

La sentencia del caso Intel o cómo el Derecho de la competencia no responde a la realidad actual*

The judgment in the Intel case or how Competition law does not respond to the current reality

AITOR ZURIMENDI ISLA
Catedrático de Derecho Mercantil
UPV/EHU

Recibido: 13.06-2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7210

Resumen: La sentencia del Tribunal General de 26-1-2022 anula la Decisión de la Comisión del caso Intel y establece un sistema de distribución de carga de la prueba que en la práctica supone un gran obstáculo para que las Autoridades de la Competencia puedan frenar de forma efectiva el abuso de posición de dominio de empresas digitales. En este trabajo se analiza la sentencia, el modelo ideal del sistema de carga de la prueba para el abuso de dominio y se propone una reforma del mismo.

Palabras clave: Abuso de posición de dominio, carga de la prueba, Derecho de la competencia.

Abstract: The judgment of the General Court of 26.1.2022 overrides the Decision of the Commission in the Intel case and establishes a system of distribution of the burden of proof that in practice supposes a great obstacle for the Competition Authorities to stop effectively the abuse of dominant position of digital companies. This paper analyzes the sentence, the ideal model of the burden of proof system for the abuse of dominant position, and proposes its reform.

Keywords: Abuse of dominant position, burden of proof, Competition law.

Sumario: I. Introducción. II. Los descuentos por fidelidad. 1. Efectos económicos y modelo regulatorio eficiente. 2. No aumento de precios a corto plazo, ¿no conducta abusiva?. III. La carga de la prueba. 1. Criterio del Tribunal General. 2. Criterio de las orientaciones de aplicación del artículo 102. 3. Necesidad de reforma: sistema de presunciones. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. La reciente sentencia del Tribunal General de la UE de 26 de enero de 2022 evidencia la relevancia del debate que a día de hoy se está desarrollando en torno a si el derecho de la competencia es capaz de responder de forma eficaz al dinamismo de los mercados digitales o si deben producirse reformas sustanciales para ello. En concreto, el caso es un ejemplo de la necesidad de un régimen jurídico del abuso de posición de dominio más sencillo y adaptado a las circunstancias de las grandes empresas tecnológicas; en especial, en lo que se refiere a las normas sobre distribución de la carga de la prueba. El

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21). Asimismo, el autor forma parte un grupo de investigación consolidado del Gobierno Vasco.

sistema vigente y un excesivo recelo y formalismo por parte del Tribunal en su aplicación, ha propiciado en la práctica que una de las pocas conductas anticompetitivas en mercados digitales que habían sido castigadas con una multa que al menos podía suponer cierta disuasión para la sancionada, haya quedado finalmente libre de todo reproche jurídico.

2. El caso contemplado en la sentencia viene de lejos y ha sufrido uno de los vaivenes procesales más sonados que se recuerden; proceso que aún no ha terminado¹. La Comisión europea comenzó a realizar actuaciones (inspecciones) en los años 2004 y 2005 a raíz de una denuncia de la empresa AMD, competidora de Intel, si bien hasta el 13 de mayo de 2009 no se aprobó la Decisión que sancionaba a la empresa. Según el propio resumen que hace la nota de prensa de la sentencia, en ella, *“la Comisión Europea impuso al fabricante de microprocesadores Intel, con una cuota de aproximadamente un 70 % de mercado, una multa de 1.060 millones de euros por haber abusado de su posición dominante en el mercado mundial de los procesadores 2 x86, entre octubre de 2002 y diciembre de 2007, al haber aplicado una estrategia destinada a excluir a los competidores del mercado.*

3. Según la Comisión, ese abuso se caracterizaba por dos tipos de conductas comerciales adoptadas por Intel respecto a sus socios comerciales: las restricciones manifiestas y los descuentos condicionales. Por lo que se refiere, en particular, a estos últimos, Intel supuestamente concedió descuentos a cuatro fabricantes estratégicos de equipos informáticos originales [Dell, Lenovo, Hewlett-Packard (HP) y NEC], a condición de que le compraran a ella la totalidad o la casi totalidad de los procesadores x86. Asimismo, se imputaba a Intel haber efectuado pagos a un distribuidor europeo de aparatos microelectrónicos (Media-Saturn-Holding) a condición de que este vendiera exclusivamente ordenadores equipados con procesadores x86 de Intel. Estos descuentos y pagos («descuentos controvertidos») presuntamente garantizaron la fidelidad de los cuatro fabricantes de equipos y de Media-Saturn y, de este modo, redujeron notablemente la capacidad de los competidores para ejercer una competencia basada en los méritos de sus propios procesadores x86. Por tanto, la Comisión consideró que la conducta contraria a la competencia de Intel había contribuido a reducir la oferta para los consumidores y los incentivos a la innovación”.

4. El recurso interpuesto por Intel contra esa Decisión fue desestimado en su totalidad por el Tribunal General mediante sentencia de 12 de junio de 2014. Sin embargo, Intel recurrió en casación ante el Tribunal de Justicia, que en su sentencia de 6 de septiembre de 2017, anuló dicha sentencia y devolvió el asunto al Tribunal General. La razón fue que el Tribunal General incurrió en error de derecho y que tanto él como la Comisión partieron de los efectos exclusionarios de los descuentos practicados y no atendieron o estudiaron con el debido detenimiento las alegaciones que hizo Intel sobre los fallos de la Comisión al evaluar si concurría el test AED (denominado en inglés *“as efficient competitor test”*). Dicho test consiste en medir si realmente ante ese comportamiento por parte del operador dominante, un competidor eficiente sale del mercado. Para Intel, los errores que se hicieron en este análisis y que fueron alegados por ellos, fueron determinantes para concluir que los descuentos no perjudicaban al consumidor ni reducían la competencia. Por tal razón, el Tribunal de Justicia devolvió el asunto al Tribunal General ordenando que se pronunciase y estudiase las alegaciones de Intel sobre la capacidad de los descuentos para eliminar competidores actuales o potenciales (efecto exclusionario).

5. En esta tesitura, el Tribunal General procede a analizar más en profundidad las alegaciones de Intel, y esto le hace anular su anterior sentencia por considerar que la Comisión no realizó un análisis probatorio suficiente según los estándares legales de distribución de carga de la misma. No haber tenido en cuenta o haber respondido suficientemente a las alegaciones sobre el test AEC y las circunstancias que rodearon a los descuentos, le hacen concluir que no quedó debidamente acreditado que los descuentos tuvieron consecuencias anticompetitivas. En concreto, y según el resumen que hace de la sentencia

¹ La sentencia del Tribunal General ha sido recurrida en casación por la Comisión Europea el 5 de abril de 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CN0240&from=ES>

la nota de prensa, en primer lugar, “*si bien los descuentos ofrecidos por una empresa dominante pueden calificarse como una restricción a la competencia, se trata de una mera presunción y no de una infracción per se del artículo 102 TFUE.*”

6. *En segundo lugar, si durante el procedimiento administrativo la empresa dominante consigue ofrecer otra explicación plausible de los hechos, la Comisión está obligada, como mínimo, a analizar la capacidad exclusoria de los descuentos aplicando cinco criterios: (i) la importancia de la posición dominante de la empresa en el mercado relevante; (ii) el porcentaje del mercado cubierto por la práctica imputada; (iii) las condiciones y las modalidades de los descuentos en cuestión; (iv) su duración y su importe, y, (v) la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes.*

7. *Con esto, el Tribunal General esclareció la carga de la prueba y el estándar de prueba requeridos a la hora de evaluar esta clase de prácticas. Por un lado, si las empresas implicadas ofrecen una explicación plausible de los hechos, la supuesta infracción en cuestión no ha quedado suficientemente demostrada. Por otra parte, cuando la Comisión provee pruebas para demostrar la existencia del ilícito, corresponde a las empresas afectadas demostrar que el valor probatorio de esas pruebas es insuficiente. En caso de duda, la carga de la prueba debería recaer en la Comisión”.*

8. En resumen, un supuesto en el que se comienza a actuar en 2004 y en el que sin necesidad de un profundo análisis, por el estado del conocimiento de la economía y de la experiencia acreditada hasta la fecha, se aprecian efectos exclusionarios a medio y largo plazo que perjudican a la persona consumidora, finaliza de un modo contrario al interés general por un formalismo. Esto es, el sistema de distribución de la carga de la prueba vigente según el Tribunal, lleva a un resultado contrario a la libre competencia, o eso parece². Procede por ello analizar si este resultado no acorde con los efectos económicos del comportamiento analizado deriva de una actuación sustancialmente negligente y absolutamente no garantista de la Comisión europea. O incluso si dicho sistema de distribución de la carga de la prueba es realmente el vigente sin lugar a la duda. O si esto es así, si es necesaria alguna reforma legal que lo cambie y lo adecúe a una realidad actual en la que los medios probatorios, humanos y técnicos de los grandes gigantes tecnológicos son mayores que los que disponen las autoridades de competencia, incluso si se trata de la Comisión Europea.

II. Los descuentos por fidelidad

1. Efectos económicos y modelo regulatorio eficiente

9. En el caso Intel, la empresa ofrecía descuentos a los cuatro principales fabricantes de equipos (DELL, HP, NEC, LENOVO), siempre y cuando adquirieran sus microprocesadores de forma exclusiva o cuasi exclusiva, según los casos. Asimismo, ideó un sistema de pagos con un distribuidor europeo de aparatos microelectrónicos (Media-Saturn-Holding), a condición de que éste vendiera únicamente productos equipados con microprocesadores de Intel. En definitiva, a través de estas cláusulas, Intel consigue cuasi exclusivas y fidelidad a costa de impedir el acceso al mercado a su competidor e incluso competidores potenciales, ofreciendo un buen precio al distribuidor y productores. De este modo, el consumidor tendrá

² Incluso quienes criticaban desde el inicio los pronunciamientos de la Decisión de la Comisión en este caso, como F. Díez ESTELLA, “¿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*, 7 (2010), acaban reconociendo que “*el hecho de pagar para que un distribuidor excluya de sus catálogos y sus lineales los productos de un competidor, así como implementar un sistema de descuentos a fabricantes tal que se vea forzado a adquirir la totalidad o la práctica totalidad de sus insumos de una empresa en posición dominante, nos parece que dista mucho de ser «competencia en los méritos» basada en mejor calidad o precios más atractivos, y da la impresión más bien de ser una conducta anticompetitiva encaminada a eliminar a un rival del mercado*”, apartado VII.

menos oferta a su disposición, si bien es posible que la bajada del precio del microprocesador pudiera repercutir, al menos en un corto o medio plazo, en una bajada del precio final del producto.

10. En realidad, el derecho de la competencia se ha preocupado hace tiempo de los efectos de estos descuentos por fidelidad. Aunque en muchos de estos casos no estemos en sentido jurídico estricto ante una cláusula de prohibición de competencia, su efecto práctico es idéntico, puesto que supone limitar la capacidad del comprador de adquirir productos competidores y conseguir que el comprador prácticamente se ciña a operar con ese único proveedor, cerrando el mercado y eliminando competidores, especialmente si el operador beneficiado por los mismos tiene una cuota relevante del mercado y los descuentos se prolongan por cierto tiempo³. Ciertamente, dichas cláusulas pueden ser un medio útil para reducir costes de transacción al concentrar operaciones en ciertos clientes y reducir así el coste de gestión y ejecución por unidad o para vencer los problemas de parasitismo o cautividad⁴. Pero dicho efecto solo en contadas ocasiones puede repercutir en el consumidor en una bajada de precios, lo que además resulta imposible cuando la cuota de mercado sea alta, como sucede en el caso Intel donde su posición de mercado es de dominio. Por dicha razón, el conocimiento económico compartido y estandarizado propone que dichos acuerdos son muy mayoritariamente anticompetitivos, y que por tanto deberían resultar ilegales en la gran mayoría de los casos, especialmente si uno de los operadores tiene una cuota de mercado relevante. Por esto, por ejemplo, los descuentos por fidelidad que provocan en la práctica un efecto similar a una prohibición de competencia, se incluyen en el artículo 5.a del Reglamento 720/2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y por tanto se presumen ilícitos⁵.

11. Ante las anteriores premisas compartidas por los economistas, si pretendemos que el derecho de la competencia se impregne del “*more economic approach*” y responda así de la forma sencilla y eficaz a la realidad económica para tener mercados más competitivos y favorables a los operadores eficientes, debería presumir ilegales los descuentos por fidelidad, al menos cuando la cuota de mercado del operador beneficiado sea relevante. Si en el 90 % de los casos tales descuentos perjudican a la competencia, la norma, para ser eficiente, debe corresponder a esa realidad, y presumir que tal comportamiento es ilegal, salvo prueba en contrario. De no ser así, la norma dificulta la innovación y perjudica al operador eficiente, que por un lado quedaría disuadido de realizar una práctica legal si la norma presumiera lo contrario; y por otro, tendría la carga de la prueba si la norma presume legal una conducta que en la mayoría de los casos es ilegal, lo que haría que los efectos de ésta se prolongaran hasta que hubiera una reacción de un órgano de la competencia o jurisdiccional (si ésta se produjera), y en todo caso, asignaría unos costes a otros operadores o a las autoridades de la competencia que deberían emplearse en otras cuestiones⁶.

12. Por otra parte, que en la gran mayoría de los casos los efectos económicos de los descuentos sean anticompetitivos, no quiere decir que siempre vaya a ser así, porque dependiendo tanto del poder de mercado como de otras circunstancias derivadas del mercado relevante, puede que en esas condiciones específicas hagan que afloren los posibles efectos beneficiosos de estos descuentos, y que éstos

³ Para el abuso de posición de dominio, así se recoge en Apartados 33 a 36 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

⁴ F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VI A. Apartado 46 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

⁵ Sobre los efectos de los descuentos por fidelidad, véase, A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 248 y siguientes, con bibliografía adicional.

⁶ Son extensibles para el derecho de la competencia en general los debates que más profundamente se han tenido en torno al modelo normativo eficiente sobre restricciones verticales. Sobre el mismo, y con referencias adicionales, A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 105 ss.

supongan un ahorro de costes que se materialicen en una bajada de precios para el consumidor final sin que apenas repercuta en una disminución de la oferta de bienes o servicios competidores. Para estos supuestos, siempre hay que dejar un margen para que los operadores puedan probar lo contrario, de forma que lo ideal es establecer normas con presunciones *iuris tantum*. Si la presunción se corresponde con la realidad, llegará por sí misma a la solución económicamente correcta en el 90 % de los casos, sin necesidad de mayores molestias para los operadores o las autoridades de la competencia. Y para el otro 10 %, se reducirá el margen de error en muchos casos si se permite que los operadores prueben lo contrario, aunque para ello tengan que incurrir en los costes de la prueba⁷. El modelo así reduciría al máximo los falsos positivos y los falsos negativos reduciendo al máximo posible los gastos de gestión del sistema.

13. En el caso de que una empresa en posición de dominio incluya (¿imponga?) en sus relaciones contractuales con otras, cláusulas con descuentos que en la práctica impliquen una exclusividad, no existe una norma de derecho positivo que establezca ninguna presunción. Mejor dicho, en todo caso, según las normas generales de distribución de carga de la prueba del artículo 2 del Reglamento 1/2003, la carga de la prueba de una infracción del artículo 102 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. A diferencia de lo que sucede con las infracciones del artículo 101, para las que existen Reglamentos de aplicación del apartado 3 (anteriormente denominados reglamentos de exención por categorías) que presumen que son legales y procompetitivos los acuerdos cubiertos por los mismos. Ante la ausencia de presunción, la jurisprudencia comunitaria en un principio, antes del “*more economic approach*”, y básicamente a través de la sentencia Hoffmann-La Roche⁸, y posteriormente en el caso British Airways⁹, pareció establecer el criterio de que los descuentos por fidelidad de los que se beneficia una empresa en posición de dominio son abusivos, sin dejar apenas margen a poder acreditar lo contrario ni entrar tan si quiera a enumerar los efectos reales o potenciales de la conducta sobre el mercado relevante en el caso concreto.

14. En el caso Intel, se ha criticado duramente que la Decisión de la Comisión cite los anteriores precedentes y parezca partir de esa regla absoluta de ilegalidad, que ciertamente parecía no poder ser si quiera discutida, y que desde luego no se ajusta al modelo ideal o acorde a la realidad económica de los descuentos por fidelidad que se acaba de exponer¹⁰. Ni tampoco se ajusta, por cierto, a lo previsto para los descuentos por fidelidad en las Orientaciones de la Comisión en la aplicación del artículo 82 (hoy 102) del Tratado CE¹¹. Con esta regla absoluta o presunción *iuris et de iure*, se privaría de poder corregir ese 10 % de los casos de margen de error en los que la regla general no se cumple. Sin embargo, esta crítica a la Decisión de la Comisión resulta cuando menos exagerada o no del todo ajustada a la realidad.

15. Efectivamente, la resolución comienza citando esos dos precedentes e incluso afirmando que en el caso de los descuentos por fidelidad, por su naturaleza esencialmente lesiva, no haría falta mayores reflexiones para proceder a declarar la ilegalidad del acto e imponer una multa. No obstante, a pesar de partir de la doctrina que establece que no es imprescindible, la Comisión realiza el llamado test AEC para concluir que ante el comportamiento de Intel, ningún competidor eficiente hubiera podido sobrevivir. Es más, el Tribunal General lo que afirma es que ese test AEC se ha hecho de forma incorrecta y sin tener en cuenta todas las alegaciones realizadas por la empresa dominante (*infra* III, 1), por lo que

⁷ Así parece reconocerse en los apartados 27 a 46 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES). En ellos, si bien se establece que los descuentos por fidelidad son casi siempre abusivos en empresas en situación de dominio, se obliga a realizar el llamado test AEC para cotejar que se dan los efectos anticompetitivos y a analizar las posibles eficiencias que la empresa invoque.

⁸ STJUE 13-2-1979.

⁹ Sentencia Tribunal de Primera Instancia de la UE, 17-12-2003.

¹⁰ F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartados VI B y VI C.

¹¹ Apartados 27 y siguientes y 32 y siguientes de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

levanta la sanción, lo que es ya muy diferente a simplemente afirmar que la Comisión ha sancionado a Intel sin reflexionar mínimamente sobre las consecuencias en el mercado concreto que podían tener esos descuentos por fidelidad. La Comisión realizó un análisis de la situación en el caso concreto. Distinto es que éste guste más o menos o se considere suficiente, sobre lo que se volverá *infra* III. De hecho, la Comisión afirma que los descuentos impidieron a AMD operar en el mercado cuando hasta entonces lo había hecho, y que las cinco empresas con quien negoció los descuentos apenas tenían margen para no aceptarlos, puesto que tales microprocesadores eran objeto de demanda por gran parte de la clientela (70 % de mercado). A consecuencia de los descuentos, concluye que se ha eliminado a un competidor eficiente y que la conducta es anticompetitiva.

2. No aumento de precios a corto plazo, ¿no conducta abusiva?

16. En definitiva, la Decisión de la Comisión sí realiza un análisis de las circunstancias concretas del mercado relevante y de cómo los descuentos impactan en el mismo. Y sus resultados coinciden plenamente con los conocimientos generales sobre los efectos económicos de los descuentos, dada la elevada cuota de mercado de Intel en un entorno de casi duopolio. Lo único que la Comisión tal vez no llega a contestar de manera taxativa es la afirmación de Intel de que los descuentos ya se estaban aplicando durante un tiempo y ello no se había traducido en un aumento de precios para el consumidor, lo que según ellos, implica que la conducta no era anticompetitiva, sino simplemente agresiva¹².

17. En el fondo de esta argumentación subyace el concepto de eficiencia y la propia finalidad del derecho de la competencia que defiende la Escuela de Chicago. Según ésta, las empresas pueden realizar los pactos o conductas que estimen oportunas en su legítimo objetivo de captar clientela y obtener beneficios (libertad de empresa). La conducta será eficiente si a consecuencia de ella de forma inmediata los precios bajan y aumentan los beneficios de las mismas¹³. En estos casos, tanto empresas como consumidores tienen motivos para estar contentos. Si los consumidores aprueban con su comportamiento la conducta adquiriendo más bienes o servicios, esa práctica es eficiente, y sería un obstáculo para el bienestar de todos las conductas paternalistas de la Administración o de los Tribunales que la declaren ilegal porque entiendan que no va a beneficiar a los consumidores. Si ellos la aprueban con su comportamiento, ¿por qué alguien debe prohibirla en su nombre?. Si lo aprueban es porque se les da lo que quieren¹⁴. Y por otro lado, si la conducta es ineficiente, esto es, no consigue bajar precios o atraer a más clientela, serán los propios consumidores los que se encargarán de desaprobando la conducta y harán rectificar a las empresas no adquiriendo los mismos. Aplicando esto al caso Intel, si a consecuencia de los descuentos no ha habido aumentos de precios y los consumidores no han penalizado a esta compañía ni a ninguna de las cinco con las que se han negociado los descuentos, la conducta no es anticompetitiva ni abusiva.

18. Sin embargo, ni los consumidores tienen siempre el suficiente poder de mercado para responder a los comportamientos de las empresas, ni sus comportamientos inmediatos tienen en cuenta lo que a medio o largo plazo les puede convenir. Por un lado, el consumidor tendrá capacidad de respuesta dependiendo de si el bien o servicio es de demanda elástica o inelástica, o de si se es de primera necesidad o prescindible, o de si existen bienes sustituibles o de otras circunstancias. En el caso que nos ocupa, el mercado de los microprocesadores era oligopolístico, teniendo Intel un 70 % de la cuota de mercado, por lo que hablamos de un elevado grado de inelasticidad y de escasa capacidad de respuesta del consumidor, porque además los productos finales en los que se incluían los microprocesadores apenas eran sustituibles por otros que no lo tuvieran.

¹² Crítica que entre nosotros realizaba ya, por ejemplo, F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VI C.

¹³ R. POSNER, "The Chicago School of Antitrust Analysis", 127 (1979) *U PA L REV.*, pp. 925 ss.

¹⁴ R. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, pp. 7, 110 y 405. Más recientemente, D. CRANE, "The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy", *Antitrust Law Journal*, 79 (2014), pp. 835 y ss.

19. Y por otro, el consumidor en sus decisiones de compra tiene en cuenta las circunstancias del momento exacto en que la realiza, sin pensar qué consecuencias pueden acarrear para el futuro. Esto es, por ejemplo ante una estrategia de precios predatorios, como parece ser el de Intel a través de su política de descuentos, el comportamiento lógico del consumidor será adquirir ese bien o servicio a precio bajo. Pero ello no quita que a medio o largo plazo, tal y como indica la estrategia de precios predatorios, se vaya a ver perjudicado por la eliminación de competidores en ese mercado y por una subida de precios por parte de esos operadores que a corto plazo ofrecieron condiciones buenas. El cumplimiento del objetivo de eliminar del mercado de microprocesadores a AMD colocó a Intel al borde de una situación de monopolio, parada en parte por la Decisión de la Comisión de parar esos descuentos, lo que a medio o largo plazo, podría haber colocado a los clientes de Intel y a los consumidores en una situación de dependencia total y absoluta¹⁵.

20. No obstante, no puede aceptarse que el concepto de eficiencia que defiende la Escuela de Chicago sea el único existente y mucho menos que sea el que debe seguirse. El interés del consumidor no abarca únicamente su inmediata o cortoplacista decisión de compra, sino también los efectos que un acuerdo o una operación o comportamiento pueden tener a medio y largo plazo sobre él. Esto es, puede incluso que al consumidor le favorezca a corto plazo una determinada estrategia de una empresa y adquiera ese bien o servicio. Pero si a medio o largo plazo ello va a suponer una reducción de la competencia sustancial que implica una situación de dependencia de una o varias empresas y que por ello éstas puedan subir precios sustancialmente, entonces eso no le favorece. No se puede considerar eficiente esa asignación de recursos. A raíz de la Decisión de la Comisión de 2009, anulada en 2022, se dejaron de aplicar los descuentos, y probablemente por eso a día de hoy el mercado de microprocesadores es oligopolístico pero no de monopolio. De haberse continuado con los mismos, es altamente probable que el mercado hoy estuviera más concentrado aún o fuera monopolístico y que Intel pudiera hacer con sus clientes y consumidores prácticamente lo que quisiera.

21. Efectivamente, al consumidor le gusta poder elegir y que no tenga que aceptar las condiciones de una empresa porque no tenga alternativas para contratar. El bienestar del consumidor incluye no sólo el precio a corto plazo, sino también el de medio y largo, así como la variedad, la calidad y la innovación, lo que requiere mercados abiertos y con un nivel de competencia eficiente¹⁶. Los poderes públicos no deben aceptar acuerdos o concentraciones de empresas que vayan a suponer a medio o largo plazo un perjuicio para el consumidor aunque de inmediato no les perjudiquen o incluso les beneficien, y deberán además velar para que las empresas no abusen de su posición de dominio. Al consumidor no se le puede exigir que en sus decisiones de compra tenga en cuenta el medio o largo plazo. Carece de sentido por la asimetría en el acceso a la información y porque interesarse por acceder a ella conlleva un coste temporal que hace totalmente ineficiente la operación de comprar y de informarse. El consumidor tiene una vida y múltiples dedicaciones y no puede informarse de por qué o con qué estrategia cada empresa ha ofrecido un bien o servicio en el mercado¹⁷.

¹⁵ Un ejemplo más reciente lo tenemos en el mercado de los libros electrónicos. Amazon bajó sus precios por lo que los consumidores comenzaron a adquirirlos de forma masiva, comportamiento que tiene toda la lógica económica porque los consumidores basan sus decisiones en las circunstancias que imperan en el momento de comprar. Pero esto ha provocado que Amazon elimine competidores y se haga con una situación de monopolio o monopsonio en el mercado de e-books, lo que ha contribuido a que se genere este gigante de los mercados tecnológicos. Al respecto, L. KHAN, "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 126 (2017), pp. 717 ss, y 737 ss.

¹⁶ E. ELHAUGE, *Where is Antitrust Policy going? 6th Bill Kovacic Antitrust Salon*, September 24, 2018, pp. 20-21; L. KHAN, *The Yale Law Journal*, 126 (2017), pp. 737 a 739 y 742 a 746; J. FURMAN, /D. COYLE/ A. FLETCHER/ D. MCAULEY/ P. MARSDEN, *Unlocking digital competition*, Londres, 2019. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf, p. 11.

En Europa no se discute que el impacto o el beneficio al consumidor debe contemplarse no sólo a corto plazo, sino también a medio y largo. Así se pronuncian las Directrices 81 relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, publicadas en el DOUE, 27-4-2004.

¹⁷ Sobre el concepto de eficiencia y las distintas opiniones actuales sobre el derecho de la competencia, más ampliamente y con bibliografía adicional, A. ZURIMENDI ISLA, "¿Necesitamos otro derecho de la competencia?", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 26 (2020).

22. Teniendo en cuenta la anterior, si analizamos la Decisión de la Comisión de 2009 del caso Intel con los criterios y lo que se sabe hoy, sí cabe un cierto reproche por no haber analizado ni refutado en ella el argumento de la empresa según el cual no se había producido un aumento de precios y que por tanto los descuentos no perjudican al consumidor. Se podría haber mencionado algo de lo que acabamos de decir sobre que hay que medir las consecuencias potenciales a medio y largo plazo, muy especialmente en mercados digitales. Sin embargo, no parece aceptable este grado de exigencia para una Decisión de 2009, momento en el que los mercados digitales estaban emergiendo y no se conocía a ciencia cierta el alto riesgo de ciertos comportamientos, que *a posteriori*, han generado en gran parte la aparición de los grandes gigantes digitales y los problemas de mercado e incluso políticos que esto plantea¹⁸.

23. Sin la información que se tiene hoy día, resultaba imposible exigir a una resolución de una Autoridad de Competencia en 2009 una respuesta tan concreta y específica. Incluso quienes criticaron en ese momento a la Comisión no haberse pronunciado o explicado por qué si la conducta era abusiva no había producido aumento de precios, afirmaban que “*el hecho de pagar para que un distribuidor excluya de sus catálogos y sus lineales los productos de un competidor, así como implementar un sistema de descuentos a fabricantes tal que se vea forzado a adquirir la totalidad o la práctica totalidad de sus insumos de una empresa en posición dominante, nos parece que dista mucho de ser «competencia en los méritos» basada en mejor calidad o precios más atractivos, y da la impresión más bien de ser una conducta anticompetitiva encaminada a eliminar a un rival del mercado*”¹⁹. Dicha intuición, que parece que también guio el proceder de la Comisión, no se basa en una mera elucubración, sino en lo que el conocimiento económico y la experiencia hasta la fecha había enseñado.

24. Tal vez la Comisión, eso sí, podría haber aportado algún indicador de que pese a que no se habían producido, al menos aún, aumentos sensibles de precios, los descuentos habían tenido ya algún efecto en lo que se refiere al aumento de la cuota de mercado de Intel durante los años en los que ya habían sido aplicados. De hecho, el apartado 20 de las Orientaciones sobre el abuso de la posición de dominio de la Comisión, consideran un elemento de prueba del efecto anticompetitivo del cierre de mercado de la conducta, el aumento de su cuota de mercado, o incluso que se haya ralentizado el descenso de la misma, o que se han expulsado o marginado a competidores existentes o incluso que alguno potencial haya intentado entrar y haya fracasado²⁰.

III. La carga de la prueba

1. Criterio del tribunal general

25. Como antes se ha mencionado, según el artículo 2 del Reglamento 1/2003, la carga de la prueba de una infracción del artículo 102 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. Y ninguna norma jurídica establece nada más al respecto, por lo que no se puede ir más allá de considerar los criterios generalmente admitidos sobre distribución de carga de la prueba, como la obligación de colaborar por ambas partes en función de los medios que cada una tenga y del grado de facilidad para aportar una cosa u otra. Asimismo, debemos tener en cuenta lo previsto en las Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del artículo 102 del Tratado, que no tienen carácter normativo, pero que mencionan cómo debe distribuirse la carga de la prueba. Y por supuesto, hay que atender al desarrollo jurisprudencial del artículo 2 del Reglamento 1/2003.

¹⁸ Al respecto, A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, Navarra, 2021.

¹⁹ F. DÍEZ ESTELLA *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VII.

²⁰ Apartado 20 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

26. En el caso del abuso de posición de dominio, la autoridad de la competencia o los Tribunales deberán aportar indicios suficientes de que existe posición de dominio, básicamente delimitando el mercado relevante y fijando la cuota de la empresa afectada y/o circunstancias del mismo que suponen barreras de entrada. Y además, deberán presentar evidencias de que la conducta es abusiva, para lo que habrá que invocar efectos anticompetitivos para los consumidores y usuarios en ese concreto mercado relevante, como una subida de precios, una reducción de la oferta que merma la capacidad de elección, una disminución de la calidad del bien o servicio o la constitución o ampliación de una barrera de entrada²¹, independientemente de los efectos procompetitivos que pudieran existir. Parece que con esto se acabaría una primera labor probatoria por parte de la autoridad de la competencia o Tribunal, cuyo alcance sería similar al que debe hacerse para incluir los acuerdos restrictivos de la competencia en el apartado 1 del artículo 101 del Tratado.

27. En el asunto Intel, la sentencia del Tribunal General considera que esta parte se ha cumplido por la Comisión, al fijarse la cuota de mercado en un 70 % y describirlo como inelástico (posición de dominio). Asimismo, se señala que a consecuencia de los descuentos establecidos con los cinco operadores ninguno de ellos va a incorporar en los productos que fabrica o vende microprocesadores de otra marca, por lo que se incrementa el cierre del mercado y se merma la capacidad de elección del cliente (efecto anticompetitivo que en principio se califica de abusivo). Dichos operadores no se pueden permitir prescindir de Intel, por lo que deben aceptar sus descuentos y dejar de comprar a AMD, frenándose la innovación. Esto es, aunque ciertamente la Decisión de la Comisión comenzó mencionando la doctrina de las sentencias Hoffmann-La Roche y British Airways, que consideraban a los descuentos practicados por una empresa en posición de dominio como una práctica abusiva *per se*, esto es, que no requiere de mayor indicio probatorio, la Comisión sí indicó después las consecuencias negativas que para los consumidores tienen en el caso concreto la imposición de los descuentos por parte de Intel (*supra* II 1).

28. Una vez que se ha probado lo anterior, hay coincidencia también en señalar que corresponde entonces al operador en posición de dominio alegar que en el caso concreto los efectos del comportamiento generan ventajas que compensan esos efectos procompetitivos o la contraprueba de que no existen tales desventajas. La cuestión es que en el caso que se está estudiando, Intel afirma que realmente su táctica no es predatoria sino simplemente agresiva, y si con ella aumenta su cuota o elimina competidores es porque los demás son menos eficientes que ella. Que los descuentos se establecen simplemente para facilitar relaciones comerciales y ganarse la confianza de más clientes y que el hecho de que los precios de sus bienes y servicios no hayan subido sensiblemente, prueba que no ha habido perjuicio alguno para el consumidor. Y ha sido a partir de aquí donde parece que no han coincidido los criterios sobre carga o valoración de la prueba empleados por la Comisión, los previstos en las Orientaciones de aplicación del artículo 102 del Tratado y los que la sentencia del Tribunal General ha aplicado.

29. En primer lugar, parece que hay una discrepancia en cuanto a si lo aportado por Intel es suficiente para vencer lo hasta al momento probado por la Comisión. La sentencia del Tribunal General establece un criterio mucho más favorable para la empresa dominante que el que fijó la Comisión o el que prevén las propias Orientaciones de aplicación del artículo 102 del Tratado, al considerar que si la empresa da una explicación “plausible” de los hechos, la supuesta infracción no ha quedado demostrada; y que en caso de duda, la carga de la prueba debe recaer en la Comisión. Llega a decir expresamente que la Comisión debe “*apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes*”, lo que dicho sea de paso, es altamente cuestionable, porque una conducta es anticompetitiva por los efectos objetivos que produce o puede producir en un

²¹ A estas circunstancias se refiere el apartado 20 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES), cuando se refiere a la posición de la empresa dominante, las condiciones del mercado de referencia, la posición de sus competidores, el alcance de la conducta presuntamente abusiva y los indicios de una estrategia de cierre.

mercado, independientemente de la motivación o estrategia subjetiva de quien la realiza. En definitiva, según el Tribunal, basta con que la empresa ofrezca una explicación alternativa, aunque no aporte indicio o dato alguno, para vencer lo probado hasta ahora por la Comisión, volviendo a colocar en ésta la carga de la contraprueba de que lo alegado por la empresa no es cierto.

30. En resumen, la Comisión debe comenzar aportando indicios de que hay una situación de dominio y unas condiciones de mercado en el caso concreto en los que la conducta provoca efectos anticompetitivos. Pero para superar éstos, es suficiente con que la empresa dé una hipótesis alternativa plausible, esto es, no irreal, aunque sin aportar ningún indicio de que esa hipótesis teóricamente posible es realmente la que se da en el caso a juzgar. Dicho planteamiento resulta altamente llamativo. ¿Qué pasa entonces si la Comisión aporta nuevos indicios ante esa hipótesis plausible y la empresa nuevamente da una explicación plausible alternativa a los mismos pero sin indicio alguno de que ha sucedido realmente?. No parece que dicha posición sea equitativa desde el punto de vista del principio de “igualdad de armas”, y si dicho planteamiento se lleva a su máxima extensión, estaríamos ante una *probatio diabólica*²². Ni qué decir tiene que este sistema de distribución de la carga de la prueba no tiene en cuenta en dicha valoración la experiencia acumulada hasta la fecha ni el conocimiento económico en torno a los efectos de los descuentos en la competencia, ni por tanto se aproxima al modelo de ideal al que nos hemos referido *supra* II 2.

31. Partiendo de lo anterior, el Tribunal General en el caso Intel considera que las explicaciones de la empresa son plausibles, y que la Comisión, a la que le rebota de nuevo la carga de la prueba, no ha aportado indicio alguno que refute dicha versión plausible. Para empezar, el Tribunal comienza con este presupuesto que no se comparte. Pero a mayor abundamiento, resulta sorprendente que afirme esto cuando la Comisión sí que ha contraargumentado la explicación plausible dada por Intel. Efectivamente, la Comisión, siguiendo la buena práctica de demostrar todo lo que sea posible y justificar más la sanción, expone por una parte que obran en su poder mails de empleados de la compañía que prueban que la motivación para fijar los descuentos era realmente expulsar del mercado a AMD y no ahorrar costes ni plantear una estrategia agresiva que beneficie a los consumidores. Esto es, aporta un indicio de esa “*estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes*” que exige la sentencia. Frente a esto, Intel pretendía aportar testimonios jurados de empleados que decían lo contrario. Efectivamente, tampoco debe sobredimensionarse el contenido de los mails capturados, puesto que “*son un conducto de comunicación entre profesionales al que tampoco hay que otorgarle un valor absoluto, ya que en ocasiones son ambiguos, están redactados con prisa, y es difícil concluir del mero texto las verdaderas intenciones de quien lo redactó*”²³. Pero en tal valoración, hay que tener en cuenta que los mails se están contraponiendo a una mera hipótesis plausible sin indicios de la empresa que a su vez se ha contrapuesto a algo que ya ha probado la Comisión. Y en cualquier caso, unas declaraciones juradas totalmente preparadas con una intención clara no pueden tener el mismo valor probatorio que la espontaneidad y estilo directo de unos mails.

32. De igual modo, la Comisión en su Decisión cuestiona la afirmación de Intel de que su práctica no ha eliminado o reducido a competidores eficientes, sino solo a los que no lo son, por lo que la conducta no es anticompetitiva. De hecho, la Comisión realizó el denominado test AEC (denominado en inglés «*as efficient competitor test*»), cuyo objetivo es precisamente analizar si la conducta tiene como efecto eliminar a competidores eficientes o si por el contrario, los que han desaparecido del mercado a consecuencia de la práctica son ineficientes. Es una ficción o ejercicio comparativo que permite detectar si la empresa está sacrificando beneficios a corto plazo estableciendo un precio bajo precisamente para eliminar a un

²² La sentencia del Tribunal General ha sido recurrida en casación por la Comisión Europea el 5 de abril de 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CN0240&from=ES>, siendo su principal motivo una distorsión de la prueba.

²³ F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VA.

competidor eficiente²⁴. Pues bien, la sentencia del Tribunal General considera que si bien en los cinco casos donde se han impuesto descuentos existen datos referentes a algunos periodos que indican que efectivamente se ha eliminado a competidores eficientes, éstos no abarcan todos los periodos ni a todos los posibles competidores, por lo que considera las conclusiones del test por parte de la Comisión incompletas y por tanto carentes de efecto probatorio. Esto es, a pesar de lo que dice el conocimiento económico y la experiencia acumulada, e incluso los datos que la Comisión aporta aunque no se refieran a todo el periodo sancionado ni a todos los potenciales competidores, considera que es insuficiente para la sanción. Esto es, dado los medios y el tiempo de posible dedicación al expediente, siguiendo las exigencias del Tribunal estamos antes una *probatio* diabólica o al menos de escasa virtualidad práctica.

33. En conclusión, la única alegación de Intel a los indicios que había presentado la Comisión que no fue contrarrestada era la referente a que si los descuentos hubieran perjudicado al consumidor, se hubieran producido subidas sensibles de precios, lo que no ocurrió. Pero esta cuestión ha sido tratada *supra* II, 2.

2. Criterio de las orientaciones de aplicación del artículo 102

34. En cualquiera de los casos, el sistema de carga y distribución de la prueba establecido en la sentencia en absoluto es compatible con el modelo regulatorio ideal ni tampoco con el que se prevé en las Orientaciones sobre la aplicación del Tratado 102 del Tratado, que en cambio, sí se ajustan a éste. Efectivamente, en sus apartados 20 a 22, se parte de la necesidad de que la Comisión pruebe la existencia de una posición de dominio y la de efectos anticompetitivos consecuencia de la conducta para el mercado relevante en el caso concreto. A partir de ahí, se asienta una especie de presunción *iuris tantum* de ilegalidad, que según los apartados 30 y 31, permite ser invertida por la empresa afectada alegando que la conducta produce las eficiencias suficientes para los consumidores en precios o calidad, basándose en “*pruebas comprobables*”, que compensan o hacen que el consumidor no resulte perjudicado, siempre que tales ventajas superen el efecto anticompetitivo previamente acreditado y que no elimina la competencia efectiva y es necesaria para conseguir esa ventaja. Esto es, establece para el abuso de posición de dominio unos requisitos similares a los previstos en el apartado 3 del artículo 101 del Tratado para los acuerdos restrictivos, señalando claramente, como lo hace para este último caso el artículo 2 del Reglamento 1/2003, que la carga de la prueba de esos requisitos de legalidad de la conducta corresponde a quien los invoca. Así queda claro por ejemplo en su apartado 30 que exige “*pruebas comprobables*”, en contraste con las “*explicaciones alternativas plausibles*” que considera suficientes el Tribunal General.

35. Es más, se insiste en el apartado 31 que la empresa dominante “*debe presentar todas las pruebas necesarias para demostrar que la conducta está objetivamente justificada*” y deja a la Comisión la última palabra en la valoración, a diferencia del Tribunal General²⁵. Y por si quedara alguna duda en quién se carga la prueba en caso de falta de certeza, el apartado 22 de las Orientaciones establece que “*en ciertas circunstancias no es necesario que la Comisión efectúe una evaluación detallada antes de concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores. Si resulta que la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficiencia, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no*

²⁴ Sobre los criterios de cálculo y alcance, apartados 23 a 27 y 41 de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

²⁵ “A continuación es la Comisión la que debe evaluar en último término si la conducta en cuestión no es objetivamente necesaria y, tras ponderar cualesquiera efectos anticompetitivos evidentes y cualesquiera eficiencias alegadas y justificadas, si es probable que dé lugar a un perjuicio para los consumidores”, apartado 31 de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

prueben esos productos, o si paga a un distribuidor o a un cliente para que retrase la introducción del producto de un competidor". Por cierto, esto último se dio en una de las cinco operaciones examinadas en el caso Intel, puesto que ésta ofreció incentivos económicos a un cliente para que retrasase la introducción de un producto de AMD. No obstante, tal circunstancia apenas ha merecido atención para el Tribunal General.

36. La aplicación de los criterios de distribución de carga de la prueba de las Orientaciones de aplicación del artículo 102 del Tratado, hubieran conducido a confirmar la Decisión de la Comisión en lugar de casarla. Éstos reflejan además el modelo regulatorio ideal del abuso de posición de dominio que tiene en cuenta tanto el conocimiento económico de las conductas como la experiencia ahora acumulada. De este modo, los comportamientos que se ha comprobado y experimentado que son en la gran mayoría de los casos perjudiciales para el consumidor, se presumirán anticompetitivos siempre que el supuesto concreto se encuadre en la norma general. Si bien, cabría prueba en contrario para reducir el margen de error que la presunción puede tener en un 10 % de los casos en los que no se cumple por concurrir circunstancias especiales. No obstante, tales criterios u orientaciones están recogidas en una Comunicación, documento de *soft law* que carece de vinculación para los Tribunales por no ser una norma jurídica. A pesar de ello, y dado que es un documento oficial que sirve de criterios a las partes y da seguridad jurídica, no hubiera estado de más que el Tribunal General hubiera explicado las razones por las que considera necesario apartarse de él.

3. Necesidad de reforma: sistema de presunciones

37. La pregunta es si con el sistema establecido en la sentencia del Tribunal General se puede dar una respuesta satisfactoria a los problemas de abuso de posición de dominio en los mercados digitales, dada la celeridad que se requiere para poder cortar a tiempo una conducta que puede ser de alto riesgo para la competencia. Parece que en principio, hay opciones teóricas de implantar el sistema ideal de distribución de carga de la prueba en la normativa vigente sobre abuso de posición de dominio. De hecho, así parecen entenderlo y defenderlo las Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del artículo 102, sin necesidad de reformar ninguna norma jurídica. Sin embargo, tal vez por una excesiva influencia de los postulados de la Escuela de Chicago en el *enforcement* del derecho vigente, así como por la asimetría en el acceso a la información entre las Autoridades de la competencia y las empresas, hemos llegado al resultado indeseado que estamos analizando. Aunque la regulación vigente pudiera ser teóricamente suficiente para ello, resulta conveniente una actualización de la misma para incluir la diferente realidad de los mercados digitales y contemplar expresamente los riesgos existentes en ellos. Así será más fácil eliminar los defectos en el *enforcement* derivados de la aplicación de los postulados de la Escuela de Chicago, y se reforzará la seguridad jurídica y resultará más fácil para las Autoridades de Competencia y poder judicial la aplicación del abuso de posición de dominio.

38. En el caso tanto de acuerdos restrictivos de la competencia como de conductas unilaterales que pudieran ser calificadas como de abuso de posición de dominio, las empresas y operadores del mercado necesitan cierto grado de seguridad jurídica porque van a poner en práctica el acuerdo o la conducta sin un examen previo de ninguna autoridad, con el consiguiente riesgo de cometer una ilegalidad. El establecimiento de una presunción *iuris tantum* de ilicitud será de ayuda siempre y cuando la realidad económica derivada de la experiencia hasta la fecha en mercados digitales, evidencie que en la gran mayoría de los supuestos los efectos de esos comportamientos perjudican sustancialmente al mercado y al bienestar del consumidor a medio y largo plazo²⁶. Como es habitual en el derecho de la competencia, el estudio de esta realidad, debería servir junto con la teoría económica para elaborar grupos de casos en los que es más probable que los efectos beneficiosos superen a los perjudiciales para la competencia y el

²⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y ENERGÍA DE ALEMANIA, *A new competition framework for the digital economy*, https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (Dir. Martin Schallbruch, Heike Schweitzer, Achim Wambach), pp. 49-50.

consumidor, o viceversa; y se facilite así su aplicación dando más seguridad a las partes²⁷. Para fijar los grupos de casos en los que se ha comprobado ya que prevalecen los efectos anticompetitivos, se necesitaría la aprobación de una norma jurídica que la estableciera, que podría ser por ejemplo un desarrollo más concreto y ajustado del artículo 2 del Reglamento 1/2003.

39. Efectivamente, la opción en favor de la presunción de ilicitud para los supuestos en los que la realidad ha mostrado que en la gran mayoría de ocasiones prevalece los efectos anticompetitivos, toma en consideración precisamente un tradicional principio que rige el reparto de la carga de la prueba, como lo es el de los medios, posibilidades y facilidad de las partes para probar una cosa o la contraria. En el caso de los descuentos en mercados digitales como el asunto Intel, la comprobación de las alegaciones de la empresa en torno a los potenciales efectos procompetitivos, como por ejemplo los ahorros de costes que le pueden haber producido tanto a él como al resto de operadores, o que realmente con los descuentos no vende el microprocesador por debajo del precio de coste o de niveles competitivos, requiere de un personal especializado y mucho tiempo de dedicación, por lo que los costes serían muy altos. Estaríamos casi ante una *probatio* diabólica. En cambio, para Intel, mostrar a la autoridad el ahorro en costes o que el precio con el descuento no está por debajo del coste es algo sencillo y con un coste muy bajo. Piénsese que la Comisión europea tardó cinco años en cerrar precisamente el expediente porque le costó acumular los indicios que consideró suficientes para probar la conducta abusiva, y aún así, el Tribunal ha considerado que se necesitan más, por lo que la culminación del expediente con tal grado de exigencia desmesurada requeriría el trabajo de mucho más años con un coste imposible de asumir. En la práctica, estas conductas claramente competitivas quedarían siempre sin sancionar y ello ha generado grandes daños a los mercados digitales en los últimos años. En el asunto Intel, que ha sido uno de los pocos en los que la Autoridad ha reaccionado a tiempo en un mercado digital, parece que el Tribunal General se ha empeñado en acabar confirmando la regla general de fracaso.

40. Dado que el objetivo del modelo de regulación ideal es minimizar los riesgos tanto de falsos positivos como de falsos negativos, y que la experiencia enseña que en la gran mayoría de supuestos de los descuentos por fidelidad de una empresa en posición de dominio hay abuso y que se perjudica al consumidor, lo más acorde con dicha realidad y modelo es fijar la presunción de ilicitud. Y mucho más si como se acaba de decir, la carga de la prueba para las Autoridades es larga y costosa mientras que para la empresa sencilla; porque de no existir presunción de ilegalidad, el riesgo de falsos negativos es muy elevado. Para que opere, debería ser suficiente con que previamente la Autoridad o los Tribunales prueben la situación de dominio, así como que el comportamiento genera al menos alguna consecuencia anticompetitiva en ese específico mercado relevante, encuadrando el caso concreto dentro del supuesto de hecho al que se aplica la presunción.

41. La propuesta de que opere una presunción de este tenor en el abuso de posición de dominio a través de una norma jurídica se ha ido expandiendo en los últimos tiempos especialmente en los mercados digitales. Los comportamientos a incluir en el ámbito de la misma, junto los ya mencionados descuentos que operan casi como exclusiva, podrían ser aproximadamente los comprendidos en la propuesta de DMA²⁸.

42. Y en cualquier caso, como también sucede con los acuerdos restrictivos, sería deseable la aprobación de unas nuevas Directrices para la aplicación del art. 102 TFUE, que no solo profundizaran o ejemplificaran las presunciones de ilicitud *iuris tantum*, sino que además aclararan y desarrollaran las circunstancias en las que la presunción puede ser vencida por concurrir motivos objetivos que justifiquen el comportamiento en ese caso concreto.

²⁷ Algo similar a lo que rige para los acuerdos, A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos*, pp. 105 y siguientes, con bibliografía adicional.

²⁸ Sobre esta cuestión, véase A. ZURIMENDI ISLA *Gigantes tecnológicos*, pp. 288 y siguientes, donde se incluye más bibliografía.

IV. Conclusión

43. El Tribunal General en su sentencia de 26 de enero de 2022 exige a la Comisión que aporte pruebas sólidas de sus afirmaciones, y en cambio a Intel únicamente le pide que aporte explicaciones alternativas “plausibles”, sin necesidad de evidencia alguna de que esta explicación teórica es la que se da de verdad en el caso concreto. Esto es, basta idear una supuesta justificación teóricamente posible de una conducta para vencer una evidencia sólida, lo que nos aproxima a una situación de *probatio diabólica*, máxime teniendo en cuenta que los medios tanto materiales como humanos de las Autoridades de competencia, incluso los de la Comisión, son sustancialmente inferiores a los de una gran empresa tecnológica globalizada, como es el caso de Intel.

44. Se establece así un sistema de distribución de la carga de la prueba en el abuso de posición de dominio que dificulta o imposibilita que las Autoridades o Tribunales puedan actuar en base al artículo 102 del Tratado UE. Tal sistema se aleja del *more economic approach* que se pretende dar desde hace tiempo al derecho de la competencia comunitario, porque no se corresponde ni con la experiencia adquirida hasta la fecha sobre los efectos para la competencia de los descuentos por fidelidad realizados por una empresa en un mercado oligopolístico, ni con el conocimiento económico a este respecto. Si la experiencia demuestra que en la gran mayoría de los casos esta conducta resulta anticompetitiva y por tanto abusiva, el sistema de carga de la prueba debería conducir a una presunción *iuris tantum* de ilicitud de tal comportamiento, permitiendo a la empresa probar lo contrario en los casos minoritarios en los que concurren circunstancias especiales que hacen que no se cumpla la regla estadística general. Es por otra parte lo más equitativo teniendo en cuenta los medios materiales y humanos de estas empresas digitales y los de una autoridad de la competencia.

45. Llama poderosamente la atención que el Tribunal General, tal vez excesivamente influenciado por los postulados de la Escuela de Chicago, haya llegado a las anteriores conclusiones con todo lo que hoy se conoce ya sobre el funcionamiento y riesgo de conductas en mercados digitales como la que se juzga en la sentencia Intel. Parece que le resulta suficiente que la empresa diga que no ha habido aumentos sensibles de precios para concluir que el consumidor no ha salido perjudicado, obviando cualquier referencia a la eliminación de competencia en un mercado oligopolístico y dando simplemente por buenas explicaciones alternativas plausibles de la conducta sin que se le exijan evidencias concretas para el caso sobre la existencia de efectos procompetitivos que pudieran compensar la reducción de la competencia. Probablemente el caso Intel era uno de los pocos en los que una Autoridad de la Competencia actuó relativamente a tiempo ante una conducta dañina para la competencia. Y ahora el Tribunal General lo corrige.

46. Con este planteamiento y otros similares que se han producido en la aplicación del derecho de la competencia, apenas se deja margen de maniobra para que éste actúe de forma eficaz ante las grandes empresas digitales, por lo que no es de extrañar que recientemente POSNER, uno de los máximos exponentes de la Escuela de Chicago, haya afirmado que el derecho de la competencia está casi muerto, no mostrando por ello preocupación alguna; más bien da la sensación de que lo ve como algo deseable²⁹. En realidad, dicha situación, de ser cierta, supondría el triunfo de los postulados de la Escuela de Chicago, para la que la intervención estatal perjudica al desarrollo económico. Según ella, debe confiarse más en la actuación libre de las fuerzas de mercado a la que no debe ponerse cortapisa alguna. Y dado que el derecho de la competencia surgió precisamente como un límite a esa libre actuación, su desaparición es consecuencia de la aplicación de tal principio.

47. En cualquier caso, la desaparición del derecho *antitrust* contradice una de las más célebres frases de uno de los fundadores del sistema capitalista, Adam Smith, partidario de reprimir las prácticas

²⁹ Apud J. ALFARO ÁGUILA-REAL, <http://almacenederecho.org/modelos-negocio-amazon-derecho-la-competencia/>, p. 1, quien además comparte la visión de Posner matizando que el abuso de posición de dominio seguirá vivo, “pero su eficacia para controlar el poder de mercado es muy inferior a la del *enforcement* de la prohibición de cárteles”.

anticompetitivas precisamente para preservar el libre funcionamiento del mercado: “*Rara vez suelen juntarse las gentes ocupadas en la misma profesión u oficio, aunque solo sea para distraerse o divertirse, sin que la conversación gire en torno a una conspiración contra el público o alguna maquinación para elevar precios*”. Si no se cambia el rumbo del derecho de la competencia haciéndole evolucionar a sus orígenes, habrá que buscar instrumentos legales alternativos para hacer frente a las nuevas situaciones de riesgo para los mercados y los consumidores derivadas de la aparición de las grandes empresas tecnológicas, como por ejemplo se pretende con la *Digital Markets Act*.