

Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft

Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007

Luis Antonio Velasco San Pedro

y

Carmen Herrero Suárez

Profesores de Derecho Mercantil

Universidad de Valladolid

S u m a r i o

- I. *Panorámica*
- II. *Negativa a contratar (refusal to deal)*
 - 1. *Introducción y antecedentes*
 - 2. *El enfoque general de la Comisión*
 - 3. *Delimitación de mercados y posición de domino*
 - 4. *La negativa a suministrar información*
 - 4.1. *La interoperatividad entre sistemas exigible*
 - 4.2. *La protección de los derechos de propiedad intelectual*
 - 4.3. *La negativa de suministro de información como conducta abusiva.*
 - A) *Planteamiento.*
 - B) *El carácter indispensable de las informaciones*
 - C) *La exclusión de competencia*
 - D) *Producto nuevo*
 - E) *Ausencia de justificaciones objetivas. Perjuicio a los consumidores*
- III. *Prácticas de vinculación (tying agreements)*
 - 1. *Consideraciones preliminares*

2. Existencia de dos productos diferenciados
3. Vinculación
4. Lesión de la competencia
5. Ausencia de justificación objetiva
6. Solución o remedio establecido

IV. Remedios

V. Reflexiones finales

I. Panorámica

Pocos casos han despertado tanta expectación en los últimos años como los distintos procesos que, en aplicación del Derecho de la competencia, han tenido lugar, a ambos lados del Atlántico, contra la empresa norteamericana *Microsoft Corporation*. La política comercial y de gestión del gigante informático de Redmond y, más concretamente, el uso que la empresa hace de su posición líder en el mercado de los sistemas operativos gracias al todopoderoso y omnipresente *Windows*, ha sido objeto de un minucioso análisis por parte de las autoridades de competencia, tanto estadounidenses como europeas. De forma paralela, las acusaciones, en ambas jurisdicciones, se han articulado, fundamentalmente, en relación a dos tipos de conductas o prácticas. En primer lugar, la negativa de la empresa a proporcionar determinado tipo de información referente a sus protocolos de comunicación que permitiera a terceras empresas desarrollar productos compatibles con *Windows*, y en segundo lugar, la integración de nuevos programas informáticos en el sistema operativo.

En el caso americano, el proceso entablado contra la empresa se centró, principalmente, en la valoración antitrust de la vinculación contractual y tecnológica de *Windows* y el navegador de Internet de *Microsoft*, *Internet Explorer* (IE)⁽¹⁾. El dilatado y complejo *iter* procedimental del caso *Microsoft* en el ámbito estadounidense⁽²⁾ tiene su cierre en 2002, tras alcanzarse un acuerdo entre la empresa, el Ministerio de Justicia y parte de los Estados demandantes respecto de las medidas y sanciones a imponer por las conductas que habían sido declaradas anticompetitivas en apelación. Este pacto va a afectar a las prácticas de negocios de *Microsoft*, pero no supone alteración alguna de la arquitectura de *Windows* ni de la estructura empresarial de *Microsoft*.

⁽¹⁾ Pese a la existencia de diversos procesos previos en los que se examina la compatibilidad con el Derecho antitrust de la política de licencias seguida por la empresa informática, el «gran caso» contra *Microsoft* comienza en 1998, cuando el Ministerio de Justicia (*DOJ*) y 19 Estados demandan a la empresa por violación de la Sección 1 y 2 de la *Sherman Act*, denunciando que ésta había abusado de su posición cuasi monopolística en el mercado de los sistemas operativos para controlar el mercado de los navegadores. Concretamente, se acusaba a la empresa de violar la sección 1 de la *Sherman Act* mediante la integración ilegal de productos diferenciados (*tie-in*) y la realización de contratos de exclusiva. También se alegó la utilización de tácticas anticompetitivas para mantener el monopolio en el mercado de sistemas operativos para PC y el intento de monopolización del mercado de navegadores, ambas conductas en violación de la sección 2 de la *Sherman Act*. A su vez, a lo largo del proceso fueron poniéndose de manifiesto otras prácticas de intimidación y abuso de posición dominante por parte de *Microsoft* en sus negociaciones con los fabricantes de ordenadores y los minoristas.

⁽²⁾ Véase, *in extenso*, sobre el desarrollo del caso *Microsoft* en EE.UU., HERRERO SUÁREZ, *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el Derecho de la competencia*, Madrid 2006, págs. 170 y ss.

Por lo que a la actuación llevada a cabo por las autoridades europeas se refiere, la Comisión tuvo ocasión de valorar la compatibilidad con la normativa europea en materia de competencia, específicamente con el art. 82 del TCE, que sanciona las prácticas abusivas cometidas por empresas en posición de dominio en el mercado, tanto de la negativa de *Microsoft* a facilitar determinada información de interoperabilidad a sus competidores en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, como la política de integración en el sistema operativo *Windows 2000* del reproductor de música e imágenes digitales, *Microsoft Media Player (MMP)*. Valoración que se cierra en 2004 con la adopción de una Decisión por la que se declara el carácter anticompetitivo de ambas conductas y se impone a la empresa informática, entre otras sanciones, una multa de 497 millones de euros⁽³⁾.

La Decisión fue recurrida por *Microsoft*, y tras un inusualmente dilatado plazo de deliberación, el 17 de septiembre de 2007 se hace finalmente pública la Sentencia del TPI de las Comunidades Europeas en resolución de dicho recurso⁽⁴⁾. Sentencia que viene a ratificar en lo esencial la Decisión impugnada.

Esta Sentencia era aguardada con enorme expectación, tanto por parte del sector empresarial como, en general, por todos los estudiosos y profesionales del Derecho de la competencia. Este sector del ordenamiento jurídico, especialmente dinámico y maleable, ha venido sufriendo, tanto en EE.UU. como en Europa —si bien en esta última de forma menos acusada—, un paulatino proceso de reorientación y adaptación de sus fines a una posición más economicista que, relegando o, incluso, rechazando frontalmente otro tipo de intereses, interpreta todas las prohibiciones antitrust en clave de eficiencia económica.

Este cambio de orientación es especialmente apreciable, en el marco europeo, en el sector del control de las concentraciones empresariales⁽⁵⁾, así como en la valoración de determinados tipos de acuerdos entre empresas, tanto verticales⁽⁶⁾ como horizontales⁽⁷⁾. No obstante, aún hay una asignatura pendiente. Si existe un ámbito especialmente polémico en el que confluyen las distintas tensiones que, desde sus propios orígenes, han venido informando el Derecho antitrust, es en la valoración de la eventual anticompetitividad de las conductas unilaterales realizadas por empresas con una especial posición de dominio o poder económico en el mercado y, principalmente, de conductas que puedan tener un efecto excluyente o distorsionador de la estructura concurrencial en mercados dados. Se trata de los denominados abusos excluyentes o anticompetiti-

⁽³⁾ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 referente a un procedimiento de aplicación del art. 82 del TCE (Asunto COMP/C-3/37.792 *Microsoft*). El incumplimiento por parte de *Microsoft* de las obligaciones tendentes a facilitar la interoperabilidad determinó la imposición, en julio de 2006, de nuevas sanciones, concretamente, de una multa de 280,5 millones de euros.

⁽⁴⁾ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007 (asunto T-201/2004, *Microsoft Corp. v. Comisión de las Comunidades Europeas*).

⁽⁵⁾ Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, *sobre el control de las concentraciones entre empresas*.

⁽⁶⁾ Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*.

⁽⁷⁾ Reglamento (CE) n.º 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, *relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología*; Reglamento (CE) n.º 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, *relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 a determinadas categorías de acuerdos de especialización*; Reglamento (CE) n.º 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, *relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo*.

vos que hacen referencia a aquellas conductas que, como consecuencia de la posición de poder de la empresa, pueden producir un efecto de exclusión (*foreclosure*) o cierre de los mercados a competidores actuales o potenciales⁽⁸⁾. En los últimos años, la política tradicional de la Comisión en este ámbito se ha convertido en objeto de ataques y críticas, distintas voces la tildan de rígida y formalista y reclaman la necesidad de proceder a una revisión de la misma, que permita tomar en consideración la realidad económica, tanto a la hora de apreciar una restricción a la competencia como de ponderar eventuales justificaciones empresariales a la misma⁽⁹⁾. El principal problema que plantea la aplicación del art. 82 del TCE es la dificultad de distinción entre conductas excluyentes lesivas o beneficiosas, en último término, para los consumidores. Los efectos de las restricciones de carácter excluyente sobre el desarrollo y resultado de los mercados no pueden ser generalizados. En principio, la exclusión puede conducir a un funcionamiento más eficiente de los mercados, si es resultado de la consecución de eficiencias y de la reducción de los costes de producción. No obstante, estas conductas también pueden resultar dañinas si impiden o dificultan a otras empresas más eficientes el acceso a los mercados.

En EE.UU., la política antitrust frente a las conductas excluyentes unilaterales ha sido objeto de una progresiva redefinición, consolidándose, de forma paulatina y, fundamentalmente, debido a la influencia de la Escuela de Chicago, una regla de no intervención a menos que estas conductas den lugar, con un alto grado de probabilidad, a una reducción directa e inmediata del excedente del consumidor, manifestada en una subida artificial de los precios, y ello con independencia de su posible impacto respecto a los competidores. En cambio, en el ámbito europeo se mantiene una concepción mucho más amplia del ilícito competitivo que, articulada en torno al concepto de «falseamiento» de la competencia, engloba también prácticas empresariales susceptibles de alterar la estructura competitiva de los mercados, excluyendo injustificadamente a competidores actuales o dificultando o impidiendo el libre acceso a los mismos por parte de terceras empresas⁽¹⁰⁾.

Las conductas analizadas en el caso *Microsoft*, prácticas de vinculación y negativa a contratar, encuentran plena cabida en la categoría de abuso excluyente. De ahí que la postura del TPI frente a dichas prácticas fuera aguardada con curiosidad, a fin de constatar si desde las autoridades judiciales se optaba por el mantenimiento de la línea tradicional, constituida en Europa por la preservación de mercados abiertos y dinámicos o si, por el contrario, y en consonancia con algunas posturas estadounidenses, se derivaba hacia otro tipo de parámetros que otorgan una mayor relevancia a la actuación libre de las grandes empresas y a los efectos inmediatos de las prácticas empresariales sobre los niveles de producción y precios. Estaba, por tanto, en juego mucho más que una simple multa, por cuantiosa que ésta sea.

Ahora bien, como tendremos ocasión de examinar en detalle en las páginas siguientes, la Sentencia del TPI no supone la revolución en la aplicación del art. 82 que algunos auguraban. Lejos de distanciarse de

⁽⁸⁾ Véase YANES, «Abusos restrictivos», en VELASCO SAN PEDRO (Dir.), *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006, págs. 35 y ss.

⁽⁹⁾ Véase, especialmente, el interesante trabajo del Profesor ALFARO, «Delimitación de la noción de abuso de posición de dominio», en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Madrid-Barcelona 2006, págs. 193 y ss.

⁽¹⁰⁾ La distinta configuración del ilícito competitivo en EE.UU. y Europa ha tenido repercusión en la práctica. En este sentido, conductas que habían obtenido el plácet de las autoridades norteamericanas, como, por ejemplo, el abortado proyecto de concentración entre las empresas *General Electrics* y *Honeywell*, fueron rechazadas por la Comisión Europea. Repercusión también evidente en el asunto *Microsoft*, en el que hechos análogos son valorados de forma divergente.

las posturas tradicionales, el TPI se atrincheró en una posición «conservadora», confirmando el acervo jurisprudencial y doctrinal existente en el campo tanto de la negativa a contratar como de las prácticas de vinculación.

El tema no deja de llamar la atención en estos momentos en que está anunciada una reforma en la comprensión del art. 82 del TCE en relación con los *abusos de exclusión*, dos de cuyos supuestos prototípicos son, precisamente, la negativa a contratar y los contratos vinculados. Reforma que a tenor de su primer avance, el *Discussion Paper* de la DG IV de diciembre de 2005⁽¹¹⁾, parecía encaminada a cambiar el método de análisis general, abandonando, entre otras cosas, la vieja doctrina de la *especial responsabilidad* de las empresas en situación de *domino*, y reduciendo el peso de las *cuotas de mercado* a la hora de apreciar la existencia del poder de dominio, en aras de un análisis más dinámico basado fundamentalmente en el estudio de las *barreras de entrada*⁽¹²⁾. Nada de esto se ve aquí. La especial responsabilidad de las empresas dominante, aunque no se insista especialmente en ella, es evocada expresamente en la Sentencia⁽¹³⁾, y el análisis de las barreras de entrada en el mercado se despacha con brevísimas referencias⁽¹⁴⁾, ocupando un lugar destacado la consideración de las cuotas de *Microsoft* en los mercados relevantes, que en el caso del sistema operativo *Windows* para PC, al ser superior al 90%, se considera expresivo por sí mismo de lo que reiteradamente se califica como *cuasi monopolio*⁽¹⁵⁾.

No podemos saber hasta qué punto la circunstancia de que el citado *Discussion Paper* se aproxime, aunque tímidamente, a los parámetros de análisis que han acabado preponderado en los EE.UU. para este tipo de conductas, y la cierta frustración que ha producido en la opinión pública europea que el caso *Microsoft* se acabase «cerrando en falso» en los mismos EE.UU., por conductas que guardan gran analogía con las aquí consideradas, han podido influir para reafirmar el propio sistema europeo.

El presente comentario, siguiendo la estructura de la Sentencia del TPI, se divide en tres apartados, en los que se analizan, en primer lugar, las conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión, tanto la negativa de *Microsoft* a suministrar información de interoperabilidad como las prácticas de vinculación de *Windows* con el *WMP*. Finalmente, se examina la postura de la autoridad judicial frente a los remedios establecidos en la decisión del Ejecutivo europeo.

II. Negativa a contratar (*refusal to deal*)

1. Introducción y antecedentes

Del conjunto de hechos o conductas de *Microsoft* que se han considerado expresivos de un abuso de su posición de dominio, aparece en primer término, y de manera muy destacada, la negativa de esta empresa a facilitar a sus competidores en el mercado de los sistemas operativos para *servidores de*

(11) *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, de diciembre de 2005.

(12) Véase el apartado 32 del *Discussion Paper*. Se hace un análisis con cierto detalle de las barreras de entrada en sus apartados 34 y ss.

(13) Véase el considerando 231.

(14) Véanse los considerandos 31 y 32 de la Sentencia.

(15) Véase seguidamente las referencias que se hacen a la delimitación de los mercados relevantes y la posición de dominio.

grupo de trabajo, las informaciones necesarias para permitir la plena interoperatividad o compatibilidad de estos sistemas con los *PC clientes* con sistema operativo *Windows*.

Sin desconocer la importancia y gravedad de las *prácticas de vinculación* que constituyen el segundo aspecto del caso, esta *negativa a suministrar informaciones* es sin ninguna duda el motivo central del asunto, pues no sólo las actuaciones se iniciaron por esta razón, sino porque es la parte más extensa de la Sentencia del TPI (considerandos 36 a 813) y donde la reprochabilidad de la conducta de *Microsoft* era, si cabe, aún mayor ⁽¹⁶⁾.

En relación con el inicio de asunto, como recuerda la misma Sentencia del TPI, aparece como primer hito una carta que *Sun Microsystems, Inc (Sun)*, dirigió el 15 de septiembre de 1998 a *Microsoft*, reclamándole el suministro de la información precisa para que sus sistemas operativos para servidores basadas en *Solaris* pudieran «comunicarse de manera transparente» con los sistemas basados en *Windows*, refiriendo en particular esta información a las tecnologías del *Active Directory* desarrolladas por *Microsoft* ⁽¹⁷⁾.

La carta de *Sun* fue contestada por otra de *Microsoft* de 6 de octubre de 1998 ⁽¹⁸⁾, en términos que, a pesar de su equivocidad y ambigüedad calculadas, podían interpretarse como una *negativa a facilitar dichas informaciones*, particularmente por su resistencia a suministrar más información sobre el *Active Directory* —tecnología esencial para garantizar la plena compatibilidad entre sistemas— que la ya publicada ⁽¹⁹⁾, como lo entendió *Sun*, con criterio compartido en los subsiguientes procedimientos administrativo y judicial por la Comisión y el TPI ⁽²⁰⁾.

A la vista de esta respuesta, *Sun* presentó una denuncia ante la Comisión Europea el 10 de diciembre de 1998, de la que derivó, tras las correspondientes actuaciones administrativas, la Decisión de la Comisión recurrida ante el TPI, cuya Sentencia aquí se comenta. Concretamente, en su escrito *Sun* «denunciaba la negativa de *Microsoft* a comunicarle las informaciones y la tecnología necesaria para permitir la interoperatividad de sus sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo con el sistema operativo *Windows* para PC clientes» ⁽²¹⁾.

2. El enfoque general de la Comisión

Es bien sabido que los casos de abuso de posición dominante, con independencia de los aspectos comunes que todos tienen, suelen presentar entre ellos elementos de diferenciación muy significativos, de manera que en gran medida cada caso que se plantea suele ser un caso nuevo. Esto sucede sin duda con el presente asunto, y más concretamente con el aspecto que ahora nos ocupa —la *negativa a suministrar*

⁽¹⁶⁾ Entre otras cosas porque las posibles justificaciones, de cara a los intereses de los consumidores, son mucho más endebles que en el caso de las prácticas de vinculación.

⁽¹⁷⁾ Esta carta se reproduce textualmente en el considerando 2 y se valora por el TPI en los considerandos 737 y ss.

⁽¹⁸⁾ La carta se reproduce también textualmente en el considerando 3 y se valora por el TPI en los considerandos 750 y ss.

⁽¹⁹⁾ Véase a este respecto, especialmente, lo señalado en el considerando 758.

⁽²⁰⁾ Véanse los considerandos 735 y ss. de la Sentencia.

⁽²¹⁾ Considerando 7.º.

informaciones—, por más que el tema guardara cierta analogía con un viejo asunto, también del campo de la informática, que se cerró a comienzos de los años ochenta por un acuerdo de la empresa concernida con la Comisión, lo que evitó una Decisión formal y la imposición de sanciones. Nos referimos al asunto *IBM* finalizado con un acuerdo con la Comisión en 1984, donde *IBM* aceptó ciertos compromisos de compatibilidad de sus productos informáticos con los que pudiera fabricar otros empresarios que, como recordó la Comisión Europea, eran muy similares a los que impuso a *Microsoft* en su Decisión⁽²²⁾.

Con todo, en torno al *grupo de casos* que establece el art. 82.2 del TCE, desarrollando la *cláusula general* de definición del abuso de posición dominante, se han ido concretando en la praxis de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE/TPI diversas clases de conductas prototípicas que se han venido considerando expresivas de una infracción de este tipo, y sobre las que progresivamente se ha ido estableciendo una serie de requisitos o condiciones, que, con independencia del supuesto concreto contemplado, aspiran a ir estableciendo una doctrina general de cada una de estas conductas, necesaria, en todo caso, para dotar de mayor seguridad jurídica a este sector, especialmente lábil, y donde las valoraciones de fondo no son siempre fáciles.

De ahí el interés que tiene el enfoque general que adoptó la Comisión, y que en el fondo, aunque no siempre se explicita así ni en la Decisión ni en la Sentencia del propio TPI, ha tratado de reconducir el supuesto a una de estas categorías prototípicas.

Este enfoque general, como pone de relieve la invocación que se hace constantemente en la Sentencia del TPI, al hilo de la argumentación de las partes y de su propio razonamiento, como *leading cases* en la materia, de los asuntos *Magill*⁽²³⁾, *IMS Health*⁽²⁴⁾ y, aunque en menor medida, *Bronner*⁽²⁵⁾, no es otro que el de *la negativa a contratar (refusal to deal)* como tipo más general que encajaría en el supuesto abusivo del art. 82.2.c) del TCE referido a «limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores»⁽²⁶⁾.

⁽²²⁾ Véase el considerando 710. Sobre este asunto, véase *Décimo Informe sobre la Política de la Competencia*, 1985, aps. 94 y ss.

No dejar de ser expresivo de la coincidencia entre estos asuntos que algunos comentaristas asocian el declive de *IBM* que siguió a este acuerdo, con la aceptación del mismo, lo que asimismo habría explicado la resistencia numantina de *Microsoft* a aceptar un compromiso semejante.

⁽²³⁾ Sentencia del TJCE de 6 de abril de 1995 (asuntos acumulados C-241/1991 P y C-242/1991 P). En este caso se planteaba la negativa de varias cadenas de TV de Irlanda que procedían a publicar cada cual sus propias guías con sus programas, a ceder sus programaciones a terceros con el objeto de impedir la publicación de una guía general de todas las cadenas hasta entonces inexistente. Esta conducta se consideró abusiva.

⁽²⁴⁾ Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004 (asunto C-418/2001). El supuesto de hecho de este caso se refería a una empresa que era titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una estructura de segmentos indispensable para la presentación de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos y, mediante una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán, el TJCE se pronunció acerca de las condiciones en que la negativa a otorgar una licencia para la utilización de esta estructura a otra empresa, que deseaba asimismo suministrar tales datos, podría ser considerado abuso de posición de dominio.

⁽²⁵⁾ Sentencia del TJCE de 26 de noviembre de 1998 (asunto C-7/1997). Aquí se trataba de una editora de diarios que tenía organizado un sistema de distribución a domicilio, que denegó la pretensión de un diario competidor de contratar este servicio de distribución. En este caso se desestimó la existencia de abuso de posición de dominio.

⁽²⁶⁾ Un tratamiento actualizado de este tipo de conducta, con examen de las Sentencias señaladas y otras relacionadas, en BROKELMANN, «La negativa de suministro y figuras afines», en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ (Dir.), *El abuso...* cit., págs. 341 y ss.

El tema habría sido, seguramente, susceptible de otros enfoques. Particularmente podría haberse utilizado para importar a Europa la doctrina norteamericana de las llamadas *infraestructuras esenciales* (*essential facilities*)⁽²⁷⁾, considerando a *Windows*, en cuanto estándar de facto de los sistemas operativos para PC⁽²⁸⁾, como una *infraestructura esencial* de cara a desarrollar aplicaciones compatibles con él, como, aunque no sólo, los sistemas operativos para *servidores de grupo* de trabajo, contemplados en el presente caso⁽²⁹⁾. Pero igual que sucedió con asuntos anteriores, particularmente con el ya mencionado caso *Bronner*⁽³⁰⁾, tanto la Comisión como el mismo TPI prefieren mantenerse en el terreno más seguro de las *negativas a contratar*.

Puede decirse, además, que esta postura es compartida, mejor dicho, soportada por *Microsoft*, que lejos de tratar de encuadrar su conducta dentro de otra categoría —acaso por no dar la imagen de que su conducta pueda ser examinada de ninguna manera como un abuso de posición dominante—, se esfuerza en su argumentación por presentar sus actuaciones fuera de los parámetros o condiciones definidas para estos asuntos por la jurisprudencia del TJCE, cosa que como se verá seguidamente, no aceptó la Comisión, con criterio compartido por el TPI.

En cualquier caso, esto revela el conservadurismo en el que se mueve en este asunto, tanto la Decisión de la Comisión, como la Sentencia del TPI, que la viene a ratificar punto a punto. Y que además conecta, como ya se advirtió en la introducción, con la consideración general del abuso de posición de dominio, que se mantiene sin excepciones dentro de los parámetros clásicos de análisis de estas conductas en Europa, de manera que las aportaciones de la Sentencia en estos aspectos, más que introducir innovaciones, lo que hacen es cerrar y acabar de perfilar la doctrina existencia anteriormente en la materia, particularmente la sentada en los mencionados asuntos *Magill* e *IMS Health*.

3. Delimitación de mercados y posición de dominio

Un primer aspecto significativo de la Sentencia comentada se refiere, en el marco del análisis tradicional que la misma adopta confirmando el que en este mismo sentido siguió la Comisión, viene referido a la delimitación de los mercados relevantes y la apreciación de la posición de dominio de *Microsoft*.

En cuanto a los *mercados relevantes*, en relación con la conducta que aquí estamos considerando, la Sentencia confirma la apreciación de la Comisión de que los mercados afectados eran, por un lado, el mercado de los sistemas operativos para PC clientes, y por otro, el de los sistemas operativos para *servidores de grupos de trabajo*. Este último mercado se considera integrado por los sistemas concebidos

⁽²⁷⁾ Véase *ad. ex.*, los casos *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985) y el reciente y polémico *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004) y un tratamiento actualizado en Fox, «Is there life in Aspen after Trinko? The silent revolution of Section 2 of the Sherman Act», 73, *ALJ*, 2005, págs. 153 y ss.

⁽²⁸⁾ Así se señala en diversos pasajes de la Sentencia. Por ejemplo, en el considerando 387.

⁽²⁹⁾ Parece mantener el planteamiento de aplicar este concepto al caso *Microsoft*, GÓMEZ RODRÍGUEZ, «La Carta Adelphi y el caso Microsoft: la protección de software en un entorno de competencia», en *RDM* n.º 264-265, 2007, págs. 687 y ss.

⁽³⁰⁾ Véase a este respecto el interesante trabajo de Díez Estella, «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities”», en *RDM* n.º 248, 2003, págs. 555 y ss.

para realizar tareas consideradas críticas como el compartir ficheros e impresoras, así como la gestión de los usuarios y de los grupos de usuarios.

Las alegaciones de *Microsoft* en el sentido de que ese segundo mercado vendría a ser una invención de la Comisión, desconocida en los sectores especializados⁽³¹⁾, por lo que tendría que ser sustituido por uno más amplio referido a los servidores que efectúan un amplio abanico de tareas, comprendiendo asimismo los servidores web, de bases de datos y de aplicaciones, son rechazadas por el TPI. En este sentido, el TPI, atendiendo a los estudios económicos encargados por la Comisión, en los que se analizan las razones esenciales por las que se conciben, comercializan, adquieren y utilizan estos sistemas, confirma la apreciación de la existencia de ese segundo mercado, que comprendería las tareas consideradas como *críticas* en los grupos de usuarios, con independencia de que estos sistemas puedan utilizarse también para otras tareas que no tengan este carácter crítico, como gestión de correo electrónico interno o cortafuegos, entre otras⁽³²⁾. Estos mercados se consideran además, por la propia naturaleza de los productos ofrecidos, de ámbito mundial⁽³³⁾.

Asimismo, el TPI, que mantiene la doctrina ya sentada a la hora de definir la *posición de dominio*⁽³⁴⁾, confirma la apreciación de que *Microsoft* estaría en esta situación en ambos mercados, realizada por la Comisión, sobre las bases de sus cuotas, que se evalúan en superiores al 90% en el primer mercado de los sistemas operativos para PC en relación con el sistema operativo *Windows* —lo que le permite al Tribunal hablar, como ya se ha dicho de *cuasi monopolio*—, y al 60% en el segundo de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo —cuyo ensanchamiento pretendido por *Microsoft* al discutir su pertinencia, no es admitido por el Tribunal—⁽³⁵⁾.

4. La negativa a suministrar información

Siguiendo con el análisis tradicional, la Sentencia se ocupa particularmente de evaluar la conducta de *Microsoft* referida a su *negativa a suministrar información* a competidores como *Sun*, para determinar si en las mismas se dan las características de una explotación abusiva de su previa situación de posición dominio sobre los mercados relevantes. Para ello se ve obligada a revisar con carácter previo dos circunstancias que de alguna manera fijan el marco en el que debe ser evaluada esta conducta, incluso antes de considerar sus eventuales consecuencias sobre la competencia, y que fueron un punto de tenaz resistencia por parte de *Microsoft*, y en buena medida el grueso de su defensa. Esas dos circunstancias son, por un lado, la interoperatividad entre sistemas exigible, y por otro, el alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual.

⁽³¹⁾ Véase el considerando 447, donde se reproduce una alegación de *Microsoft* indicando que «nadie en el sector utiliza el término “servidor de grupo de trabajo” en el sentido empleado por la Comisión para definir (este mercado de producto)».

⁽³²⁾ Véase sobre todo el considerando 485.

⁽³³⁾ Considerandos 772 y ss.

⁽³⁴⁾ Véase el considerando 229 con cita específica de lo afirmado en la Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, asuntos C-395/96P y C-396/96P, *Compagnie maritime belge transports*.

⁽³⁵⁾ Véanse los considerandos 31 y ss., recogiendo las apreciaciones de la Comisión, confirmadas por el Tribunal en los considerandos 556 y ss.

Posteriormente, el Tribunal considerará propiamente el carácter abusivo de la conducta imputada a *Microsoft*, introduciendo en su estudio el análisis del alcance y consecuencias de la negativa del suministro de informaciones objeto de la causa.

Todo ello se expone brevemente a continuación.

4.1. La interoperatividad entre sistemas exigible

Un primer punto de fricción en el caso donde se manifestaron de manera radical las discrepancias entre *Microsoft* y la Comisión, fue el de la interoperatividad exigible entre sistemas; concretamente en este caso, entre el sistema operativo *Windows* para PC, y los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. *Sun*, en su primera carta dirigida a *Microsoft*, le reclamaba las informaciones necesarias para que permitir que las aplicaciones de su sistema *Solaris* «fueran capaces de comunicar de manera transparente vía COM y/o *Active Directory* con los sistemas operativos *Windows* y/o con los programas basados en *Windows*».

La Comisión en el procedimiento administrativo previo y en su Decisión consideró que estas informaciones eran las relativas a la interoperatividad, comprendiendo las «especificaciones exhaustivas y correctas de todos los protocolos (utilizados) en los sistemas operativos *Windows* para servidores de grupos de trabajo y que son utilizados por los servidores de trabajo *Windows* para suministrar a la red *Windows* para grupos de trabajo los servicios de compartir ficheros e impresoras, y de gestión de los usuarios y de los grupos (de usuarios), comprendido los servicios de controlador del dominio *Windows*, el servicio de anuario *Active Directory* y el servicio “*Group Policy*”»⁽³⁶⁾. Por sí hubiera además alguna duda sobre el alcance real de estas informaciones, la Comisión puntualizó que no alcanzaban al *código fuente* de *Microsoft*, y que no implicaban ordenar a esta empresa que permitiera a los terceros copiar *Windows*⁽³⁷⁾.

Microsoft argumentó durante el procedimiento y posterior proceso judicial, que al requerir la entrega de estas informaciones la Comisión estaba exigiendo una interoperatividad o compatibilidad plena entre los productos de *Microsoft* y los de la competencia, que iba más allá de la establecida por el Derecho comunitario aplicable al supuesto, constituido por la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991. Esta interoperatividad más limitada que exigiría la Directiva estaría, además, ya conseguida gracias a las divulgaciones de informaciones sobre *interfaces* que ha venido realizando, especialmente mediante su producto denominado *MSDN* o las conferencias que organiza para los programadores profesionales y algunos otros métodos disponibles sobre el mercado⁽³⁸⁾. Por otro lado, *Microsoft* también señalará que esa noción de interoperatividad implicaría que los sistemas de sus competidores funcionaran en todos los conceptos como un sistema operativo *Windows* para servidores. Lo que no podría realizarse, según considera *Microsoft*, más que permitiendo a los competidores clonar sus productos o

⁽³⁶⁾ Véase el considerando 37.

⁽³⁷⁾ Considerando 40.

⁽³⁸⁾ Considerando 109.

ciertas características de los mismos, a través de la comunicación de informaciones sobre sus mecanismos internos ⁽³⁹⁾.

En su argumentación, la Comisión entiende que, aun existiendo determinados grados de interoperatividad o compatibilidad entre sistemas, y que en medida limitada estaba ya conseguida una cierta compatibilidad ⁽⁴⁰⁾, la sumamente estrecha defendida por *Microsoft* no es la exigida por la citada Directiva ⁽⁴¹⁾. El TPI confirma este punto de vista ⁽⁴²⁾.

En relación con la interoperatividad exigible, el punto decisivo a tener en cuenta, confirmado por los estudios técnicos encargados por la Comisión, vendría a ser que cada recurso (ordenador, impresora, usuario, aplicación, etc.) de un dominio *Windows* posee una *cuenta de dominio*, que define su identidad en el conjunto del dominio, y que, en el seno del mismo dominio *Windows*, hay una conexión única por usuario, en el sentido de que, cuando este último se conecta a un recurso del dominio (generalmente su PC cliente), es reconocido por el conjunto de los otros recursos del mismo dominio y no debe introducir de nuevo su nombre y su clave ⁽⁴³⁾. En relación con estas características técnicas, el *Active Directory* juega un papel crucial, en cuanto elemento que registra todas las informaciones relativas a los objetos de la red y permite una gestión centralizada de la misma, a la vez que garantiza la seguridad de las informaciones, papel que lejos de disminuir se ha acrecentado con la evolución del sistema *Windows NT* al *Windows 2000* ⁽⁴⁴⁾. En este marco, la red *Windows* para grupos de trabajo se apoya sobre una arquitectura de conexiones e interacciones tanto cliente-servidor como servidor-servidor y es esta arquitectura la única que permite un acceso transparente a los principales servicios suministrados por los servidores de grupos de trabajo ⁽⁴⁵⁾. De ahí que las exigencias de dar informaciones establecidas por la Decisión, incluidas las referidas al *Active Directory*, estén a juicio del Tribunal plenamente justificadas, para conseguir esa interoperatividad transparente.

4.2. La protección de los derechos de propiedad intelectual

En el argumentario de *Microsoft* ocupa un lugar destacado la invocación de sus *derechos de propiedad intelectual* en relación con los aspectos que la Comisión obliga en su Decisión a comunicar, en particular en relación con sus protocolos de comunicación. En este sentido señala la obtención de múltiples patentes en EE.UU. y Europa, y que están pendientes de concesión una veintena ⁽⁴⁶⁾, si bien en otro momento del procedimiento administrativo alegó su carácter de *secreto de negocios (trade secrets)*, merecedor de una semejante protección ⁽⁴⁷⁾.

⁽³⁹⁾ Considerando 110.

⁽⁴⁰⁾ Véase, entre otros, el considerando 219.

⁽⁴¹⁾ Véanse especialmente los considerandos 138 y 139.

⁽⁴²⁾ Considerando 225.

⁽⁴³⁾ Considerando 165.

⁽⁴⁴⁾ Véanse especialmente los considerandos 167,170 y 191.

⁽⁴⁵⁾ Considerando 186.

⁽⁴⁶⁾ Considerando 270.

⁽⁴⁷⁾ Véase el considerando 285.

La Comisión objeta esta afirmación al señalar que *Microsoft* no ha demostrado que las pretendidas innovaciones que presentan los protocolos de comunicación sean objeto de una patente. Con todo, no se opone a que las especificaciones concernidas por la Decisión recurrida no puedan ser objeto de un derecho de autor. Esto no significaría, sin embargo, que la utilización de las informaciones así documentadas constituya una violación de un derecho de autor ⁽⁴⁸⁾.

Tienen interés las alegaciones de la FSFE ⁽⁴⁹⁾ (que interviene como coadyuvante de la demandada), en el sentido de negar que la tecnología invocada por *Microsoft* sea nueva ni innovadora. Esta entidad alega que *Microsoft* tiene por política adoptar los protocolos preexistentes, para después aportar modificaciones menores e inútiles con el objetivo de obstaculizar la interoperatividad ⁽⁵⁰⁾.

El TPI, por su parte, considera que no es necesario resolver sobre la cuestión de la existencia de derechos de propiedad intelectual por parte de *Microsoft* para resolver el asunto ⁽⁵¹⁾. Aunque se admitiese la existencia de tales derechos de propiedad intelectual, lo decisivo es ver si las condiciones bajo las que se puede compeler a una empresa a acordar una licencia sobre los mismos, se dan en el presente caso ⁽⁵²⁾. Éste es precisamente el tema que se examinará seguidamente.

4.3. *La negativa de suministro de información como conducta abusiva*

A) Planteamiento

Resueltas estas cuestiones previas, la Sentencia se va a detener en el núcleo de la causa que es la de comprobar si la calificación de la negativa de suministro de informaciones por parte de *Microsoft*, se podría considerar abusiva o no.

Para ello, en un primer momento, el Tribunal, en el marco del análisis clásico que va a seguir —porque éste fue, además, el que siguió la propia Comisión en la Decisión impugnada—, y tras examinar la jurisprudencia que se considera de aplicación, particularmente las ya citadas Sentencias *Magill* e *IMS Health*, va a considerar que la negativa a contratar efectuada por una empresa en posición de dominio, particularmente en caso de que afecte a un derecho de propiedad intelectual, únicamente puede ser considerada abusiva, cuando concurren tres circunstancias excepcionales: primero, que la negativa afecte a un producto o servicio indispensable para el ejercicio de una actividad sobre un mercado vecino; segundo, que la negativa sea de tal naturaleza que implique la exclusión de toda competencia efectiva sobre el mercado vecino; tercero, que la negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que exista una demanda potencial de los consumidores ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁸⁾ Véanse especialmente los considerandos 278 y 279

⁽⁴⁹⁾ Siglas de «Free Software Foundation Europe eV».

⁽⁵⁰⁾ Considerando 282.

⁽⁵¹⁾ Considerando 283.

⁽⁵²⁾ Considerando 290.

⁽⁵³⁾ Considerandos 312 y ss., especialmente el 332.

Una vez examinada esta cuestión, en un segundo momento, se planteará la existencia o no de justificaciones objetivas.

B) El carácter indispensable de las informaciones

En el marco de la jurisprudencia que se considera aplicable, concretamente en este punto los asuntos *Bronner e IMS Health*, y como se acaba de adelantar, el primer aspecto a analizar para valorar si la conducta de *Microsoft* era abusiva o no, es ver si las informaciones denegadas por ella eran o no realmente indispensables.

En sus argumentaciones *Microsoft* indicará que esas informaciones no eran indispensables para sus competidores, en particular en relación con el *Active Directory*, desde el momento en que dichos competidores disponen de sus propios servicios de anuario, que están en condiciones de suministrar servicios de grupo de trabajo a los sistemas operativos *Windows* para PC clientes y para servidores⁽⁵⁴⁾. Por otro lado, la interoperatividad entre sistemas se podría conseguir, según entiende también *Microsoft*, por hasta cinco métodos diferentes, sin necesidad de nuevo de recurrir a sus informaciones⁽⁵⁵⁾.

La Comisión rechaza de plano estos argumentos, y considera que las alternativas propuestas por *Microsoft* no aseguran la interoperatividad plena entre sistemas que considera exigible. Por otro lado, el carácter indispensable de las informaciones resultaría, de una parte, de la importancia que tiene la interoperatividad con los PC clientes para los sistemas operativos para servidores de grupo de trabajo, y por otra, del *cuasi monopolio* que *Microsoft* posee sobre el mercado de sistemas operativos para PC clientes⁽⁵⁶⁾. Las soluciones propuestas son ineficaces para permitir el alto grado de interoperatividad exigible y a lo sumo sólo permiten a los competidores de *Microsoft* mantener una posición de *minimis* sobre el mercado, lo que redundaría de nuevo en su consideración como indispensables⁽⁵⁷⁾.

Por otro lado, no deja tampoco de ser significativo en este sentido, cómo desde el punto de vista comercial *Microsoft* utiliza sistemáticamente la interoperatividad como argumento de venta esencial de sus propios sistemas operativos para servidores de grupo de trabajo⁽⁵⁸⁾.

El TPI apoya de nuevo todas estas consideraciones, basadas en los estudios técnicos y pruebas aportados por la Comisión.

C) La exclusión de competencia

Microsoft argumentó en su defensa que su negativa de suministro de informaciones, no era de tal entidad como para excluir toda la competencia sobre el mercado derivado de los sistemas operativos para servidores de grupo, y que además la Comisión alude a un simple riesgo de eliminación de dicha

⁽⁵⁴⁾ Considerando 342.

⁽⁵⁵⁾ Sobre estos métodos alternativos, véase principalmente el considerando 346.

⁽⁵⁶⁾ Considerando 353.

⁽⁵⁷⁾ Véase en especial el considerando 355.

⁽⁵⁸⁾ Considerando 394.

competencia, cuando la jurisprudencia aplicable habría exigido una situación próxima a la certidumbre⁽⁵⁹⁾. Este argumento se superpone a su contestación del mercado relevante, que se considera en el caso del mercado de los sistemas operativos para servidores de grupo de trabajo, incorrectamente delimitado⁽⁶⁰⁾.

La Comisión no comparte de nuevo esta argumentación comenzando con el riesgo de eliminación de competencia, que apunta que ya existía en 1998 (cuando se iniciaron las actuaciones) igual que existe hoy, con la única diferencia es que «esta eliminación de competencia es actualmente más inminente que en 1998»⁽⁶¹⁾. Asimismo, como se indicó anteriormente, mantiene la corrección de su delimitación de mercados, y de la apreciación de la posición de dominio de *Microsoft*.

El Tribunal, una vez más, apoya los planteamientos de la Comisión. En particular considera apropiado el examen realizado por la Comisión de la evolución de las cuotas de mercado de *Microsoft* y de sus competidores, y que revelan como *Microsoft* ha conocido un crecimiento rápido e importante en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo y que continúa progresando en detrimento de otros competidores, particularmente *Novell*, que no ha dejado de retroceder. La cuota de mercado de otros competidores como *UNIX* es débil, y los productos *Linux* sólo tienen una presencia muy limitada en el mercado, sin que hayan registrado ninguna progresión en los últimos años. En este sentido, se apuntan los datos dados por el *IDC*, que revelan como los sistemas operativos basados en servidores con un coste inferior a 25.000 USD, *Microsoft* ha pasado de un 25,4% en 1996, a un 64,9% en 2002, con una ganancia del 40% en seis años⁽⁶²⁾.

Por otro lado, señala el TPI que, aunque la Comisión hubiera estimado erróneamente la posición de dominio de *Microsoft* en el mercado de los sistemas operativos para grupos de trabajo, la circunstancia de que *Microsoft*, con su negativa de información, se estaría sirviendo, como también le reprocha la Comisión, de un *efecto de palanca (leveraging)* de su posición *cuasi monopolista* en el mercado de los sistemas operativos para PC clientes, para influir sobre el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, no habría sido argumento suficiente para estimar la inexistencia de abuso de posición dominante⁽⁶³⁾.

Como otro dato complementario, se apunta además que la interoperatividad de los sistemas operativos de servidores de grupo de los competidores con los productos de la generación *Windows 2000*, es más reducida que la de los de la generación precedente⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁹⁾ Considerando 439.

⁽⁶⁰⁾ Véanse los considerandos 437 y ss.

⁽⁶¹⁾ Considerando 459.

⁽⁶²⁾ Considerando 570.

En relación con este parámetro de los 25.000 USD utilizado por la Comisión para realizar sus estudios, *Microsoft* contestó su pertinencia, con argumentos no admitidos por el TPI. Véanse los considerandos 536 y ss. y 576 y ss.

⁽⁶³⁾ Considerando 559. En relación con este aspecto, crucial en los supuestos de abuso de posición de dominio en mercados vecinos o conexos, véase VELASCO SAN PEDRO, «Mercados conexos», en VELASCO SAN PEDRO (Dir.), *Diccionario...* cit., págs. 490 y ss.

⁽⁶⁴⁾ Considerando 612.

D) Producto nuevo

En último lugar, se detiene la Sentencia en el examen de si la negativa de suministro obstaculizaba la aparición de un producto nuevo para el que existía una demanda potencial de los consumidores.

Nuevamente, *Microsoft* argumenta la inexistencia de este ulterior requisito sobre los que insistieron especialmente las Sentencia *Magill* e *IMS Health*. Concretamente, a juicio de *Microsoft* la Decisión impugnada no identifica ningún *producto nuevo* que sus competidores desarrollarían utilizando sus protocolos de comunicación, ni demuestra la existencia de una demanda para tal producto ⁽⁶⁵⁾.

Frente a este planteamiento, la Comisión, apoyándose en la Sentencia *IMS Health*, señalará que un *producto nuevo* es un producto que no se limita a reproducir los productos ya ofrecidos en el mercado por el titular del derecho de autor. Bastaría con que el producto contuviera elementos sustanciales resultado del propio esfuerzo del licenciatario. Reteniendo que *Microsoft* no está obligada a divulgar más que las especificaciones de sus interfaces, y no su implementación, la Comisión afirma que sus competidores no se limitarán a reproducir sus productos y que no estarán además en condiciones de hacerlo ⁽⁶⁶⁾. La Comisión indica, asimismo, que la negativa no afecta directamente a la capacidad de los competidores de innovar, sino más bien a la del consumidor de beneficiarse de esa innovación, así como a la capacidad de los competidores de sacar provecho de su innovación, y, más a largo plazo, a sus incentivos para innovar ⁽⁶⁷⁾.

El Tribunal, a la hora de analizar esta cuestión, considera que las indicaciones de las Sentencias *Magill* e *IMS Health* no pueden considerarse los únicos parámetros que permiten determinar si una negativa de dar en licencia un derecho de propiedad intelectual es susceptible de perjudicar a los consumidores en el sentido del art. 82.2.b) del TCE, de manera que este perjuicio puede proceder de una limitación no solamente de la producción o del mercado, sino también del desarrollo técnico ⁽⁶⁸⁾. En este contexto, considera que las manifestaciones de la Comisión no son manifiestamente erróneas.

Particular atención presta el Tribunal a los *perjuicios a los consumidores* que estaría ocasionando la conducta de *Microsoft*. Entre sus afirmaciones destaca especialmente la referencia que hace al sondeo realizado por *Mercer* ⁽⁶⁹⁾, en el que se pone claramente de relieve cómo los consumidores consideran los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo competidores como superiores a los sistemas operativos *Windows* en lo que concierne a una serie de características a las que conceden gran importancia ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁵⁾ Considerando 625.

⁽⁶⁶⁾ Considerando 631.

⁽⁶⁷⁾ Considerando 636.

⁽⁶⁸⁾ Considerando 647.

⁽⁶⁹⁾ Estudio realizado por encargo de la Comisión mediante una muestra representativa de usuarios especializados, cuyas conclusiones apoyan en diversas ocasiones las afirmaciones de la Comisión, y que son asimismo evocadas por el Tribunal para confirmar sus planteamientos o, al menos, dentro del control limitado que se atribuye al Juez comunitario en estas materias, para no considerar manifiestamente erróneos sus planteamientos.

⁽⁷⁰⁾ Considerando 661.

E) Ausencia de justificaciones objetivas. Perjuicio a los consumidores

En la parte final de su análisis, y fiel de nuevo al esquema clásico seguido en este asunto, se contempla la existencia de justificaciones objetivas, que habrían podido determinar finalmente el carácter no abusivo de la negativa de suministro de informaciones de *Microsoft*.

Microsoft, en este punto, argumentó que su negativa estaba objetivamente justificada por sus derechos de propiedad intelectual sobre la tecnología concernida, cuya consecución le había comportado inversiones significativas, y que el éxito comercial obtenido era la recompensa legítima por ello. Asimismo venía a reprochar a la Comisión la falta de realización de un balance competencial, al haber tenido sólo en cuenta los beneficios sobre el conjunto del sector, pero no la incidencia negativa sobre los incentivos para innovar de la empresa en posición de dominio⁽⁷¹⁾.

El Tribunal considera, con carácter previo, que así como la prueba del abuso corresponde a la Comisión, es a la empresa concernida a la que le corresponde probar la existencia de una justificación objetiva⁽⁷²⁾. En relación con este tema, en el procedimiento administrativo *Microsoft* sólo alegó sus derechos de propiedad intelectual, lo que a juicio del Tribunal no es por sí mismo una justificación objetiva en el sentido de las Sentencias *Magill* e *IMS Health*⁽⁷³⁾.

III. Prácticas de vinculación (*tying agreements*)

1. Consideraciones preliminares

La segunda conducta que se imputa a la empresa es la vinculación ilegal entre productos. Esta práctica, conocida como contratos vinculados o, en su terminología anglosajona, *tying agreements*, consiste en la subordinación de la venta de un determinado producto (producto principal o vinculante) a la adquisición necesaria por parte del comprador de un segundo producto (producto vinculado)⁽⁷⁴⁾. Esta conducta se encuentra expresamente sancionada, como ejemplo de práctica abusiva, en el art. 82.2.d) del Tratado CE, que prohíbe subordinar la conclusión de los contratos a «la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos»⁽⁷⁵⁾.

La política en materia de vinculación no ha seguido, ni en Europa ni en EE.UU., un desarrollo uniforme, pudiéndose observar una cierta evolución desde posiciones abiertamente escépticas, que sancionaban sin matices estas prácticas, hacia actitudes más tolerantes que reconocen la ambigüedad competitiva de estas

⁽⁷¹⁾ Véanse considerandos 666 y ss.

⁽⁷²⁾ Considerando 688.

⁽⁷³⁾ Considerando 690.

⁽⁷⁴⁾ Tanto el término venta como el término producto han de ser interpretados en sentido amplio. Así, el primero abarcaría todas las figuras contractuales cuyo objeto sea la puesta a disposición de un tercero de un determinado producto (*ad. ex.* un contrato de arrendamiento) y el segundo ha de ser entendido de forma general, comprensivo tanto de los bienes de cualquier naturaleza como de las prestaciones de servicios.

⁽⁷⁵⁾ En relación con esta conducta, nos remitimos al extenso tratamiento realizado en HERRERO SUÁREZ, *Los contratos vinculados...*, *cit.*

conductas y la posibilidad de que de las mismas se deriven efectos neutrales —o, incluso, beneficiosos para la competencia—. Por lo que al caso europeo concierne, si bien los contratos vinculados son objeto de una doble previsión normativa, en cuanto pueden ser sancionados tanto como posible acuerdo restrictivo de la competencia (art. 81 del TCE) como por conducta abusiva por parte de un operador dominante (art. 82 del TCE), la mayoría de las prácticas de vinculación han sido examinadas bajo este último precepto, reservándose el art. 81 para aquellas conductas de vinculación insertas en contratos de contenido más amplio: acuerdos de licencia de patentes u otros derechos de propiedad industrial o contratos de cooperación entre empresarios de naturaleza vertical (acuerdos de aprovisionamiento exclusivo o de franquicia). El acervo comunitario en la materia, menos rico en casos que el estadounidense, se articula en torno a una serie de resoluciones clave, entre las que podemos destacar los asuntos *Hoffmann-La Roche* ⁽⁷⁶⁾, *Hilti* ⁽⁷⁷⁾ y *Tetra Pak II* ⁽⁷⁸⁾. La valoración de las prácticas de integración del sistema operativo *Windows* y el lector digital *WMP* de la empresa *Microsoft* por parte de la Comisión constituía, hasta el momento de publicación de la Sentencia objeto de comentario, la última referencia europea en materia de contratos vinculados.

Tanto el concepto y valoración de los contratos vinculados como el remedio utilizado en sanción de la conducta por la Comisión son cuestionados por la empresa informática. La Sentencia del TPI constituye una interesante oportunidad de recapitulación y concreción de la política que, desde las autoridades de la competencia, conviene adoptar frente a estas conductas ⁽⁷⁹⁾. En este sentido, el Tribunal va a clarificar algunos puntos especialmente complejos o discutibles pero sin separarse de los rasgos definidos por la Comisión y de las líneas generales en materia de vinculación deducibles de los casos previamente citados.

En este sentido, el TPI va a confirmar los elementos identificados por la Comisión como necesarios para prohibir una práctica o conducta de vinculación con arreglo al art. 82 del Tratado CE. Así, en primer lugar, se identifican los elementos estructurales o esenciales de esta conducta: existencia de dos productos diferenciados y vinculación entre ellos. El tercer requisito es, en realidad, una condición de aplicabilidad del art. 82: tenencia de una posición dominante en el mercado del producto principal. Por lo que a los elementos de responsabilidad se refiere, es preciso que la práctica cause una lesión de la competencia (ya sea en el mercado del producto principal o en el mercado del producto vinculado) y que, además, no pueda ofrecerse una justificación objetiva y proporcionada de la conducta. Analicemos cada uno de ellos separadamente.

2. Existencia de dos productos diferenciados ⁽⁸⁰⁾

Analíticamente, el primer paso en la evaluación de la vinculación contractual consiste en determinar si la conducta objeto de examen implica la venta de dos productos diferenciados o si, por el contrario,

⁽⁷⁶⁾ Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1976, asunto IV/29020, *Vitamins*; Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979.

⁽⁷⁷⁾ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco c. Hilti*, Asuntos IV/30.787 y 31.4888; Sentencia del TPI de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/1989; Sentencia del TJCE de 2 de marzo de 1994, *Hilti A.G. v. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-53/92P.

⁽⁷⁸⁾ Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pak II*, asunto IV/31.043; Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-83/1991; Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak International S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-333/94P.

⁽⁷⁹⁾ Considerandos 842 y ss.

⁽⁸⁰⁾ Considerandos 872 a 944.

ha de ser vista como la venta de un único producto compuesto. Frente a las acusaciones de integración ilegal de productos diferenciados, *Microsoft* ha mantenido, tanto en Europa como en EE.UU., una línea de defensa uniforme: existencia de un único producto —plataformas de *software*—, lo que excluye, por definición, la posibilidad de vinculación. En este sentido, *Microsoft* alega que el lector de archivos audiovisuales (*WMP*) constituye simplemente una parte integrante de *Windows*, alegación rechazada por la Comisión, quien mantiene que reproductores digitales y sistemas operativos han de ser considerados productos diversos.

¿Qué criterio se utiliza por las autoridades de competencia para valorar los productos implicados en una transacción empresarial? La mera separabilidad o posibilidad de individualización física no constituye un parámetro adecuado, en cuanto extendería el análisis antitrust a la práctica totalidad de las ventas realizadas en el mercado. A fin de encontrar una regla válida de diferenciación es necesario indagar en el fundamento de la prohibición de las prácticas de vinculación. Ésta no se encuentra en la sanción de conductas eficientes, sino en evitar que empresas en situación de poder económico en un mercado puedan utilizar estas prácticas, ya sea para perpetuarse en esa situación, ya para falsear la competencia en un mercado diverso. Por tanto, la separación relevante a efectos de aplicación de la prohibición ha de valorarse desde una perspectiva económica. Dos bienes —o servicios— serán disociables económicamente si existen mercados diversos para cada uno de ellos. Por tanto, la identificación de una práctica de vinculación tiene como punto de partida la constatación de la existencia de mercados diferenciados de bienes o servicios. ¿Qué factores han de ser ponderados a fin de establecer la presencia de distintos mercados? El criterio central en la determinación de los productos implicados utilizado por las autoridades de competencia europeas y norteamericanas⁽⁸¹⁾, es la percepción de los propios demandantes, es decir, el juicio de los compradores.

En este sentido, la Comisión considera que existirán dos productos diversos siempre que haya suficiente demanda independiente o individual para el *producto vinculado*. En aplicación de esta regla, defiende que sistemas operativos y reproductores digitales son bienes distintos, ya que existe una demanda para el producto vinculado (reproductor) diversa de la demanda del producto principal (sistema operativo)⁽⁸²⁾. En este punto, se produce un primer enfrentamiento entre el Ejecutivo europeo y *Microsoft*, quien sostiene que la demanda que ha de ser valorada no es la del producto vinculado sino la del *producto principal* y concluye que, en realidad, el sistema operativo y el reproductor constituyen un único producto, ya que los adquirentes de un sistema operativo no tienen interés en obtener uno desprovisto de reproductor. El TPI va a zanjar la polémica, corroborando las conclusiones de la Comisión, y afirmando expresamente que es necesario atender a la demanda del producto vinculado, no a la del producto principal ya que, lo contrario, implicaría que productos complementarios nunca podrían ser considerados bienes distintos a efectos de aplicación de la normativa antimonopolio en materia de vinculación contractual. El

⁽⁸¹⁾ Véase, *ad. ex.*, los casos *Jefferson Parish v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984) y *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992).

⁽⁸²⁾ La existencia de esta demanda diferenciada es deducida, de forma indirecta, de las condiciones de oferta del producto vinculado, como, por ejemplo, de la existencia de empresas dedicadas sólo a la venta de sistemas de audio o de que, pese a la posición de dominio de *Microsoft* en el mercado de los sistemas operativos, varios años después de la integración continúan existiendo esos productores independientes.

hecho de que un producto sólo pueda ser utilizado con el producto principal no excluye la posibilidad de demanda independiente del mismo ⁽⁸³⁾. La necesidad de utilización conjunta no significa que los compradores, aunque quieran adquirir los dos bienes conjuntamente, no deseen hacerlo de diversas fuentes o proveedores. En este sentido, el TPI concluye que, en el momento en que se llevó a cabo la conducta dañosa, *Windows* y el reproductor de audio y vídeo eran percibidos como bienes distintos ⁽⁸⁴⁾.

Clarificado este punto, el TPI también ratifica el resto de criterios o factores utilizados por la Comisión para reforzar sus conclusiones sobre la presencia de dos productos diversos: naturaleza y características técnicas de los productos ⁽⁸⁵⁾, evolución de los mercados ⁽⁸⁶⁾ o las propias prácticas comerciales de la empresa ⁽⁸⁷⁾.

3. Vinculación

El segundo elemento necesario para que quepa hablar de vinculación —como de su propia denominación se deduce— lo constituye la existencia de un especial lazo de unión entre los productos. Éstos han de encontrarse atados, enlazados o vinculados. El elemento definitorio de los contratos vinculados radica en la idea de unión forzosa o atadura entre los bienes impuesta por el vendedor, de tal forma que la adquisición del producto vinculado constituya un requisito necesario para la obtención del producto principal.

La interpretación de la prueba o alcance de este requisito no es pacífica y en su conformación es posible apreciar, principalmente en el ámbito estadounidense, la introducción de un elemento coercitivo que ha suscitado posturas muy diversas e, incluso, contradictorias.

¿Siguiendo el significado usual del término, es necesario para que quepa hablar de contrato vinculado una especial actitud anímica de rechazo del comprador frente a la unión propuesta, es decir, la imposición del paquete de productos contra la voluntad del comprador? ¿Si de no existir esa práctica, el comprador hubiera adquirido igualmente el producto o servicio, cabría hablar entonces de vinculación?

⁽⁸³⁾ Es más, en el caso concreto, el TPI apoya la conclusión de la Comisión de que es posible la existencia de una demanda independiente para el sistema operativo desprovisto de reproductor, por ejemplo, por parte de empresas temerosas de que los reproductores puedan ser utilizados por sus empleados para fines no relacionados con el trabajo (considerando 924).

⁽⁸⁴⁾ Los mercados informáticos son especialmente dinámicos, sujetos a innovaciones y actualizaciones constantes, de ahí que no es infrecuente que productos que, en un primer momento, eran considerados bienes diversos, pasen con el tiempo a ser vistos por los consumidores como uno solo. Situación que, en nuestra opinión, es aplicable al propio reproductor de audio y vídeo de *Windows*, tal y como demuestra el hecho del escaso éxito que ha tenido en el mercado la versión del sistema operativo sin el *WMP* que la empresa, como consecuencia de las sanciones europeas, se ha visto obligada a ofertar.

⁽⁸⁵⁾ Véase considerando 926.

⁽⁸⁶⁾ Así, se considera significativo para descartar la existencia de un único producto que los distintos vendedores de sistemas operativos no vinculan éstos a los reproductores digitales en un modo que impida la remoción de los mismos, sino que, por el contrario, se mantiene la libertad de los usuarios de desinstalar el código del reproductor multimedia de sus ordenadores personales.

⁽⁸⁷⁾ Así, por ejemplo, *Microsoft* suministra versiones del *WMP* para ser utilizadas con otros sistemas operativos diversos de *Windows*, como el *Mac* de *Apple* o el *Solaris* de *Sun*. Además, la empresa lanza al mercado actualizaciones del *Media Player* distintas de las actualizaciones de *Windows*.

¿Cuál es la solución que ha de prevalecer en el caso europeo? ¿Es posible mantener una distinción relevante entre vinculación «coaccionada» y vinculación «voluntaria»?

Microsoft intenta defenderse de las acusaciones de vinculación ilegal de su sistema operativo con el reproductor *WMP*, afirmando que su conducta no satisface los requisitos del art. 82.2.d) del Tratado CE (que exige la imposición de una prestación suplementaria) al carecer de naturaleza coercitiva, debido a que el *WMP* era ofrecido gratuitamente y, además, los consumidores ni siquiera estaban obligados a usarlo pues mantenían la posibilidad de descargarse el mismo software de otras empresas. La Comisión rechaza estos argumentos, señalando que la posibilidad de que se produzca un daño a la competencia (y, principalmente, el efecto de exclusión o *foreclosure*) no depende de que los consumidores estén obligados a pagar por el producto vinculado y concluye que este elemento ha de ser interpretado en el sentido de que existirá coerción, y por tanto, una práctica de vinculación, si la empresa no otorga a los consumidores una opción realista o factible, de adquisición del producto principal sin el producto vinculado ⁽⁸⁸⁾.

El TPI va a confirmar la interpretación que del elemento coercitivo realiza la Comisión Europea ⁽⁸⁹⁾. El cumplimiento de este requisito ha de ser valorado exclusivamente desde la perspectiva de la oferta, resultando del todo indiferente la actitud del comprador frente a la transacción propuesta. En consecuencia, existirá vinculación cuando el vendedor estructure una venta bajo condición, es decir, cuando no ofrezca una opción de adquisición del producto principal sin el producto vinculado, y ello con independencia del tipo de recepción, hostil [vinculación por coerción ⁽⁹⁰⁾] o favorable [vinculación por inducción ⁽⁹¹⁾] que esta conducta suscite en el destinatario de la misma.

4. Lesión de la competencia

La cuestión más importante que, en nuestra opinión, se plantea en la Sentencia en materia de vinculación, es la valoración que el Tribunal va a realizar sobre los dos elementos de responsabilidad precisos para condenar un contrato vinculado: que éste cause una lesión competitiva y que ésta no pueda ser objetiva y proporcionalmente justificada.

¿Qué daños para la competencia se derivaban de esta unión forzosa entre productos informáticos? ¿Los intereses de qué colectivos se habían visto afectados? ¿Debían los usuarios del sistema operativo y

⁽⁸⁸⁾ Con arreglo a la política de licencias de *Microsoft*, los fabricantes de ordenadores (*OEMs*) deben necesariamente licenciar a los usuarios finales el sistema operativo *Windows* con el *WMP* preinstalado. *Microsoft* no concede licencias de *Windows* sin el *WMP*. En consecuencia, la única opción que poseen los fabricantes de ordenadores, ante la imposibilidad (tanto contractual como técnica) de remoción del reproductor de *Microsoft*, es la instalación adicional de uno o varios reproductores de otras empresas.

⁽⁸⁹⁾ Considerandos 960 a 975.

⁽⁹⁰⁾ En ocasiones, pese a que no existe una cláusula de vinculación expresa, la «persuasión» de la empresa puede revestir tal intensidad que el comprador no tiene otra opción en la práctica que adquirir el segundo producto, bien porque de lo contrario la empresa se negaría a contratar incluso respecto del producto principal o bien porque las condiciones de adquisición de éste podrían resultar especialmente gravosas (*ad. ex.* amenaza de retirada de garantías a menos que se adquieran ambos bienes).

⁽⁹¹⁾ La empresa puede perseguir la vinculación de productos mediante el ofrecimiento de una serie de incentivos o ventajas de naturaleza económica, como descuentos o rebajas, si los bienes son adquiridos de forma conjunta.

reproductor pagar más por estos productos de resultas de esta conducta? Y, en caso contrario, ¿podrían sus intereses verse afectados de forma indirecta por el impacto de la práctica en las condiciones estructurales y de desarrollo de los mercados afectados?

Por lo que a la valoración del potencial lesivo de la conducta de *Microsoft* se refiere, una vez constatada su adscripción a la categoría de las prácticas de vinculación, la Comisión centra el juicio de anticompetitividad en la exclusión de competidores del mercado del producto vinculado y en la capacidad de la conducta de introducir serias distorsiones en el desarrollo del proceso competitivo.

Tal y como alega la empresa informática, la Comisión se separa del parámetro analítico usual, ya que si bien, por regla general, los contratos vinculados van a ser considerados anticompetitivos prácticamente per se, ya que todos ellos —si son llevados a cabo por una empresa en posición dominante— tienen un potencial excluyente de los competidores de los mercados implicados, pudiéndose deducirse esta exclusión de la mera unión de productos diversos con el producto dominante, las especiales características de los mercados informáticos desaconsejan la deducción de la exclusión de esta forma automática, es decir, la presunción de *foreclosure*⁽⁹²⁾. En principio, existen otros canales de distribución a través de los cuales las empresas pueden hacer llegar sus reproductores a los consumidores. En consecuencia, la Comisión analiza la posibilidad de contrarrestar la difusión del *WMP* mediante otras vías: descarga directa de otros reproductores desde Internet; celebración de contratos de preinstalación con los fabricantes de ordenadores; venta directa a los consumidores a través de minoristas o la oferta de paquetes de reproductores y otros contenidos de *software* o de servicios de acceso a Internet, concluyendo que ninguno de estos canales alternativos permitía a los reproductores de audio y vídeo en competencia con el *WMP*, alcanzar la difusión y la presencia garantizada del código del *WMP* preinstalado en los ordenadores personales a nivel mundial.

Mediante las cláusulas de vinculación de *Windows* con el *WMP* insertas en los contratos celebrados con los fabricantes de ordenadores, *Microsoft* aseguraba para su reproductor de audio y vídeo una difusión comparable a la de su sistema operativo, excluyendo del mercado a otras empresas competidoras. La existencia de elevadas cuotas de mercado posee, además, una enorme trascendencia en el sector informático como consecuencia de la presencia de efectos de red (*network effects*). La omnipresencia del *WMP* proporcionaba una ventaja significativa a *Microsoft*, susceptible de causar un efecto lesivo en la estructura competitiva de ese mercado, en cuanto que la ubicuidad de la plataforma orientaría el desarrollo y contenido de futuras aplicaciones informáticas, reforzando las barreras de entrada. La difusión del reproductor de *Windows* no obedecía a las superiores prestaciones del producto, sino que era consecuencia de la utilización por parte de la empresa de su posición de poder económico en un mercado relacionado. Por tanto, el previsible desarrollo del proceso competitivo en esos mercados en términos de

⁽⁹²⁾ Ahora bien, las conclusiones que de esta separación extraen la empresa y el TPI no son coincidentes, ya que, mientras la primera afirma que la Comisión ha fundado su apreciación de la anticompetitividad de la práctica en una nueva teoría sobre el efecto excluyente de naturaleza prospectiva y puramente especulativa, el TPI —con bastante lógica— señala que esta separación, lejos de perjudicar a la empresa informática, le beneficia, en cuanto la Comisión no se limita a presumir el daño a la competencia, sino que procede a un análisis de los efectos reales de la integración en los distintos mercados implicados (véase considerandos 1031 y ss.).

innovación y progreso no iba a venir determinado por los méritos de los distintos agentes económicos operantes en el mismo, sino por la dirección marcada por una empresa dominante.

El TPI confirma en su totalidad el razonamiento sobre la naturaleza anticompetitiva de la práctica realizado por la Comisión Europea, considerando que los tres aspectos fundamentales en los que ésta basaba sus conclusiones: omnipresencia del *WMP*, efectos colaterales de esta difusión del reproductor en mercados adyacentes (mercados de aplicaciones) y condiciones de desarrollo futuro de los mercados, habían sido sólidamente argumentados y suficientemente probados ⁽⁹³⁾.

5. Ausencia de justificación objetiva

Una vez demostrado que de una práctica de vinculación se derivan efectos anticompetitivos, la carga de la prueba se traslada a la empresa demandada a quien compete probar la existencia, junto a esos efectos restrictivos, de efectos beneficiosos o positivos que, en un balance global, permitan compensar los primeros.

Las distintas justificaciones procompetitivas esgrimidas por *Microsoft* son rechazadas por la Comisión. Rechazo confirmado posteriormente por el TPI.

En primer lugar, por lo que se refiere a la mejora de la eficiencia en la distribución de productos, la empresa argumentó que los consumidores se beneficiaban de un paquete de sistema operativo y reproductor, directamente en cuanto esto reducía sus costes de transacción —evitándoles un segundo acto de adquisición con sus correspondientes costes de selección e instalación del producto—, e, indirectamente, como consecuencia del ahorro de costes y recursos empresariales derivado de la falta de necesidad de mantener un segundo sistema de distribución para el producto vinculado que repercutiría en los consumidores en forma de precios más bajos. Este argumento será rechazado por el Ejecutivo y el TPI en atención a que los costes de distribución de productos informáticos son prácticamente nulos ya que los programas de software pueden ser duplicados y distribuidos sin esfuerzos sustanciales. Tampoco se consideró que existiera evidencia suficiente de que la unión forzosa entre sistema operativo y reproductor redundara en un funcionamiento técnicamente superior de los productos ⁽⁹⁴⁾.

Ahora bien, la principal línea de defensa de *Microsoft* se centra en consideraciones de eficiencia dinámica, concretamente en las ventajas procompetitivas derivadas de la progresiva inclusión de funcionalidades diversas en los sistemas operativos, así como en los beneficios resultantes de la consolidación del *WMP* como una plataforma estable y bien definida para el desarrollo de contenidos y aplicaciones.

⁽⁹³⁾ Véase, especialmente, considerando 1088.

⁽⁹⁴⁾ Considerando 1159. En realidad, la principal inconsistencia de estas justificaciones radica, en opinión de las autoridades europeas, en que, en ellas no se diferencia entre beneficios para los consumidores que resultan de contar con un reproductor preinstalado junto a su sistema operativo y beneficios directamente derivados de la elección —e imposición a los consumidores— de ese reproductor por parte de *Microsoft*. Todas las eficiencias alegadas derivaban de la oferta de un paquete preinstalado de sistema operativo y reproductor y no eran, en ningún caso, específicas de un paquete integrado exclusivamente por productos de *Microsoft*. Los mismos beneficios podían ser obtenidos, dejando libertad a los fabricantes de ordenadores para que éstos configuraran los paquetes de productos informáticos con arreglo a las preferencias manifestadas de los consumidores.

La estandarización progresiva del *WMP* facilitaría el desarrollo de programas y sitios de Internet, ya que sus creadores podrían, confiando en la segura presencia de este reproductor, incluir contenidos de audio y vídeo sin necesidad de desarrollar los códigos de software precisos para reproducir ese contenido, pudiendo centrarse así en la mejora de las características y rasgos de sus productos. La Comisión y el TPI se muestran tajantes frente a este argumento. Pese a que es cierto que de la estandarización en los mercados pueden resultar una serie de eficiencias, ésta debe resultar de un devenir natural de los mismos basado en el desarrollo del proceso competitivo sobre la base de los méritos empresariales, y no ser el resultado de una imposición unilateral por parte de una empresa dominante a través de prácticas de vinculación ⁽⁹⁵⁾.

La empresa informática también alega, en justificación de su conducta, una serie de consecuencias nocivas que podrían derivarse de la oferta de una versión de *Windows* sin el *WMP*, como el funcionamiento incorrecto de otros programas o funciones dependientes del *WMP* (*componentisation*) o el surgimiento de desincentivos a la innovación, lo que podría suponer una «congelación» de *Windows* en su última versión, al carecer la empresa de estímulos —ante el temor de nuevas condenas— para introducir mejoras en las aplicaciones y funcionalidades presentes en su sistema operativo. Estas alegaciones no serán consideradas suficientes para compensar el efecto anticompetitivo de la conducta, ya que, como recuerda reiteradamente el TPI, no se está prohibiendo a *Microsoft* ofrecer una versión integrada de *Windows* con su reproductor —o, en su caso, con futuros programas o aplicaciones—. Lo que se sanciona es que ésta sea la única posibilidad. Estas alegaciones son, igualmente, tachadas de especulativas e infundadas por el Tribunal, quien considera que quedan desmentidas en la práctica, tal y como demuestra el hecho de la plena y correcta operatividad de las versiones de *Windows* que no incorporan el reproductor (*ad. ex.*, el *Windows XP Embedded*), así como el lanzamiento constante de nuevas versiones, actualizaciones y mejoras del sistema operativo ⁽⁹⁶⁾.

6. Solución o remedio establecido

Además de la imposición, con carácter general, de una cuantiosa multa, la Comisión, tras concluir que la empresa había vinculado ilegalmente su sistema operativo a su reproductor de audio y video, le exige que ofrezca, tanto a los fabricantes de ordenadores como a los usuarios finales, una versión de *Windows* sin el *WMP*, debiendo además abstenerse de recurrir a cualquier tipo de medio comercial, contractual o tecnológico que tenga como consecuencia hacer que la versión de *Windows* no vinculada sea menos atractiva o cuente con menos prestaciones

Los argumentos de *Microsoft* sobre la desproporcionalidad de la sanción impuesta son desmontados por el TPI ⁽⁹⁷⁾, quien recuerda que este remedio constituye la forma más eficaz de acabar con la conducta abusiva y, a su vez, la más respetuosa con el sistema de gestión empresarial de *Microsoft*, en cuanto no se le impide ofrecer en el mercado un paquete integrado de productos, obligándole simplemente a desarrollar una versión del sistema operativo sin el reproductor. La finalidad buscada por el Ejecutivo

⁽⁹⁵⁾ Considerandos 1150 y ss.

⁽⁹⁶⁾ Considerandos 1162 a 1166.

⁽⁹⁷⁾ Considerandos 1194 y ss.

Europeo es posibilitar a los consumidores la obtención de *Windows* sin el *WMP*, es decir, dejar que sean los propios clientes y, consiguientemente el mercado los que decidan que tipo de productos desean.

Cuestión diversa es la eficacia real de esta sanción, tal y como pone de manifiesto la escasa demanda que en la práctica posee la versión no integrada de *Windows*. Su valor radica, en nuestra opinión, más que en sus consecuencias inmediatas y concretas, en su carácter paradigmático. El carácter dinámico de los mercados informáticos permite augurar el desarrollo de nuevos productos y aplicaciones. El recuerdo de esta sanción europea puede servir de referencia a *Microsoft* —o a otras empresas en posición de dominio— antes de adoptar decisiones sobre la eventual integración forzosa de estas aplicaciones en sus productos.

IV. Remedios

La Decisión impugnada, una vez afirmada la anticompetitividad de las prácticas examinadas, estableció una serie de remedios o soluciones (*remedies*), a los que se añadió una sanción pecuniaria.

Las soluciones se basaban en la exigencia de unas determinadas obligaciones de hacer, consistentes, como ya hemos señalado, en el suministro de información a terceros de los protocolos de comunicación del sistema operativo *Windows* y la oferta de una versión de *Windows* sin reproductor. Para garantizar su efectivo cumplimiento, la Comisión recurre a una figura novedosa y polémica: el nombramiento de un mandatario independiente (*monitoring trustee*) encargado de asistir a la Comisión en su labor de vigilancia⁽⁹⁸⁾.

Asimismo, la Comisión sancionó a *Microsoft* con una multa de 497 millones de euros.

El TPI confirma todos estos remedios y la sanción, salvo en lo relativo al mandatario independiente, cuyo nombramiento es anulado, al entender que la Comisión se había excedido en sus facultades, tanto por lo que se refería a la amplitud de las competencias delegadas en el mandatario, como en relación a la imputación de su coste a la empresa sancionada. Pero, en realidad, éste es un tema que no altera en lo sustancial lo decidido por la Comisión, que ha sido ratificado en su totalidad por el TPI.

V. Reflexiones finales

En el caso *Microsoft*, las autoridades comunitarias han tenido la oportunidad de analizar, desde la óptica del art. 82 del TCE, dos conductas excluyentes de las que no se deducía necesariamente —o de forma obvia—, un perjuicio inmediato a los intereses de los consumidores, en términos de restricción de la producción o incremento de los precios. La postura de la Comisión Europea, ratificada por el TPI, descansa en la idea de que la anticompetitividad de una conducta no depende exclusivamente de la existencia de efectos inmediatos y directos sobre los niveles de precios. Una conducta puede ser considerada anticompetitiva, en ausencia de éstos, si amenaza al mantenimiento de una estructura de

⁽⁹⁸⁾ Véanse los considerandos 1230 y ss.

mercado competitiva. En el Derecho de la competencia comunitario, la existencia de un proceso competitivo no falseado constituye un valor en sí mismo, ya que genera eficiencias y crea un clima propenso a la innovación.

Para llegar a esta conclusión, como hemos expuesto a lo largo de estas páginas, tanto la Comisión como el TPI se han atendido a lo que, hasta el momento, ha sido la doctrina consolidada.

Personalmente compartimos el espíritu de la Decisión, aunque tenemos dudas sobre la corrección de alguno de los análisis efectuados. Dudas que, incluso, parece compartir el Tribunal, ya que en algunos pasajes de la Sentencia, para confirmar la Decisión recurrida, se limita a señalar que el razonamiento de la Comisión no es «manifiestamente erróneo». Particularmente, esto nos parece así en relación con el requisito del producto nuevo, considerado necesario para apreciar una negativa a contratar abusiva y donde la argumentación de la Comisión no nos resulta excesivamente persuasiva.