

La Sentencia *INTEL* (As. T-286/09) reenv. del Tribunal General de la Unión Europea, del 26 de enero de 2022: ¿una nueva era en la aplicación del artículo 102 TFUE?

Fernando Díez Estella

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Villanueva*

En el ámbito del Derecho de Competencia en la UE hay pocos preceptos tan complicados de aplicar como la prohibición de abuso de posición dominante contenida en el actual art. 102 TFUE. El enfoque que la Comisión Europea estaba adoptando en sus expedientes sancionadores ha sido constantemente objeto de feroces críticas, por considerarlo excesivamente legalista y formalista, y que adoptaba una perspectiva per se de la prohibición, contraria al moderno análisis económico antitrust. Una manifestación de este enfoque fue la cuantiosa multa en el año 2009 (más de 1.000 millones de euros) a la compañía INTEL por supuestas prácticas abusivas en sus políticas de descuentos. Trece años después, el pasado año 2022, en un histórico pronunciamiento, el Tribunal General de la UE (TG) ha anulado por completo la Decisión de la CE, y sentado las bases de un nuevo entendimiento de este precepto. En particular, se plantea la aplicación del test del "competidor tan eficiente" (conocido como AEC test, por sus siglas en inglés) como herramienta analítica para determinar si una concreta política de precios o descuentos tiene la capacidad de provocar un efecto de cierre del mercado (foreclosure). En este trabajo se analiza esta Sentencia, sus antecedentes y las sustanciales implicaciones que tiene en cuanto al conocido como "more-economic-approach" del derecho antitrust comunitario.

Intel, Abuso de posición dominante, descuentos, AEC test, «effects-based-approach»

In the field of European competition law, there are few precepts as complicated to apply as the prohibition of abuse of a dominant position contained in Article 102 TFEU. The approach followed by the European Commission in its sanctioning proceedings has constantly been fiercely criticised as excessively legalistic and formalistic, and as adopting a per se perspective of the prohibition, contrary to modern economic antitrust analysis. One manifestation of this approach was the heavy fine in 2009 (more than 1 billion euros) imposed on the company INTEL for allegedly abusive practices in its discount policies. Thirteen years later, last year 2022, in a landmark ruling, the EU General Court (GC) has completely annulled the EC Decision and laid the foundations for a new understanding of this precept. In particular, the application of the "as efficient competitor" test (AEC test) as an analytical tool to determine whether a specific pricing or discounting policy has the capacity to cause a foreclosure effect is considered. This paper analyses this judgment, its background, and the substantial implications it has in terms of the so-called "more-economic-approach" of EU antitrust law.

Intel, Abuse of dominance, rebates, AEC test, «effects-based-approach»

I. Introducción

En el año 2009, cuando la Comisión Europea (CE) publicó su Decisión (1) sancionando a la compañía norteamericana INTEL con la multa más alta nunca a una única empresa en la historia del derecho antitrust comunitario —1.060 millones de euros— por una conducta de abuso de posición dominante, un amplio sector doctrinal (2) se preguntó si esta decisión se ajustaba o no al nuevo «enfoque económico» que la propia CE llevaba años proclamando.

En efecto, el año 2005 la publicación (3) del *Discussion Paper* sobre la aplicación de la prohibición contenida en el entonces art. 82 del Tratado CE, relativa al abuso de posición dominante, creó una expectación que al poco tiempo se demostró 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, a final del año anterior, de un *Guidance Paper* sobre la misma cuestión (4).

Ambos documentos proponen un enfoque basado en los efectos (5), y plantean —entre otras cosas— la aplicación del *test* del «competidor tan eficiente» (conocido como *AEC test*, por sus siglas en inglés) como herramienta analítica para determinar si una concreta política de precios o descuentos tiene la capacidad de provocar un efecto de cierre del mercado (*foreclosure*). Se daba respuesta en cierto modo a las feroces críticas (6) sobre el enfoque que la CE estaba adoptando en sus expedientes sancionadores de abuso de posición dominante, por considerarlo excesivamente legalista y formalista, y que adoptaba una perspectiva *per se* de la prohibición, contraria al moderno análisis económico antitrust.

El tiempo ha demostrado que aquella duda que nos planteábamos no era del todo infundada, y trece años después, en un histórico pronunciamiento (7), el Tribunal General de la UE (TG) ha anulado por completo la Decisión de la CE, y sentado las bases de un nuevo entendimiento de la prohibición de abuso de posición dominante contenida en el actual art. 102 TFUE.

Es habitual que las empresas utilicen los descuentos llegar a un mayor número de clientes y así maximizar las ventas. Desde el punto de vista de la normativa antitrust en la UE, estos sistemas de descuentos en general no son problemáticos, ni están sancionados. Sin embargo, las empresas que se encuentran en posición dominante pueden a veces aplicar descuentos de forma que se distorsione la competencia, por ejemplo, cuando se aplican de forma discriminatoria o arbitraria o si proporcionan una exclusividad de facto al proveedor. A este respecto, qué descuentos pueden considerarse lícitos y cuáles contravienen el art. 102 TFUE, ha sido históricamente objeto de una amplia controversia.

El tradicional enfoque rígido y formalista que la CE adoptaba en relación con los descuentos concedidos por empresas dominantes y que los tribunales europeos validaban (aquí el pronunciamiento que ha marcado el *enforcement* de la prohibición es la Sentencia (8) *Hoffmann—La Roche*) fácilmente incurrían en un «error de Tipo 1», condenando como ilícita y anticompetitiva una conducta que no provocaba ningún efecto restrictivo en la competencia.

Esto es precisamente lo que la Sentencia del TG de 2022 viene a rectificar, y por ello su relevancia y trascendencia futura es incalculable, aunque para evaluar sus consecuencias habrá de transcurrir algo de tiempo. En este comentario nos limitaremos a destacar sus aspectos fundamentales, así como a aventurar algunas de sus implicaciones clave. Para ello, tras este apartado de introducción, en el epígrafe 2º se expondrá un breve recorrido histórico de los

antecedentes del pronunciamiento INTEL: la Decisión de la Comisión del año 2009; la primera Sentencia del TG, en el 2014; la Opinión del A.G. Wahl, en el año 2016; y —fundamentalmente— la Sentencia del TJUE de 2017. Seguidamente, en el epígrafe 3º, se llevará a cabo el análisis detallado de la Sentencia del TG, destacando cuatro aspectos fundamentales: el reequilibrio de la carga de la prueba, y el estándar exigido en un procedimiento sancionador por abuso de posición dominante (Apdo. 3.1); el análisis económico de los descuentos, y su potencial efecto de «cierre de mercado» (Apdo. 3.2); qué ocurre con el *test* AEC a partir de ahora (Apdo. 3.3); y, finalmente, su previsible influencia en otros asuntos de abuso de posición dominante (Apdo. 3.4). Por último, se ofrece un apartado, el 4º, de conclusiones, que tratará no sólo de hacer una valoración de la Sentencia en sí misma, sino de aventurar algunas de sus implicaciones para el futuro del art. 102 TFUE.

II. Los antecedentes

1. El debate sobre el «*more-economic-approach*»

No se trata aquí, naturalmente, de desarrollar un tratado sobre la figura del abuso de posición dominante, y mucho menos del Derecho de la Competencia en la UE, sin embargo sí es oportuna una breve reflexión sobre qué objetivos persigue este derecho, y cuál es la finalidad de dicha prohibición, ya que el caso INTEL refleja a la perfección el intenso debate que estamos viviendo en este momento sobre los objetivos y fines de esta normativa.

En efecto, desde la más autorizada doctrina se ha puesto de manifiesto cómo este caso ha obligado a un replanteamiento de cuáles son los objetivos (9) del art. 102 TFUE, y por extensión, los del Derecho de la Competencia de la UE en su conjunto (10).

Lo que subyace a este debate, y el consiguiente análisis —en un sentido o en el diametralmente opuesto— de la práctica de los descuentos concedidos por Intel, es si el Derecho de la Competencia está para garantizar el acceso al mercado a los rivales de las compañías dominantes, y así permitir una mayor libertad de elección de los clientes, o si lo que hace la normativa *antitrust* comunitaria es simplemente preservar la existencia de un proceso competitivo. Simplificando un poco, la primera postura se ha venido en calificar *welfarista*, o de resultados, mientras que la segunda es el clásico enfoque *ordoliberal*.

Ambas posturas —en cierto modo antagónicas— se reflejan en los que abogan por un enfoque más económico (*more-economic-approach*), basado en el análisis de efectos (por eso se suele referirse a él como el *effects-based-approach*), que se aleje de lo que consideran un análisis formalista (11) y legalista de las normas de competencia, o en los que opinan que la filosofía que subyace en los Tratados de la UE —en general— y los objetivos del art. 102 TFUE —en particular— son totalmente incompatibles con este nuevo enfoque.

Este nuevo enfoque estaría consagrado en el *Guidance Paper* de la CE, de 2009, y supondría abandonar —en el caso concreto de los descuentos concedidos por empresas en posición dominante— la jurisprudencia *Hoffmann-La Roche*. El cambio de paradigma (12) implicaba poner el énfasis en el bienestar del consumidor e introducir el denominado *test* del 'competidor igualmente eficiente' (*test* AEC) para evaluar las presuntas prácticas abusivas tanto de fijación precios como los descuentos de fidelidad/exclusividad. Como veremos en un epígrafe posterior, el análisis del *test* AEC es clave en la Sentencia del TG de 2022.

Además, es oportuno traer a colación en este comentario el debate ya que si bien es cierto que este cambio de paradigma es transversal, y por tanto alcanza a cualquier práctica supuestamente anticompetitiva contraria a la normativa de competencia, es un hecho que los descuentos de fidelidad —y el caso Intel— de algún modo se han convertido (13) en el «caballo de batalla» del *more-economic-approach*.

Los términos del debate se expresan en estos términos por uno de los más acérrimos defensores de la Decisión de la Comisión de 2009, y naturalmente de la primera sentencia del TG de 2014:

«El artículo 102 TFUE y las demás normas de competencia de la UE protegen el proceso competitivo como tal. Al hacerlo, las normas de competencia de la UE tienen sin duda efectos positivos en el bienestar de los consumidores y en la eficiencia, pero los Tratados de la UE no permiten que estos efectos sean sustituidos por el objetivo de un sistema de competencia no falseada (...)» (14) .

Esta opinión doctrinal no ha estado exenta de críticas y ha recibido una amplia y fundada «contestación» académica (15) . En los términos del debate que estamos aquí reflejando, estos autores critican el planteamiento de WILS de que la filosofía subyacente a los Tratados de la UE es contraria al nuevo enfoque más económico y basado en efectos, y señalan que sus argumentos sobre cómo la intervención antitrust clásica y formalista garantiza mejor la existencia de un proceso competitivo y protección de los consumidores están infundados.

Naturalmente, el pronunciamiento del TG en su primera sentencia de 2014 fue interpretada por un amplio sector doctrinal como el fin (16) de este *more-economic-approach*, y la consolidación del enfoque «formalista» en la aplicación del art. 102 TFUE. En estos años desde dicho pronunciamiento no han faltado tampoco los intentos de conciliar (17) la *praxis* de los tribunales comunitarios con la moderna teoría económica antitrust.

Lo que el TJUE hace en su sentencia de 2017 ha sido visto como un cierto acercamiento al enfoque *welfarista*, sin abandonar del todo los planteamientos *ordoliberales*. En un análisis que refleja bien esta ambigüedad —tan característica, por otra parte, del Derecho de la Competencia en la UE, y especialmente de la prohibición del art. 102 TFUE—, se ha señalado que:

«La última decisión del TJUE en el caso de Intel es un buen ejemplo del cambio actual en la interpretación de los objetivos de la legislación de la UE en materia de competencia. Aunque la decisión del TJUE, especialmente en lo que respecta a la interpretación y aplicación del artículo 102 TFUE, no adopta una postura clara a favor del enfoque del bienestar de los consumidores, muestra que hay un cierto cambio de mentalidad (...). La interpretación del concepto de abuso experimenta un cambio que bien podría considerarse como un giro desde el anterior enfoque de un ordoliberalismo radical al nuevo enfoque que tiene en cuenta el bienestar del consumidor» (18) .

Como puede comprenderse, el debate no queda ni mucho menos cerrado con el ulterior pronunciamiento del TG en 2022, que no se pronuncia en absoluto sobre la naturaleza, fines u objetivos del art. 102 TFUE, limitándose a recoger las escuetas referencias que sobre esta cuestión realizó el TJUE en los párrafos núms. 133 a 137 de su sentencia de 2017. Así, señala el TG en el párrafo n.º 116 que:

«el Tribunal de Justicia subrayó, en esencia, que la competencia por el precio puede conducir a la exclusión del mercado de los competidores menos eficaces, recordando al mismo tiempo la responsabilidad especial que incumbe a las empresas en posición dominante de no obstaculizar la competencia real y no falseada. Además, el Tribunal de Justicia señaló que no toda la competencia por medio de los precios puede considerarse legítima».

Y recoge también, como fundamento de este planteamiento, la trascendental Sentencia *Post Danmark* (19) , del 27 de marzo de 2012, pronunciamiento que ha sido también clave (20) en la interpretación de la prohibición del abuso de posición dominante en relación con el «enfoque más económico».

De ahí que pueda concluirse, para finalizar esta breve reflexión sobre los fines y objetivos del art. 102 TFUE, a la luz del caso Intel, que como bien recuerda (21) el TG en su sentencia de 2022, la doctrina clásica (*Hoffmann-La Roche*) no se deroga, simplemente se «clarifica». Y, en el clásico ejercicio de mantenerse en el fiel de la balanza propio de los tribunales comunitarios, no puede decirse sin ambages que sea un triunfo del *more-economic-approach*, aunque desde luego este pronunciamiento sí supone un cierto «desmarque» del enfoque formalista.

2. La Decisión de la Comisión (2009) y la primera Sentencia del TG (2014)

En junio de 2009, la CE determinó que Intel había abusado de su posición dominante desde octubre de 2002 hasta diciembre de 2007, y le impuso conforme al entonces art. 82 TCE una multa de 1.060 millones de euros.

El mercado relevante de producto (22) 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. 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 mercado (23) que INTEL ostentaba rondaban el 70%.

La CE identificó dos tipos de abuso:

- • Descuentos condicionados: es decir, descuentos concedidos a los principales fabricantes de equipos originales (en sus siglas en inglés, OEM, *original equipment manufacturers*), las empresas Dell, Lenovo, HP y NEC, así como a la cadena *Media Saturn Holding* (MSH), el mayor distribuidor a nivel europeo de productos de electrónica e informática (titular de la popular tienda de productos informáticos *Media Markt*), con la condición de que adquirieran todas, o casi todas, sus necesidades de los chips x86 a Intel; y
- • «Restricciones frontales» (conocidas como *naked restrictions*): por ejemplo, pagos directos realizados a los fabricantes de equipos originales para detener o retrasar el lanzamiento de productos específicos que contuvieran microprocesadores del tipo x86 de otros fabricantes, en particular del principal competidor de Intel, la compañía AMD (*Advanced Micro Devices*).

Respecto del primer tipo de abuso, el efecto perjudicial para el mercado tiene lugar en una doble perspectiva —según la valoración de la Comisión—, la del efecto de cierre de mercado (*foreclosure*) y el daño que la conducta de Intel supone para los consumidores. La Decisión concluye (24) , 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 entonces Art. 82 TCE. 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.

Respecto del segundo, la Decisión concluye (25) que la conducta llevada a cabo por Intel supone un perjuicio directo a la competencia, conforme también a reiterada jurisprudencia (26) . 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.

La Decisión fue confirmada por el Tribunal General en su primera sentencia (27) de junio de 2014, que rechaza por completo el recurso planteado por Intel. El principal argumento de la compañía era precisamente el relativo al *test* bajo el que deberían evaluarse los descuentos para que fueran considerados contrarios al art. 102 TFUE.

Así, la recurrente sostenía que la Comisión cometió un error de derecho cuando omitió —y debería haberlo hecho— valorar todas las circunstancias que rodearon la concesión de los descuentos, en particular las que les hacían capaces de restringir la competencia. A este respecto, en esta primera sentencia el TG se limitó a reiterar la doctrina *Hoffmann-La Roche* y la prohibición *prima facie* de los descuentos de fidelidad / exclusividad (28) .

En otras palabras, nos hallaríamos ante una categoría de abuso 'por objeto' (29) , y por tanto no es necesario un examen 'caso-por-caso' del efecto exclusionario o eliminador de la conducta de la empresa dominante. Siguiendo la terminología aplicable a los acuerdos colusorios del art. 101 TFUE, naturalmente Intel sostenía que los descuentos debían ser considerados como una práctica restrictiva de la competencia 'por efecto'.

No es difícil imaginar la acogida que este pronunciamiento tuvo en gran parte de la comunidad de Derecho de la Competencia en la UE: desde quien puso el grito en el cielo (30) diciendo que ya era hora de derogar la doctrina *Hoffmann-La Roche*, hasta quien lo calificó sencillamente como una «vuelta a la Edad Oscura» (31) . Sin embargo, hubo también quien lo valoró favorablemente, incluso destacados académicos y ejercientes alabaron (32) sin ningún recato la sentencia del TG. Especialmente destacan la inconsistencia de la crítica habitual al «enfoque formalista y legalista» de la aplicación del artículo 102 TFUE, dado que las leyes están redactadas por su propia naturaleza de manera «formal», y precisamente gracias a eso proporcionan seguridad jurídica y previsibilidad.

Igualmente, desde esta corriente doctrinal —contraria al *more economic approach*- sostienen (33) que es erróneo concluir que la CE está introduciendo una norma *per se* contra los descuentos por exclusividad; según ellos, simplemente está invirtiendo la carga probatoria, y por tanto, es la empresa dominante que practica ese tipo de descuentos la que debe aportar pruebas suficientes y demostrar así la defensa —contra la imputación de conducta contraria al art. 102 TFUE— de la «justificación objetiva». Finalmente, siguen argumentando, el rechazo (34) del *test* AEC por parte del TG en este caso concreto no es necesariamente un rechazo del enfoque «más económico», ni siquiera un rechazo implícito (35) del *Guidance Paper* de la Comisión.

Por otra parte, hay quien fue más allá en su valoración crítica del pronunciamiento del TG en 2014, exigiendo (36) a la CE que aplicara los principios que ella misma había propuesto en este documento.

3. La Opinión del A.G. Wahl (2016) y la Sentencia del TJUE (2017)

Intel recurrió ante la Sentencia del TG de 2014 ante el TJUE por varios motivos, tanto de fondo como de procedimiento.

En octubre de 2016, el Abogado General (AG) Wahl presentó sus conclusiones (37) , en las que se manifestaba contrario a la mayoría de los pronunciamientos de la primera sentencia del TG. En particular, no estaba de acuerdo con la conclusión del TG de que los descuentos condicionados en cuestión eran equivalentes a *descuentos por exclusividad* que, según la jurisprudencia «tradicional» comunitaria se consideraban, por su propia naturaleza, capaces de restringir la competencia y excluir a los competidores (38) . El AG consideró que era necesario un examen de «*todas las circunstancias*», es decir, el contexto económico y jurídico del caso, para establecer una infracción del art. 102 TFUE, incluso en el caso de prácticas presuntamente ilegales, como los descuentos por fidelidad (39) .

No es fácil reflejar aquí la entusiasta acogida que la Opinión de Wahl generó en un amplio sector de la comunidad académica, y los encendidos elogios de que fue objeto: así, se califica como un triunfo de la «sustancia» sobre la «forma» (40) ; de arrojar coherencia y sabiduría en el análisis de las conductas abusivas (41) ; de unas conclusiones llenas de realismo y consistencia (42) ; de despejar dudas y clarificar interrogantes (43) ; y, finalmente, de llevar a cabo un método de análisis sólido y consistente (44) de las prácticas anticompetitivas.

Así, y en un ejercicio de delicado análisis jurídico, el AG Wahl aboga no por un cambio en la jurisprudencia que gobierna los descuentos por exclusividad, sino por una comprensión más sutil y elaborada de su naturaleza, principalmente, su impacto anticompetitivo. Habla de una contradicción en lo que el TG dijo e hizo al examinar los descuentos por fidelidad:

«Aunque el Tribunal declaró que los descuentos por fidelidad están prohibidos *prima facie*

sin que sea necesario demostrar sus efectos anticompetitivos, pasó a evaluar la naturaleza exacta de los descuentos así como su impacto» (45) .

Lo que él cuestiona es la clásica categorización tripartita de los descuentos establecida por el TG (descuentos por fidelidad, por cantidad y 'otros'), ya que en su opinión no hay ninguna razón consistente para distinguir entre dichas categorías y, por tanto, la valoración jurídica que se les atribuye (*prima facie* prohibida, *prima facie* lícita y bajo examen 'caso por caso', respectivamente). Siguiendo el análisis económico moderno, afirma que la diferencia entre dichas valoraciones jurídicas es «*de grado, no de principio*» (46) . En consecuencia, «*todos los descuentos son similares en cuanto a su naturaleza, finalidad y posibles efectos de exclusión*» (47) .

El AG Wahl también sugirió que el TG debería haber llevado a cabo una evaluación más exhaustiva de la aplicación del *test* AEC por parte de la Comisión. Aunque afirmó —como veremos en un epígrafe posterior, cuando se analice en más detalle esta cuestión— que la jurisprudencia no imponía la obligación legal de utilizar el *test* AEC, consideró sin embargo que sí era relevante en este caso. Esto es así ya que la CE realizó un extenso análisis AEC en su Decisión, y basó en él su evaluación de la conducta de Intel, mientras que el resto de las circunstancias que estudió fueron más bien equívocas y poco concluyentes en cuanto a su efecto sobre la competencia (48) .

Acogiendo en su totalidad las conclusiones del AG Wahl, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la UE emitió su esperada sentencia (49) el 6 de septiembre de 2017. Al igual que con la precedente Opinión del AG, este pronunciamiento fue acogido con un gran entusiasmo, y frente a la decepción que la sentencia del TG de 2014 había causado, fue considerado como el «resurgimiento» (50) del *economic-approach* en la política comunitaria de competencia, una aplicación «moderna y fundada en sólidos principios» (51) del art. 102 TFUE.

El TJUE, empieza con un *excursus* sobre la finalidad del art. 102 TFUE, que es recogido luego por el TG en su sentencia de 2022: no es impedir que una empresa adquiera, por sus propios méritos, la posición dominante en un mercado, ni garantizar que los competidores menos eficientes permanezcan en el mercado. Añade, además que «*no todo efecto de exclusión es necesariamente perjudicial para la competencia*» (52) . Sin embargo, recordando la ya clásica doctrina *Michelin* (53) , una empresa dominante tiene una «especial responsabilidad» de no permitir que su comportamiento perjudique a la competencia genuina y no distorsionada.

Hay que señalar que el TJUE no se desvía del todo de la jurisprudencia tradicional, que establece que a diferencia de los descuentos por volumen, los descuentos vinculados a condiciones de exclusividad son presuntamente ilegales cuando los concede una empresa dominante (54) .

Sin embargo, se puede también decir que en cierta forma rompe con la tradición al sostener que cuando la empresa en cuestión afirmaba —durante el procedimiento administrativo ante la CE y naturalmente apoyándose en la necesaria evidencia probatoria— que su conducta no podía restringir la competencia y, en particular, producir los supuestos efectos de exclusión, correspondía entonces a la CE analizar varios factores para determinar si los descuentos podían efectivamente restringir la competencia.

En concreto, señala el párrafo n.º 139 de la Sentencia del TJUE:

- 1) • El alcance de la posición dominante del demandado en el mercado de referencia;
- 2) • La cuota de mercado afectada por la práctica en cuestión;
- 3) • Las condiciones específicas y las modalidades de los descuentos;
- 4) • Su duración y su importe;
- 5) • La posible existencia de una estrategia encaminada a excluir del mercado a competidores que sean al menos tan eficientes como la empresa dominante.

Como veremos en detalle más adelante, estas cinco condiciones fijadas en el párrafo n.º 139 de la Sentencia de 2017 se configuran como un «test» para la evaluación de cuándo los descuentos tienen capacidad para restringir la competencia, y como tal es señalado (55) por la Sentencia de 2022 del TG en el párrafo n.º 119. Más adelante (párrafos núms. 438 a 521) son el elemento clave en la estimación del recurso y la consiguiente anulación de la Decisión de la Comisión: Apartado III.C «*La alegación de que la Decisión impugnada no analizó ni tuvo en cuenta adecuadamente los criterios del apartado n.º 139 de la sentencia sobre el recurso de casación*».

El TJUE añadió que la evaluación de la capacidad de exclusión del sistema de descuentos también es pertinente para valorar las posibles justificaciones de la conducta. Esta ponderación de los efectos favorables y desfavorables para la competencia de la práctica en cuestión sólo puede llevarse a cabo en la Decisión de la CE una vez que ésta analice la «*capacidad intrínseca*» de dicha práctica para excluir a competidores al menos tan eficientes como la empresa dominante (56) .

A partir de estas premisas, si en una decisión en la que se declara abusivo un sistema de descuentos, la CE lleva a cabo tal análisis, el TG debe examinar todos los argumentos del demandante que pretenden cuestionar la validez de las conclusiones de la CE sobre la capacidad de los descuentos en cuestión para excluir la competencia.

En este punto nos parece casi obligada la reproducción literal del párrafo n.º 141 de la Sentencia del TJUE:

«Si la Comisión efectúa ese análisis en una decisión en la que declara que un sistema de descuentos presenta un carácter abusivo, incumbe al Tribunal General examinar la totalidad de las alegaciones en las que la parte demandante califique de infundadas las conclusiones de la Comisión sobre la capacidad de expulsión del mercado del sistema de descuentos de que se trate».

En definitiva, el TJUE consideró que, a pesar de la propia afirmación de la CE de que el test AEC que había realizado era sólo un apoyo adicional para su decisión, esta prueba desempeñaba un papel importante en su valoración jurídica final. Por lo tanto, el TG se equivocó al sostener que no era necesario, en el recurso, examinar si la CE había realizado correctamente el test AEC o revisar los cálculos alternativos que proponía la recurrente Intel. De hecho, el TG estaba obligado a examinar todos los argumentos y alegaciones de Intel relativos a dicho test, cosa que no hizo (57)

En consecuencia, «*procede anular la sentencia recurrida por haberse abstenido erróneamente el Tribunal General, al analizar la capacidad de los descuentos controvertidos para restringir la competencia, de tomar en consideración la argumentación de Intel destinada a denunciar los supuestos errores cometidos por la Comisión en relación con el test AEC*» (párrafo n.º 147), y «*devolver el asunto al Tribunal General*» (párrafo n.º 150), cosa que naturalmente hizo, y motivó el pronunciamiento de 2022, de *reenvío*, y que será objeto de análisis detallado en el epígrafe siguiente.

Para concluir este apartado, nos ha parecido oportuno recoger aquí las consideraciones finales que se hacía un destacado estudioso (58) de la figura de la prohibición de posición dominante en la UE, sobre cuáles son —en su opinión, que compartimos— las grandes lecciones que la Sentencia del TJUE de 2017 establece sobre el alcance del art. 102 TFUE:

- En principio, el art. 102 del TFUE sólo se refiere a la exclusión de rivales tan eficientes como la empresa dominante (...).
- En segundo lugar, para que los acuerdos exclusivos y los descuentos entren en el ámbito de aplicación del art. 102 del TFUE, deben ser al menos capaces de restringir la competencia (...).

- En tercer lugar, en cuanto a las prácticas 'por objeto', dicha capacidad se presume, en el sentido de que no es necesario que la autoridad o el demandante la demuestren. Esto es cierto tanto para el art. 102 del TFUE (piénsese en el tratamiento de prácticas como los acuerdos de exclusividad y los descuentos por fidelidad, pero también la fijación de precios por debajo de los costes variables medios y las ventas vinculadas) como para el art. 101 del TFUE (...).
- En cuarto y último lugar, una empresa dominante puede aportar pruebas que demuestren que la práctica 'por objeto' no tiene la capacidad de restringir la competencia en el contexto económico y jurídico específico en el que se aplica.

III. ¿Hacia una nueva era en la aplicación del art. 102 TFUE?

A partir de las conclusiones del AG Wahl, cuando se empezó a vislumbrar que este asunto podía tener unas implicaciones históricas en el *enforcement* de la prohibición del abuso de posición dominante en el derecho de la UE, el caso Intel despertó un interés sin precedentes, y originó un irrefrenable caudal de literatura jurídica, que se vio aumentado si cabe cuando el TJUE, en 2017, acogiendo la opinión del AG, anuló la Sentencia del TG, devolviéndole el asunto para su reconsideración.

De ahí el grado de expectación no menos intenso que había respecto a cuál sería el sentido del pronunciamiento del TG en esta segunda ocasión que evaluaba la decisión de la CE. Pues bien, las expectativas no se han visto defraudadas, y como desarrollaremos *in extenso* en el siguiente epígrafe, las implicaciones de este histórico pronunciamiento en la aplicación del art. 102 TFUE son enormes. En este apartado nos centraremos en los que, a nuestro juicio, son los cuatro aspectos fundamentales de la Sentencia del TG de 26 de enero de 2022: en primer lugar, y dado que su alcance es más amplio, y se puede extender no sólo a un procedimiento por abuso de posición dominante, sino a prácticamente cualquier expediente sancionador, la cuestión del «reequilibrio de la carga de la prueba» y el estándar exigido para acreditar la existencia de infracción (Apdo. 3.1); a continuación, entrando ya en el fondo de la cuestión, el análisis económico de los descuentos, y su potencial efecto de «cierre de mercado» (Apdo. 3.2); qué ocurre con el *test* AEC a partir de ahora (Apdo. 3.3); y, finalmente, cómo se va a aplicar el art. 102 TFUE a partir de esta doctrina *Intel* (Apdo. 3.4).

Adelantando una de las conclusiones que expondré al final de este trabajo, no se puede dejar de destacar en este epígrafe, antes de ninguna otra consideración y análisis sobre el pronunciamiento, que si algo significa esta sentencia es un enorme éxito del «sistema». En efecto, como ya ha señalado (59) la doctrina más atenta que ha tenido oportunidad de comentar el fallo del TG, la anulación de la Decisión de la Comisión es, con independencia de los motivos de fondo, una demostración de que la UE tiene un régimen legal de aplicación de las normas antitrust que es efectivo, funciona, y la revisión judicial de la actuación de la autoridad administrativa lleva a cabo su labor ejemplarmente.

De intento seguiremos un orden en la exposición que es el inverso al que desarrolla el TG en su pronunciamiento, ya que nos parece más aclaratorio ir de lo general a lo particular: el *test* AEC es la pieza clave del razonamiento del TG, y por eso lo analiza antes que la capacidad de los descuentos de tener el efecto *foreclosure*, y en definitiva esta capacidad la determina precisamente el *test* AEC, pero éste no deja de ser instrumental de cara a alcanzar la conclusión sobre el efecto restrictivo —o no— de los descuentos.

Si la CE decide finalmente no recurrir esta sentencia del TG, el siguiente dilema al que tendrá que enfrentarse es el de corregir los errores cometidos, volver a adoptar una decisión que sustituye a la que ha sido anulada y multar de nuevo a *Intel* por su conducta pasada. Sin embargo, a la vista de la falta de pruebas y de las contradicciones en el razonamiento de la CE, que el TG subrayó, esto no parece nada probable. En el pasado, la CE sí que trató de volver a adoptar las decisiones de imposición de multas cuando habían sido anuladas por razones formales o de

procedimiento, evitando una nueva lucha cuando el motivo de la anulación era de fondo. Una opción para la CE podría ser limitar su nueva decisión a desarrollar una metodología de multas para las 'restricciones frontales', dado que esa conducta no ha sido impugnada por el TG. En ese caso, la multa debería ser considerablemente menor que los 1.060 millones de euros originales impuestos en 2009.

No vamos a hacer referencia, pese a su indudable interés (60) y entidad, a las cuestiones de procedimiento que fueron objeto de recurso (61) contra la Decisión de la Comisión ante el TG, en su primer pronunciamiento de 2014, por la sencilla razón de que Intel decidió retirar esas alegaciones, junto con las de falta de jurisdicción de la CE, y por tanto en su Sentencia de 2022 el TG no las contempla (62). Como es sabido, las «irregularidades» procesales que la CE cometió durante la tramitación del expediente (en lo que se refiere a las reuniones y entrevistas que mantuvo con directivos de los OEMs), y que no escaparon al examen de la doctrina (63), llevaron en última instancia a una reforma de los procedimientos (64) de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE.

1. Reequilibrando la carga de la prueba

Como señala el TG en su pronunciamiento, cuando recoge los motivos del recurso contra la Decisión de la Comisión, «*Intel recurrió tanto la asignación de la carga de la prueba como el estándar de prueba requerido*» (65). Esta cuestión, de carácter más procesal que sustantiva, es sin duda una de las grandes lecciones para la aplicación del artículo 102 TFUE que deja este pronunciamiento (66).

Tomamos, como título para este epígrafe, el de un comentario reciente que se publicó (67) a los pocos días de conocerse la Sentencia del TGUE de 2022, y nos ha parecido perfectamente expresivo de uno de los aspectos fundamentales de este histórico pronunciamiento: reequilibrar la carga de la prueba. Todo ello, siendo conscientes de que el tema del estándar de prueba en los procedimientos sancionadores antitrust ha sido siempre una cuestión que, como mínimo, puede calificarse de «esquiva» (68).

Para empezar, y aunque no la cita expresamente, el TG evoca la jurisprudencia (69) *Jussila c. Finlandia*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se ventilan cuestiones de la máxima relevancia sobre *due process* en materia de derecho administrativo sancionador (70), cuando señala en el párrafo n.º 160 que «*los casos de competencia son de naturaleza cuasi-penal, lo que significa que requieren un alto nivel de prueba*».

A continuación, el TG destaca que el análisis de la capacidad de los descuentos en cuestión para restringir la competencia forma parte de la acreditación de una infracción del Derecho de la Competencia en la UE. A este respecto, y desde luego que esta afirmación no tiene desperdicio: «*el principio de presunción de inocencia se aplica a los procedimientos relativos a la infracción del derecho de la competencia aplicable a las empresas, de los que pueden resultar la imposición de multas*» (Párrafo n.º 162). Esto exige que la CE demuestre la existencia de dicha infracción, en su caso mediante un conjunto de pruebas precisas y coherentes, de modo que no quede ninguna duda al respecto.

Cuando la CE sostiene que los hechos probados sólo pueden explicarse por un comportamiento anticompetitivo, debe declararse que la infracción en cuestión no ha quedado suficientemente demostrada si las empresas afectadas presentan una explicación plausible de los hechos (71). En tal caso, no puede decirse que la CE ha aportado suficiente prueba de cargo de una infracción.

Sin embargo, cuando la CE se basa en pruebas que, en principio, pueden demostrar la existencia de una infracción, corresponde a las empresas afectadas demostrar que el valor probatorio de dichas pruebas es insuficiente (72). El TG también señaló que, aunque la CE puede basarse en presunciones, no hubo una infracción *per se* del art. 102 TFUE en el caso que nos ocupa; tal infracción sí que hubiera eximido a la CE de la obligación de realizar un análisis de efectos. Este «desequilibrio» en la valoración de los efectos anticompetitivos es, como han

señalado (73) antiguos —y destacados— miembros de la propia Comisión, precisamente lo que el TG hizo incorrectamente en su primera Sentencia en el caso *Intel*, en 2014.

En cierta forma, este planteamiento supone —como proponía el A.G. Wahl— superar la clasificación tripartita clásica de los descuentos, que la Comisión y los tribunales venían aplicando a este tipo de casos. En vez de ese esquema se ha sugerido (74) elaborar un nuevo marco para la evaluación de las prácticas anticompetitivas del art. 102 del TFUE siguiendo la misma dicotomía existente en el art. 101 del TFUE, que contemple dos tipos distintos de abusos: (i) prácticas que están prohibidas a *prima facie*; (ii) prácticas que requieren demostrar los efectos de exclusión.

Al hilo del análisis de los errores que la CE cometió en la aplicación del *test* AEC a los descuentos concedidos por Intel, el TG también reafirmó varios principios sobre cómo debe evaluarse el valor probatorio de los documentos, en función del detalle, el origen y el contexto del documento (75).

2. Descuentos de fidelidad y efecto foreclosure

Según la Comisión, en su Decisión de 2009, uno de los efectos de la conducta restrictiva de Intel fue 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.

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.

Sin embargo, conforme a la aplicación *per se* de la prohibición del entonces Art. 82 TCE, no era necesario demostrar los efectos perjudiciales para el mercado. Pese a no estar obligada a ello, la Comisión no obstante lleva a cabo el *test* de «competidor tan eficiente», constatando (76) que «es una forma de determinar si los descuentos de exclusividad causan o pueden causar un cierre de mercado anticompetitivo».

A ello dedicó la Comisión, dentro del Epígrafe VII de la Decisión (*Legal and Economic Assessment*), el Apartado 4.2.3, el más extenso de todo el texto de la versión publicada (comprende más de 150 páginas —más de un tercio de toda la Decisión— y 1.570 párrafos). El problema, según señaló entonces la más autorizada doctrina (77), y ahora ha confirmado el TG, es que lo hace mal.

En efecto, en línea con la sentencia del TJUE de 2017, el TG confirma en su pronunciamiento de 2022 que la CE se había equivocado al sostener, basándose en una «interpretación tradicional» de la jurisprudencia, que no era necesario demostrar la capacidad de exclusión de los descuentos en cuestión (78). A pesar de las afirmaciones de la CE en sentido contrario, la prueba AEC sí que desempeñó un papel importante en la evaluación de la CE de si los descuentos en cuestión eran capaces de excluir a los competidores eficientes (79).

La premisa, lo que la CE hizo mal en su análisis, viene indicado en el párrafo n.º 134 de la Sentencia del TG de 2022, que recoge a su vez el párrafo n.º 923 de la Decisión de 2009, cuando se apunta que no se exige esa demostración del efecto *foreclosure*, sino que: «la infracción del artículo [102 TFUE][podría] resultar también del objeto anticompetitivo de las prácticas llevadas a cabo por una empresa dominante». Ante esta configuración del abuso «por objeto», señala el TG en el párrafo n.º 149 de su Sentencia de 2022, que: «(...) es necesario mantener la afirmación de que la decisión recurrida está viciada por un error de derecho».

El paralelismo que el TG traza —como ya hiciera el TJUE en 2017— entre el párrafo 3º del art. 101 TFUE y la «justificación objetiva» del art. 102 TFUE es patente, siguiendo la pauta marcada por la jurisprudencia en *Post Danmark I* (80). Algunas prácticas desde una posición dominante

pueden presumirse anticompetitivas, pero, también en este caso, la empresa debe tener la oportunidad de demostrar la existencia de los posibles efectos procompetitivos de la conducta.

Aunque la redacción del art. 102 TFUE no hace ninguna referencia a una exención equivalente a la del art. 101(3) TFUE, *Intel* crea una suerte de protocolo que lo engloba y, por tanto, otorga un alcance operativo efectivo a la noción de *justificación objetiva*. Si el análisis del contexto y de todas las circunstancias que rodean las prácticas unilaterales ha representado durante mucho tiempo una carga que la CE se ha autoimpuesto con la publicación del *Guidance Paper*, con la sentencia del TG de 2022 se ha convertido en un requisito establecido por la ley.

En efecto, una vez realizado el análisis de porqué la CE no llevo a cabo una adecuada aplicación del *test* AEC, el TG concluye que la decisión de 2009 sancionando a Intel no tuvo en cuenta adecuadamente los cinco criterios del párrafo n.º 139 de la Sentencia del TJUE.

Recoge así las alegaciones de las recurrentes, de que de estos cinco criterios, al menos tres no fueron examinados adecuadamente. Alegan (81) que, aunque la Decisión impugnada contiene un análisis de los criterios primero y tercero, a saber, el alcance de la posición dominante de Intel en el mercado relevante y las condiciones y modalidades de concesión de los descuentos de Intel, no analiza, en cualquier caso, los restantes tres criterios, los relativos a la cuota de mercado cubierta, la duración y el importe de los descuentos o la existencia de una estrategia destinada a excluir del mercado a competidores al menos tan eficientes como la empresa dominante.

Por ello es el TG en su sentencia de 2022 quien lleva a cabo ese análisis, y concluye que por lo menos en dos de los cinco criterios el razonamiento de la CE estaba viciado: la cuota de mercado cubierta por los descuentos (párrafos núms. 485 a 500) y su duración y cuantía (párrafos núms. 501 a 520). Sorprende en este sentido que el del TG no dedica ni un solo párrafo de su pronunciamiento a analizar ni el importe de los descuentos ni el 5º criterio: el de la posible existencia de una estrategia encaminada a excluir del mercado a competidores que sean al menos tan eficientes como la empresa dominante. ¿Será que viendo que no concurren los anteriores huelga examinar éstos? ¿Confiere esta deliberada omisión el carácter de «acumulativos» de los cinco requisitos señalados por el TJUE en el párrafo n.º 139 de su sentencia de 2017? Habrá que estar a ulterior jurisprudencia, y ver cómo este nuevo *test* se va consolidando.

La única indicación a este respecto la ofrece el TG en el párrafo n.º 521, cuando concluye su evaluación de dichos criterios, y señala que:

«(...) al no ser necesario analizar las alegaciones de la demandante sobre los criterios relativos al importe de las rebajas y a la estrategia destinada a excluir a los competidores del mercado, debe concluirse que la demandante tiene razón al sostener que el análisis realizado por la Comisión en la Decisión impugnada de los criterios mencionados en el apartado 139 de la sentencia de casación adolece de varios errores. La Comisión no consideró adecuadamente el criterio relativo a la cuota de mercado cubierta por la práctica impugnada y no analizó correctamente la duración de los descuentos».

A continuación, nos ofrece el TG una de las afirmaciones más clarificadoras de todo su pronunciamiento, en cuanto que es aplicable por extensión a cualquier categoría de abuso de posición dominante, y no sólo a los descuentos. Es la contenida en el párrafo n.º 522, a modo de conclusión de todo su razonamiento precedente (el subrayado es nuestro):

«si bien un sistema de descuentos establecido por una empresa en posición dominante en el mercado puede calificarse de restricción de la competencia, ya que, dada su naturaleza, puede presumirse que tiene efectos restrictivos de la competencia, no es menos cierto que se trata, a este respecto, de una mera presunción y no de una infracción per se del artículo 102 TFUE, que eximiría a la Comisión, en todos los casos, de la obligación de examinar la existencia de efectos contrarios a la competencia».

En efecto, la presunción de que una determinada política de descuentos *puede* tener un efecto

restrictivo de la competencia no puede automáticamente tomarse como una constatación de que la práctica en cuestión *ha producido* esos efectos; no estamos, como si de un cártel duro del art. 101 TFUE se tratara, de una conducta que supone una infracción *per se* del art. 102 TFUE.

Máxime, si —como continúa señalando el párrafo n.º 522 de la Sentencia del TG— cuando la empresa en posición dominante objeto del expediente sancionador sostiene, a lo largo del procedimiento administrativo, y fundamentando su pretensión en pruebas sólidas, que su comportamiento no tenía la aptitud para restringir la competencia. En el caso que nos ocupa, de los descuentos «de fidelidad», si la empresa justifica que no tenían la aptitud para producir los supuestos efectos de exclusión. En ese caso la Comisión debería haber analizado la capacidad real —no la teórica o supuesta— de exclusión del sistema de descuentos, a partir de los cinco criterios enumerados en el párrafo n.º 139 de la Sentencia del TJUE de 2017, como acabamos de ver en el epígrafe precedente.

Dado que en el expediente incoado contra Intel la empresa alegó a lo largo de todo el procedimiento administrativo, y basándose en pruebas, que los descuentos en cuestión no podían producir los supuestos efectos de exclusión que la CE le achacaba, y ésta ignoró en su decisión de 2009 dichos argumentos, la conclusión a la que llega el TG (párrafo n.º 526) es demoledora:

«Por lo tanto, la Comisión no está en condiciones de determinar que los descuentos y los pagos de la recurrente en cuestión fueran capaces de o puedan tener efectos contrarios a la competencia y que, por lo tanto, constituyan una infracción del artículo 102 TFUE».

Esta es la gran «lección» que el pronunciamiento del TG nos deja, y sus implicaciones de cara a la aplicación del art. 102 TFUE no pueden, desde luego, subestimarse. La enseñanza es válida —con las debidas salvedades— para cualquier tipo de conducta abusiva, y para cualquier tipo de evaluación que la autoridad de competencia lleve a cabo de los efectos, pero en este caso concreto, donde se aplica es al *test* AEC, y a fundamentar su conclusión dedica el órgano judicial sus mayores esfuerzos y más desarrollados razonamientos. Pasamos a analizarlos en el siguiente apartado.

3. ¿Qué hacemos con el *test* AEC a partir de ahora?

A pesar de su notable ruptura con la «tradición» (82), la sentencia del TJUE no fue todo lo clarificadora que hubiera sido deseable en cuanto a la importancia del *test* AEC cuando se lleva a cabo un análisis del art. 102 del TFUE. En su segundo pronunciamiento sobre el recurso Intel, el TG en cambio sí se ha hecho un notable esfuerzo por aportar claridad en esta materia.

El párrafo n.º 522 del pronunciamiento del TG, que hemos transcrito en su práctica totalidad en el epígrafe precedente, donde concluye que la CE no ha acreditado que la política de descuentos de Intel tuviera el efecto restrictivo de la competencia que se le presumía, señala *in fine*:

«Además, en caso de que la Comisión haya realizado un test AEC, éste es uno de los factores que la Comisión debe tener en cuenta para apreciar si el sistema de descuentos es capaz de restringir la competencia».

En efecto, para llegar a la conclusión apuntada, auténtico núcleo de la estimación del recurso de Intel y consiguiente anulación de la decisión de la CE de 2009, el grueso (83) de la Sentencia del TG de 2022 desarrolla *in extenso* los errores que la Comisión cometió al aplicar el *test* AEC a los descuentos concedidos por Intel a los cuatro fabricantes de hardware (Dell, HP, Lenovo y NEC) así como al distribuidor MSH.

Esto significa, de cara al futuro, y como ya ha apuntado la doctrina más atenta que ha tenido oportunidad de valorar este pronunciamiento, que «el *test* del ‘competidor eficiente’ no es un ingrediente indispensable del análisis (párrafo n.º 126). Sin embargo, dicho *test* será un factor relevante cuando la Comisión la haya llevado a cabo como parte de su evaluación de los efectos de exclusión del régimen de descuentos. (...) En la práctica, el *test* del ‘competidor eficiente’ ocupará

un lugar destacado. Como explica el TG en los párrafos núms. 152-159, este *test* puede demostrar que un rival igualmente eficiente podría igualar los precios de la empresa dominante y, por lo tanto, es probable que cualquier empresa dominante la proponga en un caso de descuentos condicionados» (84) .

Naturalmente, excedería el objetivo de este comentario a la Sentencia del TG de 2022 una valoración detallada y exhaustiva de la aplicación por parte de la CE del *test* AEC a los descuentos practicados por Intel, que conlleva una no pequeña complejidad económica. Como es sabido, según el *Guidance Paper* (párrafos 43-44), si el precio efectivo correspondiente a la cuota de mercado está por encima de alguna de las posibles medidas de los costes de la empresa dominante (ya sea, por ejemplo, el coste medio evitable (AAC — *Average Avoidable Cost*) o el coste medio incremental a largo plazo (LRAIC — *Long-Run Average Incremental Cost*), el descuento en cuestión no puede tener un efecto de exclusión. En caso contrario, sí que puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La lógica de utilizar el coste propio de la empresa dominante (en lugar del coste del rival) es que el *test* AEC pretende proteger sólo a los competidores que son tan eficientes —y rentables— en términos de costes como la dominante, con el fin de mantener la eficiencia productiva.

El TG analiza en este amplio apartado de su pronunciamiento los argumentos de Intel relativos a los errores supuestamente cometidos por la CE en la aplicación del *test* AEC. Y lo que el tribunal concluye, tras un detallado y minucioso examen, es que la CE no había establecido, con el estándar jurídico necesario, la capacidad de cada uno de los descuentos en cuestión para tener un efecto anticompetitivo de exclusión, dado que «*el análisis AEC realizado por la Comisión en la Decisión impugnada está viciado por errores*» (85) .

En concreto:

- • Las pruebas en las que se basa la CE para concluir que los descuentos concedidos a Dell y HP pudieron tener un efecto de exclusión durante todo el período de infracción fueron insuficientes (86) .
- • No había pruebas suficientes sobre la capacidad de los descuentos concedidos a Lenovo para tener un efecto de exclusión, debido a los errores cometidos por la CE en la evaluación de las ventajas no monetarias en cuestión (87) .
- • En cuanto a los descuentos concedidos a NEC, el TG consideró que la evaluación de la CE fue errónea con respecto a: (i) el valor de los descuentos condicionales; y (ii) la extrapolación de los resultados de un único período trimestral a todo el período de infracción (88) .
- • Finalmente, el análisis de la CE de los descuentos concedidos a MSH también fue erróneo, dado que la CE no explicó el razonamiento que la llevó, en el análisis de los pagos realizados a ese minorista, a extrapolar los resultados obtenidos, a efectos de analizar los descuentos concedidos a NEC, para un período de un trimestre y aplicarlos a todo el período de infracción, como representativo para todos los OEM que suministraban a MSH (89) .

Habida cuenta de la importancia de este *test* en la evaluación del carácter anticompetitivo, y las dudas que la Sentencia del TG de 2014 había provocado, no sorprende la atención por parte de la doctrina (90) que, ya a partir de 2017, había generado el pronunciamiento del TJUE.

Todavía existe una gran incertidumbre sobre la forma en que se van a evaluar las pruebas sobre la capacidad de un efecto *foreclosure* y las eficiencias que las políticas de precios de las empresas dominantes generan. Esta incertidumbre se debe en gran medida a la escasa orientación dada, hasta la fecha, sobre esta cuestión por la CE. No obstante, después de Intel en 2022 está claro que la Comisión tiene que evaluar las pruebas presentadas de las partes sobre la capacidad de cierre de mercado y la justificación objetiva o la defensa de eficiencias para los descuentos.

Como había recordado algunos años antes el propio TG en el asunto (91) *UPS/TNT*, las pruebas

económicas son tan importantes como como cualquier otro tipo de evidencia, y la Comisión tendrá que valorar adecuadamente estas pruebas (92) . Por lo tanto, se puede razonablemente concluir que las empresas dominantes deben utilizar el *test* AEC durante los procedimientos sancionadores por presunta conducta de abuso de dominio. Y lo que es más importante, deberían utilizar este *test* para autoevaluar sus políticas de descuentos. La autoevaluación es, hasta cierto punto, más creíble que las pruebas recogidas durante los procedimientos administrativos. Los resultados de esta evaluación se podrán tratar como documentos *in tempore non suspecto* y, por tanto, pueden tener un mayor peso exculpatario cuando se presentan en las primeras fases del del procedimiento sancionador.

Y, no menos claro, el *test* AEC no es la panacea que resuelve todas las dudas sobre la valoración anticompetitiva de una conducta llevada a cabo por una empresa en posición dominante; no lo es ni siquiera para lo que la sentencia Intel aclara, los descuentos de fidelidad, mucho menos para otro tipo de prácticas, como por ejemplo los acuerdos de exclusividad (93) .

4. Aplicando Intel a otros casos de art. 102 TFUE

La consecuencia natural del pronunciamiento del TG de este año 2022 es plantearse cómo se aplicará la prohibición de abuso de posición dominante del art. 102 TFUE a casos similares.

Muchos de ellos (94) ya están encima de la mesa de la Comisión Europea, o pendientes de recurso ante los tribunales comunitarios. Vamos a tratar aquí de apuntar en qué medida este trascendental pronunciamiento va a influir en dichos asuntos, como ya lo ha venido haciendo la precedente sentencia del TJUE.

1) En efecto, ya en 2017 el TJUE sugirió que su pronunciamiento iba a erigirse en un pilar básico en la interpretación del artículo 102 TFUE. Así, en el primer gran asunto resuelto después de Intel, la sentencia *MEO* (95) , que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión de Portugal, la práctica en cuestión no tenía nada que ver con los descuentos de fidelidad, sino con la discriminación de precios (contemplada en el párrafo c) del art. 102 TFUE), concretamente con la denominada «*secondary line discrimination*» —entre clientes en el mercado descendente de la empresa dominante—, que se distingue de la «*primary line discrimination*» —dirigida contra los rivales de la empresa dominante—.

Conforme a la jurisprudencia tradicional, esta la discriminación de «segundo grado» estaba sometida a un umbral de ilegalidad relativamente bajo, y la valoración de la conducta desde un punto de vista competitivo se basaba un enfoque bastante formalista, similar al aplicado a los descuentos por fidelidad según *Hoffmann-La Roche*. Sin embargo, en *MEO*, el TJUE invoca explícitamente (párrafo n.º 31) la doctrina *Intel* y, siguiendo las conclusiones (96) del AG Wahl, establece que la discriminación de segunda grado sólo será ilegal si se examinan detenidamente sus efectos anticompetitivos y tras considerar el conjunto de las circunstancias del caso (97) .

Al igual que en Intel, el AG aprovecha para volver a expresar su convicción sobre los fines y objetivos del Derecho de la Competencia, y la filosofía que debe guiar la aplicación del art. 102 TFUE, a la que hemos hecho referencia al principio de este comentario. Por ello nos ha parecido oportuno reproducir el párrafo n.º 62 de sus conclusiones en *MEO*:

«En efecto, es pacífico que una práctica de discriminación, y en particular, de diferenciación de precios, produce efectos ambivalentes desde el punto de vista de la competencia. Esa práctica puede tener como consecuencia reforzar la eficiencia económica y, por ende, el bienestar de los consumidores, objetivos que, desde mi punto de vista, no hay que olvidar cuando se trata de aplicar las normas de competencia y que se distinguen, en cualquier caso, de las consideraciones vinculadas a la equidad. Como ha declarado de forma reiterada el Tribunal de Justicia, las normas sobre competencia tienen por objeto proteger la competencia y no a los competidores».

2) Irónicamente —ya que Intel pasa a ser en este caso la «víctima» de un abuso de exclusión—

a los pocos días de publicarse la Sentencia del TJUE de 2017, el 24 de enero de 2018, la CE sancionó (98) a *Qualcomm* por una conducta de abuso de posición dominante en el mercado de los conjuntos de chips de banda base LTE. En concreto la empresa había pagado a *Apple* para que utilizara exclusivamente sus chips en los iPhones y iPads. El acuerdo que habían alcanzado ambos gigantes tecnológicos estipulaba que *Qualcomm* dejaría de suministrar a *Apple* este insumo esencial si lanzaba al mercado cualquier modelo de tableta o smartphone cuyos chips fueran suministrados por otra empresa, en concreto, *Intel*, que era el principal competidor de *Qualcomm* en este mercado.

A la luz del ingente conjunto de pruebas cualitativas y cuantitativas reunidas, la Comisión no precisó hacer el *test* AEC para demostrar la capacidad de los pagos de exclusividad de *Qualcomm* para excluir la competencia. Este enfoque está en plena consonancia con la doctrina *Intel* dado que, como hemos visto a lo largo de estas páginas, esta sentencia no obliga a la Comisión a realizarla para acreditar una infracción del artículo 102 del TFUE.

3) Asimismo, pocos meses después de estos pronunciamientos, el 18 de julio de 2018, la CE impuso una histórica sanción (99) a *Google* de 4.340 millones de euros por abusar de su posición dominante en el mercado de los motores de búsqueda en internet. Según la CE, desde 2011, *Google* había impuesto restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos *Android* y a los operadores de redes móviles, consolidando así su posición dominante en el mercado mundial de motores de búsqueda. En concreto, *Google* llevó a cabo tres tipos de prácticas anticompetitivas: (i) vinculación ilegal de las aplicaciones de búsqueda y navegación de *Google*; (ii) pagos ilegales condicionados a la preinstalación exclusiva de *Google Search*; y (iii) obstrucción ilegal del desarrollo y la distribución de los sistemas operativos *Android* de la competencia.

Dicha exigencia de exclusividad que obliga a los fabricantes a preinstalar la App a cambio de cuantiosos incentivos económicos parece similar a la aplicada por *Intel* en relación con los microprocesadores que vendía a los OEMs y al distribuidor MSH. En efecto, *Google* realizó pagos a algunos de los mayores fabricantes a cambio de preinstalar en exclusiva *Google Search* en sus dispositivos. Esta preinstalación por sí sola no conduce necesariamente a un efecto de cierre de mercado, sino el que esos pagos tuvieran como objetivo impedir que sus clientes vendieran los productos de sus rivales.

Es por ello llamativo que en el párrafo n.º 1659 de su Decisión *Google Android*, a efectos del cálculo de la multa, señale la Comisión que: «*Sin embargo, los hechos del caso Intel no son comparables a los de este caso, ya que ambos se refieren a productos, empresas, prácticas, cobertura de mercado y períodos de tiempo diferentes*».

Es verdad que, a diferencia del caso *Intel*, en el que hay un efecto *lock-in* (es evidente que un ordenador sólo puede tener una CPU concreta), la preinstalación exigida por *Google Search* no impedía a los consumidores descargar otras aplicaciones rivales. Sin embargo, la CE, precisamente aplicando (100) la doctrina *Intel*, llevó a cabo un análisis de los efectos potenciales y, teniendo en cuenta los requisitos específicos en virtud de los cuales se realizaron estos pagos, su importe, la cuota de mercado cubierta por los acuerdos y su duración, concluyó que la conducta de *Google* constituía una infracción del art. 102 TFUE.

En este expediente la teoría del daño que la CE construye es clara: una empresa en situación de dominio que hace «bundling» de sus productos para excluir a los de sus competidores y paga a sus clientes para que impidan el acceso a competidores igualmente eficientes; lo que es menos claro es si los hechos del caso y el análisis económico del mercado relevante justifican su aplicación. De ahí que la decisión de 2018, en el asunto *Google Android*, haya sido muy discutida (101), y naturalmente que la empresa norteamericana la haya recurrido (102) ante el Tribunal General.

4) Donde hay todavía mayor número de referencias explícitas a la Sentencia *Intel* del TJUE es en el reciente pronunciamiento que desestima el recurso de *Google* contra la primera de las

grandes sanciones que le impuso la CE, en 2017, en el asunto (103) *Google Shopping*. En efecto, el pasado 10 de noviembre de 2021 (104) el TG ha confirmado la Decisión de la Comisión, y aunque la conducta imputada poco tiene que ver con los descuentos de fidelidad, las menciones a la doctrina *Intel* son abundantes (105) a lo largo de su sentencia.

Especialmente «familiares» nos resultan estas palabras del TG en su pronunciamiento de 2021 (párrafo n.º 439, hemos omitido las referencias a jurisprudencia) en *Google Shopping*:

«En este contexto, incluso cuando se trata de un comportamiento de las empresas dominantes que es, en principio, contrario a la competencia, como una conducta destinada a garantizar una relación de compra exclusiva o muy preferente con los clientes, eventualmente mediante descuentos por fidelidad, si la empresa dominante en cuestión niega, con pruebas documentadas, que su conducta pueda restringir la competencia, la autoridad de competencia que tramita el caso debe analizar todas las circunstancias pertinentes para decidir cuál es la situación en la que la empresa se encuentra».

De ahí que, para finalizar este apartado, podamos señalar que la influencia que el asunto *Intel* va a tener —la está teniendo ya— en la aplicación del art. 102 TFUE va sin duda a reconfigurar la prohibición del abuso de posición dominante en el derecho antitrust comunitario.

IV. Implicaciones clave

Sobre la base de los razonamientos que hemos expuesto en los epígrafes precedentes, el TG consideró que la CE no valoró adecuadamente —conforme a la jurisprudencia de los tribunales de la UE— todos los criterios que permiten determinar la capacidad de las prácticas de fijación de precios para tener un efecto de exclusión. En particular, la CE no tuvo debidamente en cuenta el criterio relativo a la cuota de mercado cubierta por la práctica impugnada, ni analizó correctamente la duración de los descuentos. Por esta razón, el análisis de la CE no permite establecer con el estándar jurídico requerido que los descuentos en cuestión podían tener, o era probable que tuvieran, efectos anticompetitivos (106) .

En consecuencia, anuló la decisión de la CE, en la medida en que consideró que dichas prácticas constituyen un abuso en el sentido del art. 102 TFUE. El TG también anuló en su totalidad la multa de 1.060 millones de euros que se habían impuesto a Intel, que naturalmente ahora debe reembolsar, presumiblemente incluyendo algunos intereses de demora (107) . Pese a que no se analizó la otra conducta abusiva, las denominadas «restricciones frontales», que técnicamente sigue siendo ilícita, la sanción se anula en su totalidad ya que no pudo identificar el importe de la multa que se refería únicamente a la dicha parte de la conducta de Intel (108) .

Conforme recoge (109) el TG, se formuló una pregunta el 2 de abril de 2012, en la que se solicitaba que se determinara —en lo que respecta a un posible ajuste del importe de la multa en caso de anulación parcial de la Decisión impugnada— el valor relativo de las infracciones consistentes en los descuentos de exclusividad en comparación con las infracciones consistentes en las «restricciones frontales». Por su parte, la CE, en su aclaración de 8 de mayo de 2012, respondió únicamente en relación con la gravedad de las infracciones, alegando que había evaluado la conducta en cuestión en su conjunto y había llegado a la conclusión de que dichas infracciones se complementaban y reforzaban mutuamente. Este desenlace es relevante porque el TG goza de una jurisdicción (110) ilimitada en lo que respecta a la cuantía de las multas impuestas por infracción de la normativa antitrust.

A partir de aquí, y a modo de conclusión, podemos extraer las siguientes implicaciones de esta trascendental Sentencia, que sin duda va a marcar un antes y un después —se habló hace tiempo, tras la Sentencia del TJUE de 2017, con una cierta dosis de ironía, del período de «calma» (111) post Intel— en la aplicación del art. 102 TFUE a los abusos de exclusión llevados a cabo por empresas en posición de dominio.

1. En primer lugar, este pronunciamiento del TG supone, por encima de todas las demás

consideraciones y valoraciones que pueda suscitar, un éxito del «sistema», una demostración de que la aplicación de la normativa antitrust en la UE se lleva a cabo a través de mecanismos jurídicos que garantizan los derechos de defensa de las empresas, y la revisión judicial a que se somete la actividad de la autoridad administrativa no está sometida a captura ni vasallaje de ningún tipo.

2. Durante décadas, había cundido la percepción de que la CE no podía equivocarse en los casos de abuso del art. 102 del TFUE, ya que las anulaciones de las decisiones de la CE en este ámbito habían sido muy poco frecuentes. La STJUE de 2017, como hemos señalado, empezó a anunciar una nueva era, que la sentencia del TG confirma ahora, y que eleva el listón para que la CE pueda concluir que se ha producido un abuso de posición dominante. Este pronunciamiento, en sus 537 párrafos, examina detenidamente un amplio abanico de hechos controvertidos, pruebas y argumentos para determinar si Intel tenía razón al impugnar la decisión de la CE, y si esta tenía motivos suficientes para llegar a la conclusión a la que llegó. Este precedente presagia un mayor escrutinio judicial de las decisiones del art. 102 de la CE de lo que había venido siendo habitual.

3. En la práctica, la CE tendrá que ser ahora más rigurosa en la forma de llevar a cabo sus investigaciones sobre potenciales abusos de posición dominante. Esos procedimientos siempre han sido intensivos en cuanto a los hechos, pero encaminados esencialmente a establecer la existencia de la conducta investigada y su duración. A partir de ahora, serán las pruebas económicas del efecto anticompetitivo las que tendrán que ocupar el centro del escenario, con un mayor protagonismo (112) de herramientas analíticas como el *test* AEC. Puede que con este pronunciamiento los tribunales de la UE hayan —quizá sin darse cuenta o pretenderlo— resucitado al anterior intento (113) de la CE de imbuir de una base más científica la aplicación del art. 102 TFUE.

4. Queda por ver qué recorrido tendrán, en esta nueva era post-Intel, las cuantiosas multas impuestas por la CE en sus investigaciones más recientes sobre empresas dominantes, que hemos examinado: *Qualcomm* y *Google Android*. Ambas están recurridas (114), y aunque sólo sea para mantener su posición en estos asuntos tan mediáticos, la CE puede verse tentada a llevar el caso *Intel* de nuevo al TJUE. La interposición de un recurso de casación sobre cuestiones de derecho contra una sentencia que se basa esencialmente en los hechos puede resultar una batalla complicada, pero la experiencia demuestra que casi siempre es posible encontrar una cuestión de derecho en alguna parte de una sentencia tan extensa como la del TG del pasado 26 de enero de 2022. El reto consistirá en demostrar hasta qué punto esa cuestión es fundamental para el resultado final del caso. Desde luego, y como hemos visto en *MEO* y *Google Shopping*, los tribunales comunitarios ya han incorporado a su acervo la doctrina *Intel*.

5. Una cuestión que sigue sin respuesta es hasta qué punto la CE podría seguir distinguiendo ciertos tipos de conducta de la empresa dominante que se considerarían tan perjudiciales para la competencia que no requerirían un análisis detallado de los efectos económicos, en la medida en que se considerarían incompatibles con la competencia en cuanto al fondo y no tendrían otra justificación económica u objetiva que tratar de restringir la competencia. De hecho, la confirmación judicial de las conclusiones de la CE sobre las «restricciones frontales» sugiere que algunos comportamientos pueden seguir siendo condenados sobre la base de un análisis *per se*. En la primera sentencia del TG, en 2014, se consideró que la conducta de las denominadas «restricciones frontales» era ilegal en la medida en que se determinó que *Intel* perseguía un 'objeto anticompetitivo', por ejemplo, intentando privar a los consumidores de su capacidad de elección (115).

6. En ese contexto, se ha sugerido (116) que el hecho de que una constatación de abuso pueda basarse en el riesgo de un futuro impacto anticompetitivo, en contraposición al impacto real de la conducta supuestamente anticompetitiva, reduciría de alguna manera el listón probatorio exigible a la CE. No es ni mucho menos seguro que la CE podrá evitar siempre en el futuro una impugnación económica de su teoría del daño, incluso si su argumento se basa en un riesgo potencial más que real para la competencia (117). Sin embargo, esta nueva dirección tomada por

los tribunales de la UE a partir del caso *Intel* alegrará sin duda a todos aquellos que consideran que la imposición de multas de cuantías astronómicas y naturaleza «cuasi penal» por parte de un organismo administrativo debería estar sujeta a un escrutinio judicial mucho más estricto. En todo caso, lo dilatado del plazo en el que el caso *Intel* se ha resuelto también confirma que cualquiera que desee recurrir una decisión de art. 102 TFUE por parte de la CE debe planificarse siendo consciente de que el procedimiento se demore durante un largo espacio de tiempo (118) .

7. Por último, y volviendo al punto con el que hemos comenzado este comentario, si en estas páginas únicamente hemos podido bosquejar los términos del actual debate sobre los objetivos y fines de la prohibición de abuso de posición dominante, y ni mucho menos hemos pretendido «concluir» la discusión, sería reduccionista ahora decir que la Sentencia *Intel* supone un triunfo del planteamiento ideológico *welfarista* frente al *ordoliberal*. En cambio, no es descabellado concluir de este trascendental pronunciamiento una prevalencia del *more-economic-approach* sobre el método formalista que había caracterizado la aplicación del art. 102 TFUE.

V. Bibliografía

- • AHLBORN, C. y PICCININ, D. (2015): «The *Intel* judgment and consumer welfare — a response to Wouter Wils», *Competition Law & Policy Debate*, 1(1), pp. 60-75.
- • AKMAN, P. (2010): «The European Commission’s Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?», *Modern Law Review*, 73 (4), pp. 605-630.
- • BERGQVIST, C. (2020): «What to Make of Google Android?» (June 19, 2020). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630974>
- • BOUTIN, A. y BOUTIN, X. (2018): «The as efficient competitor *test*: back to facts», Symposium: AEC *test* post-*Intel*, *Competition Law and Policy Debate*, 4 (2), pp. 51-63.
- • CLARKE, J. (2017): «The Opinion of AG Wahl in the *Intel* Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?», *World Competition*, 40 (2), pp. 241-270.
- • COLANGELO, G. y MAGGIOLINO, M. (2018): «Intel and the Rebirth of the Economic Approach to EU Competition Law», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Volume 49, pp. 685 — 699.
- • DE CONINCK, R. (2018): «The as-efficient competitor *test*: some practical considerations following the ECJ *Intel* judgment», *Competition Law & Policy Debate*, 4 (2), pp. 73-80.
- • (2018): «The role of the as-efficient competitor *test* post-*Intel*», *Competition Law & Policy Debate*, 4 (2), pp. 23-24.
- • DE GHELLINCK, E. (2016): «The As-Efficient-Competitor *Test*: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(8), pp. 544-548.
- • DEWISPELAERE, J. (2018): «The *MEO* ruling: applying *Intel* to discriminatory pricing», *Kluwer Competition Law Blog*, 25 de abril de 2018. Disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/04/25/meo-ruling-applying-intel-discriminatory-pricing/> (Consultado por última vez el 10 de abril de 2022).
- • DÍEZ ESTELLA, F. (2010): «¿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», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 7.
- • FERNÁNDEZ, C. (2019): «Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The *Intel* Judgment», *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(7), pp. 448-456.

- • GERADIN, D. (2009): «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>
- • (2010): «Is the Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in enforcing Article 102 TFUE useful?», en ETRO, F. y KOKKORIS, I. (eds.). *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford University Press, pp. 37-52.
- • (2015): «Loyalty Rebates After *Intel*: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*», *Journal of Competition Law & Economics*, 11 (3), pp. 579-615.
- • (2016): «The Opinion of AG Wahl in *Intel*: Bringing Coherence and Wisdom into the CJEU's Pricing Abuses Case-Law», TILEC Discussion Paper No. 2016-034, Tilburg Law School Research Paper No. 18/2016. Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2865714 (Último acceso el 20 de marzo de 2022).
- • GIPPINI-FOURNIER, E. (2010): «The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases», *World Competition* 33, no. 2, pp. 187 a 207.
- • (2009): «Resale Price Maintenance in the EU: In *Statu quo* Ante Bellum?» (September 21, 2009). *Fordham Corp. L. Inst — 36th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, 2009 (B. Hawk ed., 2010), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1476443>
- • GIULIO, F. (2011): «The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 2, No. 3, pp. 277-284.
- • HAJNOVICOVA, R., NGOC-LAN, L, y USAI, A. (2019): «Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, n.º. 3, pp. 141-158.
- • IBÁÑEZ COLOMO, P. (2016): «Beyond the more economics-based approach: a legal perspective on Article 102 TFEU case law», *Common Market Law Review*, 53 (3), pp. 709-740.
- • (2016): «*Post Danmark II*: The Emergence of a Distinct 'Effects-Based' Approach to Article 102 TFEU», *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), pp. 113-115.
- • (2017): «AG Wahl in *Intel*, or the value of realism and consistency in the context of Article 102 TFEU», *Concurrences Review*, 1, pp. 21- 24.
- • (2018): «The Future of Article 102 TFEU after *Intel*», *Journal of European Competition Law & Practice*, 9 (5), pp. 293-303, n.º 296.
- • (2022): «Case T 286/09 RENV, *Intel v Commission*, or the sign of an effective competition law system», en el blog *Chillin' Competition*, 28 de enero de 2022, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2022/01/28/case-t-286-09-renv-intel-v-commission-or-the-sign-of-an-effective-competition-law-system/> (última consulta el 30 de abril de 2022).
- • KADAR, M. (2019): «Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-*Intel* World: Lessons from the *Qualcomm* and *Google Android* Cases», *Journal of European Competition Law & Practice*, 10 (7), pp. 439-447.
- • KHOO, S. (2018): «Advocate General Wahl's Opinion in *Intel Corporation Inc. v European Commission*: blurred lines and false dilemmas?», *European Competition Law Review*, 39 (2), pp. 92-97.
- • KRAFFERT, F. (2019): «How the Intel case changed our understanding of the objectives of EU

competition law», *European Competition Journal*, Vol. 15, Issue 1, pp. 136-152.

- • KÜHN, K-U. y MARINOVA, M. (2018): «The role of the 'as efficient competitor' test after the CJEU judgment in *Intel*», Symposium: AEC test post-*Intel*, *Competition Law and Policy Debate*, 4 (2), pp. 64-72.
- • MARCO COLINO, S. et al. (2017): «*Intel*: Analysing the Advocate General's opinion», *Concurrences* N.º 1-2017, pp. 16-25.
- • MONTI, G. (2018): «Abuse of a Dominant Position: A post-*Intel* calm?», *Competition Policy International*, Antitrust Chronicle, March 2019, pp. 2 a 7.
- • NEVEN, D. (2017): «The Advocate General's opinion in *Intel*: More consistent enforcement across practices and instruments», *Concurrences Review*, 1, pp. 25-27.
- • NIHOUL, P. (2014): «The Ruling of the General Court in *Intel*: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(8), pp. 521-530.
- • NIHOUL, P., CHARBIT, N. y RAMUNDO, E. (2017): «Choice: A new Standard for Competition Law Analysis?», *Concurrences* N.º 4-2017, Art. N.º 85110, pp. 234.
- • O' DONOGHUE, R. y PADILLA, J. (2006): *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, Capítulo IV.
- • ORTIZ BLANCO, L. y AZOFRA PARRONDO, A. (2017): «The INTEL case: issues of economic analysis, comity and procedural fairness», *Competition Policy International*, n.º 3, November 2017.
- • PEEPERKORN, L. (2015): «Conditional pricing: Why the General Court is wrong with *Intel* and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates», *Concurrences Review*, 1, pp. 43-63.
- • PETIT, N. (2016): «Rebates and article 102 TFEU: The European Commission's duty to apply the Guidance Paper», *Competition Policy and Law Debate*, Vol. 2, Issue 1, March 2016, pp. 4 a 16.
- • RATO, M. y DAVILLA, M. (2018): «The court's ruling in *Intel*: Towards a modern application of Article 102 TFEU based on sound economic principles», *Concurrences*, n.º 1, pp. 23 a 28.
- • REY, P. y VENIT, J. (2015): «An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils», *World Competition*, 38(1), pp. 3-30.
- • ROUSSEVA, E. and MARQUIS, M. (2012): «Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct Under Article 102 TFEU», *Journal of European Competition Law & Practice*, 4 (1), pp. 32-50.
- • TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R. (2005): «Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82», *Fordham International Law Journal*, 83.
- • USAI, A. (2014): «The *Intel* Case: Between *Tomra Systems ASA*, the *Commission's Guidance on Enforcement Priorities*, and the alleged infringement of procedural requirements — no fat left on the bone», *European Competition Law Review*, 35(8), pp. 387-401.
- • VENIT, J. (2014): «The *Intel* judgment, File Access, and Confidentiality in EU Competition Cases: Has the Time for Reform?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(10), pp. 681-692.

- • (2014): «Case T-286/09 *Intel v Commission* — The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward», *European Competition Journal*, 10 (2), pp. 203-230.
- • WAELBROECK, D. (2002): «Michelin II: A *Per se* Rule against Rebates by Dominant Companies?», 1 *Journal of Competition Law and Economics* 149.
- • WHISH, R. (2014): «Intel v. Commission: Keep Calm and Carry on!», *Journal of European Competition Law & Practice*, 23 November, pp. 1-2.
- • WILMERHALE (2022): «The Intel Judgment: (Re)balancing the Burden of Proof», *Client alerts*, 4 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20220204-the-intel-judgment-rebalancing-the-burden-of-proof> (última consulta el 18 de abril de 2022).
- • WILS, W. (2004): «The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition* 27 (2), pp. 201 y ss.
- • (2015): «The judgment of the EU General Court in *Intel* and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance», *World Competition*, 37 (4).

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

Ver Texto

(2) Permítase la referencia, en esta misma publicación, a DÍEZ ESTELLA, F. (2010): «¿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», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 7.

Ver Texto

(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>

Ver Texto

(4) *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, diciembre de 2008, OJ C45/7, disponible en la página web de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>

Ver Texto

(5) El entusiasmo con que las *Orientaciones* de 2009 fueron recibidas por parte de destacados académicos y expertos queda bien reflejado en las siguientes publicaciones: AKMAN, P. (2010): «The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: *From Inferno to Paradise?*», *Modern Law Review*, 73 (4), pp. 605-630; ROUSSEVA, E. and MARQUIS, M. (2012): «Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct Under Article 102 TFEU», *Journal of European Competition Law & Practice*, 4 (1), pp. 32-50.

Ver Texto

(6) *Vid.*, entre otros muchos: TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R. (2005): «Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82», *Fordham International Law Journal*, 83; WAELBROECK, D. (2002): «Michelin II: A *Per se* Rule against Rebates by Dominant Companies?», 1 *Journal of Competition Law and Economics* 149.

Ver Texto

- (7) Sentencia del Tribunal General de la UE, de 26 de enero de 2022, *Intel Corp. c. Comisión Europea*, asunto T-286/09 RENV (ECLI: EU:T:2022:19).
Ver Texto
- (8) Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche contra Comisión* (ECLI:EU:C:1979:36).
Ver Texto
- (9) PETIT, N. (2015): «*Intel*, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU», *European Competition Journal*, 11(1), pp. 26-68.
Ver Texto
- (10) *Vid.*, a este respecto, AHLBORN, C. y PICCININ, D. (2015): «The *Intel* judgment and consumer welfare — a response to Wouter Wils», *Competition Law & Policy Debate*, 1(1), pp. 60-75; NIHOUL, P., CHARBIT, N. y RAMUNDO, E. (2017): «Choice: A new Standard for Competition Law Analysis?», *Concurrences* N.º 4-2017, Art. N.º 85110, pp. 234.
Ver Texto
- (11) O' DONOGHUE, R. y PADILLA, J. (2006): *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, Capítulo IV.
Ver Texto
- (12) *Guidance Paper*, párrafos nn. 37 a 45.
Ver Texto
- (13) *Vid.*, como ejemplo, GIULIO, F. (2011): «The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 2, No. 3, pp. 277-284.
Ver Texto
- (14) WILS, W. (2014): «The Judgment of the EU General Court in *Intel* and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance», *World Competition*, 37(4), pp. 405-434, en pág. 418.
Ver Texto
- (15) *Vid.*, entre otros: REY, P. y VENIT, J. (2015): «An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils», *World Competition*, 38(1), pp. 3-30.
Ver Texto
- (16) NIHOUL, P. (2014): «The Ruling of the General Court in *Intel*: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(8), pp. 521-530.
Ver Texto
- (17) IBÁÑEZ COLOMO, P. (2016): «Beyond the 'More Economics-Based Approach': A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law», *Common Market Law Review*, 53(3), pp. 709-739.
Ver Texto
- (18) KRAFFERT, F. (2019): «How the *Intel* case changed our understanding of the objectives of EU competition law», *European Competition Journal*, Vol. 15, Issue 1, pp. 136-152.
Ver Texto
- (19) Sentencia del TJUE, de 17 de marzo de 2012, Asunto C-209/10 (ECLI:EU:C:2012:172).
Ver Texto

- (20) IBÁÑEZ COLOMO, P. (2016): «*Post Danmark II: The Emergence of a Distinct 'Effects-Based' Approach to Article 102 TFEU*», *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), pp. 113-115.
Ver Texto
- (21) Por ejemplo, párrafos nn. 119 y 123.
Ver Texto
- (22) Párrafos nn. 106 a 148 de la Decisión.
Ver Texto
- (23) Párrafo n.º 852 de la Decisión.
Ver Texto
- (24) Párrafo n.º 1.001 de la Decisión.
Ver Texto
- (25) Párrafo n.º 1.681 de la Decisión.
Ver Texto
- (26) Asunto T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] ECR II-2969, párrafo n. 226: «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 dominante.
Ver Texto
- (27) Sentencia del TG de la Unión Europea, del 12 de junio de 2014, *Intel Corp. c. Comisión Europea*, asunto T-286/09 (ECLI:EU:T:2014:547).
Ver Texto
- (28) Párrafos nn. 81 y 82 de la Sentencia del TG (2014).
Ver Texto
- (29) Hay una corriente de opinion que rechaza categóricamente el uso del término «*per se*» aplicado a las prácticas de abuso de posición dominante, y señala que una gran fuente de confusión en este ámbito es precisamente equipararlo a la prohibición «por objeto». Por razones de espacio no podemos analizar aquí en detalle esta cuestión, véase la argumentación de: GIPPINI-FOURNIER, Eric (2009): «Resale Price Maintenance in the EU: In *Statu quo* Ante Bellum?» (September 21, 2009). *Fordham Corp. L. Inst — 36th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, 2009 (B. Hawk ed., 2010), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1476443>
Ver Texto
- (30) GERADIN, D. (2015): «Loyalty Rebates After *Intel*: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffmann-La Roche*», *Journal of Competition Law & Economics*, 11 (3), pp. 579-615.
Ver Texto
- (31) VENIT, J.S. (2014): «Case T-286/09 *Intel v Commission* — The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward», *European Competition Journal*, 10 (2), pp. 203-230.
Ver Texto
- (32) WHISH, R. (2014): «*Intel v. Commission: Keep Calm and Carry on!*», *Journal of European Competition Law & Practice*, 23 November, pp. 1-2.
Ver Texto
- (33) WILS, W. (2015): «The judgment of the EU General Court in *Intel* and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance», *World Competition*, 37 (4).

Ver Texto

- (34)** Aspecto que, cómo no, fue muy criticado por la doctrina; *Vid.*, entre otros, DE GHELLINCK, E. (2016): «The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(8), pp. 544-548.

Ver Texto

- (35)** Como es sabido, por razón del momento de su publicación, no era aplicable; las *Orientaciones*, además, no son vinculantes para la propia Comisión. Naturalmente, la pregunta obligada es, entonces, ¿para qué sirven? *Vid.*, a este respecto: GERADIN, D. (2010): «Is the Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in enforcing Article 102 TFEU useful?», en ETRO, F. y KOKKORIS, I. (eds.). *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford University Press, pp. 37-52.

Ver Texto

- (36)** PETIT, N. (2016): «Rebates and article 102 TFEU: The European Commission's duty to apply the Guidance Paper», *Competition Policy and Law Debate*, Vol. 2, Issue 1, March 2016, pp. 4 a 16.

Ver Texto

- (37)** Opinión del AG Wahl, de 20 de octubre de 2016, Asunto C-413/14P *Intel Corp. c. Comisión Europea* (ECLI:EU:C:2016:788).

Ver Texto

- (38)** MARCO COLINO, S. et al. (2017): «Intel: Analysing the Advocate General's opinion», *Concurrences* N.º1-2017, pp. 16-25.

Ver Texto

- (39)** Opinión del AG Wahl, párrafos nn. 60 a 106.

Ver Texto

- (40)** CLARKE, J. (2017): «The Opinion of AG Wahl in the *Intel* Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?», *World Competition*, 40 (2), pp. 241-270.

Ver Texto

- (41)** GERADIN, D. (2016): «The Opinion of AG Wahl in *Intel*: Bringing Coherence and Wisdom into the CJEU's Pricing Abuses Case-Law», TILEC Discussion Paper No. 2016-034, Tilburg Law School Research Paper No. 18/2016. Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2865714 (Último acceso el 20 de marzo de 2022).

Ver Texto

- (42)** IBÁÑEZ COLOMO, P. (2017): «AG Wahl in *Intel*, or the value of realism and consistency in the context of Article 102 TFEU», *Concurrences Review*, 1, pp. 21- 24.

Ver Texto

- (43)** KHOO, S. (2018): «Advocate General Wahl's Opinion in *Intel Corporation Inc. v European Commission*: blurred lines and false dilemmas?», *European Competition Law Review*, 39 (2), pp. 92-97.

Ver Texto

- (44)** NEVEN, D. (2017): «The Advocate General's opinion in *Intel*: More consistent enforcement across practices and instruments», *Concurrences Review*, 1, pp. 25-27.

Ver Texto

- (45)** *Ibid*, párrafo n.º 66.

Ver Texto

(46) *Ibid*, párrafo n.º 100.

Ver Texto

(47) *Ibid*, párrafos nn. 89 a 93.

Ver Texto

(48) *Ibid*, párrafos nn. 164 a 169. La CE declaró, en el párrafo 925 de su decisión que, aunque los descuentos en cuestión estaban vinculados a condiciones de exclusividad. Este hecho, según la jurisprudencia tradicional de los tribunales de la UE, bastaba para establecer una infracción en virtud del art. 102 TFUE en ausencia de cualquier justificación objetiva. Sin embargo, la CE también demostraría mediante un análisis AEC que «*además de cumplir las condiciones de la jurisprudencia*», estos descuentos eran aptos o podían causar un cierre anticompetitivo del mercado (*foreclosure*).

Ver Texto

(49) Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corp. c. Comisión*, asunto C-413/14 P (ECLI:EU:C:2017:632).

Ver Texto

(50) COLANGELO, G. y MAGGIOLINO, M. (2018): «Intel and the Rebirth of the Economic Approach to EU Competition Law», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Volume 49, pp. 685 — 699.

Ver Texto

(51) RATO, M. y DAVILLA, M. (2018): «The court's ruling in Intel: Towards a modern application of Article 102 TFEU based on sound economic principles», *Concurrences*, n.º 1, pp. 23 a 28.

Ver Texto

(52) Sentencia del TJUE, párrafo n.º 134.

Ver Texto

(53) Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Michelin c. Comisión*, T-203/01, Rec. p. II — 4071.

Ver Texto

(54) Sentencia del TJUE, párrafo 137, recogiendo expresamente la doctrina sentada en la sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*.

Ver Texto

(55) Aunque sea un dato meramente «estadístico», pero que puede dar cuenta de la relevancia de este párrafo n.º 139 de la Sentencia del TJUE, es citado expresamente un total de 23 veces en el pronunciamiento del TG de 2022.

Ver Texto

(56) *Ibid*, párrafo n.º 140.

Ver Texto

(57) *Ibid*, párrafos nn 144 a 146.

Ver Texto

(58) IBAÑEZ COLOMO, P. (2018): «The Future of Article 102 TFEU after *Intel*», *Journal of European Competition Law & Practice*, 9 (5), pp. 293-303, n.º 296.

Ver Texto

(59) IBAÑEZ-COLOMO, P. (2022): «Case T 286/09 RENV, Intel v Commission, or the sign of an effective competition law system», en el blog *Chillin' Competition*, 28 de enero de 2022, disponible en:

<https://chillingcompetition.com/2022/01/28/case-t%E2%80%91091286-09-renv-intel-v-commission-or-the-sign-of-an-effective-competition-law-system/> (última consulta el 30 de abril de 2022).

Ver Texto

- (60)** Han sido objeto de un intenso debate doctrinal todos estos años. *Vid.*, entre otras muchas publicaciones que pueden consultarse: FERNÁNDEZ, C. (2019): «Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The *Intel* Judgment», *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(7), pp. 448-456; USAI, A. (2014): «The *Intel* Case: Between *Tomra Systems ASA*, the *Commission's Guidance on Enforcement Priorities*, and the alleged infringement of procedural requirements — no fat left on the bone», *European Competition Law Review*, 35(8), pp. 387-401; ORTIZ BLANCO, L. y AZOFRA PARRONDO, A. (2017): «The INTEL case: issues of economic analysis, comity and procedural fairness», *Competition Policy International*, n.º 3, November 2017.

Ver Texto

- (61)** Recogidas por el TG en su Sentencia de 2022 en los párrafos nn. 49 a 51: infracción de derechos de defensa, no transcripción de la reunión con el directivo de Dell, infracción de los principios de buena fe en la actuación de la administración al obviar evidencias que podían ser exculpatorias para la empresa, etc.

Ver Texto

- (62)** Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 74.

Ver Texto

- (63)** VENIT, J. (2014): «The *Intel* judgment, File Access, and Confidentiality in EU Competition Cases: Has the Time Come for Reform?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(10), pp. 681-692.

Ver Texto

- (64)** Reglamento (CE) número 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (*DOCE* L 1, de 4 de enero de 2003).

Ver Texto

- (65)** Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 45.

Ver Texto

- (66)** El razonamiento del TG sobre estas cuestiones está recogido en el Apartado III.B.3 «La carga de la prueba y el nivel de prueba exigido», párrafos nn. 160 a 166.

Ver Texto

- (67)** WILMERHALE (2022): «The Intel Judgment: (Re)balancing the Burden of Proof», *Client alerts*, 4 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20220204-the-intel-judgment-rebalancing-the-burden-of-proof> (última consulta el 18 de abril de 2022).

Ver Texto

- (68)** GIPPINI-FOURNIER, E. (2010): «The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases», *World Competition* 33, no. 2, pp. 187 a 207.

Ver Texto

- (69)** Sentencia del TEDH de 23 de noviembre 2006, asunto *Jussila c. Finlandia*, n.º 73053/01, apartado 43, RJD 2006-XIV.

Ver Texto

- (70)** *Vid.*, a este respecto, el excelente análisis de WILS, W. (2004): «The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition* 27 (2), pp. 201 y ss.

Ver Texto

- (71)** Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 165.
Ver Texto
- (72)** Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 166.
Ver Texto
- (73)** PEEPERKORN, L. (2015): «Conditional pricing: Why the General Court is wrong with *Intel* and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates», *Concurrences Review*, 1, pp. 43-63.
Ver Texto
- (74)** IBÁÑEZ COLOMO, P. (2016): «Beyond the more economics-based approach: a legal perspective on Article 102 TFEU case law», *Common Market Law Review*, 53 (3), pp. 709-740.
Ver Texto
- (75)** *Vid.*, por ejemplo, en la Sentencia del TG (2022), párrafos nn. 195, 213 a 218, 227 y 239.
Ver Texto
- (76)** Párrafo n.º 1.002 de la Decisión.
Ver Texto
- (77)** GERADIN, D. (2009): «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>
Ver Texto
- (78)** «En la vista de 2020, en respuesta a una pregunta del Tribunal General, la Comisión afirmó, en esencia, que la Decisión impugnada se basaba principalmente en una interpretación tradicional de la jurisprudencia *Hoffman-La Roche*» (el subrayado es nuestro): Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 132.
Ver Texto
- (79)** Sentencia del TG (2022), párrafos nn.144 a 148.
Ver Texto
- (80)** Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2012, Asunto C-209/10, *Post Danmark A/S v. Konkurrencera°det* (ECLI:EU:C:2012:172).
Ver Texto
- (81)** Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 484.
Ver Texto
- (82)** Este es el término con el que la propia Comisión Europea califica su interpretación de la jurisprudencia sobre descuentos de exclusión, señaladamente *Hoffman La Roche*, y así lo recoge el TG en su pronunciamiento de 2022, por ejemplo en el párrafo n.º 132.
Ver Texto
- (83)** Aunque es evidente que el número de párrafos dedicados a una cuestión dentro de una Sentencia no es en absoluto referencia para dar cuenta de su importancia jurídica, es un dato desde luego indicativo que de los 537 párrafos que tiene el pronunciamiento del TG del pasado 26 de enero de 2022, ni más ni menos que 332 (del 150 al 482), es decir, el 62% de todo el texto de la Sentencia, están dedicados al argumento de que la «la decisión recurrida tiene que ser anulada sobre la base de que la aplicación que hace del test AEC está viciada por numerosos errores» (Rúbrica del Apartado III.B).
Ver Texto

- (84)** IBÁÑEZ-COLOMO, P. (2022): «Case T 286/09 RENV, Intel v Commission, or the sign of an effective competition law system», en el blog *Chilling Competition*, 28 de enero de 2022, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2022/01/28/case-t-286-09-renv-intel-v-commission-or-the-sign-of-an-effective-competition-law-system/> (última consulta el 30 de abril de 2022).
Ver Texto
- (85)** Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 482.
Ver Texto
- (86)** Sentencia del TG (2022), párrafos nn. 168 a 335.
Ver Texto
- (87)** Sentencia del TG (2022), párrafos nn. 412 a 457.
Ver Texto
- (88)** Sentencia del TG (2022), párrafos nn. 336 a 411.
Ver Texto
- (89)** Sentencia del TG (2022), párrafos nn. 458 a 481.
Ver Texto
- (90)** *Vid.*, a modo de ejemplo, y entre otras muchas obras que podrían citarse: DE CONINCK, R. (2018): «The as-efficient competitor test: some practical considerations following the ECJ Intel judgment», *Competition Law & Policy Debate*, 4 (2), pp. 73-80; KÜHN, K-U. y MARINOVA, M. (2018): «The role of the 'as efficient competitor' test after the CJEU judgment in Intel», Symposium: AEC test post-Intel, *Competition Law and Policy Debate*, 4 (2), pp. 64-72; DE CONINCK, R. (2018): «The role of the as-efficient competitor test post-Intel», *Competition Law & Policy Debate*, 4 (2), pp. 23-24.
Ver Texto
- (91)** Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2017, *UPS/Comisión Europea*, Asunto T-194/13.
Ver Texto
- (92)** BOUTIN, A. y BOUTIN, X. (2018): «The as efficient competitor test: back to facts», Symposium: AEC test post-Intel, *Competition Law and Policy Debate*, 4 (2), pp. 51-63.
Ver Texto
- (93)** No faltan ya las propuestas doctrinales que mantienen la no validez del test AEC para valorar este tipo de conductas: HAJNOVICOVA, R., NGOC-LAN, L, y USAI, A. (2019): «Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, n.º. 3, pp. 141-158.
Ver Texto
- (94)** KADAR, M. (2019): «Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases», *Journal of European Competition Law & Practice*, 10 (7), pp. 439-447.
Ver Texto
- (95)** Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2018, Asunto C-526/16 *MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência* (ECLI: EU:C:2018:270).
Ver Texto
- (96)** Conclusiones del A.G. Nils Wahl, presentadas el 20 de diciembre de 2017, en el Asunto C 525/16 *MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A., contra Autoridade da Concorrência* (ECLI:EU:C:2017:1020).

Ver Texto

(97) *Vid.*, sobre este asunto, DEWISPELAERE, J. (2018): «The *MEO* ruling: applying *Intel* to discriminatory pricing», *Kluwer Competition Law Blog*, 25 de abril de 2018. Disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/04/25/meo-ruling-applying-intel-discriminatory-pricing/> (Consultado por última vez el 10 de abril de 2022).

Ver Texto

(98) Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2018, Asunto AT.40220 — *Qualcomm*.

Ver Texto

(99) Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, Asunto AT.40099 — *Google Android*.

Ver Texto

(100) Por ejemplo, en los párrafos nn. 1189, 1190 y 1191 de su Decisión la Comisión reproduce el texto y los argumentos del TJUE en su Sentencia *Intel* de 2017, en concreto los párrafos 138, 139 y 140, que hemos analizado en epígrafes precedentes, los ya famosos cinco criterios para evaluar el impacto anticompetitivo de las prácticas supuestamente abusivas.

Ver Texto

(101) *Vid.*, por ejemplo, entre otras muchas valoraciones que se han publicado: BERGQVIST, C. (2020): «What to Make of Google Android?» (June 19, 2020). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630974>

Ver Texto

(102) Action brought on 9 October 2018 — *Google and Alphabet/Commission* (Case T-604/18).

Ver Texto

(103) https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740

Ver Texto

(104) Sentencia del TG, de 10 de noviembre de 2021, Asunto T-612/17, *Alphabet c. Comisión* (ECLI:EU:T:2021:763).

Ver Texto

(105) Por ejemplo, párrafos nn. 131, 144, 150, 152, 156, 157, 162, 423, 425, 434, 439, 506, 510, 514 y 679.

Ver Texto

(106) Sentencia del TG (2022), párrafos nn. 524 a 526.

Ver Texto

(107) Sentencia del 20 de enero de 2021, *Comisión Europea contra Printeos SA*, asunto C-301/19 P (ECLI:EU:C:2021:39); Sentencia del 19 de enero de 2022, *Deutsche Telekom contra Comisión Europea*, asunto T- 610/19 (ECLI:EU:T:2022:15).

Ver Texto

(108) Sentencia del TG (2022), párrafos nn. 527 a 530.

Ver Texto

(109) Sentencia del TG (2022), párrafo n.º 528.

Ver Texto

(110) Art. 261 TFUE y el art. 31 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101] y [102] del Tratado, DO L 1 de 4 de enero de 2003, pp. 1-25.

Ver Texto

(111) MONTI, G. (2018): «Abuse of a Dominant Position: A post-Intel calm?», *Competition Policy International*, Antitrust Chronicle, March 2019, pp. 2 a 7.

Ver Texto

(112) CONINCK, R. (2018): «The role of the as-efficient-competitor test after Intel», Symposium: AEC test post-Intel, *Competition Law & Policy Debate*, 4 (2), p. 23.

Ver Texto

(113) La ya citada —y fallida- Comunicación de la Comisión, *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, DO C 45 de 24.2.2009, pp. 7-20 (el *Guidance Paper*).

Ver Texto

(114) Asunto T-235/18, *Qualcomm* (pendiente de recurso) y Asunto T-604/18, *Google Android* (pendiente de recurso).

Ver Texto

(115) Sentencia del TG (2014), párrafo n.º 204.

Ver Texto

(116) Conclusiones del Abogado General Rantos, presentadas el 9 de diciembre de 2021, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, asunto C-377/20 (ECLI:EU:C:2021:998), apartado 116.

Ver Texto

(117) Se ha querido ver también —pero no compartimos esta percepción- que estos desarrollos judiciales confirman el intento de la CE de eludir el debate probatorio en los casos de abuso. Así, por ejemplo, y es un tema que en la actualidad ocupa gran parte del debate académico, es el caso de la Propuesta de Ley de Mercados Digitales (conocida como DMA, por sus siglas en inglés, *Digital Markets Act*), que permitirá a la CE imponer multas masivas a los operadores de las grandes plataformas digitales por determinados tipos de conductas calificadas *ex ante* como anticompetitivas por esta singular normativa: Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados competitivos y justos en el sector digital (*Ley de Mercados Digitales*), COM/2020/842 final.

Ver Texto

(118) En *Solvay*, el Tribunal de Justicia anuló en 2011 una decisión de la CE que había sido adoptada inicialmente en 1990, y readoptada otra vez en el año 2000. *Vid.* Sentencia de 25 de octubre de 2011, *Solvay SA c. Comisión*, asunto C-109/10 P (ECLI:EU:C:2011:686).

Ver Texto