

¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión *INTEL*, de 13 de mayo de 2009.

Dr. Fernando Díez Estella

I. Introducción.

El 21 de Septiembre de 2009 la Comisión Europea publicó la versión no-confidencial (y provisional) de la Decisión *INTEL*¹, que había adoptado el 13 de mayo de ese mismo año, por la que se la declaraba culpable de una conducta de abuso de posición de dominio y se le imponía al gigante de los microprocesadores la más alta multa impuesta jamás a una única empresa en un procedimiento sancionador antitrust, 1.060.000.000 €

La cuantía de la sanción, que ha hecho palidecer a la mismísima *Microsoft*, ha conseguido también cierto protagonismo mediático, como suele ocurrir en los casos en los que las compañías afectadas pertenecen al sector de las Nuevas Tecnologías.

Con todo, la Decisión ya ha cosechado igualmente una serie de críticas y censuras, que pueden agruparse en torno a cuatro series de comentarios:

- Intel no ha hecho nada malo, simplemente estaba compitiendo de forma agresiva;
- Los descuentos que concedía a los fabricantes favorecían a los consumidores;
- Otra vez nos encontramos ante la típica actitud de las autoridades comunitarias defendiendo los intereses de Europa frente a una empresa norteamericana;
- Aún en el caso de que hubiera habido un comportamiento anticompetitivo por parte de Intel, la multa ha sido excesiva.

Desafortunadamente, la versión que ha publicado la Comisión no ofrece –por motivos de confidencialidad- la mayor parte de los datos relevantes (de cuotas de mercado, precios, importe de los descuentos, fechas, etc.) que serían necesarios para hacer un análisis riguroso de la supuesta práctica del abuso de posición de dominio de Intel.

Por ello, nos centraremos en estas páginas en tres tipos de cuestiones, dejando necesariamente de lado otras muchas, igualmente interesantes, pero que por razones de espacio no tienen cabida en este comentario.

En primer lugar, y con carácter general, pondremos de manifiesto el hecho de que la CE está aplicando un razonamiento *per se* a la hora de condenar la práctica, en franca contradicción con los principios enunciados en el *Discussion Paper* de 2005 y las *Guidelines* de 2008 sobre el art. 82 del Tratado CE (hoy, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

En segundo lugar, vamos a prestar especial atención al tema de "justificación probatoria", y la evidencia inculpatoria, ya que son a nuestro entender preocupantemente *especulativas*, y fundamentadas en inferencias, interpretación de expresiones de mails o presentaciones internas; sin embargo, no se tienen en cuenta declaraciones juradas de otros procedimientos que constan en el expediente, se llevan a

¹ Decisión de la Comisión de 13 de Mayo de 2009, COMP/37-990 *Intel*, disponible en la dirección: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ict/intel.html>

cabo entrevistas con directivos de DELL de las que no hay "record" en el expediente, etc.

Finalmente, se analizará igualmente el contenido específico de las conductas supuestamente restrictivas de Intel: las llamadas *naked restrictions* (restricciones frontales) y los descuentos sometidos a condición, tratando de encontrar en el texto de la Decisión las razones por las que esta práctica comercial se considera abusiva: el perjuicio a los consumidores y el efecto de cierre de mercado.

Para ello seguiremos el siguiente esquema: tras este primer apartado, de introducción, parece oportuna una breve reflexión sobre por qué el sector de la informática se ha convertido en protagonista de recientes procedimientos sancionadores, ya que empresas como Microsoft, Google y Apple han pasado a ser “sospechosos habituales” de las autoridades antitrust tanto europeas como estadounidenses. El apartado III se dedica a un sucinto análisis del pretendidamente *effects-based-approach* en la aplicación de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE, que –como se verá seguidamente- es obviado por completo en la Decisión de la Comisión. En el apartado IV se ofrece un resumen del extenso texto de la Decisión. Los siguientes apartados se dedican al análisis propiamente dicho de las dos cuestiones objeto de comentario: los temas de procedimiento en la instrucción del caso y la justificación probatoria (Apartado V) y la conducta supuestamente abusiva de Intel (Apartado VI). En este sentido, en este epígrafe se van a analizar cuatro cuestiones: los descuentos sometidos a condición, las *naked restrictions*, el efecto de cierre de mercado y el perjuicio para los consumidores que se deriva de las prácticas anteriormente descritas. En el Apartado VII se ofrecen una serie de conclusiones.

II. El Derecho Antitrust ante las nuevas tecnologías.

Como se ha puesto de manifiesto en recientes publicaciones², parece que las autoridades antitrust en la Unión Europea “la han tomado” contra las grandes empresas del sector de las nuevas tecnologías.

No parece faltarle razón a dicha afirmación, tras la histórica Decisión *Intel*, si consideramos además que la saga *Microsoft* ha ocupado la atención de la Comisión Europea durante casi una década, y todavía no está cerrada; que *IBM* –que fuera protagonista indiscutido de las primeras actuaciones antitrust contra el comportamiento unilateral de las empresas- se enfrenta ahora a un nuevo proceso; que *Google*, el actual gran protagonista de este mercado, está también bajo estrecha vigilancia antitrust, a ambos lados del Atlántico.

¿Por qué el sector de la informática –y sus derivados- parecen cosechar mayores titulares antitrust que el resto? Para responder a esta pregunta pueden darse tres tipos de razones: en primer lugar, las peculiaridades que caracterizan estos mercados (las ingentes sumas invertidas en I+D y la presencia de fuertes externalidades de red) hacen que la única forma de triunfar sea acaparando el mercado. Dicho de otra forma, o se es dominante, o no merece la pena –no es económicamente rentable- estar en el mercado.

² Vid. “Will the computer industry ever escape its antitrust problems?”, *The Economist*, 7 May 2009.

En segundo lugar, pese a lo dicho anteriormente, y los factores (coste de las instalaciones, efecto red, desarrollo de aplicaciones, mercado de los buscadores y publicidad *on-line*, etc.) que hacen tan difícil a un potencial competidor desafiar la posición del incumbente, lo cierto es que el vertiginoso desarrollo tecnológico en este sector, y su dinámica innovación sí pueden “destronar” a cualquier gigante en un período de tiempo peligrosamente corto. Esto lleva a las empresas a “asegurar” su posición por medios no siempre lícitos, o a buscar la expansión en nuevos sub-mercados, aprovechándose de su poder en otros mercados conexos.

Finalmente, parece que seguiremos contemplando sustanciosos procedimientos antitrust con empresas tecnológicas como protagonistas por la sencilla razón de que, como ocurre con las patentes o los estándares industriales, las denuncias por infracción del derecho de la competencia se han convertido en una estrategia competitiva en sí misma.

III. El “nuevo” enfoque de la aplicación del Artículo 82 Tratado CE.

Hace ya un lustro, en el año 2005, la publicación del *Discussion Paper* sobre la aplicación de la prohibición contenida en el Artículo 82 del Tratado CE, relativa al abuso de posición dominante³, creó una expectación que con los años se ha demostrado excesiva e injustificada, ya que dicho documento cayó en el olvido y las máximas que en él se contenían no se tradujeron en unos cambios reales y efectivos de *enforcement* en la política antitrust comunitaria.

Quizá consciente de esta situación, y ante la sensación generalizada de que se habían defraudado dichas expectativas, el debate se reabrió en 2009 con la publicación de las *Guidelines* sobre la misma cuestión⁴. Es todavía pronto para hacer balance de la efectividad de dicho documento, y desde luego que nadie desea que siga los pasos de su predecesor inmediato; lo cierto es que pronunciamientos de la Comisión Europea como el que aquí se está comentando no auguran nada bueno en cuanto a la “modernización” de la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE a las conductas unilaterales de empresas con posición de dominio en la Unión Europea.

Como es bien sabido, las Directrices de 2008 proponen un enfoque basado en los efectos, y plantean –entre otras cosas– la aplicación del test del “competidor tan eficiente” como herramienta analítica para determinar si una concreta política de precios o descuentos tiene la capacidad de provocar un efecto de cierre del mercado.

Por su parte, la Comisión rápidamente señala en su Decisión que la sanción impuesta a Intel por efectuar descuentos condicionados está en perfecta sintonía con una reiterada jurisprudencia⁵ de los Tribunales comunitarios. Sin embargo, es precisamente esta línea jurisprudencial y este enfoque en la aplicación de la prohibición del Artículo 82 del

³ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Diciembre de 2005, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

⁴ *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, Diciembre de 2008, disponible en la dirección: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>

⁵ Así, Asunto 85/76, *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461; Asunto 322/81, *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, §71; Asunto T-203/01, *Manufacture des pneumatiques Michelin v. Commission* (Michelin II), [2003] ECR II-4071 ; Asunto T-219/99, *British Airways v Commission*, [2003] ECR II-5917 y Asunto C-95/04 P, *British Airways v Commission*, [2007] ECR I-2331.

Tratado CE el que ha sido criticado por un amplio sector doctrinal (WAELEBROECK, 2005; TEMPLE LANG, 2002), por considerarlo legalista y formalista, y que adopta una perspectiva *per se* del abuso de posición dominante contradictoria del moderno análisis económico antitrust.

Quizás por ello la Comisión se apresura a señalar –a modo de *disclaymer*- que las Directrices no le vinculan legalmente a la hora de adoptar su Decisión en este asunto, ya que dicho documento “*tiene como objetivo establecer las prioridades de aplicación para los asuntos que se tramiten en el futuro, no se aplica a los expedientes que estaban en trámite al momento de publicarse las Directrices, como es este caso*” (n. 916)⁶. Desde un punto de vista de legalidad formal, el razonamiento de la Comisión es intachable, y no admite contestación; ahora bien, desde un punto de vista práctico, y de política de competencia, es preocupante pensar que a la Comisión le importa más obtener una Decisión sancionadora y “ganar” el caso contra Intel que aplicar un enfoque económico sólido y coherente... ¡que ella misma está alentando!

Desde luego, y como veremos en el epígrafe correspondiente, si es cuestionable en general adoptar este enfoque *per se* en el análisis del abuso de posición dominante, en la práctica concreta de los descuentos, el riesgo de falso positivo se eleva considerablemente.

IV. La Decisión de 13 de mayo de 2009: hechos y calificación jurídica.

El texto de la Decisión INTEL, publicado el 21 de septiembre de 2009 es posiblemente el más extenso de cuantos ha adoptado la Comisión Europea en su más de medio siglo de existencia. En efecto, sus 1.803 párrafos distribuidos a lo largo de 517 páginas dan cuenta de la magnitud de la Decisión.

Señalamos a continuación cuáles son los hitos más destacables de la Decisión, que nos permitirán comprender mejor el análisis posterior.

El 18 de octubre de 2000 la compañía AMD (*Advanced Micro Devices*) envió a la Comisión Europea una denuncia formal conforme al entonces vigente art. 3 del Reglamento 17/62, relativa a la conducta de abuso de posición de dominio de la compañía INTEL. La Comisión llevó a cabo una serie de investigaciones en mayo de 2004 y julio de 2005, incluidas inspecciones domiciliarias conforme a las facultades que le confiere el actualmente vigente Reglamento 1/2003.

El 26 de julio de 2007 emitió el *Statement of Objections* (SO) –equivalente al Pliego de Cargos de nuestro ordenamiento nacional- en relación con la conducta presuntamente abusiva de INTEL en sus relaciones comerciales con cinco grandes fabricantes de equipos informáticos (Dell, HP, Acer, NEC e IBM), acusación formal que fue ampliada el 17 de julio de 2008 a través de un SO suplementario, que incluía al fabricante Lenovo, así como las prácticas eliminatorias llevadas a cabo por INTEL en su política comercial a través de *Media Saturn*, el gigante alemán de la distribución minorista de productos electrónicos e informáticos.

⁶ Para aligerar el texto de este comentario y evitar reiteraciones innecesarias, cada vez que se haga referencia a la Decisión se indicará sencillamente el número de párrafo correspondiente, sin más especificaciones; cuando se hagan referencia a otros documentos o pronunciamientos sí se explicará.

Como veremos en el epígrafe siguiente, gran parte de las tensiones entre INTEL y la Comisión no hacen referencia a cuestiones de fondo, sino procedimentales, cuyo origen está en la misma fase de instrucción del expediente, ya que –por motivos poco claros– INTEL se negó a responder a este segundo SO, y en cambio instó a través del correspondiente recurso al Tribunal de Primera Instancia a que obtuviera diferentes documentos de variadas fuentes, incluido el litigio civil entre Intel y AMD que se había sustanciado en el estado norteamericano de Delaware. La petición fue rechazada por un Auto del Presidente del TPI el 27 de enero de 2009, así como la petición de Intel de que se ampliara el plazo para responder al segundo SO.

Igualmente, el 19 de diciembre de 2008 la Comisión había notificado formalmente a Intel la existencia de una serie de documentos que iban a formar parte del expediente, como evidencia inculpatoria caso de finalmente adoptarse una Decisión formal. Esta carta tampoco obtuvo respuesta.

La Decisión final, adoptada el 13 de mayo de 2009, establece que la compañía INTEL ha infringido el Artículo 82 del Tratado CE mediante una conducta de abuso de posición dominante, consiste en la adopción de una serie de estrategias encaminadas a la eliminación de sus competidores en el mercado de los microprocesadores del tipo x86. La duración de la conducta abusiva ha sido acreditada desde octubre de 2002 hasta diciembre de 2007, y la sanción impuesta de 1.060.000.000 euros.

El mercado relevante de producto⁷ en esta Decisión son los microprocesadores (*Central Processing Units* – CPU) del tipo x86. Este componente es el elemento clave de cualquier ordenador, tanto en términos de velocidad y capacidad de procesamiento como en términos de coste total del equipo. Su fabricación requiere instalaciones de alta tecnología y elevado coste.

El microprocesador x86 se ha convertido en un estándar en el mercado, utilizado tanto por los sistemas operativos de Windows como los de Linux. Antes del año 2000 existían otros fabricantes, sin embargo han ido abandonando el mercado, y a partir de esa fecha los únicos competidores eran Intel y AMD.

La Comisión consideró que no era necesario subdividir el mercado relevante así definido en categorías más estrechas (básicamente, microprocesadores x86 para ordenadores de sobremesa, portátiles, notebook o servidores) ya que, habida cuenta de la cuota que ostentaba Intel en cada uno de estos submercados, la conclusión sobre su posición dominante quedaba fuera de toda duda.

No hubo, en ningún momento, duda alguna en cuanto a la definición geográfica del mercado, que se estableció a nivel mundial. Así, en el período comprendido por la Decisión (1997 a 2007) las cuotas de mercado⁸ que INTEL ostentaba rondaban el 70%.

Finalmente, este análisis previo a la acreditación de que se ha llevado a cabo una conducta de abuso de dominio exige la referencia a las barreras de entrada existentes en el mercado, ya que en su ausencia la elevada cuota no sería indicativa –por sí misma– de una posición dominante.

⁷ Vid., nn. 106 a 148 de la Decisión.

⁸ Vid., n. 852 de la Decisión.

En este sentido, la Decisión señala (n. 866) que existen significativas barreras de entrada y expansión en el mercado de los microprocesadores x86, derivadas de las elevadas inversiones requeridas en I + D, derechos de propiedad intelectual e industrial, y el propio coste de las instalaciones en las que se fabrican estos componentes. Se hace referencia igualmente (n. 874) a la fuerza de la marca (*must-stock*) de Intel y la consiguiente diferenciación de producto que de ella resulta.

Por cuestiones de brevedad, y para poder centrarnos en la conducta específica del abuso cometido por Intel, no podemos detenernos aquí en el tema de la definición de mercado efectuada por la Comisión y la determinación de la posición de dominio de Intel. Sin embargo, sí es necesario señalar cuáles fueron los argumentos esgrimidos por ésta, y los términos en que fueron rechazados por la Comisión.

Básicamente, la compañía argumentó (n. 884) que:

- 1) La continuada –y no discutida por ninguna de las partes- bajada de precios de los últimos años en el sector de los CPU era señal inequívoca de que Intel no ostentaba una posición dominante, y que tanto sus clientes como los consumidores finales no habían sufrido ningún tipo de perjuicio competitivo;
- 2) El significativo grado de poder de compra que los clientes de Intel ostentan, en calidad de principales fabricantes de hardware del mundo, necesariamente significa que Intel no puede comportarse en el mercado “de forma independiente de sus clientes y competidores”, como reza la consabida fórmula de la posición dominante en la jurisprudencia comunitaria.

El primer argumento es rechazado por la Comisión afirmando (n. 908) que el hecho de que los precios bajen no es incompatible con la existencia de una posición dominante. En particular, en el sector de los microprocesadores, el rápido avance tecnológico es una característica intrínseca a este mercado, por lo que la bajada de los precios no es indicativa de ausencia de posición dominante.

El segundo argumento tampoco es aceptado por la Comisión, quien afirma (n. 911) que los fabricantes de equipos (en su denominación anglosajona, *Original Equipment Manufacturers* – OEMs) no tenían poder de compra durante el período cubierto por la Decisión, o por lo menos no el suficiente para contrapesar el de Intel.

Pese a que parece evidente que –en este caso concreto y con estos clientes específicos- el fabricante no decide unilateralmente los descuentos que va a conceder a los adquirentes de sus productos, ni las condiciones asociadas a dichos descuentos, sino que al tratarse de poderosas firmas, con presencia a escala mundial y que constituyen la práctica totalidad del mercado de fabricantes de hardware, también ellas negocian los descuentos con sus proveedores y condicionan sus aprovisionamientos a recibir buenas condiciones comerciales⁹. En este sentido –y esto es algo que la Comisión parece obviar por completo en su análisis- los descuentos y las condiciones asociadas a esos descuentos son consecuencia de una compleja negociación entre las partes, y no meramente el resultado de la conducta unilateral de una empresa con poder de mercado.

⁹ Un buen ejemplo de esto puede verse reflejado en los e-mails transcritos en la Decisión (n. 517), entre varios directivos de Lenovo, y en los que se refleja que tenían a Intel y a AMD “compitiendo” entre sí para ofrecerles a ellos los mejores descuentos y condiciones de venta de microprocesadores.

V. Las cuestiones “procedimentales” y probatorias en la Decisión INTEL.

Como es bien sabido, además de los comentarios y análisis sobre las cuestiones sustantivas de esta Decisión, han sido muchas –y muy cualificadas- las voces que se han alzado alarmadas ante lo que consideran una “flagrante violación de los más básicos principios y derechos del administrado” desde un punto de vista de garantías procesales en el expediente que la Comisión Europea ha desarrollado contra la compañía norteamericana.

No se trata aquí de abordar esta cuestión con carácter exhaustivo, pero sí desde luego merece un epígrafe propio en este comentario, ya que posiblemente sean éstas cuestiones –además, por supuesto, de las relativas al fondo de la conducta supuestamente abusiva de INTEL- las que con más peso y argumentos legales motiven el recurso que la compañía va a interponer ante el Tribunal de Primera Instancia.

El propio texto de la Decisión recoge (n. 36) las quejas de Intel, y de la simple lectura de este párrafo se deduce el tono de disconformidad de la empresa con la Comisión, que es acusada de ser “*parcial y discriminatoria*”; de “*adoptar ciegamente las teorías y alegaciones de AMD*”; de “*alterar evidencia relevante y el registro*”; de ser culpable de “*ocultar deliberadamente evidencia exculpatoria*”; de mostrar “*sesgo y falta de objetividad*”; de actuar, en definitiva, “*de forma sistemática y deliberada contra los principios del procedimiento, contaminando por completo el expediente administrativo*”. Concluye su alegato Intel manifestando “*serias dudas sobre la ecuanimidad e independencia de los funcionarios instructores*”.

A) Las cuestiones de procedimiento en el expediente.

Como acabamos de señalar, en esta histórica Decisión se da la circunstancia de que las cuestiones procedimentales han adquirido una importancia de igual o incluso mayor proporción que el debate sobre el fondo de la conducta abusiva. En efecto, en el núcleo del desacuerdo y la falta de entendimiento entre Intel y la Comisión Europea está la forma en que ésta recogió y evaluó la evidencia relevante.

En el siguiente epígrafe comentaremos hasta qué punto la Comisión concluye adecuadamente a partir de los documentos que maneja en el expediente; ahora nos fijaremos brevemente en cuáles sean esos documentos, desde el punto de vista de su consistencia procesal. Básicamente, una gran parte de la Decisión de 13 de mayo de 2009 a lo que se dedica es a analizar decenas –si no cientos- de e-mails, presentaciones internas, y materiales varios que supuestamente demuestran y acreditan cuáles serían las intenciones de Intel en caso de que los OEMs cambiaran sus pedidos a AMD. Tres breves comentarios al respecto.

En primer lugar, muchos de los contenidos en los que la Comisión se apoya para justificar su pretensión no parecen muy convincentes, y la Comisión a veces “interpreta” más que lee. Intel reprocha a la Comisión –con toda razón- que toda su evidencia probatoria se basa en este tipo de documentos (n. 291), digamos tan “ligeros”. Como es sabido, los *e-mails* son un conducto de comunicación entre profesionales al que tampoco hay que otorgarle un valor absoluto, ya que en ocasiones son ambiguos,

están redactados con prisa, y es difícil concluir del mero texto las verdaderas y auténticas intenciones de quien lo redactó¹⁰. Al fin y al cabo, la misión de todo directivo de una empresa es arrebatarle mercado a sus rivales, y por ello es normal que en ocasiones tengan que escribir correos electrónicos “agresivos” y con expresiones “inadecuadas” si se consideran desde un punto de vista jurídico, pero de ahí no se puede sin más inferir una intención –y mucho menos un comportamiento- anticompetitivo.

En segundo lugar, al tiempo que llama la atención la confianza probatoria que la Comisión deposita en esos e-mails, sorprende que sin embargo rechace (n. 302) el valor probatorio del testimonio –bajo juramento- de una serie de directivos de Dell en el curso de un litigio civil que se estaba sustanciando en el estado de Delaware entre esta compañía y la propia Intel. Parece –desde el punto de vista del observador externo- que la Comisión deliberadamente ignore cualquier tipo de testimonio o evidencia que sea contraria a su punto de vista, o pueda desvirtuar alguna de sus conclusiones.

Esto es algo que Intel señaló en un comunicado¹¹ posterior a la publicación de la Comisión; por cuestiones de confidencial Intel no podía hacer público el contenido íntegro de dichas declaraciones y testimonios, pero en opinión de la empresa de ellas se podría deducir –por las palabras de los directivos de Dell- que no era verdad que tuvieran tanto miedo a perder los descuentos en caso de que optaran por adquirir CPUs de AMD, que era la principal contención de la Comisión.

Finalmente, parece fuera de toda duda que la Comisión no actuó correctamente durante la instrucción del expediente al no registrar y conservar adecuadamente la evidencia que obtuvo en una reunión¹² con un alto ejecutivo de Dell el 23 de agosto de 2006. Esta cuestión, denunciada por Intel ante el Ombudsman de la Unión Europea, ha sido bastante criticada también en algunos medios de comunicación¹³, ya que –sin dudar de la integridad y profesionalidad de los miembros de la DG COMP- da la impresión de que la Comisión no es totalmente ecuánime y objetiva a la hora de obtener y valorar la evidencia.

Este incidente, junto con algunas de las cuestiones que se han suscitado en el caso Intel, ha vuelto a poner de manifiesto una antigua cuestión, que hace tiempo la doctrina ha señalado (WILS, 2004) y está obligando a la Comisión a un ejercicio de auto-reflexión y quién sabe si cambios estructurales: la falta de independencia y objetividad de un organismo que es a la vez –parafraseando la acertada fórmula que usó *The Economist* en un durísimo editorial¹⁴ al respecto- quien instruye, acusa y resuelve el caso.

Por su parte, como ha quedado dicho, el 10 de julio 2008, el Defensor del Pueblo de la Unión Europea recibió una reclamación presentada por Intel, en la que se invocaban estos errores de procedimiento cometidos por la Comisión.

¹⁰ Un ejemplo lo encontramos en el párrafo n. 173 de la Decisión, en el que se transcribe un e-mail de un directivo de Intel de Francia a otro de Alemania, que había escrito sobre los “*exitosos intentos de impedir el desarrollo de Opteron*”, y en el que le conmina a “*ser muy cuidadoso al utilizar dichas expresiones, ya que pueden ser malinterpretadas como anticompetitivas*”.

¹¹ Vid. el comunicado de Intel ante la “*Provisional Non-Confidential Version of the Commission Decision of 13 May 2009*”, de 21 de septiembre de 2009, disponible en: http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Intel_Response_to_Redacted_Decision.pdf

¹² Vid., nn. 39 a 49 de la Decisión.

¹³ Vid., Charles Forelle, “EU Draws Rebuke In Intel Case Lapse”, *Wall Street Journal*, 9 August 2009.

¹⁴ “Prosecutor, judge and jury”, *The Economist*, 18 de febrero de 2010.

En su decisión¹⁵, de fecha 14 de julio de 2009, el Defensor del Pueblo constata que, en la reunión de 23 de agosto de 2006 con el directivo de DELL, la Comisión había reunido efectivamente información relacionada con el tema objeto de su investigación, y así mismo que no había dejado adecuadamente constancia de dicha reunión y que en el expediente instruido por la Comisión no obraba el orden del día de la misma. Esto es calificado por el Ombudsman comunitario como supuesto de “mala administración”. No obstante, la decisión no se pronuncia sobre si la Comisión habría infringido el derecho de Intel a ejercer su derecho a la defensa.

Además, Intel alegaba que la Comisión había alentado a Dell a concluir un acuerdo para el intercambio de información con AMD, y que como consecuencia de dicho acuerdo AMD pudo obtener acceso a información privilegiada sobre Intel incluida en el expediente de la investigación instruido por la Comisión. De esta forma, la Comisión habría burlado las normas que limitan a AMD el derecho a acceder al expediente de la investigación.

En relación con esta segunda alegación, a juicio del Defensor del Pueblo la Comisión no habría actuado tampoco conforme a los principios de buena administración si hubiera alentado a Dell a mantener un acuerdo para el intercambio de información con AMD. En su decisión, no obstante, el Defensor del Pueblo señala que la Comisión carecía de responsabilidad, e incluso de facultad, para impedir dicho acuerdo.

Se llega a la conclusión de que la posibilidad de que Dell llegase a un acuerdo para el intercambio de información se había planteado por vez primera en el curso de una conversación telefónica intercambiada el 30 de agosto de 2007 entre altos ejecutivos de Dell y representantes de alto nivel de la Comisión. Sin embargo, dado que en ese momento la Comisión no había dejado nota alguna sobre el contenido de esa llamada telefónica, las pruebas disponibles no eran suficientes para que el Defensor del Pueblo pudiera pronunciarse sobre si habían sido Dell, o la Comisión, los primeros que habían sugerido el acuerdo. El Defensor del Pueblo no constata, pues, indicio alguno de mala administración en lo que se refiere a la segunda alegación de Intel. No obstante, se recomienda que, en el futuro, se levantasen las adecuadas notas internas sobre el contenido de las reuniones o las llamadas telefónicas con terceras partes relativas a importantes cuestiones de procedimiento.

En este sentido, y para concluir este apartado, simplemente señalar que la Comisión ha “tomado buena nota” de este incidente, así como de la decisión del Ombudsman, y a raíz de este expediente –y posiblemente de otros muchos- ya se ha iniciado ese proceso de reflexión, plasmado por ejemplo en la reciente publicación¹⁶ de las *Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, un documento de trabajo sobre todas estas cuestiones que con toda seguridad contribuirá a evitar, en el futuro, los problemas como el que estamos comentando en estas líneas.

¹⁵ Disponible –en inglés- en la dirección: <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/summary.faces>

¹⁶ http://www.ec.europa.eu/competition/...best_practices/best_practice_articles.pdf

B) La justificación probatoria de la conducta restrictiva.

Como veremos seguidamente, el núcleo de la conducta supuestamente abusiva de Intel es la concesión de una serie de descuentos a los principales fabricantes de equipos, con la condición de que adquirieran de ella la totalidad o la práctica totalidad de los microprocesadores necesarios para fabricar sus ordenadores.

Examinaremos más adelante el contenido de dicha conducta; ahora queremos fijarnos en el aspecto probatorio. Así, según la Comisión, para acreditar la existencia del abuso, bastaba con probar que (n. 926) *“el nivel de descuentos concedidos a Dell, HP, NEC y Lenovo era de facto condicionado a que dichas compañías compraran todo o prácticamente todo su aprovisionamiento de CPUs x86 de Intel, y en consecuencia restringieran la libertad de elección de dichas compañías”*.

El problema, a los efectos que ahora nos interesan, de justificación probatoria, es que dichas condiciones supuestamente asociadas a los descuentos no siempre estaban escritas¹⁷, y la única evidencia que la Comisión exhibe (n. 306) es la percepción de uno de los clientes que si su empresa hubiera cambiado de proveedor de CPUs x86 –se sobreentiende que a AMD- ello habría supuesto la pérdida de una significativa parte de los descuentos concedidos por Intel.

En palabras de la propia Comisión (n. 268):

“el daño a la competencia surge del hecho de que las expectativas de DELL de lo que ocurriría con los descuentos tenían un impacto real en las decisiones de DELL de no cambiar a AMD, o por lo menos no en relación a grandes proporciones de sus compras, tal como queda evidenciado por sus documentos internos”.

Parece evidente que esta afirmación tiene un marcado carácter especulativo, y trata de inferir de una serie de documentos internos de Dell su *percepción* de lo que *ocurriría* y cuáles serían las *intenciones* de Intel caso de que se hicieran pedidos a AMD. Somos de la opinión de que este tipo de evidencia indiciaria, que en nuestro ordenamiento interno difícilmente superaría con éxito el estándar impuesto por el Tribunal Constitucional para la “prueba de presunciones” en un procedimiento administrativo sancionador, no es suficiente para acreditar que los descuentos al fabricante por Intel eran tales que su efecto económico era el cierre de mercado y por tanto la eliminación de su competidor, AMD.

En definitiva, y esto lo reconoce aún la propia Comisión, las intenciones de Intel no estaban claras, y el entendimiento de Dell de cuáles eran esas intenciones tampoco¹⁸; otro tanto ocurre con el acuerdo de “venta exclusiva” con MSH, en cuanto a la “obligación” de éste de obstaculizar los productos AMD¹⁹; en nuestra opinión, esto sería

¹⁷ Vid., por ejemplo, los párrafos nn. 190 y 191, en los que se constata como *“no hay un acuerdo escrito entre Intel y Dell sobre el programa de descuentos MCP”*.

¹⁸ *“Como se señalará en detalle más adelante, había incertidumbre en la parte de Dell tanto sobre qué parte de los descuentos (si una parte grande, o todos ellos) se perderían en caso de dirigirse a AMD como proveedor, como si dichos descuentos serían ofrecidos en ese caso a OEMs competidores”* (n. 221).

¹⁹ *“(…) Sin embargo, había incertidumbre en relación con los pagos que se perderían –en caso de cambiar a AMD- ya que Intel nunca habló expresamente de las consecuencias financieras en caso de incumplimiento”* (n. 689).

más que suficiente para por lo menos cuestionar la validez de la inferencia de la Comisión sobre el “daño causado” al mercado.

En este sentido, una forma de aclararse hubiera sido determinar:

- 1) Que los fabricantes de equipos (OEMs) se abstuvieron efectivamente de adquirir microprocesadores de AMD y si lo hicieron fue por no perder los descuentos de Intel (ya que, según la teoría de la Comisión, serían castigados en ese evento);
- 2) Que Intel tomó represalias contra aquellos fabricantes de equipos que de hecho hicieron pedidos sustanciales a AMD.

Sin embargo, poco o nada de esto se dice en el texto de la Decisión, sino que la Comisión se despacha simplemente con el párrafo que hemos reproducido anteriormente (n. 268), y que tiene un contenido tan poco concluyente, tan especulativo, y tan lleno de condicionales y subjetivismos (“percepción”, “intenciones”, “lo que ocurriría”, etc.).

En este sentido, es como si cualquier cuestión dudosa se resolviera siempre en contra de Intel; como si cualquier inferencia o deducción siempre jugara en su contra²⁰; de la lectura del texto de la Decisión uno extrae la conclusión de que siempre es Intel la que es incapaz de probar algo de forma concluyente²¹; en un momento dado llega a afirmarse que *“ninguna de las conclusiones de Intel invalida los razonamientos de la Comisión”* (n. 759).

Es bien sabido que en un procedimiento sancionador de estas características es en la Comisión en quién recae la carga de la prueba; sin embargo, ciertos párrafos de esta Decisión parecen más bien apuntar todo lo contrario.

Pese a todo, y para concluir este apartado, no nos resistimos a transcribir un e-mail de un directivo de Intel recogido en el texto de la Decisión (n. 1741) que, pese a no ser prueba de ninguna conducta anticompetitiva, pese a no tener la fuerza probatoria de una declaración jurada, y otros muchos *caveats* procesales que pueden añadirse, cuanto menos expresa gráficamente la actitud de Intel en el mercado de los CPUs x86:

“(…) hay tantos ‘malos hábitos’ arraigados y tanta inercia que se ha desarrollado en la última década (que han sido ocultada/tolerada porque teníamos una máquina de imprimir dinero sin realmente tener competencia alguna hasta recientemente)”.

²⁰ No tienen desperdicio los calificativos con los que la Comisión da respuesta a los razonamientos de Intel; *Vid.*, como simple botón de muestra, “*surprising*” (n. 744), “*misrepresenting*” (n. 745), “*misleading*” (n. 746), “*misplaced*” (n. 751), “*unconvincing*” (n. 753), “*without justification*” (n. 780), “*self-contradictory and implausible*” (n. 784), “*incorrect*” (1629), “*flawed*” (1630), etc.

²¹ *Vid.* un ejemplo de la poca receptividad de la Comisión a argumentos incluso fácticos y por tanto de la imposibilidad de que Intel vea aceptada alguna de sus alegaciones en el siguiente párrafo de la Decisión: “*En conclusión, incluso en el caso de que [...] o [...] hayan, en ocasiones, dejado de cumplir con los objetivos de ventas, lo cual no se ha demostrado de forma concluyente, la conclusión de que Intel hizo los pagos de los descuentos a NEC condicionados a objetivos de ventas no se invalida*” (n. 500).

VI. El abuso de posición dominante en la venta de microprocesadores.

La Comisión le imputa a Intel dos tipos de conductas abusivas: los descuentos sometidos a una serie de condiciones y las denominadas *naked-restrictions*. El efecto perjudicial para el mercado tiene lugar en una doble perspectiva –según la Comisión–, la del efecto de cierre de mercado (*foreclosure*) y el daño que la conducta de Intel supone para los consumidores. Abordaremos el análisis de cada una de estas cuestiones por separado.

A) Los descuentos condicionados.

Según la Comisión, ha quedado acreditado que la compañía INTEL concedía descuentos a cinco de los principales fabricantes de equipos (OEMs) a condición de que le compraran a ella la totalidad o la práctica totalidad de sus necesidades de aprovisionamiento de microprocesadores para la producción de ordenadores.

- Los descuentos concedidos a DELL desde diciembre de 2002 a diciembre de 2005 estaban condicionados a que dicha empresa adquiriera todos sus CPUs de INTEL;
- Los descuentos concedidos a HP desde noviembre de 2002 a mayo de 2005 estaban condicionados a que dicha empresa adquiriera de INTEL un mínimo del 95% de los microprocesadores que necesitaba para su segmento de mercado de ordenadores de sobremesa (estando el restante 5%, que en principio “podía” adquirir de AMD, sometido a algunas condiciones restrictivas);
- Los descuentos concedidos a NEC desde octubre de 2002 a noviembre de 2005 estaban condicionados a que dicha empresa adquiriera de INTEL no menos del 80% de sus necesidades de aprovisionamiento de microprocesadores para el segmento de ordenadores de sobremesa y notebook;
- Finalmente, los descuentos concedidos a LENOVO durante el año 2007 fueron condicionados a que esta empresa adquiriera los microprocesadores para su fabricación de notebook exclusivamente²² de INTEL.

Igualmente, y según la Comisión, ha quedado acreditado en el expediente que Intel efectuaba una serie de pagos en metálico a *Media Saturn Holding* (MSH), el mayor distribuidor a nivel europeo de productos de electrónica e informática, condicionados a que MSH –en España, titular de la popular cadena de tiendas *Media Markt*- vendiera exclusivamente ordenadores personales con microprocesadores de Intel. Estos pagos se ha considerado que tenían un efecto equivalente al de los descuentos condicionados que Intel ofrecía a los fabricantes de equipos.

Según reiterada jurisprudencia²³ del Tribunal de Justicia de la CE,

²² *Vid.*, en este sentido, la claridad con la que se expresa un ejecutivo de esta compañía en un e-mail que recoge la Decisión en el párrafo n. 548: “*la semana pasada Lenovo cerró un acuerdo muy lucrativo con Intel. Como consecuencia de dicho acuerdo, no vamos introducir productos de AMD en 2007 para nuestros notebook. Naturalmente, esto es un cambio de estrategia importante con significativas implicaciones, ya que hemos incurrido en gastos serios para estos programas. Cuenta con un cambio de nuestros pedidos AMD a pedidos de productos Intel. Lo que te estoy pidiendo hoy es QUE CESES Y TERMINE CAUQUIER ACTIVIDAD RELACIONADA CON PRODUCTOS DE AMD. [...] si esto se filtra a AMD van a darse cuenta de que hay una conexión directa y nuestros directivos pueden ser preguntados al respecto (...) por favor, no lo reenvíes*”.

“Una empresa en posición dominante en un mercado que obliga –incluso aunque sean ellos quienes lo piden- a los adquirentes de sus productos mediante un compromiso o promesa por su parte a comprar la totalidad o la práctica totalidad de sus aprovisionamientos exclusivamente de ella, abusa de su posición dominante en el sentido del Artículo 82 del Tratado CE, tanto si la obligación en cuestión está estipulada sin ninguna cualificación ulterior como si se asume como condición para obtener un descuento. Lo mismo se dice si dicha empresa, sin obligar mediante un compromiso formal, aplica, bien como un acuerdo concluido con los adquirentes o bien unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, esto es, descuentos condicionados a que el cliente obtenga la totalidad o la práctica totalidad de sus necesidades –sea la cantidad adquirida grande o pequeña- de la empresa en posición dominante”.

La Decisión concluye, siguiendo el razonamiento de *Hoffmann – La Roche*, que los descuentos condicionados ofrecidos por Intel son, en la práctica, descuentos de fidelidad, y que por tanto cumplen todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria para ser considerados abusivos y contrarios al Artículo 82 del Tratado CE. En cuanto a los pagos efectuados a MSH, la Comisión también establece que el efecto económico de estos pagos es equivalente al de los descuentos a los fabricantes de equipos, y que igualmente caen en el ámbito de la prohibición del Artículo 82.

Desde luego, y pese a carecer de los datos necesarios para hacer un análisis crítico de la conducta de Intel, del texto de la Decisión y de las conclusiones extraídas por la Comisión es difícil encontrar una justificación legítima y objetiva para llevar a cabo este comportamiento, y cuesta –por lo menos en una primera aproximación- pensar en ello como una “competencia en los méritos” (LANDE, 2009:3).

Para el observador externo, y sin haber tenido acceso al expediente, desde luego da la sensación de que lo último que persigue Intel es competir sobre la base de eficiencia, de precio, de cantidad, calidad o servicio; lo que hace es simple y llanamente ofrecer unos descuentos –por demás, ocultos- a los fabricantes de equipos con la condición de que adquieran de ella la totalidad o la práctica totalidad de los CPUs x86 que necesitan como input de su producto. Y por si no fuera suficiente para impedir el desarrollo de un producto de la competencia –los microprocesadores fabricados por AMD- también se efectuaban pagos al principal distribuidor de productos informáticos en Europa, para que sólo vendiera ordenadores con chips de Intel, y obstaculizara en todo lo posible la venta de ordenadores con chips de AMD.

Esta conducta impedía a los clientes de Intel, los fabricantes de equipos –y en última instancia, a los consumidores finales- de elegir productos alternativos a los ofertados por la empresa en posición dominante, incluso en el caso de que quisieran hacer esa opción de compra. Igualmente, a través de sus prácticas restrictivas, Intel estaba distorsionando la marcha del mercado, que distaba de ser competitivo, a la vez que retrasaba o impedía por completo la innovación y el desarrollo de tecnologías y productos, lo que igualmente perjudica de forma directa a los consumidores.

²³ Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche*, [1979] E.C.R. 461, n. 89.

Se ha discutido mucho sobre la legalidad o ilegalidad de los descuentos, en su variada y multifacética realidad práctica. Para un amplio sector doctrinal (HOVENKAMP, 2005:45) lo que no ofrece dudas es que nunca pueden prohibirse *per se*, sino que gozan de una suerte de presunción de carácter pro-competitivo que sólo puede ser desvirtuada por la acreditación de un poder de mercado significativo y la existencia de efectos restrictivos de la competencia.

En efecto, los motivos que llevan a una empresa a ofrecer descuentos pueden, básicamente, sintetizarse en dos grupos: para reflejar ahorros de coste derivados de las diferentes condiciones de entrega de los productos, economías de escala, etc.; para animar a sus clientes a que compren más de sus productos.

El primer grupo no reviste ningún interés desde el punto de vista del Derecho de la competencia, ya que es absolutamente racional -y así lo entiende la ley- que los ahorros de costes se reflejen en descuentos. El segundo sí es más interesante, ya que si los costes de operación de una empresa incluyen tanto los costes *fijos* como los *marginales*, aún los descuentos sustanciales pueden ser rentables y comercialmente atractivos si llevan a aumentos de ventas que generan una contribución positiva a los costes fijos. En cualquier caso, las políticas de descuentos son inherentes al mercado y a la legítima competencia en precios, y de ahí que sea preciso advertir de la cautela con que la prohibición debe manejarse (RIDYARD, 2000:2).

En relación con los descuentos de cantidad, en el importante asunto *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*²⁴ se zanjó esta cuestión cuando Liggett alegó que “*los descuentos por cantidad concedidos por Brown & Williamson a los mayoristas comportaban discriminación de precios y una posibilidad razonable de dañar la competencia*”. Por su parte, en el ámbito del derecho comunitario no hay duda respecto a la legalidad de estos descuentos²⁵, incluso cuando son ofrecidos por una empresa en posición dominante, siempre que no resulten en una práctica abusiva de discriminación de precios.

En cambio, en relación con los descuentos de fidelidad, como se ha señalado en la doctrina antes citada de Hoffmann-La Roche, no parece haber dudas en el ámbito comunitario sobre su ilegalidad. Los motivos por los que se condenaron el sistema de descuentos de Roche se basan en dos elementos: el efecto de “cierre del mercado” de los descuentos de fidelidad en el mercado de las vitaminas y la discriminación entre clientes creada por dicho sistema. Ya entonces se criticó (ZANON, 1981:309) al TJCE que, una vez asumida esa postura el paso siguiente hubiera sido analizar la forma en que un descuento de fidelidad impide la entrada al mercado, por ejemplo mediante la creación de barreras de entrada. Sin embargo –entonces, como hoy en el caso Intel- el Tribunal no entró a analizar esta cuestión.

Desde entonces, se han prohibido de forma sistemática estas prácticas, por ejemplo cuando se han empleado como método de evitar las importaciones paralelas²⁶. La

²⁴ 509 U. S. 209 (1993), Párrafo nº 216.

²⁵ *Michelin c. Comisión*, Sentencia TJCE, Asunto 322/81, E.C.R. (1983) P. 3461, Fto. Jco. nº 71.

²⁶ Decisión 73/109/EEC, de la Comisión, de 2 de enero de 1973, relativa a un procedimiento de aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/26.918 – *European Sugar Industry*), D.O.C.E. L140/17 de 26 de mayo de 1973, Párrafo II. D. (4): “*la compañía SZV ha explotado su posición*

prohibición se aplica tanto al acuerdo con un solo comprador como a las denominadas “*primas de compromiso de grupo –o de lealtad*”²⁷, y también alcanza a aquellos sistemas de descuentos de fidelidad y precios discriminatorios a los que se llega a petición no de la empresa en situación de dominio sino de los clientes a los que vincula el acuerdo²⁸. Como puede fácilmente advertirse, el núcleo de lo que el derecho de la competencia intenta evitar es la fidelización de los clientes y la eliminación por este sistema de competidores²⁹, lo que supondría una distorsión del sistema competitivo³⁰. Especialmente en *British Airways* se formula la ilegalidad de los programas de descuentos y comisiones cuando “*están claramente relacionados con la fidelidad y no con la mejora de los rendimientos*”³¹.

Pese a alguna voz favorable (SPINKS, 2000:662) al actual sistema, la mayor parte de la doctrina critica este tratamiento antitrust tan hostil a los descuentos. Por su parte, y como venimos reiterando en estas páginas, la Comisión Europea adopta en la Decisión Intel un enfoque netamente *per se*, y siguiendo esta línea de jurisprudencia comunitaria, concluye (n. 922) que “*a los efectos de acreditar la infracción del Artículo 82 del Tratado CE no es necesario demostrar que el abuso en cuestión ha tenido un efecto concreto sobre los mercados afectados*”.

B) Las restricciones frontales.

Además de los descuentos condicionados que Intel concedía a los principales fabricantes de equipos, y que se han analizado en el epígrafe anterior, la Decisión declara acreditada un segundo tipo de conducta abusiva por parte de Intel, la de efectuar una serie de pagos a dichos fabricantes de equipos condicionados a que retrasaran o incluso cancelaran el lanzamiento de ordenadores cuyos microprocesadores fueran de AMD, así como poner restricciones a la distribución de estos productos.

- Los pagos efectuados a HP durante el periodo desde noviembre de 2002 a mayo de 2005 se condicionaron a que sólo vendiera sus ordenadores de sobremesa con microprocesadores de AMD a pequeñas y medianas empresas, y sólo a través de canales de venta directa³² –y no a través de distribuidores- y a que HP retrasara

dominante mediante la concesión de descuentos de fidelidad. La concesión de un descuento que no depende de la cantidad comprada, sino sólo de si los requerimientos anuales son cubiertos exclusivamente por SZV es una discriminación injustificada contra los compradores que también adquieren la azúcar de otras fuentes”

²⁷ Decisión 88/518/CEE de la Comisión, *Napier Brown –Irish Sugar*, de 18 de julio de 1988, nº 74.

²⁸ Sentencia del TJCE de 1 de abril de 1993, *BPB Industries Plc. y British Gypsum Ltd. c. Comisión*, Asunto T-65/89, E.C.R. (1993) p. II-0389, nº 68.

²⁹ Sentencia *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA y Dafra-Lines A/S c. Comisión*, de 16 de marzo de 2000, Asuntos C-395/96 P y C-396/96 P, E.C.R. (2000) p. I-1365, en la que se reafirma una vez más esta postura.

³⁰ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T – 83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755, Párrafo nº 120: “*estas prácticas incluían (...) determinadas condiciones contractuales sancionadas, destinadas a obtener la fidelidad de los clientes de Tetra Pak, incitándoles en especial a través de rebajas concedidas mediante la aplicación de una tarifa regresiva de los gastos*”.

³¹ Decisión 2000/74/CE, de 14 de julio de 1999, *Virgin – British Airways*, Párrafo nº 102.

³² *Vid.*, por si hubiera alguna duda, el mail de un directivo de HP, en este respecto (n. 360): “*NO puedes utilizar el canal de venta comercial en ningún país, tiene que hacerse de forma directa. Si lo haces, y nos cogen (y nos cogerán) los pagos (mensuales) de Intel se van (se nos acaba el trato). El riesgo es demasiado alto [...]*”.

- durante 6 meses el lanzamiento en Europa del primer ordenador de sobremesa con CPUs de AMD;
- Los pagos efectuados a Acer se condicionaron a que retrasara el lanzamiento de un notebook con microprocesadores de AMD desde septiembre de 2003 hasta enero de 2004;
 - Los pagos efectuados a Lenovo se condicionaron a que retrasara el lanzamiento de un notebook con microprocesadores de AMD desde junio de 2006 hasta el final de ese mismo año.

Igualmente, reiterada jurisprudencia comunitaria ha señalado que una compañía en posición de dominio que “*acuerde con un mayorista y un distribuidor minorista intercambiar productos concurrentes (...) por su propio producto*” comete un abuso de posición dominante³³.

En este sentido, la Decisión concluye (n. 1681) que la conducta llevada a cabo por Intel supone un perjuicio directo a la competencia. En efecto, un producto que una empresa ha fabricado y un distribuidor ha previsto ofertar al público se ve retrasado o impedido de ser lanzado al mercado. Esto provoca que los consumidores vean reducida su capacidad de elección, y no es una legítima competencia sobre los méritos, que además carece de cualquier justificación objetiva o motivación basada en razones de eficiencia.

C) El efecto de cierre de mercado.

Según la Comisión, uno de los efectos de la conducta restrictiva de Intel es el perjuicio causado a la competencia, ya que sus descuentos impedían a un competidor como AMD operar de forma rentable en el mercado de los CPUs x86.

Como es sabido, este argumento necesariamente ha de incluir el test conocido como de “competidor tan eficiente”, ya que el Derecho de la Competencia no persigue una suerte de proteccionismo de aquellas empresas ineficientes que sin embargo “merecen” un puesto en el mercado; se trata sólo de preservar el juego competitivo entre aquellas que por méritos estén en condiciones de competir, pero que sin embargo se vean refrenadas o dificultadas por conductas de la empresa en posición dominante.

Esto es lo que afirman las *Directrices* sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE, a las que ya hemos hecho referencia aquí. También hemos señalado que la Comisión se apresta a decir que en este asunto concreto no son de aplicación, por no haber sido publicadas todavía al tiempo de incoarse el expediente. Por tanto, y en ejercicio de esa legalidad formal que tanto le gusta a la autoridad antitrust comunitaria, no era necesario llevar a cabo el test de “competidor tan eficiente”. Sin embargo, en aras de la mayor consistencia de su análisis y exhibiendo una cierta condescendencia hacia el administrado, la Comisión señala que sí va a hacer el test.

Y se entiende que actúe así, ya que su teoría sobre el efecto de cierre de mercado y el perjuicio causado a su competidor por los descuentos de Intel sólo se sostiene si la Comisión es capaz de demostrar que dichos descuentos condicionados tienen el efecto

³³ Asunto T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] ECR II-2969, párrafo n. 226.

de expulsar del mercado –o impedir la entrada- a competidores tan eficientes como la propia Intel. En palabras de la Decisión (n. 1612):

“En relación con los descuentos sometidos a condición de la empresa dominante, el hecho de que un descuento pueda ser trasladado por parte de la empresa dominante de la cuota de mercado no-impugnable a la cuota en la que sí se enfrenta a competencia es lo que le permite cerrar el mercado a competidores tan eficientes como ella, o incluso más eficientes, incluso si el nivel medio de sus precios en conjunto es mayor que el de sus competidores. Esto es perjudicial para la competencia y los consumidores, tanto en el corto como en el largo plazo, en términos de precio, elección e innovación”.

Por tanto, y pese a no estar obligada a ello (como hemos señalado, conforme a la aplicación *per se* de la prohibición del Artículo 82, no es necesario demostrar los efectos perjudiciales para el mercado), la Comisión no obstante lleva a cabo el test de “competidor tan eficiente”, constatando (n. 1002) que *“es una forma de determinar si los descuentos de exclusividad causan o pueden causar un cierre de mercado anticompetitivo”*.

A ello dedica, dentro del Epígrafe VII de la Decisión (*Legal and Economic Assessment*), el Apartado 4.2.3, el más extenso de todo el texto del documento publicado por la Comisión (comprende más de 150 páginas –más de un tercio de toda la Decisión- y 1.570 párrafos de la misma). El problema, según ha señalado la más autorizada doctrina (GERADIN, 2009), es que lo hace mal. Debido a la falta de datos de la versión publicada, así como a la complejidad del análisis y a la extensión que exigiría comentar este aspecto concreto de la Decisión Intel nos llevan a dejar aquí apuntada esta cuestión, pero no a abordarla en profundidad.

Baste señalar, con carácter genérico, como hace la Comisión (nn. 1003 y ss.) que este test es un estándar que viene a significar que en la medida en que una empresa en posición dominante vende sus productos a un precio que está por encima de sus costes, los descuentos que conceda se consideran lícitos aunque tengan el efecto de eliminar a un competidor menos eficiente que la empresa dominante.

En este sentido, la preocupación de la Comisión –y desde luego así lo manifiesta en esta Decisión- es que, dado que los fabricantes de equipos por fuerza tienen que adquirir una parte de sus aprovisionamientos de microprocesadores de Intel, ésta queda constituida como una “contraparte necesaria” (*unavoidable trading partner*), por lo que sus descuentos le pueden permitir (n. 1005) *“usar la parte de demanda inelástica –o no-contestable- de cada cliente, es decir, la cantidad que en todo caso será adquirida por el cliente de la empresa dominante, como baza para bajar el precio de la parte de demanda elástica –o contestable-, es decir, la cantidad de producto para el cual el cliente puede a lo mejor buscar y encontrar productos sustitutivos”*.

La Comisión desarrolla su análisis sobre la base de tres parámetros:

- 1) la parte elástica de la demanda de un determinado cliente;
- 2) un horizonte temporal razonable en el que el cliente en cuestión adopta la decisión de cambiar o no de proveedor; y,

- 3) la medida de coste relevante para que un competidor eficiente sea viable y competitivo (en este caso, los “costes medios evitables - CME”).

Naturalmente, Intel llevó a cabo su propio análisis y en la aplicación del test del “competidor tan eficiente” concluyó que sus descuentos cumplían los requisitos que la jurisprudencia comunitaria ha establecido para esta práctica comercial, y por tanto sus precios no tenían el efecto de cerrar el mercado. La Comisión, sin embargo, llegó a la conclusión contraria, señalando (nn. 1574 y 1575):

“Sobre la base del análisis llevado a cabo con anterioridad, puede verse que un competidor tan eficiente tendría que haber ofrecido sus CPUs x86 a los OEMs citados (Dell, HP, NEC y Lenovo) a un precio inferior a sus CME para igualar los descuentos condicionales de Intel. En el caso de MSH, un competidor igualmente eficiente hubiera tenido que ofrecer pagos compensatorios para igualar las condiciones de Intel tales que habría resultado un precio neto inferior a sus CME. Este nivel de precios es inviable bajo cualquier referencia económica que se siga”.

“Esto significa que los pagos de Intel eran capaces de tener o probablemente tuvieron efectos de cierre de mercado, ya que impedirían incluso a un competidor tan eficiente satisfacer las condiciones de los OEMs en sus compras de CPUs x86, o conseguir que MSH vendiera ordenadores con dichos CPUs x86”.

D) El perjuicio para los consumidores.

El otro efecto nocivo de la conducta supuestamente abusiva de Intel no es otro que el perjuicio causado a los consumidores. La Comisión señala (n. 1597) que los descuentos y los pagos que se han descrito anteriormente, al aplicarse acumulativamente sobre los dos niveles en la cadena de distribución (los principales fabricantes de equipos por un lado, y el principal distribuidor minorista, por otro) tenían un efecto especialmente pernicioso sobre el conjunto del mercado de los microprocesadores.

Naturalmente, desde la compañía se señala que los descuentos ofrecidos por Intel tanto a los fabricantes como a los distribuidores se trasladaban a los consumidores en términos de menores precios, lo que evidentemente les beneficiaba. Como es bien conocido, uno de los cuatro requisitos que el Artículo 81.3 del Tratado CE establece para la consideración de un acuerdo potencialmente restrictivo de la competencia como beneficioso, y por tanto no encuadrable en la prohibición del apartado 1º de ese mismo Artículo, es precisamente que las eficiencias o mejoras del acuerdo tengan un efecto beneficioso directo sobre los consumidores.

Mucho se ha discutido sobre si se puede hacer un paralelismo entre la fórmula del Artículo 81.3 para los acuerdos colusorios en relación con la prohibición del apartado 1º, y la prohibición del abuso de posición dominante del Artículo 82, que en el texto del Tratado no goza de un mecanismo equivalente de exención de las conductas abusivas. El análisis detallado de esta cuestión excede el ámbito de este comentario; baste decir que, a día de hoy, los comportamientos unilaterales no tienen el mismo tratamiento –en este sentido– que los acuerdos, y sólo de forma muy restrictiva, y en los términos que la

jurisprudencia comunitaria ha ido fijando, una conducta potencialmente abusiva podrá justificarse por razones de eficiencia o motivos comerciales legítimos.

Lo que nos lleva, una vez más, a plantearnos la cuestión: ¿Qué, entonces, del nuevo enfoque que se le iba a dar a la prohibición del Artículo 82 del Tratado CE y del pretendidamente “económico” análisis de las conductas unilaterales? En nuestra opinión, sigue existiendo en este campo un enfoque formalista, y la consideración de las conductas abusivas se hace desde la perspectiva de la prohibición *per se*, por más que en los documentos de “soft law” publicados por la Comisión y en las declaraciones y discursos³⁴ de los sucesivos Comisarios se abogue por y se predique un *effects-based-approach*.

En cualquier caso, ya no hay dudas sobre que la medida de los comportamientos de las empresas –desde el punto de vista del análisis antitrust- es la protección de los *consumidores*, pero eso no puede obviar el efecto que una conducta tiene sobre los *competidores*, y sobre el mercado en general.

Puede perfectamente argumentarse que los descuentos de Intel eran falaces, en cuanto que los precios bajaban... ¡una vez habían sido artificialmente elevados gracias a la incontestable posición dominante de la ofertante! En cambio, puede incluso añadirse que los descuentos tenían como finalidad directa no tanto conseguir un mejor precio par el consumidor final cuanto impedir la entrada en el mercado de un competidor, incluso tan eficiente como la propia Intel.

Por otro lado, el hecho de que los descuentos ofrecidos por Intel fueran totalmente secretos, y se aplicaran desde la primera unidad vendida, con carácter además selectivo y discriminatorio, lleva necesariamente a que esos descuentos no fueran ofrecidos con carácter general a sus clientes –los fabricantes de equipos-, y que por tanto no fueran fácil de trasladar a los consumidores finales –los adquirentes de ordenadores- en términos de precios más bajos.

Parece, pues que los descuentos ofrecidos a los fabricantes de equipos, y *a fortiori* los pagos ofrecidos a los distribuidores para que no vendieran productos fabricados con chips de AMD, tenían como único objetivo eliminar a este competidor del mercado de los microprocesadores, y no favorecer una sana y legítima competencia intra-marca basada en eficiencia, volumen o servicio. Es muy diferente –desde cualquier punto de vista imaginable- competir en precios a pagar para que se excluya a un competidor.

Finalmente, señala la Comisión (n. 1616) que el motivo por el que los consumidores se ven perjudicados por las prácticas restrictivas de Intel es que el comportamiento de esta empresa dominante no sólo estaba perjudicando la competencia en los méritos y la posición competitiva de AMD –un rival que había creado un producto que estaba

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, el pronunciado por la anterior titular de esta cartera, Neelie Kroes, “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”, en Fordham Corporate Law Institute New York, el 23 de septiembre de 2005, en el que señalaba: “estoy convencida de que el ejercicio del poder de mercado tiene que evaluarse esencialmente desde sus efectos en el mercado, aunque existen excepciones como la ilegalidad *per se* de los acuerdos horizontales de fijación de precios. [...] la aplicación del Artículo 82 tiene que centrarse en los problemas reales de la competencia: en otras palabras, en aquellos comportamientos que tienen en el mercado efectos restrictivos reales o potenciales, y que perjudican a los consumidores. [...] Los precios bajos y los descuentos son, en general, bienvenidos, ya que benefician a los consumidores”.

amenazando su supremacía-, sino que también estaba perjudicando la I+D en este sector. En efecto, precisamente sin la amenaza continua de un competidor como AMD, los incentivos para innovar e invertir de Intel se verían sensiblemente reducidos, y en el largo plazo fácilmente se “acomodaría”³⁵ en su cuasi monopolio en el mercado de los microprocesadores, lo que llevaría a que los consumidores –tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos- posiblemente acabaran pagando precios más caros por productos de menor calidad.

VII. Conclusiones.

De todo lo anteriormente dicho se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, esta Decisión se adscribe a una cierta línea de jurisprudencia comunitaria sobre los descuentos que adopta, en nuestra opinión, un enfoque formalista, y que sin exageración ninguna puede calificarse de *per se*. Así, sobre la premisa de que no es necesario demostrar la existencia de efectos de cierre de mercado para calificar de abusiva la conducta de una empresa en posición dominante, se está llevando a cabo una aplicación del Artículo 82 del Tratado de la CE que la propia Comisión ha dicho –en documentos como las *Directrices* del año 2008 o el *Discussion Paper* de 2005- que no es la adecuada, ya que no responde a un criterio económico basado en los efectos.

En segundo lugar, la forma en la que se ha llevado a cabo la instrucción del expediente (realizando entrevistas de las que no se guarda un registro procesal adecuado), el tipo de documentos en los que la Comisión se apoya (e-mails, presentaciones internas, etc.) y en cambio la postura de no aceptar otro tipo de evidencia que puede ser exculpatoria para Intel (como los testimonios y declaraciones del proceso en Delaware) pueden dar pie a pensar que no se ha seguido en este expediente un comportamiento enteramente objetivo, ecuánime y justo.

En tercer lugar, el tipo de inferencias que la Comisión lleva a cabo en la Decisión, sobre la base de la evidencia procesal a la que nos hemos referido en el párrafo anterior, es de carácter muy especulativo, basado en intenciones y percepciones, y no es base suficiente para acreditar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia.

En cuarto lugar, aunque la falta de datos en el texto publicado impide un análisis riguroso de la forma en que la Comisión ha llevado a cabo el test de “competidor tan eficiente”, hay elementos en su razonamiento (la determinación de cuál sea la parte de demanda “contestable”, el cálculo de la medida de costes, etc.) que arrojan serias dudas, y que cuestionan la solidez económica de las conclusiones de la Comisión.

En quinto lugar, el razonamiento y las conclusiones de la Comisión sobre el perjuicio concreto de la conducta de Intel sobre los consumidores y el mercado no dejan de ser un tanto teóricas y especulativas, ya que los efectos no se han demostrado, y lo cierto es que es un sector en el que los precios no han dejado de bajar, y el desarrollo técnico y la calidad de los productos ha ido en aumento.

³⁵ *Vid.*, para reforzar esta impresión, el mail que hemos transcrito anteriormente, extraído del párrafo n. 1741 del texto de la Decisión, en el que un directivo de Intel reconoce que “no tenemos competencia”.

Finalmente, y pese a todos los argumentos a favor de la legalidad de la conducta de Intel que hemos señalado en estas páginas, pese a que quedan cosas por demostrar, pese a que no parecen haberse respetado algunos derechos y garantías procesales, pese a que los efectos restrictivos de la conducta no están económicamente demostrados, el hecho de pagar para que un distribuidor excluya de sus catálogos y sus lineales los productos de un competidor, así como implementar un sistema de descuentos a fabricantes tal que se vea forzado a adquirir la totalidad o la práctica totalidad de sus insumos de una empresa en posición dominante, nos parece que dista mucho de ser “competencia en los méritos” basada en mejor calidad o precios más atractivos, y da la impresión más bien de ser una conducta anticompetitiva encaminada a eliminar a un rival del mercado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GERADIN, D., “The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?” October 16, 2009. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1490114>
- HOVENKAMP, H., “Discounts and Exclusions”, U Iowa Legal Studies *Research Paper* No. 05-18, Agosto 2005.
- LANDE, R. H., “The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision”, *GCP Online Magazine for Global Competition Policy*, June 2009, Release 2. Disponible en: <http://www.globalcompetitionpolicy.org>
- RIDYARD, D., “Foreclosing Reason? The EC Commission’s Policy on Dominant Firms Discounts”, *NERA Competition Brief*, nº 11, Marzo 2000.
- SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, *67 Antitrust L. J.* 641, 2000.
- TEMPLE LANG, J. y O’DONOGHUE, R., “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82”, (2002) *Fordham International Law Journal*, 83.
- WAELBROECK, D., “Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?”, (2005) *1 Journal of Competition Law and Economics* 149.
- WILS, W., “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function”, 27 (2004) *World Competition*, 202.
- ZANON, L., “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”, *J. World Trade L.*, Vol. 15, 1981.