [Europa, Oriente Medio y África].
- g) Efectuar pagos a Acer entre septiembre de 2003 y enero de 2004, a condición de que Acer retrasara la salida al mercado de un ordenador portátil equipado con una CPU x86 de AMD.
- h) Efectuar pagos a Lenovo entre junio de 2006 y diciembre de 2006, a condición de que Lenovo demorase y finalmente cancelara la salida al mercado de sus ordenadores portátiles equipados con CPU x86 de AMD.»

### **III. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida**

33. Mediante recurso, interpuesto el 22 de julio de 2009, la recurrente solicitó al Tribunal General la anulación de la Decisión impugnada. La Association for Competitive Technology, Inc. (en lo sucesivo, «ACT») intervino en apoyo de Intel.
34. En la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó el recurso en su totalidad.

### **IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes**

35. Mediante su recurso de casación, presentado ante el Tribunal de Justicia el 26 de agosto de 2014, Intel solicita al Tribunal de Justicia que:
- Anule total o parcialmente la sentencia recurrida.
  - Anule total o parcialmente la Decisión impugnada.
  - Anule la multa impuesta o la reduzca sustancialmente.
  - Con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal General para que dicte sentencia de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia.
  - Condene a la Comisión a cargar con las costas del recurso de casación y del procedimiento ante el Tribunal General.
36. ACT ha presentado un escrito en apoyo de las pretensiones de la recurrente.
37. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y condene en costas a la recurrente.
38. Intel, ACT y la Comisión formularon observaciones orales en la vista celebrada el 21 de junio de 2016.



## V. Análisis de los motivos de casación

39. La recurrente invoca seis motivos en apoyo de su recurso de casación. Mediante el primer motivo de casación se alegan errores de Derecho en la calificación jurídica de los denominados «descuentos por exclusividad» por parte del Tribunal General. Mediante el segundo motivo de casación se invoca un error de Derecho en la determinación de la existencia de una infracción en 2006 y 2007 y en la apreciación de la importancia del alcance en el mercado. El tercer motivo de casación se basa en un error de Derecho en la calificación de determinados mecanismos de descuento como «descuentos por exclusividad», que únicamente afectaban a una pequeña parte de las compras de los clientes. El cuarto motivo de casación se basa en un supuesto error procedimental derivado de una interpretación incorrecta del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, en relación con el artículo 3 del Reglamento n.º 773/2004, sobre la inexistencia de la obligación de guardar constancia de una entrevista. Mediante el quinto motivo de casación se invoca una infracción del artículo 102 TFUE en relación con la competencia de la Comisión para aplicar el artículo 102 TFUE a los acuerdos de la recurrente con Lenovo en China durante 2006 y 2007. Por último, el sexto motivo de casación versa sobre la cuantía de la multa resultante de un error de Derecho relativo a la aplicación retroactiva de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas.

40. Abordaré todas esas cuestiones sucesivamente. Sin embargo, considero conveniente formular de antemano algunas observaciones preliminares sobre la estructura y finalidad del artículo 102 TFUE. Dichas observaciones serán el punto de partida del posterior análisis de los tres primeros motivos de casación.

### A. Observaciones preliminares

41. De entrada, las normas sobre competencia de la Unión tienen por objeto establecer un sistema en el que la competencia no sea falseada, como parte del mercado interior instaurado por la Unión.<sup>11</sup> A este respecto, no puede dejar de recordarse que las normas sobre competencia de la Unión confieren protección al proceso competitivo como tal, y no, por ejemplo, a los competidores.<sup>12</sup> En el mismo sentido, los competidores que se ven obligados a abandonar el mercado a raíz de una competencia feroz, pero no de una conducta contraria a la competencia, no están protegidos. Por consiguiente, no toda salida del mercado es necesariamente señal de conducta abusiva, sino de una competencia agresiva si bien sana y aceptable.<sup>13</sup> Ello se debe a que, por su carácter económico, la normativa sobre competencia pretende, en última instancia, mejorar la eficiencia. En mi opinión, la importancia que se atribuye a la eficiencia también queda claramente reflejada en la jurisprudencia de los tribunales de la Unión.

42. De esa afirmación se desprende de forma natural que la posición dominante, como tal, no se considera contraria al artículo 102 TFUE. Por el contrario, únicamente están prohibidas y, en consecuencia, sancionadas como *abuso* de posición dominante las conductas que constituyen una manifestación de poder en el mercado en detrimento de la competencia y, por ende, de los consumidores.

11 Véase la sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera (C-52/09, en lo sucesivo, «sentencia TeliaSonera», EU:C:2011:83), apartado 22 y jurisprudencia citada. Como establece el Tribunal de Justicia, el objetivo de las normas de competencia de la Unión es evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores, contribuyendo de esta forma a garantizar el bienestar económico en la Unión.

12 Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, el artículo 102 TFUE no está concebido para garantizar que competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante permanezcan en el mercado. Véase la sentencia de 27 de marzo de 2012, Post Danmark (C-209/10, en lo sucesivo, «sentencia Post Danmark I», EU:C:2012:172), apartados 21 y 22.

13 Sentencia Post Danmark I, apartados 21 y 22.

43. Un lógico corolario del objetivo de mejora de la eficiencia es que los *efectos* contrarios a la competencia de una determinada práctica revisten una importancia crucial. Al margen de que nos encontremos ante una aplicación simplificada de las normas de la competencia empleando por ejemplo, el concepto de «restricción por el objeto» en el marco del artículo 101 TFUE,<sup>14</sup> o ante la conducta de una única empresa comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE, las normas de competencia de la Unión pretenden abarcar las conductas que tienen efectos contrarios a la competencia. Hasta el momento no se ha considerado importante la forma de una práctica en particular.

44. En la sentencia recurrida, el Tribunal General distinguió entre tres tipos de descuentos: descuentos de cantidad, «descuentos por exclusividad» y descuentos basados en un mecanismo que puede inducir a garantizar la fidelidad. A diferencia de un sistema de descuentos exclusivamente basado en el volumen de compras (primer tipo), que refleja el aumento de eficiencia y las economías de escala, los sistemas de descuento por exclusividad (segundo tipo), según la clasificación empleada por el Tribunal General, son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada en el mercado interior. Esos descuentos están ligados al requisito de que el cliente adquiera todo o la mayor parte de lo que necesita de la empresa que ocupa una posición dominante.<sup>15</sup>

45. Además de los dos tipos de descuentos antes citados, la sentencia recurrida se refiere a un tipo residual de descuentos que tienen un efecto de fidelización, sin estar directamente ligados a una condición de abastecimiento exclusivo o casi exclusivo (tercer tipo). Dicho tipo incluye los descuentos retroactivos.<sup>16</sup> El Tribunal General estimó que los descuentos que pertenecen al tercer tipo son distintos de los «descuentos por exclusividad» basándose en que no están directamente vinculados a la exclusividad. Por esa razón, el Tribunal General admitió la necesidad de tomar en consideración *el conjunto de las circunstancias* para determinar si dichos descuentos pueden restringir la competencia.<sup>17</sup>

46. Habida cuenta del carácter condicionado de los descuentos, el Tribunal General clasificó los descuentos y pagos ofrecidos por la recurrente como «descuentos por exclusividad». Apoyándose en la jurisprudencia derivada de la sentencia Hoffmann-La Roche, el Tribunal General estimó que, para determinar si la empresa en cuestión había abusado de su posición dominante, bastaba con que los descuentos fueran «descuentos por exclusividad» del segundo tipo. Una vez probado ese extremo, ya no era necesario tomar en consideración «el conjunto de las circunstancias» para verificar si la conducta podía restringir la competencia. Cabía presumir tal posibilidad sólo sobre la base de la forma de la conducta. Según el Tribunal General, esto era así porque esos descuentos están concebidos, con carácter general, para privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o limitar dicha posibilidad y, en ese sentido, impedir que los clientes se abastezcan de los productores competidores.<sup>18</sup>

47. Conforme a esta metodología, la presunción de que los «descuentos por exclusividad» ofrecidos por una empresa en posición dominante dan lugar, en todo caso y sin excepción, a una exclusión contraria a la competencia impregna la totalidad de la sentencia recurrida. Sobre la base de esta presunción, el Tribunal General rechazó que el contexto resultara pertinente y, por añadidura, que fuera necesario analizar la capacidad de la conducta para surtir efectos contrarios a la competencia.

14 Véanse, sobre las ventajas de recurrir a ese mecanismo, mis conclusiones presentadas en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 35.

15 Sentencia recurrida, apartados 76 y 77. Véase, asimismo, la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 89.

16 Sentencia recurrida, apartados 75 y 78.

17 Sentencia recurrida, apartados 78 y 82.

18 Sentencia recurrida, apartados 76 y 77.

48. Habida cuenta de lo anterior, la posibilidad de que los motivos de casación primero, segundo y tercero prosperen depende, en última instancia, de que el Tribunal de Justicia considere correcta dicha presunción.

## **B. Sobre el primer motivo de casación, relativo al criterio jurídico que debe aplicarse a los llamados «descuentos por exclusividad»**

### ***1. Principales alegaciones de las partes***

49. En primer lugar, Intel alega, con el apoyo de ACT, que el Tribunal General cometió un error en la calificación jurídica de los denominados «descuentos por exclusividad», es decir, «descuentos de fidelidad en el sentido de lo declarado en la jurisprudencia Hoffmann-La Roche». <sup>19</sup> En su opinión, el Tribunal General erró al concluir que, a diferencia de lo que ocurre con otros descuentos y prácticas tarifarias, esos descuentos son capaces de forma intrínseca de restringir la competencia y, por tanto, son contrarios a la competencia sin necesidad de examinar las circunstancias relevantes de los descuentos de que se trata o la probabilidad de que dichos descuentos restrinjan la competencia. <sup>20</sup> En este contexto, la recurrente sostiene que el Tribunal General erró al confirmar la apreciación de un abuso sin tener en cuenta la probabilidad de la existencia de un perjuicio contrario a la competencia. Asimismo, Intel aduce que, en todo caso, el Tribunal General cometió un error al considerar, con carácter subsidiario, que los descuentos controvertidos en este asunto son capaces restringir la competencia. <sup>21</sup>

50. La Comisión sostiene que el primer motivo de casación debe ser desestimado. Arguye, en esencia, que este motivo de casación se basa en la falacia de que los «descuentos por exclusividad» son meras prácticas tarifarias. La Comisión alega que los «descuentos por exclusividad» son intrínsecamente distintos de otras prácticas tarifarias. En su opinión, los descuentos vinculados a la exclusividad presentan características que hacen que no sea preciso verificar si son capaces de restringir la competencia en un determinado caso. En particular, la Comisión considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de descuentos no respalda el punto de vista de la recurrente según el cual no debe trazarse distinción alguna entre los «descuentos por exclusividad» y otros descuentos que fomentan la fidelidad o, a este respecto, otras prácticas tarifarias.

51. En cuanto a la apreciación, con carácter subsidiario, del conjunto de las circunstancias, la Comisión estima que la recurrente no ha expuesto ningún argumento que ponga en entredicho la apreciación de la capacidad, efectuada con carácter subsidiario por el Tribunal General en la sentencia recurrida.

### ***2. Análisis***

52. El núcleo del enfoque del primer motivo de casación radica en determinar el criterio jurídico que ha de aplicarse a los llamados «descuentos por exclusividad». Dicho de otro modo, se trata de si el Tribunal General actuó acertadamente al considerar que no es preciso tomar en consideración «el conjunto de las circunstancias» para comprobar si dichos descuentos son capaces de surtir efectos contrarios a la competencia. Simplificando: si el Tribunal General actuó correctamente al considerar que, dada su forma, ni siquiera el contexto puede exculpar a los «descuentos por exclusividad».

<sup>19</sup> Sentencia recurrida, apartado 76.

<sup>20</sup> Sentencia recurrida, apartado 99.

<sup>21</sup> Sentencia recurrida, apartados 172 a 197.

53. En primer lugar, a diferencia de lo que sostiene la Comisión en sus observaciones escritas, considero que no hay ningún motivo por el que el Tribunal de Justicia no deba analizar el primer motivo de casación en su totalidad. Mediante dicho motivo, la recurrente pretende claramente censurar errores de Derecho de los que, en su opinión, adolece la calificación de los descuentos y pagos de Intel como «descuentos por exclusividad» distintos de otros descuentos que fomentan la fidelidad. En particular, censura que el Tribunal General considerara innecesario apreciar el conjunto de las circunstancias antes de llegar a la conclusión de que la conducta reprochada constituía un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE. Intel también rebate la apreciación sobre la «capacidad»<sup>22</sup> llevada a cabo con carácter subsidiario por el Tribunal General. Desde su punto de vista, dicha apreciación no tiene debidamente en cuenta varias circunstancias que resultan pertinentes a la hora de determinar si la conducta reprochada es capaz de restringir la competencia. Aunque está estrechamente vinculada al examen de los hechos, esa cuestión no puede quedar excluida del control judicial pues, en virtud del artículo 256 TFUE, el Tribunal de Justicia está facultado para controlar la calificación jurídica de tales hechos llevada a cabo por el Tribunal General y las conclusiones jurídicas que haya extraído de ellos.

54. En cuanto al fondo del primer motivo de casación, comenzaré examinando si el Tribunal General actuó acertadamente al considerar que, para apreciar los «descuentos por exclusividad» ofrecidos por Intel a los OEM controvertidos y las prácticas comerciales convenidas con MSH, no era necesario examinar «el conjunto de las circunstancias» con el fin de dilucidar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE. En este contexto, expondré los principios fundamentales de la jurisprudencia pertinente para demostrar que esa jurisprudencia exige apreciar el conjunto de las circunstancias. Como corolario lógico de dicha conclusión, pasaré a analizar la apreciación efectuada con carácter subsidiario por el Tribunal General sobre la capacidad de los descuentos ofrecidos por la recurrente para restringir la competencia.

#### ***a) Apreciación principal de los descuentos y pagos de la recurrente efectuada por el Tribunal General***

55. Como ya se ha señalado en los puntos 44 a 46 anteriores, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal General distinguió entre tres tipos de descuentos: los descuentos de cantidad (primer tipo), los «descuentos por exclusividad», supeditados a la condición de que el cliente adquiriera la totalidad o una gran parte de lo que necesita de la empresa en posición dominante (segundo tipo), y otros sistemas de descuentos en los que la concesión de un incentivo económico no está directamente ligada a un requisito de abastecimiento exclusivo o casi exclusivo (tercer tipo).<sup>23</sup>

56. En particular, el Tribunal General concluyó que los descuentos concedidos a Dell, HP, NEC y Lenovo, mencionados por la Comisión, concretamente, en el artículo 1, letras a) a d), de la Decisión impugnada, son «descuentos por exclusividad» incluidos en el segundo tipo. Ello se debe a que tales descuentos estaban supeditados a la condición de que esas empresas adquirieran de Intel, al menos en un segmento determinado, bien la totalidad de los CPU x86 que necesitaban (en el caso de Dell y Lenovo), bien una gran parte de ellos (en el presente asunto, el 95 % en el caso de HP y el 80 % en el caso de NEC).<sup>24</sup> En relación con los pagos concedidos a MSH, el Tribunal General estimó que la Comisión no estaba obligada a examinar las circunstancias del caso concreto, sino que tan sólo debía demostrar que la recurrente había concedido un incentivo económico supeditado a una condición de exclusividad.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Véanse, para más detalle, los puntos 110 y ss. de las presentes conclusiones.

<sup>23</sup> Sentencia recurrida, apartados 74 a 78.

<sup>24</sup> Sentencia recurrida, apartado 79.

<sup>25</sup> Sentencia recurrida, apartado 171.

57. En particular, basándose en la declaración efectuada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Hoffmann-La Roche,<sup>26</sup> el Tribunal General consideró que la calificación de un «descuento por exclusividad» como abusivo no depende del análisis de la capacidad de ese descuento para restringir la competencia a la luz de las circunstancias del asunto.<sup>27</sup>

58. La recurrente alega que esa conclusión no es conforme a Derecho. En particular, aduce que el Tribunal General ignoró indebidamente la pertinencia de lo declarado por el Tribunal de Justicia en otros asuntos sobre descuentos con arreglo al artículo 102 TFUE, así como en relación con otras prácticas tarifarias.

59. A continuación expondré los motivos por los que estoy de acuerdo con la recurrente.

*i) Principios fundamentales derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de descuentos*

60. Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desconfía de una serie de sistemas de descuento ofrecidos por empresas que ocupan una posición dominante. Ello se explica porque, por lo general, se considera que las empresas que ocupan una posición dominante tienen una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de la competencia en el mercado interior.<sup>28</sup> De dicha responsabilidad especial resulta que se considera que los mecanismos que, de un modo u otro, llevan a los clientes a aprovisionarse en la empresa que ocupa la posición dominante incitan a la fidelidad y, por consiguiente, son presuntamente abusivos.

61. De la jurisprudencia derivada de la crucial sentencia Hoffmann-La Roche se desprende que los descuentos sujetos a la condición de que el cliente adquiera todo o gran parte de lo que necesita de la empresa que está en posición dominante son presuntamente ilegales. Esa misma presunción de ilegalidad se aplica a otros descuentos que también incitan a la fidelidad, aunque no se apoyen formalmente en la exclusividad. El Tribunal de Justicia ha considerado contrarios a la competencia descuentos, ya sean retroactivos e individualizados, como ocurría en los asuntos en que recayeron las sentencias Michelin I,<sup>29</sup> British Airways<sup>30</sup> y Tomra,<sup>31</sup> o basados en la cuota de mercado e individualizados, como en el asunto en que recayó la sentencia Hoffmann-La Roche.<sup>32</sup> Hasta el momento, el único tipo de descuentos que se ha sustraído de la presunción de ilegalidad es el descuento basado en la cantidad. Tales descuentos están exclusivamente vinculados al volumen de compras efectuadas a una empresa en posición dominante.<sup>33</sup>

26 Sentencia Hoffmann-La Roche, apartados 89 y 90.

27 Sentencia recurrida, apartado 81.

28 Véase la sentencia de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, (322/81, en lo sucesivo, «sentencia Michelin I», EU:C:1983:313), apartado 57; véanse, asimismo, las sentencias de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión (C-202/07 P, EU:C:2009:214), apartado 105, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, en lo sucesivo, «sentencia Deutsche Telekom», EU:C:2010:603), apartado 176, y TeliaSonera, apartado 24.

29 Sentencia Michelin I, apartados 66 a 71, sobre los descuentos basados en objetivos de ventas.

30 Véase la sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, en lo sucesivo, «sentencia British Airways», EU:C:2007:166), apartado 52, sobre remuneraciones concedidas por las ventas en su conjunto.

31 Véase la sentencia de 19 de abril de 2012, Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P, en lo sucesivo, «sentencia Tomra», EU:C:2012:221), apartado 75, sobre los descuentos pertinentes en el recurso de casación.

32 Sentencia Hoffmann-La Roche, apartados 92 a 100.

33 Véase la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 90. Véase también la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión (T-203/01, en lo sucesivo, «sentencia Michelin II, EU:T:2003:250»), apartado 58. En ese segundo caso, el Tribunal General matizó la presunción de legalidad al considerar que no había tal presunción cuando los descuentos por cantidad incitan a la fidelidad.

62. Los descuentos y pagos ofrecidos por Intel pueden calificarse como descuentos de fidelización basados en la cuota de mercado.<sup>34</sup> Para poder acogerse a un descuento, el cliente debe cubrir un determinado porcentaje de sus necesidades acudiendo a la empresa en posición dominante. Como ya se ha indicado, basándose en la declaración realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Hoffmann-La Roche, el Tribunal General consideró que, cuando un descuento es un descuento por exclusividad perteneciente al segundo tipo, no es necesario apreciar si dicho descuento es capaz de restringir la competencia en las circunstancias del asunto.<sup>35</sup>

63. La sentencia Hoffmann-La Roche tenía por objeto un sistema de descuentos basado en la cuota de mercado y sujeto a la condición de que el cliente se aprovisionara en un determinado porcentaje acudiendo a la empresa en posición dominante. En particular, los descuentos se incrementaban en función del porcentaje de volumen de negocios que representaban las compras.<sup>36</sup> En ese asunto, el Tribunal de Justicia consideró que, salvo en determinadas circunstancias, los descuentos de fidelización no se basan en una prestación económica que justifique esa carga o esa ventaja. En cambio, según el Tribunal de Justicia, están concebidos para quitar al comprador, o limitarle, la posibilidad de elección en lo que respecta a sus fuentes de abastecimiento e impedir a otros productores el acceso al mercado.<sup>37</sup> Por consiguiente, según el Tribunal de Justicia, «para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores [...] mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, 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». <sup>38</sup> El Tribunal de Justicia declaró, además, que «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 por fidelidad, es decir, de bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente se abastezca en lo que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus necesidades —cualquiera que sea el importe, grande o pequeño, de sus compras— exclusivamente en la empresa que está en posición dominante». <sup>39</sup>

64. Al realizar esa crucial declaración, el Tribunal de Justicia no hizo mención de la necesidad de tener en cuenta el conjunto de las circunstancias a la hora de determinar si se ha acreditado un abuso de posición dominante de modo suficiente en Derecho.

65. Desde este punto de vista, quizás no sorprende la conclusión del Tribunal General.

66. Sin embargo, llegados a este punto procede señalar que, en la sentencia Hoffmann-La Roche, la conclusión relativa a la ilegalidad de los descuentos controvertidos se basó, no obstante, en un análisis en profundidad, *inter alia*, de las condiciones que rodeaban la concesión de los descuentos y su alcance en el mercado.<sup>40</sup> Sobre la base de dicha apreciación, el Tribunal de Justicia estimó que los descuentos de fidelización controvertidos en ese caso se habían concebido para, mediante la concesión de una ventaja económica, impedir que los clientes obtuvieran sus suministros de fabricantes competidores.

34 Según una posible definición, los descuentos de fidelización están supeditados a la condición de que un cliente efectúe una gran parte de sus compras, o una proporción cada vez mayor de ellas, a la empresa que otorga el descuento. Esos descuentos se aplican cuando el cliente rebasa un objetivo de ventas específico en un determinado período. El objetivo puede estar vinculado al incremento de las compras o a que se adquieran productos exclusivamente (o en un determinado porcentaje) a un proveedor, o a que se adquieran productos por encima de un determinado umbral fijado en función de las necesidades del cliente. Dicho de otro modo, un descuento de fidelización es un descuento ofrecido por un proveedor a un cliente por seguir siendo fiel a dicho proveedor. Véase OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, DAF/COMP(2008)29, 2008, p. 97. disponible en: <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>

35 Sentencia recurrida, apartados 80 y 81.

36 Véase, por ejemplo, el apartado 97 de la sentencia Hoffmann-La Roche.

37 Sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 90.

38 Véase la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 89.

39 Véase la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 89.

40 Véase la sentencia Hoffmann-La Roche, apartados 92 y ss.

67. Como señaló acertadamente el Tribunal General,<sup>41</sup> desde la sentencia Hoffman-La Roche, la jurisprudencia se ha centrado básicamente en elaborar criterios adecuados para determinar si una empresa ha abusado de su posición dominante recurriendo a sistemas de descuentos que no están directamente sujetos a la condición de suministro exclusivo o casi exclusivo. Se trata de descuentos que, conforme a la clasificación empleada en la sentencia recurrida, están comprendidos en el tercer tipo.

68. En su jurisprudencia posterior, el Tribunal de Justicia ha reiterado el principio derivado de la sentencia Hoffmann-La Roche referente al carácter presuntamente abusivo de los descuentos de fidelización. Sin embargo, como observó acertadamente ACT en la vista, en la práctica ha tomado sistemáticamente en consideración «el conjunto de las circunstancias» a la hora de apreciar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE.

69. En la sentencia Michelin I, relativa al descuento por objetivos, el Tribunal de Justicia declaró que procede apreciar el conjunto de las circunstancias en relación con un sistema de descuentos que no está basado en ningún compromiso de exclusividad ni en la obligación de cubrir una determinada proporción de sus necesidades acudiendo a la empresa en posición dominante.<sup>42</sup> En otros asuntos posteriores sobre descuentos no supeditados directamente a una condición de exclusividad, el Tribunal de Justicia ha declarado que, a fin de determinar si la empresa ha explotado de manera abusiva su posición dominante, procede apreciar los criterios y condiciones de concesión del descuento, y examinar si dicho descuento pretende, mediante la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia.<sup>43</sup>

70. Sin embargo, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmar un principio sobre el carácter presuntamente abusivo no es lo mismo que eludir la toma en consideración de las circunstancias en un caso concreto. De hecho, la sentencia recurrida constituye uno de los escasos supuestos en los que la declaración del Tribunal de Justicia en la sentencia Hoffmann-La Roche se ha aplicado de forma literal, sin analizar las circunstancias del caso antes de concluir que una empresa explotó de manera abusiva su posición dominante.<sup>44</sup> Para justificar este estricto planteamiento con respecto a los «descuentos por exclusividad», en la sentencia recurrida el Tribunal General consideró que los descuentos y pagos ofrecidos por Intel estaban sujetos a la condición de exclusividad (de forma análoga, si bien no idéntica, a lo que ocurría en el asunto en que recayó la sentencia Hoffmann-La Roche, pues no existía una obligación formal de exclusividad). Dicha circunstancia distingue el presente asunto de los mencionados en el punto anterior.

71. Por consiguiente, fácilmente podría concluirse que, aparentemente, la sentencia recurrida sólo reitera la jurisprudencia existente y la aplica a la conducta de Intel.

72. Sin embargo, esa conclusión pasaría por alto la importancia del contexto jurídico y económico, de conformidad con esa misma jurisprudencia.

41 Sentencia recurrida, en particular, apartados 82 y 83.

42 Véase la sentencia Michelin I, apartado 73.

43 Véanse, en particular, las sentencias British Airways, apartado 67, y Tomra, apartado 71.

44 Véase, para los otros dos asuntos aislados, las sentencias de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (C-62/86, EU:C:1991:286), apartado 149, y de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171), apartado 44. Sin embargo, es importante destacar que el tratamiento que el Tribunal de Justicia dispensó a la obligación de suministro exclusivo en el asunto AKZO/Comisión se enmarca en el contexto de múltiples abusos cometidos por AKZO. Asimismo, la declaración categórica efectuada por el Tribunal de Justicia en el asunto Almelo era una respuesta a la petición de decisión prejudicial que se limita, evidentemente, a los hechos del asunto.

*ii) Las circunstancias del caso como medio para determinar si es probable que la conducta reprochada tenga efectos sobre la competencia*

73. En este apartado explicaré por qué motivo el abuso de posición dominante nunca se puede acreditar de forma abstracta: aun en el caso de prácticas presuntamente ilegales, el Tribunal de Justicia ha examinado sistemáticamente el contexto jurídico y económico de la conducta reprochada. En este sentido, la apreciación del contexto de la conducta analizada es un corolario necesario para determinar si se ha producido un abuso de posición dominante. No es sorprendente. La conducta examinada debe, al menos, poder excluir a los competidores del mercado para quedar comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE.<sup>45</sup>

74. Incluso una rápida lectura de los asuntos citados en los puntos 66 a 69 anteriores demuestra que la jurisprudencia no omite el examen del contexto jurídico y económico de la conducta o, empleando la fórmula estándar acuñada en la jurisprudencia relativa al artículo 102 TFUE, «el conjunto de las circunstancias», para determinar si una empresa ha explotado de forma abusiva su posición dominante. Así ocurre tanto con los descuentos sujetos a la condición de exclusividad como con otro tipo de mecanismos que incitan a la fidelidad.

75. Por consiguiente, en mi opinión, la interpretación que el Tribunal General ha realizado de la sentencia Hoffmann-La Roche pasa por alto una cuestión importante. A diferencia de lo que se afirma en la sentencia recurrida,<sup>46</sup> en la sentencia Hoffmann-La Roche el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta varias circunstancias referentes al contexto jurídico y económico de los descuentos al declarar que la empresa había explotado de forma abusiva su posición dominante. Es cierto que dicha sentencia no declara expresamente que es imprescindible efectuar un análisis del conjunto de las circunstancias para determinar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante. No obstante, como ya se ha indicado en el punto 66 anterior, un análisis más detallado de la sentencia demuestra que el Tribunal de Justicia examinó con encomiable detalle las particularidades del mercado farmacéutico controvertido, el alcance de los descuentos en el mercado así como los términos y condiciones de los contratos celebrados entre la empresa en posición dominante y sus clientes.<sup>47</sup> A la luz de ese detallado análisis del contexto jurídico y económico de los descuentos, a saber, las condiciones de concesión de los descuentos, su alcance en el mercado y la duración de los acuerdos de descuento, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que los descuentos de fidelización son ilegales salvo en casos excepcionales.<sup>48</sup>

76. Como el Tribunal General reconoció en la sentencia recurrida,<sup>49</sup> salvo la sentencia Hoffmann-La Roche, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de sistemas de descuentos (distintos de los meramente basados en la cantidad) establece de forma expresa y reiterada que es particularmente importante tener en cuenta el conjunto de las circunstancias para determinar si el comportamiento reprochado constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE.<sup>50</sup> No es sorprendente. Aparte del asunto Hoffmann-La Roche, no tengo conocimiento de ningún otro en el que el Tribunal de Justicia haya analizado obligaciones de suministro exclusivo análogas a las controvertidas en ese asunto. Por tanto, no sorprende que la necesidad de tener en cuenta el conjunto de las circunstancias se reiterara en la sentencia Post Danmark II, dictada en un procedimiento prejudicial después de que se hubiera pronunciado la sentencia recurrida, en relación con descuentos retroactivos no supeditados a una obligación de exclusividad.<sup>51</sup>

45 Véanse, para más detalles, los puntos 109 y ss. de las presentes conclusiones, sobre el grado de probabilidad exigido para concluir que una determinada conducta constituye un abuso.

46 Sentencia recurrida, apartado 81.

47 Sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 82.

48 Sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 90.

49 Sentencia recurrida, apartados 82 a 84.

50 Véanse las sentencias Michelin I, apartado 73; British Airways, apartado 67, y Tomra, apartado 71. Véase, asimismo, la sentencia de 9 de septiembre de 2010, Tomra Systems y otros/Comisión (T-155/06, EU:T:2010:370), apartado 215.

51 Sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark (C-23/14, en lo sucesivo, «sentencia Post Danmark II»), EU:C:2015:651, apartado 68.



77. Ahora bien, ¿qué *entraña* apreciar «el conjunto de las circunstancias»?

78. Desde mi punto de vista, el análisis del «contexto» —o del «conjunto de las circunstancias», como se denomina en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— persigue simplemente, pero de forma esencial, comprobar si ha quedado acreditado, de modo suficiente en Derecho, que una empresa ha explotado de forma abusiva su posición dominante.<sup>52</sup> Incluso en el caso de conductas que parecen claramente excluyentes, como las ventas a pérdida, no puede pasarse por alto el contexto.<sup>53</sup> En caso contrario, una conducta que, eventualmente, no sea capaz de restringir la competencia, quedaría comprendida en el ámbito de aplicación de una prohibición general. Dicha prohibición general también correría el riesgo de englobar y sancionar conductas que fomentan la competencia.

79. Por ese motivo, el contexto es esencial.

*iii) Según la jurisprudencia, sólo existen dos tipos de descuentos*

80. A efectos del artículo 102 TFUE, los descuentos de fidelización son, en mi opinión, prácticamente equivalentes a una restricción por el objeto en el sentido del artículo 101 TFUE. Ello se debe a que los descuentos de fidelización, al igual que las restricciones por el objeto, son presuntamente ilegales. Sin embargo, como ya he señalado en el punto 61 anterior, los descuentos de fidelización deben interpretarse en el sentido de que no sólo incluyen los descuentos sujetos a la condición de que el cliente adquiera todo o la mayor parte de lo que necesita de la empresa en posición dominante, sino también otros mecanismos de determinación del precio ligados a que el cliente alcance un determinado objetivo.

81. A diferencia de lo que el Tribunal General declaró en la sentencia recurrida, la jurisprudencia distingue *dos* tipos de descuento, *no tres*. Por un lado, algunos descuentos son presuntamente legales, como los descuentos de cantidad.<sup>54</sup> Cualquier examen de la legalidad (o ilegalidad) de dichos descuentos exige necesariamente un análisis pormenorizado de sus efectos reales o potenciales. Dichos descuentos no constituyen el objeto del presente procedimiento.

82. Por otra parte, para los descuentos de fidelización (presuntamente ilegales), estén o no directamente supeditados a una condición de exclusividad, el Tribunal de Justicia aplica un planteamiento que coincide, en cierta medida, con el del mecanismo de las restricciones por el objeto con arreglo al artículo 101 TFUE. Ello se debe a que, también de conformidad con dicha disposición, para determinar si un determinado comportamiento constituye una restricción por el objeto, es preciso analizar, en primer lugar, el contexto jurídico y económico de la conducta reprochada a efectos de excluir cualquier otra explicación plausible para ella. Dicho de otro modo, nunca se pasa por alto el contexto concreto de la conducta reprochada.

83. Como ya he observado anteriormente, en la sentencia Hoffmann-La Roche el Tribunal de Justicia tuvo debidamente en cuenta el conjunto de las circunstancias. Posteriormente, el Tribunal de Justicia formuló expresamente ese requisito en la sentencia Michelin I, relativa a descuentos que no están directamente supeditados a una condición de exclusividad. Ese requisito ha sido posteriormente perfilado en asuntos como British Airways, Michelin II y Tomra. El análisis del conjunto de las circunstancias tiene como finalidad determinar si se ha acreditado la existencia de un abuso de posición dominante de modo suficiente en Derecho y si, como consecuencia de ello, los descuentos pueden dar lugar a una exclusión contraria a la competencia.

<sup>52</sup> Véanse los puntos 168 y ss. de las presentes conclusiones.

<sup>53</sup> Véase, en este sentido, la sentencia Post Danmark I, apartado 44.

<sup>54</sup> Véase la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 90. Véase, asimismo, la sentencia Michelin II, apartado 58.

84. Sin embargo, en la sentencia recurrida el Tribunal General fue un paso más allá. Al aplicar la declaración del Tribunal de Justicia contenida en la sentencia Hoffmann-La Roche de forma literal, sin ubicarla en su contexto, distinguió un subtipo de descuento de fidelidad, que denominó «descuentos por exclusividad», de otros tipos de descuentos que incitan a la fidelidad.<sup>55</sup> De este modo, creó un «tipo más genérico» de descuentos para el cual no es preciso tomar en consideración el conjunto de las circunstancias para concluir que la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE. Más importante aún es que el carácter abusivo de dichos descuentos se presume de forma abstracta, exclusivamente por su forma.

85. Ese paso no es, en modo alguno, un paso metodológico evidente. Los cuatro motivos que se exponen a continuación explican por qué.

– *Una presunción de ilegalidad por la forma no puede desvirtuarse*

86. En primer lugar, si se admitiera que los «descuentos por exclusividad» constituyen un tipo de descuentos distinto que debe diferenciarse de los otros sistemas de descuentos que incitan a la fidelidad, la presunción subyacente de ilegalidad ya no podría desvirtuarse.<sup>56</sup> Ello se debe a que dicha prohibición se basa en la *forma* de la conducta, no en sus *efectos*.

87. En efecto, la sentencia recurrida parece tomar como punto de partida que los «descuentos por exclusividad» que ofrecen las empresas en posición dominante no pueden tener, en ningún caso, efectos beneficiosos sobre la competencia. Según el Tribunal General, esto sucede porque la competencia se ve restringida por la mera existencia de la posición dominante.<sup>57</sup> Ese planteamiento supone negar la posibilidad, ya aceptada en la sentencia Hoffmann-La Roche<sup>58</sup> y reiterada en la sentencia recurrida,<sup>59</sup> de que se pueda invocar un motivo de justificación objetivo (de fomento de la competencia) para utilizar los descuentos en cuestión.

88. A diferencia de lo que la Comisión observó durante la vista, no hay ninguna consideración ligada a la eficiencia, o de otro tipo, que permita a la empresa justificar el recurso a «descuentos por exclusividad» cuando la prohibición se centra en su forma y no en sus efectos.<sup>60</sup> En efecto, al margen de los efectos que tenga, la forma no cambia. Ello resulta problemático. Como el Tribunal General señaló acertadamente en la sentencia recurrida<sup>61</sup> y la propia Comisión reconoció en sus observaciones escritas, la empresa en posición dominante debería poder justificar el recurso a un sistema de descuentos, aportando pruebas de que el efecto de exclusión resultante puede verse contrarrestado, o incluso rebasado con mejoras de la eficacia.<sup>62</sup>

55 Sentencia recurrida, apartados 92 y 93. Este subtipo de descuentos de fidelización se ha descrito como «*opciones de exclusividad*» que operan mediante el ejercicio de una cierta influencia. Petit, N., «Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFUE», *European Competition Journal*, vol. 11, n.º 1, 2015, pp. 26 a 28.

56 Véase la sentencia recurrida, apartado 94.

57 Véase la sentencia recurrida, apartado 89.

58 Véase la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 89.

59 Véase lo declarado en el apartado 81 de la sentencia recurrida.

60 Sentencia recurrida, apartado 89.

61 Sentencia recurrida, apartado 81.

62 Véanse las sentencias British Airways, apartados 85 y 86 y jurisprudencia citada, y Post Danmark I, apartados 40 y 41 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 90. En ella, el Tribunal de Justicia señaló que una empresa también puede justificar el recurso a los descuentos cuando, en circunstancias excepcionales, un acuerdo entre empresas está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 3.

– *Los descuentos de fidelización no siempre son perjudiciales*

89. En segundo lugar, únicamente está justificado crear una «categoría más genérica» de descuentos si se considera que los acuerdos supeditados a la exclusividad no presentan ninguna característica positiva, al margen de las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, paradójicamente, el propio Tribunal General admitió que las condiciones de exclusividad también pueden surtir efectos beneficiosos. No obstante, negó que fuera necesario analizar esos efectos, alegando que, debido a la posición dominante de la empresa en el mercado, la competencia ya está indiscutiblemente restringida.<sup>63</sup>

90. Ni la experiencia ni el análisis económico apuntan de forma inequívoca a que los descuentos de fidelización sean, como regla general, perjudiciales o contrarios a la competencia, aunque sean ofrecidos por empresas en posición dominante.<sup>64</sup> Ello se debe a que los descuentos fomentan la rivalidad, que es la propia esencia de la competencia.

91. Ahora bien, es cierto que la principal preocupación en materia de competencia en relación con los descuentos surge cuando los clientes de una empresa en posición dominante deben adquirir un porcentaje de sus productos y/o cuando el descuento está supeditado a que el cliente adquiera todo (o una parte significativa) de lo que necesita de tal empresa. Ello puede considerarse un argumento para tratar los «descuentos por exclusividad» de manera más estricta. Pues bien, otros tipos de descuento pueden tener un efecto distorsionador similar. Ello es así incluso cuando el mecanismo no esté expresamente ligado a la exclusividad.<sup>65</sup>

92. En efecto, como ilustra claramente la jurisprudencia, los mecanismos que incitan a la fidelidad pueden revestir distintas formas. Como sucedía en los asuntos Hoffmann-La Roche<sup>66</sup> y Tomra,<sup>67</sup> el mecanismo de fidelidad puede ser inherente a la exigencia de que el cliente adquiera la totalidad o la mayor parte de los productos que necesita de la empresa en posición dominante. También puede revestir la forma de objetivos de venta individualizados<sup>68</sup> o incentivos,<sup>69</sup> que no están necesariamente ligados a un porcentaje concreto de necesidades o de ventas.

93. A la luz de lo anterior, no hay ningún motivo objetivo por el que los descuentos del segundo tipo deban recibir un trato más estricto que los del tercero.

– *Los efectos de los descuentos de fidelización dependen del contexto*

94. En tercer lugar, la doctrina económica contemporánea suele insistir en que los efectos de la exclusividad dependen del contexto.<sup>70</sup> En cambio, pocos autores negarían que los descuentos de fidelización, en particular, pueden tener, en función de las circunstancias, efectos de exclusión contrarios a la competencia.

<sup>63</sup> Sentencia recurrida, apartados 89 a 94.

<sup>64</sup> OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, *op. cit.*, pp. 9 y 21. Véanse, asimismo, las 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 37, en lo que respecta a los descuentos condicionales. La Comisión señala que dichos descuentos pueden utilizarse para captar más demanda y, de este modo, estimular la demanda y beneficiar a los consumidores. Véase, asimismo, Neven, D., «A structured assessment of rebates contingent on exclusivity», *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, n.º 1, 2015, p. 86.

<sup>65</sup> OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, *op. cit.*, p. 9.

<sup>66</sup> Sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 89.

<sup>67</sup> Sentencia Tomra, apartado 70.

<sup>68</sup> Véase la sentencia Michelin I, apartado 72.

<sup>69</sup> Véase la sentencia British Airways, apartado 75.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, Neven, D., *op. cit.*, p. 39. La exclusión depende, entre otras cosas, de las ventas no abiertas a la competencia, del poder de los incentivos que se obtienen mediante la obligación de exclusividad sobre las ventas no abiertas a la competencia, del grado de competencia entre compradores, de la incidencia de las economías de escala y de si los descuentos se dirigen a compradores que compiten contra empresas que compran de competidores.

95. Esa concienciación sobre la dependencia del contexto también permite explicar por qué, en su reciente jurisprudencia sobre el artículo 102 TFUE, el Tribunal de Justicia ha insistido en la importancia de tomar en consideración el conjunto de las circunstancias. Así lo hizo, entre otras, en la sentencia Tomra. Es cierto que, como observó el Tribunal General,<sup>71</sup> los descuentos analizados en casación en el asunto Tomra eran descuentos retroactivos individualizados, es decir, pertenecientes al tercer tipo, conforme a la clasificación efectuada en la sentencia recurrida. Sin embargo, en la sentencia Tomra, el Tribunal de Justicia no estableció una distinción expresa entre los descuentos pertenecientes al segundo tipo y al tercero. Se limitó a señalar que cuando los descuentos están sujetos a la condición de que el cliente obtenga la totalidad o la práctica totalidad de lo que necesita de la empresa en posición dominante, es preciso tener en cuenta el conjunto de las circunstancias para determinar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante.<sup>72</sup>

96. Las partes extraen conclusiones contrapuestas de lo declarado por el Tribunal de Justicia. Ambas admiten que zanja de una vez por todas la controversia sobre el criterio jurídico que ha de aplicarse a los «descuentos por exclusividad». Sin embargo, discrepan sobre cuál es ese criterio.

97. En mi opinión, lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Tomra no sirve de ayuda en este asunto. Como ponen de manifiesto las interpretaciones diametralmente opuestas de las partes, la terminología empleada en esa sentencia en relación con el tipo de descuentos que deberían estar sujetos a una apreciación del conjunto de las circunstancias es, simplemente, demasiado ambigua.

98. Más bien cabe cuestionarse si la distinción realizada en la sentencia recurrida por el Tribunal General entre las sentencias Tomra y Hoffmann-La Roche está justificada. En este sentido, procede realizar dos observaciones.

99. Por un lado, como ocurría en el asunto Tomra, los descuentos analizados en la sentencia Hoffmann-La Roche presentaban algunas de las características propias de los descuentos retroactivos individualizados. De hecho, varios contratos examinados en el asunto Hoffmann-La Roche no sólo contenían una cláusula de descuento referida a la mayor parte de las necesidades del comprador. También incluían cláusulas que preveían un descuento, cuyo porcentaje debía incrementarse en función de que se hubiera alcanzado el porcentaje de necesidades estimadas del comprador durante el período de referencia.<sup>73</sup> Por otro lado, aun admitiendo que dicha distinción esté justificada por una supuesta diferencia intrínseca entre los descuentos objeto de ambos asuntos —lo cual, en mi opinión, *no sucede*— el Tribunal de Justicia no pasó por alto en absoluto el contexto de los descuentos criticados en el asunto Hoffmann-La Roche. ¿Por qué habría de hacerlo en el asunto Tomra, más de tres décadas después?

100. En todo caso, la diferencia entre los descuentos controvertidos en los asuntos Tomra y Hoffmann-La Roche es más de grado que de naturaleza. Lo mismo cabe afirmar sobre el asunto Post Danmark II, en el que recientemente se confirmó la pertinencia del contexto y del conjunto de las circunstancias para determinar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Sentencia recurrida, apartado 97.

<sup>72</sup> Véase, la sentencia Tomra, apartados 70 y 71, que remiten a la sentencia Michelin I, apartados 71 y 73.

<sup>73</sup> Véase la sentencia Hoffmann-La Roche, apartado 97.

<sup>74</sup> Sentencia Post Danmark II, apartado 68.

– *Prácticas similares exigen que se tome en consideración el conjunto de las circunstancias*

101. En cuarto y último lugar, como señala oportunamente la recurrente, la jurisprudencia en materia de prácticas tarifarias y compresión de márgenes exige que se tenga en cuenta el conjunto de las circunstancias para determinar si la empresa en cuestión ha explotado de forma abusiva su posición dominante.<sup>75</sup>

102. El Tribunal General rechazó que dicha jurisprudencia fuera pertinente alegando que, a diferencia de lo que ocurre con los incentivos al suministro exclusivo, un determinado precio no puede ser abusivo en sí mismo y por sí sólo.<sup>76</sup> Pues bien, la sentencia recurrida considera que los descuentos de Intel son contrarios a la competencia por el precio.<sup>77</sup> A mi juicio, negar la pertinencia de esta jurisprudencia resulta problemático. Da lugar a una distinción injustificada entre distintos tipos de prácticas tarifarias. En efecto, los descuentos de fidelización, las prácticas de compresión de márgenes y los precios predatorios presentan todos ellos la característica común de dar lugar a una «exclusión basada en el precio».<sup>78</sup>

103. Huelga decir que es de extrema importancia que el criterio jurídico que se aplica a un tipo de conducta sea coherente con los aplicados a prácticas comparables. Una clasificación jurídica fundada y coherente no sólo beneficia a las empresas, al ofrecer una mayor seguridad jurídica, sino que también ayuda a las autoridades de la competencia a aplicar el Derecho de la competencia. No sucede lo mismo con las clasificaciones arbitrarias.

104. El Tribunal de Justicia parece estar de acuerdo. En la reciente sentencia *Post Danmark II*, el Tribunal de Justicia aplicó la jurisprudencia en materia de prácticas tarifarias y compresión de márgenes para sustentar sus conclusiones en relación con un sistema de descuentos ofrecido por una empresa en posición dominante.<sup>79</sup> Es cierto, no obstante, que la sentencia *Post Danmark II* también puede interpretarse en el sentido de que apoya la tesis de que, en el caso de los «descuentos por exclusividad» podría no ser necesario tener en cuenta el conjunto de las circunstancias.<sup>80</sup> Ello se debe a que, en ese asunto, el Tribunal de Justicia diferenció los descuentos en cuestión de los basados en una obligación de exclusividad antes de declarar que debe tomarse en consideración el conjunto de las circunstancias para determinar si una empresa en posición dominante ha explotado de forma abusiva dicha posición. En efecto, los descuentos retroactivos examinados por el Tribunal de Justicia en ese asunto se asemejaban, a lo sumo, a aquellos que la sentencia recurrida consideró descuentos que incitan a la fidelidad pertenecientes al tercer tipo.<sup>81</sup>

105. Como ya he explicado, dicha distinción no obedece a ninguna diferencia (puesto que la diferencia radica más en la forma que en los efectos). Sin embargo, lo fundamental es que esa interpretación de la referida sentencia sería contraria al planteamiento adoptado por el Tribunal de Justicia, pronunciándose en Gran Sala, en la sentencia *Post Danmark I*, en la que declaró que, en lo que atañe a las prácticas tarifarias, debe tenerse en cuenta el conjunto de las circunstancias.<sup>82</sup> En efecto, es revelador que el Tribunal de Justicia reiterara, en otra parte de su sentencia *Post Danmark II* —y, en ese caso, sin distinguir entre distintos tipos de sistemas de descuento— que «la apreciación de la

75 Véanse las sentencias *Deutsche Telekom*, apartado 175; *TeliaSonera*, apartado 76, y *Post Danmark I*, apartado 26.

76 Sentencia recurrida, apartado 99.

77 Sentencia recurrida, apartado 93.

78 DG Competition discussion paper on the application of Article [102 TFUE] to exclusionary abuses, 2005, p. 23. disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> Véase, asimismo, OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, *op. cit.*, p. 26. Ese documento también establece que los descuentos constituyen una forma de prácticas tarifarias.

79 Sentencia *Post Danmark II*, apartado 55 y jurisprudencia citada, sobre el test AEC.

80 Sentencia *Post Danmark II*, apartados 27 a 29.

81 Sentencia *Post Danmark II*, apartados 23 a 25.

82 Sentencia *Post Danmark I*, apartado 26.

capacidad de un sistema de descuentos para restringir la competencia debe realizarse teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes». <sup>83</sup> Seguramente lo hizo con el fin de garantizar un planteamiento jurisprudencial coherente para la apreciación de conductas comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE.

*iv) Conclusión provisional*

106. Habida cuenta de todo lo anterior, considero que los «descuentos por exclusividad» no constituyen un tipo independiente y único de descuentos que no exige que se tome en consideración el conjunto de las circunstancias para determinar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante. Por consiguiente, en mi opinión, el Tribunal General cometió un error de Derecho al considerar que los «descuentos por exclusividad» pueden calificarse como abusivos sin analizar la capacidad de dichos descuentos para restringir la competencia en función de las circunstancias del caso.

107. Dicho esto, el Tribunal General emprendió, con carácter subsidiario, una apreciación detallada de si los descuentos y pagos ofrecidos por la recurrente eran capaces de restringir la competencia. Es decir, indagó sobre «el conjunto de las circunstancias». Por ello, la conclusión sobre la existencia de un error de Derecho extraída en el punto anterior no entraña necesariamente que deba anularse la sentencia recurrida. Por el contrario, únicamente podrá llegarse a esa conclusión si la apreciación efectuada por el Tribunal General con carácter subsidiario adolece de un error de Derecho.

108. Por lo tanto, es preciso abordar ahora el análisis de dicha apreciación efectuada con carácter subsidiario.

***b) Apreciación de la capacidad efectuada con carácter subsidiario por Tribunal General***

109. La recurrente formula, en esencia, tres alegaciones que cuestionan la apreciación efectuada por el Tribunal General con carácter subsidiario. En primer lugar, sostiene que el Tribunal General cometió un error de Derecho al confirmar la conclusión de la Comisión de que se había cometido un abuso sin tener en cuenta la probabilidad de la existencia de efectos contrarios a la competencia. En segundo lugar, los elementos que el Tribunal General tuvo en cuenta eran irrelevantes o se valoraron de forma incorrecta. En tercer lugar, el Tribunal General no apreció correctamente otros elementos que son determinantes para concluir que se ha producido un abuso.

110. La Comisión arguye que no hay ningún umbral superior de «probabilidad» que deba alcanzarse (en comparación con el criterio de la «capacidad») para determinar la existencia de un abuso de posición dominante: basta con la capacidad. A su juicio, las alegaciones de la recurrente no ponen en entredicho las conclusiones recogidas en la sentencia recurrida acerca de la capacidad de la conducta de Intel para restringir la competencia.

111. En sus alegaciones, la recurrente cuestiona el criterio jurídico que se aplicó en la sentencia recurrida para comprobar si la conducta reprochada era capaz de restringir la competencia. En primer lugar, ¿qué grado de probabilidad se exige en la apreciación de la capacidad? En segundo lugar, ¿cuáles son las circunstancias pertinentes que han de tomarse en consideración para determinar si la conducta de que se trata es capaz de restringir la competencia? Analizaré ambas cuestiones sucesivamente.

<sup>83</sup> Sentencia Post Danmark II, apartado 68.

*i) Capacidad y/o probabilidad*

112. La recurrente aduce que el Tribunal General cometió un error de Derecho al confirmar la conclusión de que se había cometido un abuso sin analizar la probabilidad de que la conducta impugnada produjera un perjuicio para la competencia.

113. En su apreciación realizada con carácter subsidiario, el Tribunal General explicó que la Comisión puede limitarse a determinar que la conducta analizada era capaz de restringir la competencia. Asimismo, señaló que la Comisión no está obligada a demostrar que se ha producido realmente un efecto de exclusión, aun cuando se consideren el conjunto de las circunstancias.<sup>84</sup>

114. Ciertamente, no es necesario presentar pruebas de los efectos reales. Ello se debe a que, en lo que respecta a conductas presuntamente ilegales, basta con que el comportamiento reprochado sea capaz de restringir la competencia. Sin embargo, es fundamental señalar que dicha capacidad no puede ser meramente hipotética o teóricamente posible. En caso contrario, nunca sería necesario tener en cuenta el conjunto de las circunstancias.

115. Es cierto que existen ciertas discrepancias en la jurisprudencia en cuanto a la terminología empleada. La jurisprudencia se refiere a capacidad y probabilidad, a veces incluso de forma indistinta.<sup>85</sup> A mi entender, ambos términos hacen referencia a la misma fase preceptiva del análisis para determinar si el empleo de descuentos de fidelización constituye un abuso de posición dominante.

116. Pero, ¿qué grado de probabilidad de exclusión contraria a la competencia es necesario? Esa cuestión constituye el meollo del desacuerdo entre la recurrente y la Comisión acerca de la adecuación de la apreciación de la capacidad efectuada por el Tribunal General. Mientras que la Comisión considera que dicha apreciación es adecuada, Intel sostiene que el Tribunal General no verificó si el comportamiento de la recurrente podía restringir la competencia en las circunstancias del caso.

117. La apreciación de la capacidad tiene por objeto establecer si la conducta reprochada tiene, con toda probabilidad, un efecto de exclusión contrario a la competencia. Por esa razón, la probabilidad debe ser considerablemente más que la mera posibilidad de que un determinado comportamiento pueda restringir la competencia.<sup>86</sup> Por el contrario, no basta con que sea más probable que se produzca el efecto de exclusión que no se produzca.<sup>87</sup>

118. Aunque es cierto que el Tribunal de Justicia ha subrayado regularmente, en su jurisprudencia, la especial responsabilidad de las empresas en posición dominante, no cabe interpretar tal responsabilidad en el sentido de que el umbral para la aplicación de la prohibición de abusos prevista en el artículo 102 TFUE pueda reducirse hasta el punto de desaparecer prácticamente. Así sucedería si el grado de probabilidad exigido para determinar que el comportamiento reprochado constituye un abuso de posición dominante no fuera más que la mera posibilidad teórica de un efecto de exclusión, como parece sugerir la Comisión. Si se acepta un nivel tan bajo de probabilidad, habría que admitir que el Derecho de la competencia de la Unión sanciona la forma, no los efectos contrarios a la competencia.

<sup>84</sup> Sentencia recurrida, apartado 177. En efecto, en caso contrario las autoridades de la competencia únicamente podrían intervenir una vez que el supuesto abuso hubiera dado lugar a una exclusión contraria a la competencia.

<sup>85</sup> Véase la sentencia *Post Danmark II*, apartados 68 y 69 y jurisprudencia citada. Véase, por otra parte, la sentencia *Tomra*, apartado 68. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia señaló que, para acreditar un abuso de posición dominante, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante *tiene por objeto* restringir la competencia, o que *puede* tener ese efecto.

<sup>86</sup> Véase la reciente sentencia *Post Danmark II*, apartado 69, y la sentencia *Post Danmark I*, apartado 44.

<sup>87</sup> Véanse, no obstante, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343)*, punto 82.

119. Es evidente que ello obstaculizaría de forma considerable el logro de los objetivos del Derecho de la competencia de la Unión. Si se presupone la existencia de un abuso basándose en que, en conjunto, parece más probable que improbable que se produzca una exclusión contraria a la competencia, se correría el riesgo de incluir no sólo algunos supuestos de prácticas aisladas sino un número no desdeñable de prácticas que, en realidad, fomentan la competencia. El coste del error de ese enfoque sería inaceptablemente alto por su carácter excesivamente comprensivo.

120. Para evitar esa inclusión excesiva, la apreciación sobre la capacidad, en lo que respecta a una conducta presuntamente ilegal debe dirigirse a determinar que, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias, el comportamiento de que se trata no sólo tiene efectos ambivalentes en el mercado o únicamente produce efectos restrictivos accesorios necesarios para ejecutar otra acción que fomenta la competencia, sino que sus presuntos efectos restrictivos, de hecho, se confirman. A falta de dicha confirmación, es preciso llevar a cabo un examen en toda regla.

121. En consecuencia, la cuestión que aquí se plantea es si la apreciación del Tribunal General sobre la capacidad es concluyente porque, sobre la base de dicha apreciación es posible confirmar que la recurrente ha explotado de forma abusiva su posición dominante contraviniendo el artículo 102 TFUE. En particular, debe determinarse si, tal como exige la jurisprudencia, dicha apreciación puede confirmar que los descuentos privan al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento o la limitan, impiden el acceso al mercado de los competidores o refuerzan la posición dominante mediante la distorsión de la competencia.<sup>88</sup>

*ii) Elementos analizados por el Tribunal General para respaldar la conclusión de la existencia de un abuso*

122. En la sentencia recurrida, el Tribunal General basó su conclusión de que los descuentos y pagos ofrecidos por la recurrente eran capaces de restringir la competencia en los siguientes elementos: i) la recurrente era un socio comercial ineludible de los clientes de que se trata; ii) los reducidos márgenes operativos de los OEM hacían atractivos los descuentos y reforzaban el incentivo de éstos para cumplir la condición de exclusividad; iii) los descuentos de la recurrente fueron tomados en consideración por sus clientes al decidir adquirir la totalidad o la mayor parte de lo que necesitaban de esa empresa; iv) las dos prácticas distintas de la recurrente se complementaban y reforzaban entre sí; v) la recurrente se dirigió a empresas de particular importancia estratégica para acceder al mercado; y, por último, vi) los descuentos de la recurrente eran parte de una estrategia a largo plazo encaminada a impedir a AMD el acceso a los cauces de venta más importantes.<sup>89</sup>

123. Intel estima que no pueden invocarse esos elementos para acreditar, de modo suficiente en Derecho, que sus descuentos y pagos eran capaces de producir un efecto de exclusión contrario a la competencia. En particular, la recurrente aduce que los elementos en los que se basó el Tribunal General se reducen a dos criterios: que los OEM tuvieron en cuenta los descuentos de Intel porque resultaban atractivos y que Intel se valió de dos infracciones complementarias para apartar a AMD de clientes importantes.

124. Por lo tanto, en primer lugar la recurrente cuestiona la pertinencia del hecho de que los descuentos y pagos de que se trata fueran efectivamente tenidos en cuenta por sus beneficiarios al adoptar decisiones comerciales.<sup>90</sup>

125. Estoy de acuerdo con la recurrente.

<sup>88</sup> Véase la sentencia Michelin I, apartado 73. Véase, asimismo, la sentencia Post Danmark II, apartado 29 y jurisprudencia citada.

<sup>89</sup> Sentencia recurrida, apartados 178 a 184.

<sup>90</sup> Sentencia recurrida, apartado 180.



126. Una oferta atractiva, que se traduce en un incentivo económico para contratar con el proveedor que la realiza, puede ser un factor indicativo de un efecto de incitación a la fidelidad en un determinado cliente. No obstante, no sirve de ayuda para determinar si los descuentos tienen un probable efecto de exclusión contrario a la competencia. Efectivamente, como señala acertadamente la recurrente, la esencia de la competencia es que los clientes tengan en cuenta precios inferiores a la hora de adoptar decisiones de compra. Dicho de otro modo, el hecho de que se tome en consideración un precio inferior posibilita un efecto de exclusión pero, por otra parte, no excluye lo contrario. En otras palabras, ese factor no es concluyente para determinar si el comportamiento criticado es capaz de restringir la competencia con el grado de probabilidad exigido.

127. En segundo lugar, la recurrente alega que la existencia de una estrategia global que comprende dos tipos de infracciones (descuentos y pagos, así como restricciones manifiestas), que se consideraron complementarias y que se reforzaban recíprocamente, no puede demostrar la capacidad para restringir la competencia.<sup>91</sup>

128. Aunque una estrategia de exclusión puede, ciertamente, ofrecer un indicio de la intención subjetiva de excluir a los competidores, la mera voluntad de hacerlo no se traduce en la capacidad para restringir la competencia. No obstante, el razonamiento del Tribunal General deja entrever un problema más profundo. En efecto, un examen detenido de la sentencia recurrida pone de manifiesto que el Tribunal General ha colocado el carro antes que los bueyes. Se basó en la existencia de una estrategia global basada en dos infracciones complementarias con el fin de determinar la capacidad del comportamiento reprochado para restringir la competencia. Con ello el Tribunal General desarrolló su razonamiento partiendo del postulado de que la estrategia analizada era abusiva, en lugar de apreciar el conjunto de las circunstancias para determinar si se había acreditado la existencia de una infracción de modo suficiente en Derecho.

129. Una vez examinadas esas dos críticas específicas, analizaré a continuación un reproche más general dirigido por la recurrente contra la apreciación sobre la capacidad. La recurrente alega que los elementos considerados pertinentes no bastan para determinar que el comportamiento reprochado es capaz de producir efectos de exclusión contrarios a la competencia. En particular, el Tribunal General no atribuyó relevancia a otros elementos que son determinantes a efectos de ese análisis.

130. Procede recordar que la apreciación del conjunto de las circunstancias tiene por objeto determinar que la conducta reprochada tiene, con toda probabilidad, un efecto de exclusión contrario a la competencia. A la luz de lo anterior, surge la pregunta de si las conclusiones de la sentencia recurrida, en el sentido de que Intel era un socio comercial ineludible y de que los descuentos y pagos se dirigían a empresas de especial importancia estratégica para acceder al mercado, son suficientes conforme a Derecho para demostrar la responsabilidad de Intel. La respuesta a esta cuestión gira en torno a si las circunstancias que Intel considera cruciales, y el Tribunal General irrelevantes, suscitan dudas sobre el presunto carácter contrario a la competencia del comportamiento de Intel.

131. A continuación abordaré esta cuestión.

### *iii) Otras circunstancias*

132. La recurrente alega que el Tribunal General erró al analizar las circunstancias del caso sin tener en cuenta los siguientes factores: i) el insuficiente alcance en el mercado de los descuentos y pagos controvertidos; ii) la breve duración de los descuentos controvertidos; iii) el comportamiento en el mercado del competidor y la caída de los precios, y iv) el test AEC llevado a cabo por la Comisión.

<sup>91</sup> Sentencia recurrida, apartado 181.

133. Por su parte, la Comisión considera que la sentencia recurrida acreditó, de modo suficiente en Derecho, que los descuentos y pagos ofrecidos por Intel eran capaces de producir un efecto de exclusión contrario a la competencia. Los elementos no controvertidos bastan para sustentar la conclusión de que los descuentos y pagos de Intel eran aptos para restringir la competencia.

134. No estoy de acuerdo con la Comisión.

135. Como ya he señalado, de forma análoga a lo que ocurre con la aplicación simplificada de las normas de la competencia recurriendo a las restricciones por el objeto con arreglo al artículo 101 TFUE, la apreciación del conjunto de las circunstancias de conformidad con el artículo 102 TFUE requiere examinar el contexto del comportamiento reprochado para comprobar si puede confirmarse la existencia de un efecto contrario a la competencia. Si alguna de las circunstancias así examinadas suscita dudas sobre la naturaleza contraria a la competencia de la conducta, será preciso realizar un análisis más profundo de los efectos.

136. Como expondré en los siguientes puntos, la apreciación del conjunto de las circunstancias debería haber llevado al Tribunal General a concluir que, para determinar si la conducta reprochada constituía un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE, era necesario un examen de los efectos reales o potenciales de dicha conducta.

– *Alcance en el mercado*

137. La recurrente sostiene que la apreciación de un efecto probable sobre la competencia debe tener en cuenta el alcance de los descuentos en cuestión en el mercado. A su juicio, los descuentos de fidelización no son capaces de restringir la competencia cuando su alcance en el mercado es escaso, porque los competidores pueden captar cuotas mayores del mercado sin necesidad de igualar tales descuentos. La recurrente también señala que, en este caso, la cuota de mercado vinculada es, en comparación, sustancialmente más baja que en asuntos como Tomra y Van den Bergh Foods.<sup>92</sup> Por ejemplo, en el asunto Tomra, la cuota de mercado vinculada era (de media) del 39 %.<sup>93</sup> Por otra parte, la Comisión estima que la cuestión del alcance en el mercado no es pertinente a la hora de apreciar si la conducta reprochada es capaz de producir efectos de exclusión contrarios a la competencia.

138. En el marco de la apreciación sobre la capacidad efectuada con carácter subsidiario, el Tribunal General afirmó que el alcance de los descuentos y pagos ofrecidos por la recurrente en el mercado era aproximadamente del 14 % de media a lo largo del período comprendido por la infracción (si el cálculo no se limita exclusivamente a la parte de la demanda abierta a la competencia).<sup>94</sup> Consideró significativo ese dato.<sup>95</sup> Según la sentencia recurrida, los descuentos y pagos ofrecidos por Intel pueden diferenciarse de las circunstancias en el asunto Van den Bergh Foods, pues la *forma* adoptada por el sistema analizado en ella difiere de la del sistema controvertido en el presente procedimiento.<sup>96</sup>

92 Véase la sentencia de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods/Comisión (T-65/98, en lo sucesivo, «sentencia Van den Bergh Foods», EU:T:2003:281).

93 Sentencia Tomra, apartado 34.

94 Además, observa, en lo que respecta a la cuota de mercado de Dell, que los descuentos ofrecidos a Dell bloquearon entre un 14,58 y un 16,34 % del mercado, cuota que también consideró significativa (véase la sentencia recurrida, apartados 190 y 191).

95 Sentencia recurrida, apartado 194.

96 Sentencia recurrida, apartados 121 y 122.

139. No creo que la jurisprudencia invocada por la recurrente carezca de pertinencia, como afirma el Tribunal General. En efecto, el mecanismo de exclusividad objeto del asunto Van den Bergh Foods operaba mediante el suministro gratuito de un arcón congelador. Sin embargo, esa distinción no supone una diferencia. La entrega de dicho arcón congelador estaba supeditada a que se utilizara en exclusiva para almacenar los helados de la empresa en posición dominante. Por ello, el 40 % de todos los vendedores minoristas de helado estaban sujetos a exclusividad.<sup>97</sup>

140. Como ya se ha indicado, las normas de Derecho de la competencia de la Unión se han centrado sistemáticamente en los efectos, no en la forma. Desde esa perspectiva, el tamaño de la parte del mercado vinculada es igualmente pertinente, con independencia de la forma que revista el sistema. Por eso se admite, con carácter general, que la probabilidad de efectos negativos sobre la competencia es directamente proporcional al tamaño de la parte del mercado vinculada.<sup>98</sup>

141. Dicho esto, determinar el grado de alcance en el mercado que puede provocar efectos contrarios a la competencia no es, en modo alguno, un ejercicio aritmético. Por tanto, no es sorprendente que el Tribunal de Justicia haya rechazado la idea de que deba determinarse un umbral concreto de exclusión del mercado por encima del cual las prácticas controvertidas pueden considerarse abusivas a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE. El Tribunal de Justicia confirmó este extremo en la sentencia Tomra.<sup>99</sup>

142. Indudablemente, es cierto que los umbrales pueden resultar problemáticos a la luz de las peculiaridades de los distintos mercados y de las circunstancias de cada caso concreto. Por ejemplo, cuando los descuentos de fidelización se dirigen a clientes que son de particular importancia para que los competidores puedan acceder al mercado o incrementar su cuota en él, incluso un escaso alcance en el mercado *puede*, desde luego, dar lugar a una exclusión contraria a la competencia. Que sea así dependerá de una serie de factores específicos.

143. Desde este punto de vista, un alcance en el mercado del 14 % puede tener o no un efecto de exclusión contrario a la competencia. Sin embargo, lo que es seguro es que dicho alcance en el mercado no permite descartar que los descuentos de que se trata *no tengan* un efecto de exclusión contrario a la competencia. Eso es así aun admitiendo que los descuentos y pagos controvertidos se dirijan a clientes clave.<sup>100</sup> Simplemente, un 14 % no es concluyente.

144. En la sentencia recurrida, esa falta de carácter concluyente no queda subsanada por el hecho, no controvertido, de que la recurrente era un socio comercial ineludible en el mercado de las CPU. Debe señalarse que, según el Tribunal General, el hecho de que una empresa sea un socio comercial ineludible es, como mínimo, un indicio de que un «descuento por exclusividad» o pago ofrecido por ella es capaz de restringir la competencia.<sup>101</sup>

145. Esta conclusión sólo es correcta si se admite que el grado de probabilidad exigido no es más que la mera posibilidad de que un determinado comportamiento tenga efectos contrarios a la competencia. No obstante, como ya he observado, la apreciación del conjunto de las circunstancias tiene por objeto determinar que la conducta reprochada tiene, con toda probabilidad, un efecto de exclusión contrario a la competencia.

<sup>97</sup> Sentencia Van den Bergh Foods, apartado 98.

<sup>98</sup> Commission Discussion Paper on Article [102 TFUE], *op. cit.*, pp. 18, 19 y 41.

<sup>99</sup> Sentencia Tomra, apartado 46.

<sup>100</sup>

El Tribunal General señaló que la Comisión podía concluir que, al estar centrados en empresas que, desde el punto de vista estratégico, eran particularmente importantes para acceder al mercado, los descuentos y pagos estaban dirigidos a importantes OEM y a un minorista de peso. Sentencia recurrida, apartados 182 y 183. Véanse, asimismo, los apartados 1507 a 1511 en relación con MSH.

<sup>101</sup>

Sentencia recurrida, apartado 178.

146. Sobre la base de lo anterior, procede concluir que la apreciación del alcance en el mercado efectuada en la sentencia recurrida no es concluyente. Sobre todo, no permite acreditar, de modo suficiente en Derecho, que la cuota de mercado afectada por los descuentos y pagos fuera suficiente para producir una exclusión contraria a la competencia.

– *Duración*

147. La recurrente considera que la duración de un sistema de descuentos es determinante para el análisis de la capacidad de restringir la competencia. En particular, cuestiona la apreciación de la duración efectuada en la sentencia recurrida, que se basó en la acumulación de múltiples acuerdos de corta duración.

148. Por otra parte, la Comisión aduce que Intel se equivoca al entender que los efectos potencialmente excluyentes de los descuentos de fidelización sólo pueden derivarse de una obligación contractual. Por el contrario, el poder en el mercado de la empresa en posición dominante hace innecesarias tales obligaciones contractuales. En resumen, la duración carece de pertinencia.

149. Más concretamente, el Tribunal General consideró que el criterio pertinente no es la duración del preaviso de rescisión de un contrato o la duración concreta de un contrato individual que se inserta en una serie de contratos consecutivos. En cambio, según él, lo relevante es el tiempo total durante el cual la recurrente practica los descuentos por exclusividad y los pagos respecto a un cliente.<sup>102</sup> Ese tiempo fue, aproximadamente, de cinco años para MSH, tres años en el caso de Dell y NEN, más de dos años en el caso de HP, y en torno a un año en el supuesto de Lenovo. La concesión de pagos y «descuentos por exclusividad» durante períodos como esos se consideró que, *con carácter general, era capaz de restringir la competencia*. A juicio del Tribunal General, ello resultaba especialmente cierto en el mercado de CPU, que es muy dinámico y se caracteriza por los cortos ciclos de vida de los productos.<sup>103</sup>

150. En un primer momento ha de observarse que la breve duración de un acuerdo no excluye que pueda tener efectos contrarios a la competencia. Asimismo, la cuestión de si el período total es breve o prolongado en abstracto, carece de pertinencia.

151. Cuando, como ocurre en este caso, la exclusividad gira, en última instancia, en torno a la *opción* del cliente por obtener la mayoría de sus suministros de la empresa en posición dominante, no cabe asumir simplemente *ex post facto* que la acumulación de acuerdos de corta duración demuestra que tales descuentos son capaces de restringir la competencia.

152. Existen al menos dos motivos para ello.

153. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede en una situación de exclusividad, cambiar de proveedor no genera penalizaciones. Así ocurre siempre que el competidor pueda, en principio, al menos igualar el descuento perdido. No obstante, si el competidor no logra vender los bienes de que se trata sin incurrir en pérdidas, el cliente está vinculado, de hecho, a la empresa en posición dominante. Desde esa perspectiva, el volumen del descuento tampoco puede considerarse completamente irrelevante.

<sup>102</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 112, 113 y 195.

<sup>103</sup>  
Sentencia recurrida, apartado 195.

154. En particular, en un análisis *ex post* de la duración, como el que nos ocupa, es preciso determinar si otro proveedor podría haber compensado la pérdida de los descuentos. De no ser así, automáticamente se consideraría que la opción de los clientes por seguir aprovisionándose de la empresa en posición dominante indica un abuso, pese a que tales clientes pudieran rescindir libremente sus contratos con la empresa en posición dominante sin penalización alguna.

155. En resumen, no cabe deducir simplemente de la elección del cliente de seguir aprovisionándose de la empresa en posición dominante que ésta sea una manifestación de un comportamiento abusivo. Ello se debe a que pueden existir otras explicaciones para esa elección. Entre ellas cabe citar, no exhaustivamente, cuestiones de calidad, la seguridad del suministro y las preferencias de los usuarios finales.

156. En segundo lugar, una duración total prolongada del acuerdo puede, sin duda, indicar que el sistema de descuento tiene el efecto de incitar a la fidelidad al cliente particular. Sin embargo, a falta de otras pruebas adicionales concluyentes en tal sentido, el hecho de que un cliente haya decidido seguir aprovisionándose de la empresa en posición dominante no basta para demostrar que los descuentos ofrecidos sean capaces de restringir la competencia en el nivel exigido. En efecto, ha de tenerse en cuenta que, cuando el cliente tiene la opción de cambiar de proveedor de forma periódica, aunque no la haya ejercitado, los descuentos de fidelización también incrementarán la rivalidad. Por tanto, también pueden favorecer la competencia.

157. Por consiguiente, considero que la apreciación de la duración efectuada en la sentencia recurrida, que se limitó a tener en cuenta la duración total de los acuerdos analizados, no es concluyente. Dicha apreciación simplemente no permite determinar que esa conducta tenga, con toda probabilidad, efectos contrarios a la competencia.

– *Comportamiento en el mercado del competidor y caída de los precios*

158. La recurrente censura que el Tribunal General no considerara pertinente el comportamiento en el mercado de AMD y otros elementos de prueba sobre la inexistencia de exclusión (caída de los precios de x86 CPU), en el marco de la apreciación de la aptitud.

159. Según el Tribunal General, el éxito del competidor y la caída de los precios no permiten excluir que las prácticas de la recurrente hayan tenido algún efecto. Declaró que, a falta de esas prácticas, cabe suponer legítimamente que el aumento de las cuotas de mercado del competidor y de sus inversiones en investigación y desarrollo y el descenso en los precios de las CPU x86 podrían haber sido mayores.<sup>104</sup>

160. En mi opinión, es correcta la declaración del Tribunal General de que el comportamiento en el mercado de AMD y el descenso de los precios de las CPU x86 no son concluyentes, a efectos de determinar si la conducta reprochada es capaz de restringir la competencia. Sin embargo, esta misma conclusión sería válida aun cuando los logros del competidor fueran escasos. A mi entender, el examen de esos elementos fácticos sólo puede ser útil en el marco de una apreciación detallada de los efectos reales o potenciales sobre la competencia. No contribuye a determinar si un sistema de descuentos presuntamente ilegal es capaz de restringir la competencia.

104  
Sentencia recurrida, apartado 186.

– *El test AEC*

161. La recurrente estima que cuando, como en el caso de autos, la Comisión lleva a cabo un análisis sobre el fondo de las circunstancias económicas en relación con un comportamiento supuestamente abusivo, es contrario a Derecho ignorar ese análisis simplemente porque no contribuye a acreditar la existencia de una infracción.

162. La Comisión aduce que el test AEC no es pertinente para determinar si la conducta reprochada es capaz de restringir la competencia. A su juicio, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no respalda la alegación de la recurrente según la cual el test AEC debía formar parte de la apreciación del conjunto de las circunstancias.

163. En la sentencia recurrida, el Tribunal General rechazó la pertinencia del test AEC a efectos de determinar, en el marco de una apreciación del conjunto de las circunstancias, si el comportamiento reprochado es capaz de restringir la competencia. Por tanto, no controló el test llevado a cabo por la Comisión en la Decisión impugnada. En primer lugar, estimó que el test AEC carece de pertinencia pues, habida cuenta de la forma de los descuentos, la Comisión no está obligada a demostrar la capacidad para la exclusión de los «descuentos por exclusividad» caso por caso. La sentencia recurrida rechazó la pertinencia del test AEC, básicamente, porque sólo sirve para comprobar si la conducta reprochada no imposibilita el acceso al mercado. Según la sentencia recurrida, los «descuentos por exclusividad» pueden obstaculizar el acceso al mercado para los competidores de la empresa en posición dominante, aunque dicho acceso no sea completamente imposible desde el punto de vista económico, sino más difícil.<sup>105</sup> En segundo lugar, señaló que, incluso en lo que respecta a los descuentos del tercer tipo, la jurisprudencia no exige que se aplique el test AEC. En tercer lugar, observó que el Tribunal de Justicia únicamente ha considerado pertinente dicho test en asuntos de prácticas tarifarias y de compresión de márgenes, que son distintos, por su naturaleza, a los asuntos sobre «descuentos por exclusividad».<sup>106</sup>

164. En primer lugar, como ya he demostrado en los puntos 122 a 160 anteriores, es necesario tomar en consideración el conjunto de las circunstancias para apreciar si la conducta de que se trata es capaz de excluir a los competidores también en lo que respecta a los «descuentos por exclusividad». En otras palabras, la capacidad excluyente debe demostrarse en cada caso concreto. No cabe duda de que el test AEC puede considerarse irrelevante si se admite que la mera posibilidad, hipotética o teórica, de que la conducta reprochada tenga efectos de exclusión contrarios a la competencia basta para concluir que se ha producido un abuso. En efecto, en teoría, cualquier descuento ofrecido por una empresa en posición dominante puede tener, en determinadas circunstancias, efectos contrarios a la competencia.

165. Sin embargo, dado que se necesita que exista un efecto de exclusión, no cabe hacer caso omiso del test AEC. Como observó el Tribunal General, ese test sirve para identificar una conducta que hace económicamente imposible para un competidor igualmente eficiente asegurarse la parte abierta a la competencia de la demanda de un cliente. Dicho de otro modo, permite detectar una conducta que, con toda probabilidad, tiene efectos contrarios a la competencia. Por el contrario, si el resultado del test es que un competidor igualmente eficiente puede cubrir sus costes, la probabilidad de la existencia de un efecto contrario a la competencia disminuye de forma drástica. Por eso, el test AEC es especialmente útil en la medida en que detecta conductas que tienen un efecto de exclusión contrario a la competencia.

<sup>105</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 93 y 150.

<sup>106</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 143, 144 y 152.

166. En cuanto las consideraciones segunda y tercera, ya he expuesto en los puntos 101 a 105 anteriores por qué no debe pasarse por alto la jurisprudencia en materia de prácticas tarifarias y compresión de márgenes. En todo caso, cualquier eventual duda al respecto ha quedado disipada con la sentencia *Post Danmark II*. Dicho asunto demuestra que la jurisprudencia relativa a otros tipos de exclusiones basadas en el precio no puede ignorarse simplemente en los asuntos sobre descuentos. Como confirmó el Tribunal de Justicia, remitiéndose, entre otros, a dicha jurisprudencia, el test AEC también puede resultar útil para apreciar un sistema de descuentos.<sup>107</sup>

167. Sin embargo, también conviene observar que, en la sentencia *Post Danmark II*, el Tribunal de Justicia se esforzó en matizar su postura con respecto al test AEC. Afirmó expresamente que, aunque el test AEC puede resultar útil en determinadas circunstancias, no existe obligación jurídica alguna de aplicarlo.<sup>108</sup> Ello se cohonestaba con una declaración en el mismo sentido del Tribunal de Justicia en la sentencia *Tomra*. En ese asunto, el Tribunal de Justicia estimó que la Comisión no necesita demostrar que los descuentos de fidelización obligan a los competidores de la empresa en posición dominante a cobrar precios inferiores al precio de coste para competir por la parte del mercado abierta a la competencia. En cambio, el Tribunal de Justicia entendió que la Comisión puede concluir que los descuentos en cuestión son capaces de restringir la competencia sobre la base de elementos cualitativos que ponen de manifiesto su naturaleza contraria a la competencia.<sup>109</sup>

168. En ese sentido, sin duda resulta tentador concluir que, en el caso de autos, no es necesario recurrir al test AEC. Siguiendo este razonamiento, según sostiene la Comisión, la apreciación sobre la capacidad llevada a cabo por el Tribunal General no adolecería de ningún error de Derecho derivado de haber descartado la pertinencia del test AEC.

169. No obstante, esa tesis pasa por alto dos cuestiones. A diferencia de lo que ocurría en el asunto *Tomra*, en la Decisión impugnada la Comisión llevó efectivamente a cabo un extenso análisis basado en el criterio del competidor igualmente eficiente. Y lo que es aún más importante, las demás circunstancias que el Tribunal General consideró no respaldan de forma inequívoca que exista un efecto sobre la competencia. En tales circunstancias, a mi juicio, es evidente que no cabe descartar el test AEC simplemente por falta de pertinencia.

170. Por lo tanto, el Tribunal General cometió un error de Derecho al no tomar en consideración, en el marco de la apreciación del conjunto de las circunstancias, el análisis basado en el criterio del competidor igualmente eficiente llevado a cabo por la Comisión en la Decisión impugnada.

171. Para concluir mi examen de la apreciación sobre la capacidad, efectuada con carácter subsidiario por el Tribunal General, considero conveniente formular las siguientes observaciones.

172. Las circunstancias tomadas en consideración en dicha apreciación no pueden confirmar un efecto sobre la competencia. A lo sumo, dicha apreciación demuestra que es teóricamente posible que la conducta reprochada tenga un efecto de exclusión contrario a la competencia, pero dicho efecto, como tal, no ha quedado confirmado. En principio, la apreciación del conjunto de las circunstancias debe tener en cuenta, al menos, el alcance en el mercado y la duración del comportamiento reprochado. Asimismo, puede resultar preciso tener en cuenta otras circunstancias, que difieren de un asunto a otro. En el presente asunto, no puede pasarse por alto el test AEC para determinar si la conducta reprochada es capaz de producir un efecto de exclusión contrario a la competencia, precisamente porque tal test fue aplicado por la Comisión en la Decisión impugnada. La apreciación de todas las

<sup>107</sup>

Véase la sentencia *Post Danmark II*, apartados 55 a 58.

<sup>108</sup>

Véase la sentencia *Post Danmark II*, apartado 57 y jurisprudencia citada.

<sup>109</sup>

Véase la sentencia *Tomra*, apartados 73 a 80.

circunstancias pertinentes, en su conjunto, debe permitir determinar, con el grado de probabilidad exigido, que la empresa en cuestión ha explotado de forma abusiva su posición dominante, infringiendo el artículo 102 TFUE. A falta de confirmación como consecuencia, por ejemplo, del escaso alcance en el mercado, la breve duración de los acuerdos controvertidos o el resultado positivo del test AEC, es necesario llevar a cabo una apreciación económica exhaustiva de los efectos reales o potenciales sobre la competencia para demostrar la existencia de un abuso.

### *c) Conclusión*

173. Concluyo que el Tribunal General cometió un error de Derecho, en primer lugar, al declarar que los «descuentos por exclusividad» constituyen un tipo independiente y único de descuentos que no exige tomar en consideración el conjunto de las circunstancias para determinar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE. En segundo lugar, cometió otro error de Derecho en su apreciación, efectuada con carácter subsidiario, sobre la capacidad, al no declarar, sobre la base del conjunto de las circunstancias, que los descuentos y pagos ofrecidos por la recurrente tenían, con toda probabilidad, un efecto de exclusión contrario a la competencia.

174. De ello se desprende que procedería estimar el primer motivo de casación.

## **C. Sobre el segundo motivo de casación, relativo al criterio del alcance en el mercado para determinar si una empresa ha abusado de su posición dominante**

### *1. Principales alegaciones de las partes*

175. Mediante su segundo motivo de casación, la recurrente alega que, con independencia de la conclusión alcanzada acerca del primer motivo, el alcance del comportamiento de Intel en el mercado no le permitió, en ningún caso, restringir la competencia durante 2006 y 2007. En ese período, la infracción únicamente afectó a MSH y Lenovo. Según la recurrente, el Tribunal General cometió un error de Derecho al considerar que, dado que la Comisión había concluido, en la Decisión impugnada, que existió una infracción única y continuada durante los años 2002 a 2007, la determinación de una infracción durante los años 2006 y 2007 podía basarse en el alcance medio en el mercado correspondiente a todo el período comprendido entre 2002 y 2007 (y no en el alcance de la conducta en el mercado durante los dos años en cuestión).<sup>110</sup>

176. La Comisión observa que el segundo motivo de casación es un mero complemento del primer motivo. Se basa íntegramente en las mismas premisas que el primero. Estima que el alcance en el mercado carece de pertinencia a la hora de determinar si los descuentos de Intel eran capaces de restringir la competencia. El alcance de las prácticas de Intel en el mercado sólo se refiere a en qué medida tales prácticas restringieron efectivamente la competencia. Dada la importancia estratégica de los OEM a los que se dirigían las prácticas de Intel en 2006 y 2007, su incidencia no puede medirse simplemente en función del alcance en el mercado. En ese contexto, la Comisión alega que el alcance en el mercado durante esos dos años debe apreciarse a la luz de una infracción única y continuada relativa a la existencia de una estrategia global para excluir a AMD del mercado mundial de las CPU.

<sup>110</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 192 y 193.



## 2. Análisis

177. Tal como he concluido anteriormente, el Tribunal General erró en su apreciación sobre la capacidad, efectuada con carácter subsidiario, a la luz del conjunto de las circunstancias. En particular, cometió un error al apreciar el alcance en el mercado sin reconocer que una cuota del mercado vinculada del 14 % no permite acreditar, de modo suficiente en Derecho, que la conducta reprochada sea capaz de restringir la competencia. Sólo por ese motivo, procedería estimar también el segundo motivo de casación.

178. Sin embargo, creo que este motivo merece por sí mismo un breve análisis. Ello se debe a que las conclusiones del Tribunal General sobre la existencia de una infracción única y continuada constituyen la base para apreciar una infracción durante los años 2006 y 2007. De hecho, el Tribunal General estimó que, en el contexto de una infracción única y continuada derivada de una estrategia global de exclusión, era suficiente llevar a cabo una apreciación global del promedio de la parte del mercado que ha sido bloqueada para determinar que el comportamiento en cuestión era capaz de producir efectos de exclusión contrarios a la competencia.<sup>111</sup>

179. Pues bien, la esencia del presente motivo de casación radica en definir el papel que desempeña el concepto de infracción única y continuada a la hora de apreciar si la conducta de una única empresa es capaz de restringir la competencia. Más concretamente, se suscita la cuestión de si recurrir a ese concepto permite subsanar el hecho de que el alcance en el mercado fuera demasiado pequeño para acreditar, por sí sólo, que la conducta reprochada era capaz de restringir la competencia durante un período de tiempo concreto.

180. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de infracción única y continuada se ha empleado, en particular, en el contexto del artículo 101 TFUE, para englobar varios elementos de conductas contrarias a la competencia bajo el paraguas de una infracción única y continuada a efectos sancionadores. A este respecto, la finalidad subyacente es garantizar la efectiva aplicación de sanciones en relación con infracciones que se articulan mediante un conjunto de prácticas contrarias a la competencia que pueden adoptar distintas formas, e incluso evolucionar en el tiempo.<sup>112</sup>

181. Dicho de otro modo, el objetivo es evitar el resultado no deseado, desde el punto de vista sancionador, de que varios acuerdos y prácticas concertadas en el sentido del artículo 101 TFUE, que en realidad forman parte de un plan global para restringir la competencia, se consideren por separado. Por ese motivo, recurrir al concepto de infracción única y continuada mitiga la carga probatoria que, con carácter general, pesa sobre las autoridades sancionadoras, en relación con la necesidad de demostrar el carácter continuado de las prácticas contrarias a la competencia investigadas. Más concretamente, cuando durante un período de tiempo prolongado se ha venido aplicando un conjunto de acuerdos y de prácticas, no es infrecuente que, durante dicho período, se produzcan cambios en el objeto, la forma y los participantes de dichos acuerdos y/o prácticas. Sin la ayuda del concepto de infracción única y continuada, la Comisión estaría obligada a satisfacer un mayor nivel de prueba. Necesitaría identificar y acreditar la existencia de varios acuerdos contrarios a la competencia independientes y/o prácticas concertadas e identificar también a las partes involucradas en ellos por separado. En algunos casos, considerar las prácticas reprochadas por separado también podría entrañar la prescripción de los contratos y/o prácticas concertadas más antiguos. Eso llevaría aparejada una menor eficiencia a la hora de sancionar tales conductas.

182. Por tanto, el concepto de infracción única y continuada es una norma de procedimiento.

<sup>111</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 193, 1561 y 1562.

<sup>112</sup>  
Véase, al respecto, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778), apartado 41 y jurisprudencia citada.

183. Al aliviar la carga probatoria de las autoridades de la competencia, el concepto resulta particularmente importante en el contexto de la imposición de multas. Más concretamente, el hecho de que no se hayan aportado pruebas con respecto a determinados períodos concretos no impide considerar acreditada la infracción durante un período total más largo. Sin embargo, es preciso que dicha conclusión esté respaldada por indicios objetivos y sólidos al efecto. Con carácter general, en el contexto de una infracción que se ha prolongado durante varios años, el hecho de que se demuestre que un acuerdo se ha aplicado durante distintos períodos, que pueden estar interrumpidos por intervalos más o menos largos, no incide en la existencia del acuerdo como tal. Será así siempre que las distintas actuaciones que conforman la infracción persigan un único objetivo y estén comprendidas en el ámbito de una infracción única y continuada.<sup>113</sup> En efecto, resulta de particular importancia que la Comisión haya logrado demostrar la existencia de un plan global para restringir la competencia.<sup>114</sup>

184. Sin embargo, recurrir al concepto de infracción única y continuada no tiene, ni puede tener, la consecuencia de ampliar el ámbito de las prohibiciones establecidas en los Tratados.

185. En el presente asunto, el concepto de infracción única y continuada se ha introducido en un contexto completamente distinto.<sup>115</sup> En la sentencia recurrida se empleó para declarar la existencia de una infracción resultante de la conducta de una única empresa, con respecto a la cual no se comprobó si tal conducta podía, por sí sola, restringir la competencia en el mercado interior.

186. Debo expresar mis dudas sobre esta forma de proceder.

187. Fundamentalmente, tal como observa la recurrente, la utilización del concepto de infracción única y continuada no puede transformar una conducta legal en una infracción.

188. No obstante, dado que la Comisión concluyó que se había cometido una infracción única y continuada, el Tribunal General consideró suficiente realizar una apreciación global del promedio de la parte del mercado que había sido bloqueada durante el período comprendido entre 2002 y 2007.<sup>116</sup> Basándose en ello, consideró irrelevante que durante los años 2006 y 2007 el alcance en el mercado fuera significativamente inferior al promedio de la cuota del mercado vinculada (14 %).

189. En otras palabras, el Tribunal General sustituyó un criterio material por uno procedimental. Abandonó el criterio del alcance suficiente en el mercado, que paradójicamente consideró pertinente para determinar que el comportamiento reprochado era capaz de producir efectos de exclusión contrarios a la competencia, y lo sustituyó por el criterio de infracción única y continuada. Eso es simplemente insostenible. O se admite que el alcance en el mercado no importa en absoluto y que las normas de la competencia de la Unión sancionan la forma en lugar de los efectos (solución que, como ya he expuesto, es insostenible), o dicho alcance debe tenerse debidamente en cuenta para la apreciación del conjunto de las circunstancias.

190. Al actuar de ese modo, el Tribunal General no comprobó si el comportamiento en cuestión era capaz de restringir la competencia en todo el período de que se trata.

113

Véase la sentencia de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, (C-441/11 P, EU:C:2012:778), apartado 72 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, en lo sucesivo, «sentencia Aalborg», EU:C:2004:6), apartado 260.

114

Véase, por ejemplo, la sentencia Aalborg, apartado 260.

115

Sobre el uso de dicho concepto en el ámbito de la competencia judicial, véanse los puntos 319 y ss. de las presentes conclusiones.

116

Sentencia recurrida, apartado 193.

191. En todo caso, si no hubiera omitido la comprobación de si ese era el caso, tendría que haber concluido que una cuota del mercado vinculada tan pequeña no es concluyente a efectos de determinar que la conducta reprochada era capaz de restringir la competencia.

192. En consonancia con lo indicado en el punto 143 anterior en relación con una cuota de mercado del 14 %, tampoco puede excluirse que una cuota del mercado vinculada inferior al 5 % sea suficiente, en determinadas circunstancias, para excluir a los competidores. En cualquier caso, en el marco de una apreciación sobre la capacidad, esa cuota de mercado simplemente no es concluyente. Como ya se ha expuesto, no cabe presuponer (sobre la base de la forma de la conducta) que determinados acuerdos están comprendidos en el ámbito de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 102 TFUE sin tener debidamente en cuenta la cuota del mercado vinculada. Cuando la cuota de mercado vinculada no aporte pruebas concluyentes de un efecto sobre la competencia, es preciso tomar en consideración los efectos reales o potenciales de la conducta de que se trata para determinar si se ha cometido un abuso.

193. Procede recordar que la circunstancia de que el alcance en el mercado no se considere concluyente para determinar un efecto sobre la competencia durante determinado periodo de tiempo no puede subsanarse aplicando el concepto de infracción única y continuada. Por el contrario, como ese propio concepto sugiere, para que varias acciones constituyan una infracción única y continuada es preciso que cada una de esas acciones constituya una infracción en sí misma. En otros términos, tal comportamiento debe constituir una infracción durante todo el período de que se trate.

194. Por consiguiente, también procedería estimar el segundo motivo de casación.

#### **D. Sobre el tercer motivo de casación, relativo a la calificación de ciertos descuentos como «descuentos por exclusividad»**

##### ***1. Principales alegaciones de las partes***

195. La recurrente, apoyada por ACT, alega que el Tribunal General cometió un error de Derecho al clasificar sus acuerdos de descuento con HP y Lenovo como «descuentos por exclusividad». Aunque dichos descuentos se aplicaban al 95 % de los ordenadores de mesa profesionales de HP y al 80 % de los ordenadores portátiles de Lenovo, en conjunto, representaban una pequeña parte de las compras de CPU de esas dos empresas. Intel aduce, en esencia, que habida cuenta de que la obligación de exclusividad vinculada a esos descuentos se refería a ciertos *segmentos* de las necesidades de CPU de esos OEM, la clasificación de tales descuentos como «descuentos por exclusividad» es jurídicamente incorrecta. En opinión de la recurrente, el Tribunal General erró al entender que ello tiene el mismo efecto que el suministro de «la totalidad o una gran parte» de las necesidades *totales* del cliente. En concreto, ese enfoque priva efectivamente de todo rigor al criterio de «la totalidad o una gran parte». Da lugar a una ampliación injustificada del ámbito del concepto de «descuentos por exclusividad», que quedaría automáticamente censurado, según el enfoque adoptado por el Tribunal General con respecto al artículo 102 TFUE.

196. La Comisión opina que este motivo de casación debe ser desestimado por dos razones. Primero, alega que la libertad de abastecimiento de los OEM en ciertos segmentos no neutraliza la limitación de la libertad de los OEM para elegir su fuente de suministro en un segmento del mercado de las CPU. Segundo, la Comisión sostiene que Intel ha interpretado de forma incorrecta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia, que exige que los competidores de la empresa en posición dominante puedan competir, sobre la base del mérito, por la totalidad del mercado.

## 2. Análisis

197. Al igual que el segundo motivo de casación, el tercer motivo de casación está estrechamente ligado al primero. En esencia, plantea la cuestión de si el Tribunal General actuó acertadamente al considerar que los descuentos que la recurrente ofreció a HP y Lenovo podían clasificarse como «descuentos por exclusividad».<sup>117</sup>

198. Ya he explicado previamente por qué no existe un tipo independiente de «descuentos por exclusividad». A los descuentos de fidelización, incluidos (con carácter no exhaustivo) los que el Tribunal General denominó «descuentos por exclusividad» se les aplica una presunción de ilegalidad. Una de las posibles razones por las que un descuento es considerado un descuento de fidelidad consiste en que se basa en la exigencia de que el cliente satisfaga «la totalidad o una gran parte» de sus necesidades en la empresa en posición dominante.<sup>118</sup> No obstante, la forma, por sí sola, no determina la suerte de dichos descuentos. Ello se debe a que es preciso tomar en consideración el conjunto de las circunstancias antes de concluir que el comportamiento reprochado constituye un abuso de posición dominante. Por lo tanto, si como propongo, el Tribunal de Justicia estima el recurso de casación de la recurrente sobre la base del primer motivo de casación, no sería preciso analizar el tercero.

199. No obstante, el tercer motivo sigue siendo pertinente en caso de que el Tribunal de Justicia desestime el primer motivo de casación y considere que los «descuentos por exclusividad» deben diferenciarse de otros tipos de descuentos de fidelización.

200. Si el Tribunal de Justicia llega a esa conclusión, el requisito de «la totalidad o una gran parte» resulta crucial para el examen de dichos descuentos. Ello obedece a que únicamente los descuentos que estuvieran sujetos a la condición de que el cliente adquiriera «la totalidad o una gran parte» de lo que necesita de la empresa en posición dominante estarían englobados dentro de los «descuentos por exclusividad».

201. A la luz de lo anterior, procede efectuar las siguientes observaciones.

202. En el caso de HP, por ejemplo, la condición de exclusividad exigía que HP adquiriera de la recurrente el 95 % de sus suministros de CPU x86 para ordenadores de mesa profesionales. No cabe duda de que esa cantidad equivale a «la totalidad o una gran parte» de las CPU necesarias en ese segmento. Sin embargo, esta idea se ve difuminada por la circunstancia de que ese 95 % corresponde, aproximadamente, al 28 % de las necesidades totales de CPU de HP.<sup>119</sup> Como sostiene la recurrente, difícilmente puede afirmarse que esa cifra represente «la totalidad o una gran parte» de esas necesidades totales.

203. A este respecto, el Tribunal General declaró, en la sentencia recurrida, que carece de pertinencia que el requisito de que el comprador adquiriera «la totalidad o una gran parte» de lo que necesita de la empresa en posición dominante se refiera a todo el mercado o a uno de sus segmentos.<sup>120</sup> Para justificar ese planteamiento, el Tribunal General invocó la sentencia Tomra. Según afirmó el Tribunal de Justicia en dicho asunto, los competidores deben poder competir entre sí en función de los méritos por el conjunto del mercado, y no sólo por una parte de éste. No obstante, esa afirmación no dice nada

<sup>117</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 134 y 137.

<sup>118</sup>  
Véanse las sentencias Hoffmann-La Roche, apartado 89, y Tomra, apartado 70.

<sup>119</sup>  
Véase la sentencia recurrida, en particular, los apartados 126 y 129 en relación con HP y el apartado 137 con respecto a Lenovo.

<sup>120</sup>  
Véase, en particular, sentencia recurrida, apartados 132 y 133.

sobre cómo debe interpretarse el criterio de «la totalidad o una gran parte». Más bien se refiere a si el cierre a la competencia de una parte sustancial del mercado por parte de una empresa dominante puede justificarse demostrando que la parte del mercado aún abierta a la competencia es suficiente para permitir un número limitado de competidores.<sup>121</sup>

204. Esa no es la cuestión que nos ocupa en el caso de autos. En este asunto se trata de determinar si el requisito de «la totalidad o una gran parte» también puede referirse a una parte específica del mercado del producto pertinente.

205. En la Decisión impugnada no se estableció distinción alguna entre las CPU utilizadas en ordenadores profesionales y en ordenadores destinados a consumidores al definir el mercado de referencia. La razón consistió en que, para un determinado tipo de ordenador, puede emplearse la misma CPU en el segmento profesional para empresas y en el segmento particular de consumo.<sup>122</sup> La posibilidad de sustitución entre segmentos apunta a que el mercado no puede dividirse.

206. A este respecto, el Tribunal General señaló, en la sentencia recurrida, que carece de pertinencia, en ese contexto, que las CPU utilizadas en el segmento profesional sean distintas de las CPU x86 empleadas en los ordenadores destinados a los consumidores. A su juicio, aunque tales CPU sean intercambiables, la elección de compra de los OEM habría quedado sustancialmente limitada en el segmento en cuestión.<sup>123</sup>

207. A primera vista, este argumento es convincente.

208. Sin embargo, prescinde de una cuestión importante. El razonamiento desarrollado en la sentencia recurrida toma como punto de partida la perspectiva de HP (y Lenovo) y no la de AMD. Desde el punto de vista de AMD, carece por completo de pertinencia que la libertad para elegir de HP y Lenovo se viera sustancialmente restringida en un segmento o no, habida cuenta de que HP y Lenovo son clientes de Intel y no sus competidores.

209. En efecto, es preciso insistir en que este análisis versa sobre un comportamiento excluyente frente a un competidor de la recurrente, AMD, no sobre la explotación de los clientes de la recurrente. Lo decisivo, desde el punto de vista de AMD (y, por ende, para determinar si el comportamiento reprochado constituye un abuso de posición dominante excluyente contrario al artículo 102 TFUE), es el porcentaje total de los aprovisionamientos que está vinculado por razón de los descuentos y pagos de Intel.

210. Como señala ACT, carece de importancia si algunos aprovisionamientos se compran para un segmento en concreto. Lo importante es si los OEM en cuestión pueden seguir adquiriendo cantidades significativas a los competidores de Intel. Así parece ocurrir en este caso. HP y Lenovo seguían pudiendo adquirir cantidades significativas de CPU x86 a AMD. La cuestión de si una empresa ha abusado de su posición dominante excluyendo a un competidor no puede depender de una segmentación aparentemente arbitraria del mercado.

<sup>121</sup>

Véase la sentencia Tomra, apartado 42.

<sup>122</sup>

Considerando 831 de la Decisión impugnada. Véase, asimismo, la sentencia recurrida, apartado 133.

<sup>123</sup>

Sentencia recurrida, apartado 133.

211. A la luz de lo anterior, difícilmente puede sostenerse, en lo que respecta a HP, que el requisito de exclusividad sobre un 95 % de los ordenadores de mesa profesionales represente una cifra superior al 28 % de las necesidades totales de HP. En esa misma línea, la exclusividad relativa a los ordenadores portátiles de Lenovo no equivale a una exclusividad total. En esas circunstancias, el requisito de «la totalidad o una gran parte» simplemente no se cumple.

212. A riesgo de afirmar lo evidente, el enfoque adoptado en la sentencia recurrida lleva a un resultado que difícilmente puede justificarse: incluso un «descuento por exclusividad» referido a un segmento del mercado de referencia que abarque una parte insignificante de las necesidades totales del cliente (por ejemplo, el 3 %) podría ser automáticamente censurado.

213. Por consiguiente, procede concluir que el Tribunal General cometió un error de Derecho en la clasificación de los descuentos ofrecidos por la recurrente a HP y Lenovo.

214. Al margen de que el Tribunal de Justicia esté de acuerdo conmigo con respecto a los motivos de casación primero y segundo, procedería, pues, estimar el tercer motivo de casación.

## **E. Sobre el cuarto motivo de casación, relativo al derecho de defensa**

### ***1. Principales alegaciones de las partes***

215. El cuarto motivo de casación versa sobre el derecho de defensa de la recurrente, consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). Intel sostiene que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al declarar que no se había cometido ningún error procedimental en relación con la reunión celebrada en 2006 con el Sr. D1, ejecutivo de Dell, durante la investigación que dio lugar a la adopción de la Decisión impugnada (en lo sucesivo, «reunión controvertida»).

216. A este respecto, la recurrente alega, en primer lugar, que el Tribunal General se equivocó al declarar que la reunión controvertida no era una entrevista en el sentido del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003. En segundo lugar, sostiene que el Tribunal General erró al considerar que, pese a que la Comisión debería haber guardado constancia de la reunión controvertida, por su importancia, la consiguiente infracción del principio de buena administración quedó subsanada mediante la inclusión en el expediente de una versión no confidencial de la nota interna (el *aide mémoire* interno de la Comisión; en lo sucesivo, «nota interna»), a la que la recurrente tuvo acceso. En tercer lugar, arguye que el Tribunal General cometió un error en su apreciación, con carácter subsidiario, de si un vicio procedimental del tipo detectado en la sentencia recurrida puede servir de base para la anulación de la Decisión impugnada en lo que respecta a la conducta de la recurrente respecto de Dell.

217. Con carácter principal, la Comisión aduce que el cuarto motivo de casación es inoperante, pues Intel no ha rebatido la conclusión contenida en la sentencia recurrida según la cual los descuentos concedidos a Dell eran «descuentos por exclusividad». Según la Comisión, dicho motivo es, asimismo, inadmisibile, puesto que la cuestión de si la vulneración del principio de buena administración puede subsanarse concediendo a Intel acceso a la versión no confidencial de la nota interna depende de una apreciación de la importancia de la reunión controvertida y de la adecuación de la nota que se emitió. Esas cuestiones fácticas no son susceptibles de revisión en casación.

218. Con carácter subsidiario, considera que las alegaciones de Intel carecen de fundamento. Intel no ha formulado ninguna alegación válida que ponga en entredicho la apreciación efectuada en la sentencia recurrida sobre la nota interna. La Comisión sostiene, asimismo, que la Decisión impugnada se basó fundamentalmente en pruebas documentales que la reunión controvertida en ningún caso podría haber cuestionado.

## 2. Análisis

219. De entrada, es preciso subrayar que el cuarto motivo de casación no es, en ningún caso, inoperante ni tampoco inadmisibile, como alega la Comisión.

220. Mediante este motivo de casación, Intel sostiene específicamente que debe anularse la conclusión sobre la existencia de una infracción en relación con Dell porque las apreciaciones de hecho en las que se basa dicha infracción están viciadas por la vulneración de su derecho de defensa. Ese aspecto constituye una cuestión jurídica que el Tribunal de Justicia puede y debe resolver. La calificación, en la sentencia recurrida, de los descuentos de Intel a Dell como descuentos sujetos a la condición de exclusividad, haya sido o no impugnada, carece de pertinencia al respecto. Ya he expuesto anteriormente que no puede concluirse que los descuentos controvertidos (al margen de la «etiqueta» que se les ponga) sean ilegales sin analizar todas las circunstancias pertinentes. En la vista, la propia Comisión admitió que, en principio, la empresa en cuestión puede justificar incluso «descuentos por exclusividad». De igual modo, el hecho de que las partes admitan que la Comisión no se basó en la información obtenida durante la reunión controvertida para inculpar a Intel no tiene importancia. No afecta en modo alguno al posible valor *exculpatorio* de la reunión.<sup>124</sup> Más importante aún es que la cuestión de si se ha vulnerado el derecho de defensa no depende en modo alguno de que dicha (posible) vulneración incidiera en el contenido material de la Decisión impugnada.

221. Llanamente, la calificación de los descuentos de Intel o las pruebas que se aportaran para inculparla carecen de importancia en caso de que se haya vulnerado su derecho de defensa. Lo único que debe determinar el Tribunal de Justicia es si la recurrente ha demostrado que podría haberse defendido mejor si hubiera tenido acceso al registro de la reunión controvertida. Para abordar este tema, el Tribunal de Justicia debe examinar además, en particular, si la nota interna, que se comunicó a la recurrente de forma extemporánea, exclusivamente en primera instancia, podría haber «subsano» cualquier vicio de procedimiento anterior derivado de la decisión de la Comisión de no guardar constancia de la reunión controvertida. Por esa razón, no me convence el argumento de la Comisión de que las alegaciones de la recurrente sobre la adecuación de la nota interna rebaten, en realidad, apreciaciones de hecho.

222. Como expondré a continuación, procedería estimar, de hecho, el cuarto motivo de casación.

<sup>124</sup>

Véase, a este respecto, la sentencia recurrida, apartado 611.

**a) La reunión controvertida fue una entrevista en el sentido del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003**

223. La recurrente sostiene que Tribunal General cometió un error de Derecho al estimar que no se había vulnerado el artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, en relación con el artículo 3 del Reglamento n.º 773/2004.<sup>125</sup> A este respecto, Intel aduce que la distinción efectuada en la sentencia recurrida entre entrevistas «formales» e «informales» es jurídicamente incorrecta. Lo mismo cabe decir, en su opinión, de la conclusión de que la Comisión no está obligada a guardar constancia de las entrevistas «informales».<sup>126</sup>

224. Antes de entrar a analizar esa distinción, resulta útil recordar brevemente las etapas (procedimentales) que dieron lugar a la comunicación a la recurrente de la nota interna referida a la reunión controvertida.

225. De la sentencia recurrida se desprende que, durante el procedimiento administrativo previo, la Comisión negó inicialmente que hubiera celebrado una reunión con el Sr. D1. Dicha institución no admitió que se hubiera celebrado esa reunión hasta que Intel probó la existencia de un orden del día relativo a la reunión controvertida. En ese momento, la Comisión siguió negando que se hubiera dejado constancia de ella. Sin embargo, algunos meses más tarde el consejero auditor reconoció que existía una nota interna, pero señaló que la recurrente no tenía derecho a acceder a ella. Pese a ello, la Comisión remitió «por cortesía» una versión no confidencial de la nota interna a Intel en diciembre de 2008. Dicha copia tenía numerosos pasajes suprimidos. Después de que el Tribunal General remitiera una solicitud al efecto, finalmente se envió la versión confidencial de dicha nota a la recurrente durante la tramitación del procedimiento ante el Tribunal General, en enero de 2013.<sup>127</sup>

226. Centrándonos ahora en la interpretación del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, la facultad para realizar entrevistas constituye un corolario lógico de las amplias facultades de investigación que la Comisión tiene atribuidas en virtud del Reglamento n.º 1/2003. La cuestión es si existen, no obstante, limitaciones a dicha facultad.

227. Dichos límites pueden identificarse claramente a la luz del tenor de las disposiciones pertinentes. Para empezar, el artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003 establece que la Comisión puede oír a toda persona (física o jurídica) que acepte ser entrevistada a efectos de la recopilación de información en relación con el objeto de una investigación. Si bien el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 773/2004 contiene una obligación legal de guardar constancia de las entrevistas, el artículo 3, apartado 3, de dicha norma dispone que la Comisión podrá elegir *el modo* de registrar las declaraciones hechas por los declarantes.

228. A la luz de lo anterior, considero que es evidente que si la Comisión decide realizar una entrevista, no puede eludir guardar constancia de su contenido. Sin embargo, es libre de elegir el *modo* (o soporte empleado) para hacerlo.

229. La sentencia recurrida no contradice dicha afirmación.<sup>128</sup>

<sup>125</sup>  
Sentencia recurrida, apartado 612.

<sup>126</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 614 y 615.

<sup>127</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 601 y 606.

<sup>128</sup>  
Sentencia recurrida, apartado 617.



230. Más bien el problema radica en que, en la sentencia recurrida, el Tribunal General distinguió entre las entrevistas formales e informales. Dicha distinción no está prevista en el marco normativo que establece el Reglamento n.º 1/2003.

231. En mi opinión, tal distinción es muy problemática. Configurar, mediante interpretación jurisprudencial, una nueva herramienta para que la Comisión lleve a cabo sus investigaciones le permitiría eludir las normas que el legislador ha establecido expresamente para regular las facultades conferidas a dicha institución en el marco de las investigaciones sobre infracciones de normas de la competencia.

232. Según se desprende claramente del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, en relación con el artículo 3 del Reglamento n.º 773/2004, una de esas normas es que se guarde constancia de la información que se recopile en las entrevistas referidas al objeto de la investigación. En mi opinión, cualquier reunión con un tercero que se organice con la finalidad concreta de recabar información sustantiva que se empleará para apreciar un asunto debe quedar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003.

233. Sin embargo, eso no significa que la Comisión nunca pueda ponerse en contacto con terceros de modo informal. Como se desprende claramente del propio tenor del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, únicamente las conversaciones que guarden relación con el objeto de una investigación están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Cuando las comunicaciones entre la Comisión y terceros *no* estén relacionadas con el objeto de una investigación en particular (normalmente en curso), no existe obligación alguna de guardar constancia.

234. No obstante, en el presente asunto, no creo que la reunión controvertida pueda interpretarse como otra cosa que como una entrevista en el sentido del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003.

235. La reunión no sólo estaba vinculada al objeto de la investigación en curso de la Comisión sobre las prácticas de Intel. Como pone de manifiesto la nota interna, los asuntos abordados durante la reunión, que al parecer duró cinco horas, se centraban en el meollo de la cuestión investigada (a saber, si los descuentos de Intel a Dell estaban sujetos a un requisito de exclusividad). Aún más importante resulta el hecho de que la persona entrevistada fuera uno de los más altos directivos de Dell.<sup>129</sup>

236. A este respecto, carece de pertinencia si la finalidad de la reunión era recabar pruebas en forma de acta firmada o de declaraciones o, tal como sostiene la Comisión, no lo era.<sup>130</sup>

237. Considerar que únicamente tales contactos con terceros están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003 ampliaría considerablemente la potestad discrecional de la Comisión para realizar entrevistas sin necesidad de dejar constancia de ellas. También permitiría a la Comisión seleccionar las pruebas que han de revelarse a las empresas sospechosas de haber infringido las normas de competencia de la Unión: el personal de la Comisión que convoque a la persona a una entrevista o que asista a la entrevista podría decidir, sobre la base de su opinión subjetiva, lo que pasa a formar parte del expediente y lo que no.

<sup>129</sup>

Sentencia recurrida, apartado 621. Véase, asimismo, el apartado 636, sobre los asuntos tratados durante la reunión controvertida.

<sup>130</sup>

Véase, asimismo, la sentencia recurrida, apartado 617.

238. Pues bien, ese no es el modo en que el legislador de la Unión concibió el derecho de «acceso al expediente». Como establece el artículo 27, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003, el principio general es la comunicación de *todas* las pruebas y la excepción la no divulgación de elementos de prueba específicos. La interpretación del artículo 19 que propone la Comisión privaría de eficacia al artículo 27, apartado 2.

239. En la vista, la Comisión se esmeró en explicar qué contactos con terceros debe registrar y cuáles no. Sorprendentemente, al intentar justificar su postura, la Comisión pareció sugerir que puede decidir recurrir al artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003 completamente a su arbitrio. Es comprensible que la Comisión no lograra aportar una respuesta clara al Tribunal de Justicia sobre esa cuestión: es muy difícil identificar un criterio adecuado para distinguir entre entrevistas formales e informales que difiera del consagrado en la legislación, a saber, que la entrevista guarde relación con el objeto de la investigación.

240. De igual importancia es la circunstancia de que la decisión de registrar una entrevista también quedaría excluida de cualquier posible control judicial. Dado que no existe constancia escrita, ¿cómo podrían comprobar los órganos jurisdiccionales de la Unión si la Comisión cumplió las disposiciones del Reglamento n.º 1/2003 y, con carácter más general, si se respetaron plenamente los derechos de las empresas y de las personas físicas parte en la investigación?

241. En efecto, en última instancia, el requisito previsto en el artículo 3 del Reglamento n.º 773/2004 de que se guarde constancia de las entrevistas existe por dos motivos interrelacionados. Por un lado, esa exigencia garantiza que las empresas sospechosas de infringir las normas de competencia de la Unión puedan organizar su defensa y, por otro, que los órganos jurisdiccionales de la Unión puedan controlar, *ex post*, si la Comisión ejercitó sus facultades de investigación dentro de los límites legales.

242. Por estos motivos, considero firmemente que el Tribunal General cometió un error de Derecho, pues entendió que la Comisión no había vulnerado el artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003 al no organizar la reunión controvertida como una entrevista, en el sentido de dicha disposición, y al no guardar la debida constancia de ella.

#### ***b) La nota interna no subsanó el vicio procedimental***

243. Como ya se ha mencionado en el punto 216 anterior, el Tribunal General no consideró, en la sentencia recurrida, que se hubiera vulnerado el artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003. Sin embargo, al apreciar el contenido y la importancia de la información recabada durante la reunión controvertida, estimó que la Comisión debió haberla registrado. En opinión del Tribunal General, dicha omisión constituía una vulneración del principio de buena administración. A este respecto, el Tribunal General consideró que, en las circunstancias del presente caso, debería haberse incluido en el expediente, al menos, una nota sucinta con los nombres de los participantes y un breve resumen de los asuntos tratados. En tal caso, la recurrente podría haber solicitado el acceso a dicho documento.<sup>131</sup>

244. Sin embargo, según el Tribunal General, esa irregularidad procedimental quedó subsanada por la circunstancia de que, durante el procedimiento administrativo previo, se pusiera a disposición de Intel una versión no confidencial de la nota interna y se le ofreciera la posibilidad de formular alegaciones al respecto. Esa nota, que se elaboró como resumen interno de los temas tratados, destinado a los miembros de los servicios de la Comisión encargados del asunto, contenía los nombres de los participantes y un «breve resumen de los asuntos tratados».<sup>132</sup>

<sup>131</sup>  
Sentencia recurrida, apartado 621.

<sup>132</sup>  
Sentencia recurrida, apartado 622.

245. La recurrente sostiene que ello constituye un error de Derecho, no sólo porque la Comisión estaba obligada a dejar constancia del contenido de la reunión controvertida, sino también porque, en contra de lo que consideró el Tribunal General, la nota no incluía un «breve resumen de los asuntos tratados».

246. Estoy de acuerdo.

247. En principio, una nota del tipo descrito en la sentencia recurrida no puede subsanar, bajo ninguna circunstancia, un vicio procedimental esencial. Como el Tribunal General admitió en la sentencia recurrida, dicha nota equivale a un breve resumen de los temas tratados durante la reunión.<sup>133</sup> En cambio, no deja constancia del contenido de la entrevista. La propia Comisión lo admite. Sin embargo, aún más importante es que la nota no dice nada sobre la información facilitada por el Sr. D1 durante la reunión acerca de las cuestiones abordadas en ella.

248. En mi opinión, una nota de estas características no puede subsanar el incumplimiento del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, en relación con el artículo 3 del Reglamento n.º 773/2004.

249. Es preciso insistir en que la información contenida en el expediente sobre una entrevista debe ser suficiente para garantizar el cumplimiento del derecho de defensa de las empresas acusadas de infringir las normas de competencia de la Unión. En este caso claramente no ocurre así. Desarrollaré esa cuestión en los puntos 257 y siguientes.

250. Por consiguiente, se plantea la cuestión de si un error procedimental derivado de la vulneración del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, en relación con el artículo 3 del Reglamento n.º 773/2004, puede entrañar la ilegalidad de la Decisión impugnada en relación con las conclusiones deducidas con respecto a Dell. A diferencia de lo que declaró el Tribunal General,<sup>134</sup> la recurrente considera que debe ser así. ACT también comparte esa opinión. Es cierto que las alegaciones de la recurrente se refieren al razonamiento que está incluido en la sentencia recurrida en aras de la exhaustividad. Cabría, pues, sostener que dichas alegaciones son inoperantes y no pueden llevar a la anulación de esa sentencia.<sup>135</sup> No obstante, si el Tribunal de Justicia está de acuerdo conmigo en que el Tribunal General cometió un error al considerar que 1) la reunión controvertida no fue una entrevista en el sentido del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003 y que 2) la nota interna subsanó cualquier error procedimental ocasionado por la decisión de la Comisión de no dejar constancia de dicha reunión, el Tribunal de Justicia también deberá analizar el razonamiento referido a las consecuencias de una eventual irregularidad procedimental en la sentencia recurrida.

### *c) Consecuencias de no registrar la reunión controvertida*

251. Según la sentencia recurrida, la presente situación puede diferenciarse de la de la sentencia Solvay,<sup>136</sup> un precedente que invoca con carácter principal la recurrente. En dicho asunto, la Comisión había extraviado varios documentos una vez concluido el procedimiento administrativo previo. La empresa en cuestión no había tenido acceso a esos documentos durante el procedimiento ante la Comisión. En esas circunstancias, el Tribunal de Justicia declaró que un error procedimental de ese tipo justifica la anulación de la decisión de la Comisión. El criterio para tal anulación se expuso en los

<sup>133</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 635 y 636..

<sup>134</sup>  
Sentencia recurrida, apartado 664.

<sup>135</sup>  
Véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, en lo sucesivo, «sentencia Dansk Rørindustri», EU:C:2005:408), apartado 148 y jurisprudencia citada.

<sup>136</sup>  
Véase la sentencia de 25 de octubre de 2011, Solvay/Comisión (C-109/10 P, en lo sucesivo, «sentencia Solvay», EU:C:2011:686).

siguientes términos: un error procedimental justifica la anulación cuando no quepa excluir que la documentación (extraviada) habría permitido a la empresa interesada dar a los hechos una interpretación diferente de la seguida por la Comisión, lo cual hubiera podido ser útil para su defensa.<sup>137</sup>

252. No obstante, según el Tribunal General, la afirmación efectuada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Solvay no puede aplicarse en las presentes circunstancias. Ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurrió en el asunto Solvay, el contenido de la reunión controvertida podía reconstruirse.<sup>138</sup> Por ello, a la luz de la jurisprudencia en materia de acceso al expediente,<sup>139</sup> el Tribunal General exigió a Intel aportar un primer indicio del hecho de que la Comisión «no consign[ó] ciertos datos exculpatorios que contradi[eran] el tenor de las pruebas documentales directas en las que la Comisión se basó para dictar la Decisión [impugnada] o que, por lo menos, les confi[erian]n un significado diferente». No se consideraron suficientes meras hipótesis sobre la pertinencia de la información facilitada durante la reunión controvertida.<sup>140</sup>

253. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, cuando se haya denegado el acceso a parte del expediente durante el procedimiento administrativo previo, pero se conceda, no obstante, durante el procedimiento judicial, el criterio pertinente es si, en principio, la información retenida *habría resultado útil*, de un modo u otro, para la defensa de la empresa. No es necesario que esa información hubiera llevado a una decisión con un contenido diferente.<sup>141</sup> En cambio, debe acreditarse que la empresa habría estado en mejor disposición de ejercitar su defensa si no se hubiera cometido el error.<sup>142</sup>

254. No obstante, ese principio sólo se aplica cuando no se hayan empleado *pruebas documentales directas*. Si la Comisión se ha basado en *pruebas documentales directas* en la Decisión impugnada, la empresa afectada debe demostrar que la Comisión no ha consignado datos exculpatorios que *contradican el tenor de las pruebas documentales directas o, por lo menos, les confieren un significado diferente*.<sup>143</sup> Dicho de otro modo, si la Comisión recurre a pruebas documentales directas para inculpar a la empresa afectada, es particularmente difícil satisfacer la carga de la prueba.

255. La cuestión de si ese enfoque está justificado con carácter general excede del ámbito de las presentes conclusiones. Ahora bien, imponer a la recurrente esa exigencia en el presente asunto es, en mi opinión, claramente contrario a Derecho. Ello se debe a que la carga de la prueba que pesa sobre la empresa afectada es simplemente imposible de cumplir. El planteamiento correcto consiste en preguntarse, como exige la declaración formulada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Solvay, si cabe excluir de entrada que la información a la que no ha tenido acceso la empresa afectada habría sido útil para su defensa.

256. En el presente asunto, dicha pregunta debe recibir una respuesta negativa.

<sup>137</sup>

Sentencia Solvay, apartados 57 a 62.

<sup>138</sup>

Sentencia recurrida, apartado 630.

<sup>139</sup>

Véase, en particular, la sentencia Aalborg, apartado 133.

<sup>140</sup>

Sentencia recurrida, apartado 629.

<sup>141</sup>

Sentencias de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros Comisión (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, en lo sucesivo, «sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij», EU:C:2002:582), apartado 318 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, la sentencia Aalborg, apartado 75.

<sup>142</sup>

Véase la sentencia de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión (C-194/99 P, EU:C:2003:527), apartado 31 y jurisprudencia citada.

<sup>143</sup>

Véase la sentencia Aalborg, apartado 133. Véase, asimismo, la sentencia de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión (C-407/08 P, en lo sucesivo, «sentencia Knauf Gips», EU:C:2010:389), apartados 23 y 24 y jurisprudencia citada.

257. En el asunto Solvay, no había ninguna forma viable de reconstruir el contenido de los archivos extraviados recurriendo a otras fuentes. Además, la propia Comisión había admitido que los archivos extraviados contenían, con toda probabilidad, información importante para la defensa de la empresa (en particular, respuestas a solicitudes de información).<sup>144</sup>

258. En el presente asunto, como ya he expuesto anteriormente, la reunión controvertida no fue debidamente registrada. Sin embargo, se concedió a la recurrente acceso a la versión no confidencial de la nota interna y del llamado documento de seguimiento durante el procedimiento administrativo previo. Ese documento contenía las respuestas por escrito de Dell a las preguntas formuladas al Sr. D1 durante la reunión controvertida. Posteriormente, durante el procedimiento ante el Tribunal General, se concedió a la recurrente acceso a la versión confidencial de la nota. En opinión del Tribunal General, ambos documentos contenían una indicación suficiente de los temas tratados durante la reunión. Sobre la base de esos documentos, dicho órgano jurisdiccional concluyó que la reunión no arrojó nuevos datos de descargo que la recurrente hubiera podido invocar en su defensa.<sup>145</sup>

259. Sin embargo, la información que puede deducirse de esos documentos sobre lo que ocurrió durante la reunión controvertida sigue siendo mera especulación, como demuestra ampliamente la sentencia recurrida.<sup>146</sup> Como pone de manifiesto el análisis de la información disponible en la sentencia recurrida, cuando no existe un registro adecuado de la reunión no es posible afirmar con certeza lo que se comentó y en qué medida ello podría haber sido exculpatario, inculpatario o neutral.<sup>147</sup>

260. El control judicial no puede basarse en presunciones sobre pruebas.

261. No cabe duda de que, como observa la Comisión, una apreciación de si la vulneración del derecho de defensa debe llevar a la anulación de la Decisión de la Comisión parte de las imputaciones formuladas contra la empresa en cuestión y de las pruebas aportadas en apoyo de dichas imputaciones.<sup>148</sup> En caso contrario, siempre cabría alegar que la información no contenida en el expediente podría haber resultado útil a la empresa afectada.<sup>149</sup>

262. Teniendo en cuenta las imputaciones de la Comisión contra Intel en el presente caso, surgen pocas dudas sobre la pertinencia de la reunión controvertida. En efecto, como señaló el Tribunal General, la nota interna y el documento de seguimiento demuestran que en la reunión se abordaron asuntos pertinentes para determinar si Dell recibía de la recurrente descuentos de fidelización contrarios a la competencia.<sup>150</sup>

263. En este tipo de situaciones, la carga de la prueba recae, con carácter general, sobre la empresa investigada.<sup>151</sup> Como señala la Comisión, incumbe a la empresa afectada la carga de alegar y probar que podría haber utilizado en su defensa documentos a los que se le impidió acceder en el procedimiento administrativo. No obstante, ello ocurre cuando los documentos se han retenido

<sup>144</sup>

Véase la sentencia Solvay, apartados 62 y 64.

<sup>145</sup>

Véase la sentencia recurrida, por ejemplo, los apartados 631, 644, 658 y 660.

<sup>146</sup>

Véase la sentencia recurrida, en particular, los apartados 646 y 658.

<sup>147</sup>

Sentencia recurrida, apartados 632 a 660.

<sup>148</sup>

Véase la sentencia Solvay, apartado 59.

<sup>149</sup>

Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Solvay/Comisión (C-109/10 P, EU:C:2011:256), punto 191.

<sup>150</sup>

Sentencia recurrida, apartado 632 y ss.

<sup>151</sup>

Para una crítica al respecto, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto SKW Stahl-Metallurgie y SKW Stahl-Metallurgie Holding/Comisión (C-154/14 P, EU:C:2015:543), puntos 76 y 77.

durante el procedimiento administrativo previo y su contenido puede ser posteriormente establecido y revisado por el Tribunal de Justicia.<sup>152</sup> Como observó la Abogado General Kokott en el asunto Solvay, la razón de ello es que la empresa afectada puede indicar, en tales circunstancias, los autores y la naturaleza del documento al que le fue denegado el acceso. Pero no sólo eso. En tales circunstancias es aún más importante que la empresa afectada también puede describir el *contenido* de esos documentos.<sup>153</sup>

264. En el presente caso, la situación es distinta. La identidad del autor y la naturaleza de la reunión son conocidos sobre la base de la nota interna. Sin embargo, el contenido de las respuestas del Sr. D1 a las preguntas que le formuló la Comisión sigue siendo un misterio. No cabe duda, como observó el Tribunal General, de que la nota interna y el documento de seguimiento arrojan algo de luz sobre los asuntos concretos abordados durante la reunión controvertida. No obstante, esos documentos no son suficientes para reconstruir *ex post* las pruebas aportadas, a saber, lo que efectivamente se dijo durante esa reunión.

265. Aunque la sentencia recurrida no analiza esa cuestión de forma expresa, sólo es posible llegar a la conclusión contraria si se presupone que el Sr. D1 y Dell son la misma persona y que el Sr. D1 no pudo sino reiterar la postura de Dell sobre los asuntos tratados. Teniendo en cuenta su condición de alto ejecutivo de Dell, dicha presunción puede, sin duda, ser correcta.

266. No obstante, también cabe que no lo sea.

267. A diferencia de lo que la Comisión pareció sugerir durante la vista, es igualmente probable que el Sr. D1 manifestara su opinión personal sobre los temas tratados en la reunión controvertida.<sup>154</sup> Simplemente no lo sabemos. Por eso no cabe excluir, sin más, que la reunión aportara información nueva, o en otro sentido, sobre el carácter condicional de los descuentos ofrecidos a Dell. En lugar de reconocer esa posibilidad, el Tribunal General asignó a la recurrente la tarea supuestamente imposible de demostrar que la reunión no registrada reveló datos exculpatorios que podrían haber facilitado información en otro sentido sobre las pruebas aportadas por la Comisión en apoyo de sus imputaciones. Por razones evidentes, llegó a la conclusión de que la recurrente no había logrado realizar esa tarea con éxito.

268. Sobre la base de lo anterior, ha de concluirse que procedería estimar el cuarto motivo de casación.

269. Para el caso de que el Tribunal de Justicia no esté de acuerdo conmigo, me permito advertirle de que no debería desestimar el cuarto motivo de casación por los siguientes motivos.

270. Pongamos por caso, en aras del contraste de pareceres, que la prueba en cuestión pudiera reconstruirse *ex post* de modo suficiente en Derecho, como consideró el Tribunal General en la sentencia recurrida. Según el Tribunal General, en tal caso la recurrente debía demostrar que las pruebas en cuestión podían poner en entredicho las «pruebas documentales directas» que ya se habían considerado suficientes para condenar a Intel por abuso de posición dominante en relación con los descuentos ofrecidos a Dell.<sup>155</sup> Ese enfoque se basa en una falacia. Parte erróneamente del presupuesto de que las pruebas a las que no se ha concedido acceso durante el procedimiento

<sup>152</sup>

Sentencias Limburgse Vinyl Maatschappij, apartados 318 y 324; Aalborg, apartados 74, 75 y 131, y Knauf Gips, apartados 23 y 24.

<sup>153</sup>

Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Solvay/Comisión, (C-109/10 P, EU:C:2011:256), punto 193.

<sup>154</sup>

Véase, al respecto, la sentencia recurrida, apartados 572 a 575.

<sup>155</sup>

Véanse, en particular, los apartados 651 a 653 de la sentencia recurrida.

administrativo previo deben tener forzosamente un valor probatorio inferior al de las pruebas invocadas por la Comisión en apoyo de su conclusión de la existencia de un abuso. En particular, el problema se deriva del modo excesivamente extenso en que se interpretó el concepto de «pruebas documentales directas» en la sentencia recurrida.

271. Según mi leal saber y entender, el Tribunal de Justicia no ha definido expresamente ese concepto. Sin embargo, la jurisprudencia ofrece indicaciones útiles sobre su alcance.

272. Con carácter general, el concepto de pruebas documentales directas se emplea en la jurisprudencia, en el marco del artículo 101 TFUE, para describir algunos tipos de pruebas (distintas, por ejemplo, de las pruebas circunstanciales o económicas) a las que la Comisión puede recurrir para determinar que se ha cometido una infracción, por ejemplo, que determinadas empresas concretas han participado en un cartel o en una práctica contraria al artículo 101 TFUE.<sup>156</sup>

273. A diferencia de lo que ocurre con las pruebas circunstanciales,<sup>157</sup> las pruebas documentales directas emanan, por lo general, de la(s) empresa(s) sospechosa(s) de haber infringido las normas de competencia de la Unión y el artículo 101 TFUE en particular. Normalmente, esas pruebas revisten la forma de un documento que, por sí solo, pone de manifiesto la existencia de un cartel o práctica concertada (o la participación de empresas concretas en dicha práctica). Así ocurre, por ejemplo, con una nota sobre un acuerdo entre participantes, intercambios de correos electrónicos entre participantes sobre tarifas o las actas de reuniones referentes a tales prácticas.<sup>158</sup> Si la Comisión se ha basado en este tipo de pruebas para acreditar la existencia de una infracción, o la participación de empresas en una infracción, para que se anule la decisión de que se trate, las empresas deben demostrar que las pruebas a las que no se les dio acceso durante el procedimiento administrativo previo contradicen el tenor de las pruebas documentales directas presentadas.<sup>159</sup>

274. Las pruebas invocadas por la Comisión en la Decisión impugnada para acreditar el carácter condicionado de los descuentos concedidos a Dell pueden considerarse, a lo sumo, circunstanciales o por presunciones.<sup>160</sup> En efecto, no hay que pasar por alto que se consideró que los «descuentos por exclusividad» controvertidos en el presente asunto (incluidos los concedidos a Dell) estaban sujetos *de facto* a una condición de exclusividad. Ello se debe a que tales descuentos no estaban basados en una obligación formal de suministro exclusivo.<sup>161</sup> En cambio, el carácter condicionado de los descuentos ofrecidos a Dell se infería (de forma indirecta) del nivel de los descuentos.<sup>162</sup> También se atribuyó

<sup>156</sup>

Para un comentario sobre las pruebas documentales directas en casos de cartel, véase Guerrin, M. y Kyriazis, G., «Cartels: Proof and Procedural Issues», *Fordham International Law Journal*, Vol. 16, n.º 2, 1992, pp. 266 a 341, en particular pp. 299 a 301.

<sup>157</sup>

Véanse, por ejemplo, las sentencias de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries/Comisión (48/69, en lo sucesivo, «ICI», EU:C:1972:70), apartados 65 a 68, y 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, EU:C:1975:174), apartados 164 y 165, sobre el uso de correspondencia entre terceros como prueba.

<sup>158</sup>

Véase, por ejemplo, la sentencia Aalborg, apartado 158, remitiéndose a la sentencia recurrida en ese asunto. Véase también la sentencia de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión (T-213/00, EU:T:2003:76), apartado 136 y ss.

<sup>159</sup>

Véase la sentencia Aalborg, apartado 133, en la que el Tribunal de Justicia expuso claramente ese principio.

<sup>160</sup>

Para acreditar el carácter condicionado de los descuentos de que se trata en la Decisión impugnada, la Comisión se basó en determinados documentos internos de Intel, en particular en presentaciones y correos electrónicos (Decisión impugnada, considerandos 238 a 242); la respuesta de Dell con arreglo al artículo 18 (Decisión impugnada, considerandos 233 y 234), y determinados documentos internos de Dell, a saber, presentaciones internas y correos electrónicos (Decisión impugnada, en particular, considerandos 222 a 227, 229 y 231). Véase, también, la sentencia recurrida, apartados 444 a 515.

<sup>161</sup>

En lo que atañe a Dell, véase la sentencia recurrida, apartado 440.

<sup>162</sup>

Decisión impugnada, considerando 950, y sentencia recurrida, apartados 504 a 514.

particular importancia a la impresión de Dell sobre el riesgo que entrañaba cambiar parte de sus suministros a un competidor.<sup>163</sup> A riesgo de manifestar lo evidente, esas pruebas difícilmente pueden ser consideradas «pruebas documentales directas» del carácter condicionado de los descuentos en cuestión.

275. A falta de un documento escrito que ponga de manifiesto la existencia de una obligación de suministro exclusivo, considero que aceptar cualquier documento escrito como «prueba documental directa» de un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE menoscabaría de forma grave el derecho de defensa de la empresa afectada. No bastaría con que la empresa demostrase que un elemento de prueba al que no se le concedió acceso durante el procedimiento administrativo previo podría haber sido útil para su defensa. Dicha empresa además tendría que acreditar (como exigió el Tribunal General en la sentencia recurrida) que las pruebas a las que no tuvo acceso contradecían el tenor de las pruebas invocadas por la Comisión para respaldar su conclusión de la existencia de un abuso.

276. Habida cuenta de lo anterior, estoy convencido de que las pruebas *circunstanciales* del tipo mencionado en la Decisión impugnada deben apreciarse conjuntamente (antes de determinar si el *grueso* de las pruebas aportadas basta, en su conjunto, para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante). Para la anulación de la Decisión impugnada, la empresa interesada debe demostrar simplemente, en tales circunstancias, que para su defensa podría haber utilizado, de un modo u otro, las pruebas a las que no ha tenido acceso, y no que dichas pruebas contradigan el tenor de las pruebas invocadas por la Comisión para establecer una infracción.<sup>164</sup>

277. Por consiguiente, procede concluir que, incluso desde este punto de vista, debería estimarse el cuarto motivo de casación.

## **F. Sobre el quinto motivo de casación, relativo al ámbito de competencia**

### ***1. Principales alegaciones de las partes***

278. Mediante su quinto motivo de casación, Intel, apoyada por ACT, aduce que el Tribunal General cometió un error de Derecho al entender que la Comisión era competente para aplicar el artículo 102 TFUE a los acuerdos de 2006 y 2007 entre Intel y Lenovo (en lo sucesivo, respectivamente, «acuerdo de 2006» y «acuerdo de 2007» o, conjuntamente, «acuerdos con Lenovo»). Por un lado, el acuerdo de 2006 incitaba a Lenovo, mediante la concesión de un incentivo económico, a aplazar (y, en última instancia, cancelar) el lanzamiento de dos productos basados en tecnología AMD en el mercado mundial.<sup>165</sup> Por otro lado, el acuerdo de 2007 se refería a los descuentos que Intel concedería si Lenovo decidía adquirir exclusivamente de Intel las CPU para sus ordenadores portátiles.<sup>166</sup> La recurrente aduce que, en lo que atañe a Lenovo, las restricciones manifiestas y los descuentos no se aplicaron en el EEE ni tuvieron ningún efecto previsible, inmediato o sustancial en dicho territorio.

<sup>163</sup>  
Decisión impugnada, en particular, los considerandos 221 y 323.

<sup>164</sup>  
Sentencia de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión (C-194/99 P, EU:C:2003:527), apartado 31 y jurisprudencia citada.

<sup>165</sup>  
Decisión impugnada, considerando 560.

<sup>166</sup>  
Decisión impugnada, considerando 561.



279. La Comisión sostiene que el quinto motivo de casación carece de fundamento. El Tribunal General no erró al estimar que la Comisión estaba facultada para aplicar el artículo 102 TFUE a los acuerdos con Lenovo. La Comisión sostiene que, con arreglo al Derecho internacional público, la competencia puede basarse en varios factores, siempre que exista un vínculo suficiente entre el comportamiento censurado y las normas aplicables en el territorio afectado. A este respecto, el criterio de la ejecución y el criterio de los efectos «calificados» son los dos únicos medios que permiten establecer ese vínculo. Según la Comisión, la sentencia recurrida no contiene ningún error de Derecho al aplicar esos criterios.

## 2. Análisis

280. Este motivo de casación no es, en ningún caso, de menor importancia que los analizados hasta el momento. Ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad propicia para aclarar la jurisprudencia derivada de la sentencia ICI, posteriormente desarrollada en la sentencia Pasta de madera,<sup>167</sup> sobre la aplicación territorial del Derecho de la competencia de la Unión. Permitirá al Tribunal de Justicia afinar dicha línea jurisprudencial y adaptarla a las actuales condiciones, caracterizadas por economías globales, mercados integrados e intercambios comerciales perfeccionados.

281. Es importante tener en cuenta las extensas ramificaciones que la resolución del Tribunal de Justicia puede tener. En efecto, una interpretación excesivamente generosa de las normas sobre competencia territorial no está exenta de controversia desde la perspectiva del Derecho internacional público, conforme al cual debe interpretarse el Derecho de la Unión.<sup>168</sup> Por consiguiente, procede enmarcar este motivo de casación en un contexto más amplio.

282. En términos generales, la competencia adopta, al menos, tres formas distintas: competencia normativa, competencia ejecutiva y competencia judicial o «jurisdiccional». Intel pone en duda que la Comisión sea competente para aplicar el Derecho de la competencia de la Unión a una conducta unilateral derivada de acuerdos que, probablemente, producen sus efectos fuera de la Unión Europea. Por consiguiente, este asunto no versa sobre la coerción física fuera del territorio de la Unión, cuestión que genera innumerables dificultades desde el punto de vista del Derecho internacional público.

283. Ha de señalarse, asimismo, que el Derecho internacional público permite a los Estados ejercer competencias extraterritoriales en determinadas circunstancias. Sin embargo, aunque no cabe duda de que no son vinculantes en sí mismas,<sup>169</sup> el respeto mutuo de las esferas de competencia tanto de la Unión como de los países terceros interesados,<sup>170</sup> o la cortesía, invitan a ser comedidos a la hora de invocar competencias extraterritoriales. No ha de sorprender, pues, que la propia Unión Europea se oponga a la aplicación extraterritorial de las leyes de terceros Estados cuando lo considera ilegal.<sup>171</sup>

<sup>167</sup>

Véase la sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión* (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, en lo sucesivo, «sentencia Pasta de madera», EU:C:1988:447).

<sup>168</sup>

Véanse, entre otras, la sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation* (C-286/90, en lo sucesivo, «sentencia Poulsen», EU:C:1992:453), apartado 9.

<sup>169</sup>

Véase, en este sentido, la sentencia de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon/Comisión* (C-308/04 P, EU:C:2006:433), apartado 34.

<sup>170</sup>

Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1972, *Geigy/Comisión* (52/69, EU:C:1972:73), apartado 11.

<sup>171</sup>

Me remito, por ejemplo, al Reglamento (CE) n.º 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (DO 1996, L 309, p. 1), en particular los considerandos tercero y cuarto.

284. Dicho esto, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia revela que, para que la normativa de la Unión pueda aplicarse, es preciso que exista un vínculo adecuado con el territorio de la Unión.<sup>172</sup> De este modo, se respeta el principio básico de territorialidad con arreglo al Derecho internacional público. Sin embargo, no es infrecuente que un Estado u organización internacional también tenga en cuenta, a la hora de ejercer su potestad soberana, circunstancias que se producen o se han producido fuera de su ámbito territorial de competencia.<sup>173</sup>

285. De la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el Derecho de la competencia de la Unión opera si existe un vínculo adecuado con el territorio de la Unión, bien consistente en la presencia de una filial, o bien en la ejecución de comportamientos contrarios a la competencia dentro de ese territorio. No obstante, en asuntos anteriores, tal vínculo era mucho más fácil de apreciar que en el asunto que actualmente nos ocupa.

286. En el presente caso, el Tribunal General consideró que pueden aplicarse dos criterios alternativos para justificar la competencia: el criterio de la ejecución y el criterio de los efectos «calificados» de las prácticas en el EEE.<sup>174</sup> En opinión de dicho órgano jurisdiccional, la aplicación de ambos criterios conducía a la misma conclusión: la Comisión era competente en relación con los acuerdos con Lenovo.<sup>175</sup>

287. A continuación expondré, en primer lugar, mi opinión sobre la cuestión de la competencia en lo que respecta a la coerción de las normas de competencia de la Unión.<sup>176</sup> Posteriormente indicaré por qué considero fundado este motivo de casación.

#### *a) Observaciones generales ¿ejecución y/o efectos?*

288. La primera observación que me gustaría realizar es simple y evidente. Para determinar si la Comisión puede aplicar el Derecho de la competencia de la Unión a una conducta específica, debe partirse del tenor de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Lejos de conceder a la Comisión carta blanca para aplicar el Derecho de la competencia de la Unión a una conducta, al margen de donde se produzca y con independencia de que presente algún vínculo claro con el territorio de la Unión, dichas disposiciones versan sobre comportamientos colectivos o unilaterales contrarios a la competencia *dentro del mercado interior*: el artículo 101 TFUE prohíbe los acuerdos o prácticas «que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior» y, por su parte, el artículo 102 TFUE, prohíbe «la explotación abusiva [...] en el mercado interior».

289. Por consiguiente, el principio competencial para la aplicación de las normas de competencia de la Unión está claramente reflejado en dichas disposiciones. Aunque el artículo 102 TFUE es menos claro, el artículo 101 TFUE es muy explícito al afirmar que se aplica a cualquier conducta que tenga *efectos contrarios a la competencia* en el mercado interior.

<sup>172</sup>

Véanse, entre otras, las sentencias Poulsen, apartado 28; de 29 de junio de 1994, Aldewereld (C-60/93, EU:C:1994:271), apartado 14; de 9 de noviembre de 2000, Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605), apartado 25; de 24 de junio de 2008, Total Commune de Mesquer (C-188/07, EU:C:2008:359), apartados 60 a 63; de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros (C-366/10, en lo sucesivo, «sentencia ATAA», EU:C:2011:864), apartado 125, y de 13 de mayo de 2014, Google Spain y Google (C-131/12, EU:C:2014:317), apartados 54 y 55. Véase, asimismo, la sentencia de 23 de abril de 2015, Zuchtvieh-Export (C-424/13, EU:C:2015:259), apartado 56.

<sup>173</sup>

Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Air Transport Association of America y otros (C-366/10, EU:C:2011:637), puntos 148 y 149.

<sup>174</sup>

Sentencia recurrida, apartados 231 a 236 y 244.

<sup>175</sup>

Sentencia recurrida, apartados 296 y 310.

<sup>176</sup>

En las presentes conclusiones no analizaré la competencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea para conocer de asuntos sobre aplicación de las normas de competencia de la Unión cuando la invocan particulares, ni la facultad del legislador de la Unión de legislar en materia de competencia.

290. Además, al igual que la Comisión, tampoco interpreto la sentencia del Tribunal de Justicia Pasta de madera en el sentido de que implica que la *ejecución* es el único criterio jurisdiccional válido. Más bien considero que, cuando se ejecuta una conducta contraria a la competencia en la Unión Europea, no cabe duda de que los artículos 101 TFUE y 102 TFUE son aplicables. Dicho de otro modo, no cabe rebatir que una conducta ejecutada en la Unión Europea puede tener efectos dentro del mercado interior y, por ello, no puede eludir ser controlada a la luz de las normas de competencia de la Unión. En este contexto, no hay que olvidar que el criterio de la ejecución está firmemente anclado en el principio de territorialidad y, por consiguiente, que si se cumple constituye un factor determinante para establecer la competencia de la Comisión para aplicar esas normas a una conducta concreta.<sup>177</sup>

291. A este respecto, carece pues de pertinencia que únicamente una parte de la conducta de que se trate se produzca en la Unión Europea.<sup>178</sup> En la sentencia Pasta de madera, el Tribunal de Justicia analizó una serie de prácticas para fijar el precio de la pasta de madera —consideradas por la Comisión contrarias al actual artículo 101 TFUE— que fueron adoptadas fuera de (lo que actualmente constituye) la Unión Europea por productores de pasta extranjeros. En ese contexto, el Tribunal de Justicia explicó la razón por la que la ejecución, en lugar de la celebración o el otorgamiento de un contrato o de una práctica concertada, era pertinente para determinar la competencia. Si las prohibiciones establecidas en los Tratados únicamente se aplicasen cuando el acuerdo, decisión o práctica concertada se hubiera adoptado o convenido dentro del territorio de la Unión, las empresas tendrían una vía fácil para eludir la aplicación de las normas de competencia de la Unión. En ese caso, el criterio de la ejecución se cumpliría en virtud de la venta directa de los productos objeto de cartel: las empresas afectadas habían vendido pasta de madera directamente a compradores de la Unión Europea.<sup>179</sup>

292. Sin embargo, a diferencia de lo que sostiene Intel, no creo que pueda considerarse que únicamente las ventas directas en la Unión Europea efectuadas por la empresa de que se trata cumplen el criterio de la ejecución a efectos de la jurisprudencia derivada de la sentencia Pasta de madera. El significado habitual del término «ejecución» es llevar a cabo o poner en práctica. Por lo tanto, para cumplir ese criterio, es preciso que uno de los elementos constitutivos básicos de la conducta contraria a la competencia tenga lugar en la Unión Europea. Que sea así depende fundamentalmente de la naturaleza, forma y alcance del comportamiento en cuestión. Es preciso adoptar un planteamiento caso por caso de la conducta ilegal para verificar si esta se ha ejecutado en la Unión Europea. Por ejemplo, no estoy seguro de que las ventas indirectas del producto de que se trate no puedan considerarse en ningún caso un acto de ejecución.<sup>180</sup> Desde mi punto de vista, dependerá de las circunstancias de cada caso. En este contexto, por ejemplo, uno de los elementos que ha de ser tomado en consideración es si una de las empresas que ha sometido el producto a cartel y la empresa que lo ha incorporado a otro producto para su posterior venta en la Unión forman parte de una entidad económica única o, de no ser así, si existen otros vínculos corporativos o estructurales entre ambas empresas.

<sup>177</sup>

Véase la sentencia Pasta de madera, apartados 16 y 18.

<sup>178</sup>

Procede señalar que el Tribunal de Justicia ha respaldado ese planteamiento en numerosos asuntos, en los que determinados particulares cuestionaban la aplicabilidad de las normas de la Unión pertinentes invocando un supuesto efecto extraterritorial: véanse las sentencias Poulsen, ATAA y Google Spain (C-131/12, EU:C:2014:317).

<sup>179</sup>

Sentencia Pasta de madera, apartados 12 a 18.

<sup>180</sup>

Sobre esta cuestión, mi postura es distinta a la adoptada por el Abogado General Wathelet. Véase el punto 46 de las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto InnoLux/Comisión (C-231/14 P, EU:C:2015:292).

293. Para concluir, una conducta unilateral o colectiva se ejecuta en el mercado interior, y activa, pues, indiscutiblemente, la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE cuando existe un elemento de comportamiento interterritorial.<sup>181</sup> Dicho de otro modo, cuando una parte de la conducta ilegal se lleva a cabo, aplica o pone en práctica en el mercado interior porque uno de sus elementos constitutivos básicos se produce en dicho territorio.

294. Sin embargo, si se considera que el único criterio de competencia que activa la aplicación de las normas de competencia de la Unión es la ejecución, es posible que diversos tipos de comportamiento que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior queden fuera del ámbito de aplicación de dichas normas. Me refiero a las conductas consistentes en una omisión ilegal, como la negativa a contratar o el boicot. Como ya he señalado en los puntos 288 y 289 anteriores, esa interpretación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE sería contraria al tenor de dichas disposiciones.

295. De hecho, varios Abogados Generales ya han aconsejado al Tribunal de Justicia que adopte un planteamiento basado en los efectos para determinar la competencia en el ámbito del Derecho de la competencia.<sup>182</sup> A día de hoy, el Tribunal de Justicia no ha adoptado ni rechazado expresamente ese enfoque.<sup>183</sup>

296. En estas circunstancias, considero que el Tribunal de Justicia debería abordar expresamente esa cuestión en el presente asunto y, en línea con lo propuesto por los Abogados Generales mencionados en el punto anterior, adoptar un planteamiento basado en los efectos para la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

297. No es determinante que ese enfoque esté enraizado en un concepto de territorialidad amplio o que, por el contrario, entrañe cierta aplicación extraterritorial de las normas de la Unión.<sup>184</sup> Lo importante es que, en determinadas condiciones, los *efectos* constituyen un criterio de atribución de competencia que, en lo que atañe a este tipo de normativa, es generalmente aceptable con arreglo a los principios del Derecho internacional público<sup>185</sup> y ha sido admitido por muchos países de todo el mundo.<sup>186</sup> En efecto, muchos autores jurídicos consideran que, actualmente, las controversias sobre su admisibilidad pertenecen al pasado.<sup>187</sup>

181

Véase Lowe, V. y Staker, C., «Jurisdiction», Evans, M.D., (ed.), *International Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2010, pp. 322 y 323.

182

A favor de adoptar un planteamiento basado en los efectos con el fin de determinar la competencia, véanse las conclusiones del Abogado General Mayras presentadas en el asunto Imperial Chemical Industries/Comisión (48/69, EU:C:1972:32), puntos 693 y ss., y del Abogado General Darmon presentadas en los asuntos acumulados Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, en lo sucesivo, «conclusiones en el asunto Pasta de madera», EU:C:1988:258), puntos 19 y ss. En la misma línea, véanse las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto InnoLux/Comisión (C-231/14 P, EU:C:2015:292), puntos 49 y ss.

183

Las partes han debatido ampliamente si la reciente sentencia de 9 de julio de 2015, InnoLux/Comisión (C-231/14 P, EU:C:2015:451) respaldaba, aun de forma implícita, dicho planteamiento. Sin embargo, en mi opinión el Tribunal de Justicia decidió no abordar la cuestión de la competencia, al considerarla irrelevante para la resolución del asunto. Véanse los apartados 71 a 73 de la sentencia.

184

En efecto, esta cuestión ha sido debatida por la doctrina: véase, entre otros, International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, pp. 12 y 13.

185

Véase OECD Revised recommendation of the Council Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, 1995, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>. Véanse, asimismo, las conclusiones en el asunto Pasta de madera, puntos 19 a 31, y la sentencia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, EU:T:1999:65), apartado 90.

186

Véase, por ejemplo, International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, pp. 39 a 77.

187

Véase, entre otros, Wagner-von Papp, F., «Competition Law, Extraterritoriality & Bilateral Agreements», *Research handbook on International Competition Law*, Edward Elgar Publishing 2012, p. 41 y las referencias citadas.

298. En este contexto, conviene señalar que otras disposiciones del Derecho de la Unión regulan el comportamiento en el extranjero de entidades que no son nacionales de un Estado miembro ni tienen presencia física o jurídica en la Unión, por los efectos producidos por tal comportamiento en el mercado interior. Se trata, por ejemplo, de diversas disposiciones que regulan las operaciones con instrumentos financieros y otros tipos de conducta económica.<sup>188</sup>

299. Sin embargo, eso no significa que cualquier efecto, por muy escaso o indirecto que sea, pueda activar la aplicación de las normas de competencia de la Unión. En una economía globalizada, cualquier conducta que se produzca en cualquier parte del mundo, por ejemplo, en China, tendrá inevitablemente algún tipo de repercusión en la Unión Europea. Pues bien, la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE no puede basarse en un vínculo o un efecto que sea excesivamente remoto o meramente hipotético.

300. En mi opinión, es particularmente importante que la competencia se ejerza con contención en lo que atañe a los comportamientos que, en sentido estricto, no se hayan producido en el territorio de la Unión Europea. En efecto, para atenerse a la cortesía y, del mismo modo, garantizar que las empresas puedan operar en un entorno jurídico predecible, los efectos de las conductas denunciadas únicamente pueden emplearse como criterio determinante de la competencia con suma precaución. Ello resulta aún más importante a día de hoy. Existen más de cien autoridades nacionales o supranacionales en todo el mundo que se consideran competentes para sancionar las prácticas contrarias a la competencia.

301. Como señaló el Tribunal General en la sentencia *Gencor*, la aplicación de las normas de competencia de la Unión a determinada conducta sólo está justificada cuando esa conducta tiene efectos inmediatos, sustanciales y previsibles en el mercado interior.<sup>189</sup> Pueden trazarse evidentes paralelismos con las normas sobre competencia aplicables en los Estados Unidos de América (en lo sucesivo, «EE.UU.»): El artículo 1 de la Ley Sherman establece una prohibición general a las limitaciones al comercio sin límites geográficos. Por esa razón, en 1982, el Congreso de EE.UU. promulgó la Foreign Trade Antitrust Improvement Act (Ley de mejoras de la legislación antimonopolio; en lo sucesivo, «FTAIA»),<sup>190</sup> para aclarar (y, en su caso, limitar) la aplicación extraterritorial de la Ley Sherman. Entre otras cosas, la FTAIA establece, en esencia, que las normas antimonopolio estadounidenses no se aplican a conductas en el extranjero a menos que estas tengan un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible en EE.UU. En la sentencia *Empagran*, el US Supreme Court (Tribunal Supremo, EE.UU.) consideró, al interpretar la Ley Sherman y la FTAIA, que no era razonable aplicar las leyes estadounidenses a conductas extranjeras cuando el perjuicio exterior resultante denunciado no guardaba relación con el perjuicio interno.<sup>191</sup>

302. El Tribunal de Justicia debería basarse en principios análogos a la hora de interpretar y aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE a conductas unilaterales o colectivas de empresas que se produzcan en su totalidad fuera de las fronteras de la Unión. Desde mi punto de vista, tal conducta sólo está comprendida en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones en la medida en que pueda detectarse un efecto contrario a la competencia directo o inmediato, sustancial y previsible dentro del mercado interior. Ese criterio de los efectos «calificados» (que significa, a mi entender, que los efectos son

188

Para una exposición general de dichas disposiciones y una apreciación crítica, véase Scott, J., «The New EU “Extraterritoriality”», *Common Market Law Review*, vol. 51, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, pp. 1343 a 1380.

189

Sentencia recurrida, apartado 243.

190

15 U.S.Code, título 15, capítulo 1, artículo 6a.

191

Sentencia del US Supreme Court (Tribunal Supremo, EE.UU.) en el asunto *Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359 (2004).

suficientemente significativos para justificar la competencia) no se cumple si, por ejemplo, el efecto en la Unión Europea es meramente hipotético o, en todo caso, de escasa importancia. Tampoco se cumple cuando el falseamiento de la competencia dentro del mercado interno no pueda imputarse a la empresa de que se trate, pues ésta no pudo haber previsto tales efectos perjudiciales.

303. El tenor de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE no justifica que la Comisión aplique las normas de la Unión a una conducta que no tiene un efecto «calificado» en el territorio de la Unión Europea. Sostener lo contrario resultaría problemático a la luz de los principios del Derecho internacional público. Atribuir un alcance excesivo a las normas de competencia de la Unión podría conllevar el riesgo de interferir en los intereses soberanos de otros Estados y daría lugar a dificultades de aplicación, tanto jurídicas como prácticas.<sup>192</sup> También incrementaría de forma considerable el solapamiento de competencias de distintos Estados o entidades políticas, generando con ello gran incertidumbre para las empresas y aumentando el riesgo de normas o sentencias contradictorias aplicables a las mismas conductas. Por último, pero no por ello menos importante, puede suscitar dudas en relación con el principio de buena administración. ¿Qué interés tendría aplicar las normas de la Unión a una conducta que no tiene efectos sustanciales en la Unión Europea? ¿Sería utilizar válida y eficazmente los limitados recursos de la Unión Europea?

304. A la luz de lo anterior, considero que no puede criticarse al Tribunal General, como alega Intel, por haber apreciado la competencia de la Comisión para aplicar el artículo 102 TFUE tanto conforme al criterio de la ejecución como al de los efectos «calificados». No cabe duda de que habría sido más lógico apreciar en primer lugar si la conducta de Intel había sido ejecutada en la Unión y, únicamente en caso de respuesta negativa, si esa conducta producía, pese a todo, efectos «calificados» en el mercado interior.

305. Sin embargo, carece de pertinencia que Intel no pusiera en duda la competencia de la Comisión durante el procedimiento administrativo previo, hecho en el que insiste el Tribunal General en el apartado 246 de la sentencia recurrida. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, el alcance del control de legalidad previsto en el artículo 263 TFUE se extiende a todos los elementos de las decisiones de la Comisión relativos a los procedimientos de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, cuyo control en profundidad, tanto de hecho como de Derecho, garantiza el Tribunal General, a la luz de los motivos invocados por los recurrentes, teniendo en cuenta todas las pruebas aportadas por éstos, sean anteriores o posteriores a la decisión adoptada, hayan sido presentadas durante el procedimiento administrativo previo o lo sean por primera vez en el marco del recurso del que conoce el Tribunal General, en la medida en que dichos elementos sean pertinentes para el control de la legalidad de la decisión de la Comisión.<sup>193</sup>

306. En conclusión, no puede criticarse el marco normativo aplicado por el Tribunal General. Sin embargo, procede efectuar las siguientes críticas en relación con la aplicación de tales criterios de competencia a los supuestos abusos derivados de los acuerdos con Lenovo en la sentencia recurrida.

### ***b) Apreciación de la aplicación de los criterios de competencia pertinentes por parte del Tribunal General***

307. Comenzaré analizando las conclusiones del Tribunal General sobre la aplicación en el EEE de las restricciones manifiestas y los descuentos por exclusividad derivados de los acuerdos con Lenovo.

<sup>192</sup>

Precisamente por esos motivos las instituciones de la Unión han celebrado acuerdos con las autoridades de varios países no pertenecientes a la Unión Europea para establecer mecanismos de cooperación en el ámbito del Derecho de la competencia. Por ejemplo, se han celebrado al menos dos acuerdos de este tipo con el Gobierno de EE.UU. Ambos abordan la cuestión de la competencia. Para consultar el contenido de esos acuerdos y para más información véase <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>.

<sup>193</sup>

Véase la sentencia de 21 de enero de 2016, Galp Energía España y otros/Comisión (C-603/13 P, EU:C:2016:38), apartado 72.

*i) Sobre la ejecución*

308. En la sentencia recurrida,<sup>194</sup> el Tribunal General declaró que los acuerdos con Lenovo estaban destinados a ser ejecutados por Lenovo en todo el mundo, incluido el EEE. A la luz de dichos acuerdos, Intel no podía alegar que no tenía influencia en la utilización que hiciera Lenovo de las CPU de Intel. Intel también sabía que Lenovo estaba presente en el mercado interior y vendía ordenadores portátiles en él.

309. En mi opinión, ese razonamiento adolece de un error de Derecho. Si la Comisión hubiera llegado a la conclusión de que Intel y Lenovo habían infringido conjuntamente el artículo 101 TFUE, el Tribunal General debería haber analizado si sus acuerdos debían ejecutarse por cualquiera de esas partes en el EEE. Sin embargo, la Decisión impugnada versa sobre una conducta que la Comisión consideraba condenable en virtud del artículo 102 TFUE, es decir, una conducta unilateral de Intel. Por tanto, es esa conducta unilateral, el presunto abuso, la que debe ejecutarse en el EEE.

310. Pues bien, en la sentencia recurrida no se hace referencia en ningún momento a una conducta iniciada o llevada a cabo por Intel en el territorio de la EEE para ejecutar lo convenido en los acuerdos con Lenovo. No es sorprendente. Tales acuerdos, celebrados por una sociedad estadounidense y una sociedad china, tenían por objeto la venta de CPU fabricadas y vendidas fuera de la Unión, para su incorporación en ordenadores fabricados en China. Únicamente limitaban la posibilidad de que AMD, otra empresa estadounidense, vendiera CPU en el mercado chino.

311. En lugar de centrarse en la posible ejecución por Intel, el Tribunal General se concentró en el comportamiento del cliente en un mercado posterior para establecer un vínculo con el territorio del EEE. A los ojos del Tribunal General, el mero hecho de que, durante un determinado período, Lenovo se abstuviera de vender un determinado modelo de ordenador a nivel mundial, incluyendo, pues, al EEE, constituía un acto de ejecución de la conducta abusiva de Intel.

312. Este razonamiento no es convincente. Al vincular la ejecución al comportamiento del cliente de la empresa acusada de vulnerar el artículo 102 TFUE, prácticamente cualquier conducta, por muy remotamente ligada con el territorio de la Unión que esté, podría considerarse comprendida en el ámbito de competencia de la Comisión, sobre la base del criterio de ejecución. Los demás elementos tomados en consideración por el Tribunal General tampoco son convincentes. En primer lugar, considero que carece de pertinencia, a este respecto, que Intel tuviera influencia en la utilización hecha por Lenovo de sus CPU. Si Lenovo presentara algún vínculo corporativo o estructural con Intel, la conclusión habría sido distinta. En segundo lugar, desde mi punto de vista, también tiene escasa relevancia que Intel supiera que Lenovo estaba presente en el mercado interior y vendía ordenadores portátiles en ese mercado. Procede insistir, de nuevo, en que la conducta ilegal no guarda relación con la venta de ordenadores portátiles, sino con la exclusión de AMD del mercado de las CPU. El mero conocimiento de que un cliente tiene presencia en el EEE no puede considerarse un acto de ejecución de abusos en el mercado anterior.

313. A la luz de los elementos expuestos en la sentencia recurrida, no considero que el supuesto abuso de Intel pueda considerarse ejecutado en el EEE en el sentido de la sentencia *Pasta de madera*. Desde mi punto de vista, no cabe entender que la conducta en cuestión haya sido ejecutada, aplicada o puesta en práctica en el mercado interior.

314. No obstante, ello no excluye que la conducta de Intel pueda haber tenido efectos contrarios a la competencia en el mercado interior que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE. Por consiguiente, a continuación analizaré las conclusiones del Tribunal General en lo que respecta a los efectos del abuso de Intel en el EEE.

<sup>194</sup>

Sentencia recurrida, apartados 310 a 314.

*ii) Sobre los efectos «calificados»*

315. En la sentencia recurrida,<sup>195</sup> el Tribunal General expuso, en primer lugar, que debía comprobarse si el comportamiento de Intel podía tener efectos inmediatos, sustanciales y previsibles en el mercado interior. En opinión de dicho órgano jurisdiccional, eso no significa que el efecto en el mercado deba producirse, sino simplemente que debe ser suficientemente probable que la conducta de que se trata sea capaz de ejercer una influencia apreciable y no desdeñable en él. A continuación, examinó los efectos de los dos tipos de comportamiento de forma independiente.

316. En cuanto a las restricciones manifiestas, el Tribunal General observó que, en el cuarto trimestre de 2006, las cifras de ventas proyectadas en la región EOMA (Europa, Oriente Medio y África) para los dos modelos de ordenador portátil afectados por la demora en su lanzamiento eran de 5 400 y de 4 250 unidades. El Tribunal General añadió que el EEE constituye una parte importante de esa región. Dado que Intel no aportó ninguna prueba que acreditase su alegación de que era posible que todos esos ordenadores estuvieran destinados a zonas no comprendidas en el EEE, el Tribunal General estimó que los efectos en el EEE eran, al menos, potenciales. Dicho órgano jurisdiccional reconoció que la cifra correspondiente a la región de EOMA era reducida, pero añadió que la conducta de Intel formaba parte de una infracción única y continuada.<sup>196</sup> También estimó que la conducta de Intel estaba destinada a producir efectos inmediatos en el EEE (donde, durante un tiempo, no hubo disponible ningún ordenador basado en tecnología de AMD) y directos (la conducta de Intel afectaba directamente la venta de ordenadores de Lenovo).<sup>197</sup>

317. En lo que respecta a los descuentos por exclusividad, el Tribunal General consideró que sus efectos eran inmediatos porque en ningún lugar del mundo, incluido el EEE, estaba disponible algún ordenador portátil de Lenovo equipado con una CPU x86 de un competidor de Intel. Añadió que el efecto contrario a la competencia era previsible, e incluso buscado por Intel. En cuanto a la naturaleza sustancial de dicho efecto, el Tribunal General señaló que los descuentos por exclusividad forman parte de una infracción única y continuada.<sup>198</sup>

318. El razonamiento del Tribunal General no sólo es sucinto. Más importante aún es que adolece de un error de Derecho.

319. Con respecto a ambos tipos de conducta, el único argumento del Tribunal General sobre la naturaleza sustancial del efecto en el mercado interior es que formaban parte de una infracción única y continuada. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente en los puntos 179 y siguientes, el concepto de infracción única y continuada es una mera regla procedimental que tiene como finalidad aliviar la carga probatoria que pesa sobre las autoridades de competencia. Ese concepto no puede, ni debe, ampliar el ámbito de las prohibiciones previstas en los Tratados.

320. Pues bien, eso es precisamente lo que hizo el Tribunal General en la sentencia recurrida. En lugar de analizar si los descuentos por exclusividad y las restricciones manifiestas eran individualmente capaces de producir un efecto contrario a la competencia apreciable en el mercado interior, lo cual activaría la aplicación del artículo 102 TFUE, simplemente los unió a una conducta producida en la Unión Europea en una infracción única y continuada cuyo efecto fue, en su opinión, significativo. Por

<sup>195</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 250 a 258 y 283 a 297.

<sup>196</sup>  
Sentencia recurrida, apartado 290.

<sup>197</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 277 y 278.

<sup>198</sup>  
Sentencia recurrida, apartados 293 a 295.



consiguiente, dos tipos de conductas distintas en el extranjero que, en principio, podrían estar ambas excluidas del ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE, quedaron de pronto incluidas en tal ámbito al ser examinadas de forma conjunta con otro comportamiento, como partes de un plan global para restringir la competencia.

321. Si el Tribunal General hubiera aplicado correctamente el criterio de los efectos «calificados» (al apreciar si cada tipo de conducta estaba comprendida en el ámbito de competencia de la Comisión), el resultado de su análisis podría haber sido bien diferente. Por ejemplo, el propio Tribunal General declaró que el número de ordenadores afectados por las restricciones manifiestas era «modesto» y que no estaba claro si estaba previsto que la totalidad o parte de ellos fueran a ser vendidos en el EEE. En cuanto a este segundo elemento, procede señalar otro error de Derecho cometido por el Tribunal General: es evidente que incumbe a la Comisión demostrar que los efectos de una conducta reprochada en el mercado interior pueden ser apreciables. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, la Comisión debe demostrar que concurren todos los requisitos para la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en un determinado caso.<sup>199</sup> Por lo tanto no fue acertado exigir a Intel que desvirtuara una presunción efectuada por la Comisión sobre la posible venta en el EEE de ordenadores destinados a un territorio mucho más amplio.

322. No cabe duda de que los acuerdos con Lenovo tuvieron un efecto inmediato y directo, si se interpreta dicha expresión en el sentido de que esos acuerdos influyeron en el comportamiento de Lenovo en lo que atañe a la compra de CPU y a la posterior venta de ordenadores portátiles que precisaban de CPU x86. Sin embargo, la clave es si los efectos contrarios a la competencia resultantes de esos acuerdos fueron inmediatos y directos en el EEE. Dicho de otro modo, el Tribunal General debería haberse preguntado si dichos acuerdos mermaban de forma inmediata o directa la capacidad de los competidores de Intel para competir en el ámbito de las CPU x86 dentro del mercado interior. El Tribunal General no analizó ese extremo en absoluto. Simplemente declaró que esos acuerdos influyeron en las elecciones empresariales de Lenovo. Eso es algo que, evidentemente, se supone que hacen todos los contratos comerciales.

323. El Tribunal General aplicó ese mismo razonamiento defectuoso a la previsibilidad de los efectos derivados de los acuerdos con Lenovo. Una vez más, el Tribunal General se centró en el efecto que esos contratos tuvieron (o debían tener) en las decisiones empresariales de Lenovo. La sentencia recurrida no aborda el tema de la previsibilidad del efecto contrario a la competencia que dichos acuerdos, supuestamente, tenían en el mercado interior.

324. Sobre la base de los elementos expuestos en la sentencia recurrida, lejos de ser inmediatos, sustanciales y previsibles, cualesquiera efectos contrarios a la competencia resultantes de los acuerdos con Lenovo parecen ser hipotéticos, especulativos e infundados. Ello no significa, sin embargo, que los acuerdos con Lenovo no tuvieran o no pudieran tener tal efecto «calificado» en el mercado interior.

325. Por un lado, cabe legítimamente albergar dudas, por ejemplo, sobre si puede considerarse que la conducta que afectó a las ventas en el EEE de unos miles de ordenadores, que representan un ínfimo porcentaje del mercado mundial de las CPU, durante un período particularmente breve, tuvo un efecto inmediato, sustancial y previsible en el EEE. Por otro lado, no cabe excluir que los acuerdos con Lenovo pudieran haber tenido un efecto en la capacidad permanente de AMD para desarrollar, fabricar y comercializar CPU en todo el mundo, incluido el EEE. Desde el punto de vista de Intel, la exclusión del único competidor viable en el mercado de las CPU puede lograrse al margen de que opte por dirigirse a clientes que operan en el EEE o en otro lugar. El efecto buscado sigue siendo el mismo.

199

Véase el artículo 2 del Reglamento n.º 1/2003.

326. Por desgracia, el Tribunal General no llevó a cabo ese análisis. La cuestión fundamental de si los acuerdos con Lenovo eran capaces de producir efectos contrarios a la competencia inmediatos, sustanciales y previsibles en el EEE ha quedado, pues, sin respuesta. Ello pese a la crucial importancia que dicha cuestión tiene para pronunciarse sobre la aplicación del artículo 102 TFUE al supuesto abuso derivado de tales acuerdos.

327. Sobre la base de lo anterior, concluyo que el Tribunal General cometió un error de Derecho al aplicar tanto el criterio de la ejecución como el criterio de los efectos «calificados» para rechazar las alegaciones de Intel (y de ACT) sobre la falta de competencia de la Comisión para aplicar el artículo 102 TFUE a los abusos derivados de los acuerdos con Lenovo. Por consiguiente, procedería estimar el quinto motivo de casación.

## **G. Sobre el sexto motivo de casación, relativo al importe de la multa**

### ***1. Principales alegaciones de las partes***

328. El sexto motivo de casación versa sobre el importe de la multa impuesta en primera instancia. Consta de dos partes. En primer lugar, Intel alega que la multa es desproporcionada, al margen de su eventual reducción por los errores de Derecho cometidos por Tribunal General. En segundo lugar, Intel sostiene que el Tribunal General erró al aplicar las Directrices de 2006 a una conducta cometida antes de la adopción de éstas. En opinión de la recurrente, la aplicación retroactiva de las Directrices de 2006 para justificar una multa más de cincuenta veces mayor que la que hubiera correspondido con arreglo a la legislación en vigor en el momento en que se cometió la mayor parte de la conducta es contraria a los principios fundamentales del Derecho de la Unión. En particular, la recurrente pone en duda la conformidad de dicho enfoque con el artículo 7 CEDH y con el artículo 49 de la Carta.

329. La Comisión sostiene que procede desestimar este motivo de casación por ser en parte inadmisibles y en parte inoperantes, o, con carácter subsidiario, infundado.

### ***2. Análisis***

330. La recurrente formula el presente motivo de casación como un motivo autónomo para anular la sentencia recurrida. Sostiene que el Tribunal General vulneró el principio de proporcionalidad y aplicó erróneamente (de forma retroactiva) las directrices sancionadoras de la Comisión a la hora de determinar la multa.

331. La primera parte del sexto motivo de casación se refiere a la cuestión de la (des)proporcionalidad de la multa impuesta a la recurrente en la Decisión impugnada, posteriormente confirmada por el Tribunal General. En esencia, se pregunta cuáles son los parámetros adecuados para apreciar la proporcionalidad de una multa impuesta por la Comisión en el marco de sus investigaciones.

332. Se trata de una cuestión de interés. Por principio, afecta al núcleo de las facultades conferidas a la Comisión para investigar y sancionar las infracciones de las normas de competencia de la Unión. Además, tiene implicaciones en el modo en que los órganos jurisdiccionales de la Unión ejercitan su potestad ilimitada en el ámbito de la imposición de multas.

333. Para ofrecer una respuesta detallada a esa pregunta sería preciso analizar un gran número de cuestiones sensibles. Me refiero, en particular, a la interrelación entre el carácter disuasorio y el nivel de las multas, al término de referencia pertinente para apreciar la proporcionalidad (es decir, proporcional con respecto a qué) y a los límites que el artículo 49, apartado 3, de la Carta puede imponer a los importes de las multas impuestas a empresas que han vulnerado las normas de competencia de la Unión.

334. Sin embargo, lamentablemente en este recurso de casación no procede entrar en ese debate. Al margen de observaciones aisladas sobre el carácter desproporcionado de la multa, en particular en comparación con las multas impuestas anteriormente en asuntos sobre descuentos en virtud del artículo 102 TFUE, la recurrente no explica de qué modo la apreciación efectuada por el Tribunal General vulnera el principio de proporcionalidad.<sup>200</sup> Intel simplemente solicita al Tribunal de Justicia que determine qué sanción, en su caso, sería proporcionada en las circunstancias del presente asunto.

335. A este respecto, como es bien sabido, no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir, por razones de equidad, la apreciación del Tribunal General por la suya propia sobre el importe de la multa. Excepcionalmente, cuando el Tribunal de Justicia estime que el nivel de la sanción no sólo es inapropiado, sino también excesivo hasta el punto de ser desproporcionado, podrá considerar que el Tribunal General ha cometido un error de Derecho debido al carácter inapropiado del importe de la multa.<sup>201</sup> La circunstancia de que la multa impuesta en la Decisión impugnada (1 060 millones de euros) superara todos los registros en ese momento no la hace automáticamente inapropiada o desproporcionada, como parece sugerir la recurrente.

336. En efecto, las alegaciones acerca de la proporcionalidad en realidad ponen en entredicho determinadas apreciaciones de hecho y, en particular, la apreciación de las pruebas en primera instancia.<sup>202</sup> A diferencia de lo que ocurre con respecto a los demás motivos de casación invocados en el presente asunto, el error de *Derecho* supuestamente cometido por el Tribunal General no se desprende de forma clara de las alegaciones de la recurrente. Como ya se ha indicado, no incumbe al Tribunal de Justicia volver a apreciar, en el marco de un recurso de casación, los hechos o las pruebas. En el presente asunto no se ha formulado ninguna alegación fundada sobre un error manifiesto en la apreciación de los hechos. Tampoco se desprende de forma evidente del expediente una desnaturalización de las pruebas del tipo censurado por Intel. En efecto, para que el Tribunal de Justicia pueda revisarla en casación, debe ser posible detectar la supuesta desnaturalización sin necesidad de volver a apreciar de nuevo los hechos.<sup>203</sup>

337. Por esa razón, coincido con la Comisión en que debe declararse la inadmisibilidad de las alegaciones de la recurrente en torno a la proporcionalidad de la multa.

338. La segunda parte del sexto motivo de casación trata sobre la aplicación retroactiva de las Directrices de 2006 a una conducta que, en parte, era anterior a su adopción. Pregunta en qué medida la Comisión está vinculada por sus directrices para el cálculo de las multas.

339. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es clara al respecto y no respalda la postura de la recurrente.

200

A ese respecto no hay que olvidar que la práctica de la Comisión a la hora de adoptar decisiones anteriores no puede servir con carácter general de marco jurídico para las multas impuestas en asuntos sobre competencia. Ello se debe a que la Comisión dispone de un amplio margen de discrecionalidad en el ámbito de la determinación de multas y no está vinculada, en principio, por las apreciaciones que haya realizado en el pasado. Véase, entre otras, la sentencia de 19 de marzo de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166), apartado 82 y jurisprudencia citada.

201

Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 10 de julio de 2014, Telefónica y Telefónica de España/Comisión (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), apartado 205 y jurisprudencia citada, y de 4 de septiembre de 2014, YKK y otros/Comisión (C-408/12 P, EU:C:2014:2153), apartado 29 y jurisprudencia citada. Véanse, asimismo, las sentencias de 29 de abril de 2004, British Sugar/Comisión (C-359/01 P, EU:C:2004:255), apartado 47 y jurisprudencia citada, y de 19 de diciembre de 2013, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Comisión (C-586/12 P, no publicada, EU:C:2013:863), apartado 33 y jurisprudencia citada.

202

A este respecto, la recurrente enumera una serie de factores que, en su opinión, fueron incorrectamente apreciados en la sentencia recurrida. Además, la recurrente no está de acuerdo con el modo en que el Tribunal General valoró las pruebas relativas a la ocultación, elemento que se tuvo en cuenta para incrementar el importe de la multa.

203

Véanse, por ejemplo, las sentencias de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión (C-551/03 P, EU:C:2006:229), apartados 51 a 53 y jurisprudencia citada, y de 8 de marzo de 2016, Grecia/Comisión (C-431/14 P, EU:C:2016:145), apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada.

340. Conforme a jurisprudencia reiterada, la Comisión puede ajustar el nivel de las multas (al alza), dentro de los límites establecidos en el Reglamento n.º 1/2003, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política de la Unión en materia de competencia. Ello se debe a que la aplicación adecuada de las normas de competencia de la Unión exige que la Comisión pueda adaptar en cualquier momento el nivel de las multas a las necesidades de dicha política.<sup>204</sup> En ese contexto, el principio de irretroactividad sólo puede afectar a la facultad discrecional de la Comisión de imponer la multa cuando el cambio de que se trata no fuera razonablemente previsible en el momento en que se cometieron las infracciones.<sup>205</sup>

341. Aún más importante resulta el hecho de que el Tribunal de Justicia ha considerado que las empresas afectadas por un procedimiento administrativo previo en el que puedan imponerse multas no pueden albergar expectativas legítimas de que se aplique un determinado método para calcular las multas. Por el contrario, dichas empresas deben tener en cuenta la posibilidad de que la Comisión pueda aumentar en cualquier momento el nivel de las multas con respecto al que se aplicaba anteriormente. Esta afirmación no sólo es válida cuando la Comisión aumenta el nivel de las multas al determinar su importe en decisiones individuales, sino también cuando dicho aumento se produce al aplicar en supuestos concretos unas reglas de conducta de alcance general, tales como las Directrices de 2006.<sup>206</sup>

342. En mi opinión, dichas afirmaciones sugieren que siempre que la multa impuesta respete los límites establecidos en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003, la recurrente no puede invocar válidamente el principio de irretroactividad para impugnar la multa impuesta sobre la base de las Directrices de 2006. Ello se debe, además, a que dichas Directrices ya estaban en vigor antes de que se pusiera fin a la conducta reprochada. En efecto, es el Reglamento n.º 1/2003 el que, como Derecho aplicable, fija los límites de la facultad discrecional de la Comisión para imponer una multa por una infracción de las normas de competencia de la Unión, y no las Directrices de 2006, que establecen con mayor grado de detalle el modo en que la Comisión tiene la intención de ejercitar dicha facultad.

343. Considero que, a la luz de lo anterior, procedería desestimar la segunda parte del sexto motivo de casación por infundada. Por consiguiente, el sexto motivo de casación debería ser desestimado.

## **VI. Consecuencias de la apreciación**

344. De conformidad con el párrafo primero del artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia, cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. En tal caso, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita. También podrá devolver el asunto al Tribunal General.

345. He llegado a la conclusión de que procede estimar los motivos de casación primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Por lo tanto, ha de anularse la sentencia recurrida.

346. Dada la naturaleza de los errores cometidos por el Tribunal General con respecto a los motivos de casación primero, segundo, tercero y quinto, el estado del presente procedimiento no permite, en mi opinión, resolver definitivamente el litigio. Ello se debe a que cualquier resolución sobre el fondo (si los descuentos y pagos ofrecidos por Intel constituyen un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE y si los acuerdos con Lenovo tuvieron un efecto contrario a la competencia

<sup>204</sup>

Véase la reciente sentencia de 18 de julio de 2013, Schindler Holding y otros/Comisión (C-501/11 P, EU:C:2013:522), apartado 75 y jurisprudencia citada.

<sup>205</sup>

Véase la sentencia Dansk Rørindustri, apartado 224.

<sup>206</sup>

Sentencia Dansk Rørindustri, apartados 228 a 231.

inmediato, sustancial y previsible en el EEE) depende de un examen del conjunto de las circunstancias del asunto y, en su caso, del efecto actual o potencial de la conducta de Intel sobre la competencia en el mercado interior. Para ello es necesario, a su vez, efectuar una apreciación de los hechos, que el Tribunal General está en mejores condiciones de realizar.

347. Por otra parte, en lo que atañe al cuarto motivo de casación, sobre la vulneración del derecho de defensa de la recurrente, a primera vista puede parecer que el Tribunal de Justicia está suficientemente informado para pronunciarse sobre la anulación de la Decisión impugnada. Pese a ello, los elementos fácticos disponibles y los debates ante el Tribunal de Justicia me inducen a proponer que, también respecto de esta cuestión, el asunto sea devuelto al Tribunal General. En particular, debe concederse a las partes la oportunidad de manifestar su punto de vista sobre las consecuencias que han de deducirse de la irregularidad procedimental controvertida y, más concretamente, sobre si la Decisión impugnada debe anularse en su totalidad (como ocurrió en el asunto en que recayó la sentencia Solvay<sup>207</sup>) o sólo en lo que atañe a la conducta de Intel respecto de Dell.

348. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que devuelva el asunto al Tribunal General para que se pronuncie nuevamente.

## VII. Conclusión

349. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia:

- 1) Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de junio de 2014, Intel/Comisión (T-286/09).
- 2) Devolver el asunto al Tribunal General.
- 3) Reservar la decisión sobre las costas.

<sup>207</sup>

Véase la sentencia Solvay, apartados 71 y 72.