

# El abuso de posición dominante a través de cláusulas de exclusividad en los contratos de distribución. A propósito de la sentencia del TJUE, Unilever Italia Mkt. Operations y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (1)

**Laura González Pachón**

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Valladolid*

El estudio se dedica al análisis de los conceptos de «empresa» y «unidad económica», objeto de desarrollo jurisprudencial en el ámbito de las relaciones contractuales que nacen fruto de un contrato de colaboración entre una empresa, en este caso Unilever y los operadores o distribuidores económicos de esta, formalmente autónomos e independientes, cuando actúan bajo el régimen de cláusulas de exclusividad y entran en colisión con el art. 102 TFUE.

Competencia, prácticas colusorias, empresas, concepto, unidad económica, acuerdo exclusivo.

The study is dedicated to the analysis of the judgment in which the TJEU spreads the concepts of «enterprise» and «economic unit,» subject of case-law development, to contractual relations arising from a collaboration contract between an enterprise, Unilever and the economic operators or distributors formally autonomous and independent when they act under the regime of exclusivity clauses and come into conflict with the art. 102 TFEU.

Competition, agreements, decisions and concerted practices, undertaking, meaning of the term, economic unit, exclusive dealing agreement.

## I. Introducción: Los hechos del litigio nacional

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 19 de enero de 2023, C- 680/2020 pone de relieve la necesidad de arrojar luz sobre dos cuestiones que pueden surgir en torno a los contratos de distribución comercial cuando estos colisionan con el Derecho de la competencia: en primer lugar, ¿qué criterios resultan relevantes para determinar si la coordinación contractual entre operadores económicos, formalmente autónomos e independientes, puede dar lugar a una *entidad económica única*, en el sentido de los arts. 101 y 102 TFUE? y, en segundo lugar, en relación con la existencia o no del abuso de posición dominante, ¿hasta dónde debe llegar la comprobación de la Autoridad de Defensa de la Competencia [competente] en orden a valorar la legalidad o no de las cláusulas de exclusividad insertas en los contratos de distribución comercial con arreglo a las disposiciones del Derecho de la competencia?

El caso contemplado se inicia con la sociedad mercantil Unilever Italia Mkt. Operations Srl (en lo sucesivo Unilever) dedicada a la fabricación y comercialización de productos de gran consumo, entre ellos helados preparados, comercializados con las marcas Algida y Carte d'Or. Conviene hacer notar que, en Italia Unilever distribuye estos helados en envases individuales destinados al consumo «en el exterior», es decir, fuera del domicilio de los consumidores ya sea en balnearios, bares, cafeterías, clubes deportivos, piscinas u otros lugares de ocio (en lo sucesivo «puntos de venta») y ello a través de una red de al menos 150 distribuidores.

En el año 2013 una sociedad competidora presentó ante la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) una denuncia por abuso de posición dominante por parte de Unilever en el mercado de helados de envases individuales. La AGCM abrió una investigación y fue durante su instrucción cuando entendió que no estaba obligada a analizar los estudios económicos presentados por Unilever, los cuales pretendían demostrar que las prácticas objeto de la investigación no tenían efectos de expulsión de sus competidores, al menos, entre competidores igual de eficientes. Concluyó que la aportación de tales estudios carecía por completo de pertinencia ante la existencia de cláusulas de exclusividad por parte de la empresa que ocupaba la posición dominante, siendo suficiente esta circunstancia para poner de manifiesto un uso abusivo de dicha posición.

A la vista de lo anterior, mediante decisión de 31 de octubre de 2017, la AGCM consideró que Unilever había abusado de su posición dominante en el mercado de la comercialización de helados en envases individuales destinados a consumo en el exterior, imponiéndole una multa de 60.668.580 euros por haber abusado de su posición dominante por infracción del artículo 102 TFUE.

La sociedad Unilever interpuso un recurso contra esta resolución ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio que fue desestimado en su totalidad. Por último, contra este resultado, Unilever planteó recurso de apelación ante el Consiglio di Stato. En apoyo de este recurso Unilever sostenía que el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio debería haber constatado la existencia de vicios de que supuestamente adolecía la decisión de la AGCM de 2017, por lo que respecta, de una parte, a la propia imputabilidad de la conducta llevada a cabo por sus distribuidores y, por otra parte, respecto de los efectos de la conducta en cuestión que no podía falsear la competencia.

El órgano jurisdiccional remitente indicó que albergaba dudas sobre la interpretación que debe darse al Derecho de la UE para responder a las dos imputaciones antes citadas, esto es: si en ausencia de vínculos de capital, un productor y sus distribuidores pueden constituir tal *unidad económica*, por la existencia de cierto *nivel de injerencia* del primero en las operaciones comerciales de sus distribuidores o, si es necesario un *vínculo jerárquico* en virtud del cual el productor somete a sus distribuidores a través de una pluralidad, sistemática y constante de actos de dirección que puedan influir en sus respectivas decisiones estratégicas y operativas (2) .

La petición de decisión prejudicial da origen a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de enero de 2023 objeto del presente análisis.

## II. La «empresa» y la «unidad económica» en relación con su imputabilidad como consecuencia de la infracción de normas de la competencia

Partiendo del análisis de las sucesivas decisiones que se han ido adoptando en el presente caso, observamos la relevancia que desde el inicio ocupa el concepto de *unidad económica* y, en un ámbito más general, el de *empresa*. En este punto cabe advertir que en el presente proceso todas las resoluciones dictadas han resultado favorables al reconocimiento de una unidad económica, pese a la inexistencia de vínculos de capital entre la sociedad Unilever y sus distribuidores comerciales. En esta línea de interpretación, la declaración de la unidad económica de una parte, unido al establecimiento de instrucciones específicas dirigidas a la ejecución de una política comercial única por otra parte, resultaron determinantes para aplicar la prohibición del art. 102 TFUE.

En efecto, como hemos mencionado anteriormente, la AGCM mediante decisión de 31 de octubre de 2017 entendió que Unilever había adoptado, en el mercado de referencia, una estrategia de expulsión que podía impedir el crecimiento de sus competidores. Esta maniobra se basaba, principalmente, en la aplicación a los operadores de puntos de venta, de cláusulas de exclusividad en virtud de las cuales, se les exigía adquirir exclusivamente de Unilever todos los helados preparados que requiriesen. Las acciones abusivas a las que se refiere la AGCM, a pesar de haber sido desarrolladas materialmente por los distribuidores, debían imputarse únicamente a Unilever por considerar que esta última y los distribuidores, formaban una misma y única entidad económica, es decir, una unidad económica. En este sentido, resultó relevante que Unilever ejerciera cierto grado de injerencia en la política comercial de los distribuidores, entendiendo que estos no actuaban de manera independiente cuando adoptaban una política comercial consistente en establecer condiciones de exclusividad, conceder incentivos económicos al objeto de fidelizar a los puntos de venta o de obtener la exclusividad para los productos de Unilever. Esta decisión, y los argumentos que la sustentan fue ratificada en los mismos términos por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

Llegados a este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta sentencia el 19 de enero de 2023 como consecuencia de la petición de decisión prejudicial planteada. Dispone en su fallo que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las actuaciones llevadas a cabo por distribuidores que forman parte de la red de distribución de los productos o de los servicios de un productor que ocupa una posición dominante, pueden imputarse a este si se demuestra que tales actuaciones no fueron adoptadas de manera independiente, sino que forman parte de una política decidida unilateralmente por ese productor y aplicada a través de los referidos distribuidores.

Para tener conocimiento del contenido de la referida sentencia del TJUE y de sus consecuencias jurídicas, se requiere un sucinto análisis, dados los límites en la extensión de este trabajo, del significado de la unidad económica, de la unilateralidad en la conducta de la empresa dominante, así como del significado de la unidad de comportamiento en el mercado todo ello en el ámbito del Derecho de la competencia.

Ante todo, en primer lugar, conviene hacer notar que el término «empresa» recogido tanto en el art.101 TFUE como en el art. 102 TFUE pone de manifiesto la voluntad de los autores de los Tratados de utilizar un concepto autónomo para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia. Se ha dicho que es este uno de los conceptos más confusos del Derecho de la competencia, prueba de ello es el mismo término *undertaking*, alejado de otros conceptos más tradicionales con una definición legal más definida, como «compañía», «firma», «corporación» y, naturalmente «sociedad» (3) . En efecto, la ausencia de un concepto unitario en el ámbito comunitario obedece, seguramente, a un intento de evitar la falta de adecuación de un concepto rígido y formal a situaciones jurídicas diversas de los Estados miembros (4) . Por este motivo, ha sido la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la Comisión quienes han ido precisando su contenido presentándolo con un carácter más funcional y, dejando en un segundo plano cuestiones tales como su forma, titularidad o nacionalidad.

La doctrina más autorizada señala los dos ejes sobre los que se mueve este concepto de empresa, al menos, en sede comunitaria siendo uno de ellos, el ámbito material o sectorial de aplicación del Derecho de la competencia y, el otro el establecimiento de los límites al concepto de empresa, ya que los operadores económicos aparecen bajo una amplia variedad de formas, que abarcan desde los comerciantes individuales hasta estructuras corporativas a menudo muy complejas y con un variado poder de control (5) .

De manera general, se ha de señalar que el enfoque ofrecido para el concepto de empresa viene a designar precisamente el de una unidad económica, aunque desde el punto de vista jurídico dicha unidad pueda estar constituida por varias personas físicas o jurídicas (6) .

Ahora bien, teniendo en cuenta que las organizaciones que intervienen en el mercado pueden

adoptar formas muy diversas, esto supone que también pueden estar sujetas, en principio, a regímenes jurídicos diversos según que pretendan satisfacer servicios de interés general, derechos especiales o derechos exclusivos. No obstante, teniendo en cuenta que las normas de Derecho de la competencia adoptan un concepto material de empresa, como también sucede en el Derecho español, independiente de la naturaleza pública o privada de la entidad, podemos afirmar que existe una aplicación homogénea de las normas de competencia respecto de la organización que, en definitiva, se caracteriza por llevar a cabo una actividad económica consistente en la prestación de bienes y servicios en el mercado (7) . Hasta tal punto es así que incluso organizaciones sin fin de lucro como por ejemplo las comunidades religiosas pueden recibir tal calificación de unidad económica. En este último caso, el hecho de que el eje de la actividad de las iglesias sea normalmente el desempeño de una labor religiosa, espiritual y social no excluye por sí solo otras actividades concretas de las iglesias que puedan, no obstante, considerarse actividades económicas, ya que la calificación de actividad económica o no económica debe hacerse de manera separada para cada actividad desempeñada por una determinada entidad (8) .

Por otra parte, en lo que hace a la unidad económica contemplada en el contexto de los arts. 101 y 102 TFUE y a la luz de la jurisprudencia dictada como manifestación de la empresa, consistiría en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el Derecho de la competencia (9) . No obstante lo anterior, y entroncando con el estudio que nos ocupa, el concepto de unidad económica pudiera resultar objeto de una interpretación más o menos amplia atendiendo a la finalidad perseguida, si bien, para imputar responsabilidad a cualquier entidad jurídica de una unidad económica, resulta necesario que se aporte la prueba de que, al menos, una entidad jurídica perteneciente a la misma ha infringido el art. 101 TFUE y que la decisión de la Comisión o la sentencia del Tribunal nacional establezca que la empresa constituida por esa unidad económica ha infringido el mencionado precepto (10) .

En segundo lugar, cabe advertir que a la existencia de una unidad económica se suma ahora, en relación con los contratos de distribución, el carácter *unilateral* en la toma de decisión del comportamiento de la sociedad que ejerce una posición de dominio, en relación con su red de distribuidores y las instrucciones que les remite (11) . Solo así, podrá imputarse a la sociedad dominante y no a los distribuidores comerciales las consecuencias de la infracción del art.102 TFUE. Sobre este aspecto, podemos afirmar que las relaciones comerciales existentes entre el productor y los distribuidores se enmarcan normalmente en una aceptación tácita por todas las partes que, en principio, no debe ser entendido necesariamente como un comportamiento unilateral. Así se ha venido contemplando desde tiempo pasado con la célebre sentencia *Ford-Werke y Ford of Europe/ Comisión*, EU: C: 1985:340 (12) .

Así las cosas, la argumentación seguida por el TJUE parte de la consideración de que las decisiones adoptadas en el contexto de una coordinación contractual, tal como un acuerdo de distribución, no son en principio un comportamiento unilateral, sino que se insertan en las relaciones que las partes de dicha coordinación mantienen entre sí. Ahora bien, dado que el comportamiento reprochado a la empresa en posición dominante ha sido decidido unilateralmente, esta podría ser considerada su autora y, por lo tanto, en su caso, única responsable a los efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE. En este supuesto, debe considerarse que los distribuidores y, por consiguiente, la red de distribución que participan con esa empresa, son simplemente un *instrumento de ramificación territorial* de la política comercial de dicha empresa y que por ello son el instrumento mediante el cual se ha llevado a cabo, en su caso, la práctica de expulsión controvertida.

Llegamos así a la conclusión de que pueda imputarse a una empresa en posición dominante el comportamiento que hayan adoptado los distribuidores de sus productos o servicios con los que mantiene, no un vínculo de capital, sino meras relaciones contractuales, cuando se detecta que esa empresa cometió abuso de posición dominante en el sentido del art. 102 TFUE. Y todo ello, en definitiva, como consecuencia de la responsabilidad especial que recae sobre la empresa que ocupa

una posición dominante de no perjudicar con su conducta a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior.

En este punto cabe advertir que la inexistencia de vínculos de capital, principio esencial para la consideración de una *unidad económica* en el sentido técnico-jurídico del término, sin embargo, no es tomada en consideración a pesar de que los distribuidores comerciales son, por definición, empresarios independientes. Esta afirmación se ha mantenido incluso cuando constaba, como sucede en la sentencia que nos ocupa, que la sociedad no participaba ni en su capital, ni en sus consejos de administración y cuando los acuerdos de exclusividad directamente con los puntos de venta solo abarcaban el 0,8% del total de los puntos de venta que operaban en Italia.

En conclusión, pese a que los distribuidores determinan libremente su política comercial, cada uno en su propio sector, asumiendo ellos mismos los riesgos asociados a su actividad, ello no resultaba un obstáculo para el reconocimiento de una unidad económica con los efectos económicos y jurídicos que, en particular, el Derecho de la competencia establece.

Por último, a la luz de la jurisprudencia emanada, se ha llegado a entender que el concepto de unidad económica pivota sobre la llamada *unidad de comportamiento en el mercado* ya que, a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia, la separación formal entre diversas sociedades o contratantes, resultado de su personalidad jurídica distinta, no resulta determinante (13). En efecto, si volvemos al examen de la primera cuestión prejudicial planteada, la aplicación de este concepto de unidad económica debe ser entendido como unidad de comportamiento de mercado con un componente de unilateralidad en la toma de decisiones, lo que podría suponer de entrada, aunque no en este caso, la responsabilidad solidaria de las entidades que la integran en el momento de la comisión de la infracción. Repárese que, así entendida, la unidad económica ha permitido, en relación con las prácticas colusorias contempladas en el art. 101 TFUE, que se vinculen las conductas de las sociedades filiales que operaban en el territorio de la Unión Europea con la sociedad matriz que se encontraba fuera de la Unión Europea con la consiguiente imposición de sanciones, en virtud de lo previsto en el Derecho de la competencia (14). De lo contrario, como se ha advertido acertadamente en la sentencia objeto de estudio, si la conducta desleal de las filiales no se imputara nunca a la empresa dominante, sería relativamente fácil que esta pudiera evitar la prohibición establecida en el art. 102 TFUE, simplemente llevando a cabo una reestructuración interna, dividiendo sus actividades entre sus filiales no dominantes al objeto de reducir la cuota de mercado de cada entidad (15).

Por otra parte, la integración o no en la unidad económica resulta de enorme trascendencia habida cuenta de la posibilidad de aumentar considerablemente el importe de la multa. En efecto, recurrir a la unidad económica permite calcular el importe máximo de la multa previsto en el art. 23.2 del Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia prevista en los artículos 81[CE] y 82[CE] (DO2003, L1, p.1) (16), de manera que la Comisión «podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado (...)». En definitiva, la sanción podrá alcanzar el 10% del volumen de negocios sobre la base del volumen de negocios de las entidades que componen la unidad económica, y no solo el de la entidad que ha cometido efectivamente la infracción. Además, este concepto permite ajustar el importe de base de la multa e incrementarlo debido a la concurrencia de circunstancias agravantes, por ejemplo, en caso de reincidencia, y con fines disuasorios.

Habida cuenta de lo anterior y en relación con la primera cuestión prejudicial vinculada a la aplicación del art. 102 TFUE, las actuaciones llevadas a cabo por distribuidores que forman parte de la red de distribución de los productos o de los servicios de un productor que ocupa una posición dominante, pueden imputarse a este si se demuestra que tales actuaciones no fueron adoptadas de manera independiente por dichos distribuidores sino que forman parte de una política comercial decidida unilateralmente por ese productor y aplicada a través de los referidos distribuidores.

### III. Las cláusulas de exclusividad de los contratos de distribución en relación



## con el art. 102 TFUE

La cuestión a dilucidar ahora consiste en determinar en primer lugar, el alcance de las cláusulas de exclusividad insertas en los contrato de distribución que puedan generar un posible abuso de posición dominante, al efecto de excluir del mercado a competidores al menos igual de eficientes, en virtud del art. 102 TFUE. Y, en segundo lugar, ante una pluralidad de prácticas controvertidas, comprobar si la autoridad de la competencia competente está obligada a examinar de manera detallada los análisis económicos presentados, en su caso, por la empresa afectada cuando se basen en el criterio denominado del competidor igualmente eficiente.

Es necesario recordar que los contratos tipo a los que nos venimos refiriendo, han sido redactados íntegramente por el productor en posición dominante y contienen cláusulas de exclusividad en beneficio de sus productos que los distribuidores de dicho fabricante están obligados a hacer firmar a los operadores de puntos de venta sin poder modificarlos, salvo acuerdo expreso del productor.

En efecto, estas cláusulas de exclusividad obligaban a los operadores de los puntos de venta, a adquirir de manera exclusiva a Unilever, la totalidad de sus necesidades de helados en envases individuales y como contrapartida, estos operadores disfrutaban de un amplio abanico de descuentos y comisiones cuya atribución estaba supeditada a requisitos de volumen y negocios o de comercialización de una gama determinada de productos de Unilever. Los descuentos y comisiones que se aplicaban, según combinaciones y modalidades variables a casi todos los clientes, podían incitarlos a la adquisición de los productos de manera exclusiva a esa empresa disuadiéndolos por otra parte, de resolver su contrato para adquirirlos a los competidores. A todo ello se suma, además los vínculos jurídicos y económicos que le unen a esos distribuidores que ejecutaban sus instrucciones y, de ese modo, la política adoptada por este.

Resulta pertinente mencionar en este punto la Sentencia de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation/Comisión* (en adelante sentencia Intel) (17) cuando define este tipo de descuentos, como «cláusulas potencialmente abusivas», al considerar como un peligro posible e l establecimiento de un sistema de descuentos de fidelidad, esto es, descuentos sujetos a la condición de que el cliente se abastezca exclusivamente en la empresa de posición dominante para la totalidad o gran parte de sus necesidades cualquiera que sea, por lo demás, el importe de sus compras.

Tradicionalmente se ha considerado abuso de posición dominante, los descuentos otorgados por el empresario dominante teniendo como destinatario un distribuidor o un cliente. Como es sabido, la finalidad de estos descuentos no es otra que la de asegurarse la totalidad de los pedidos en los casos de descuentos por exclusividad o un porcentaje importante de los mismos en los descuentos por fidelidad. En realidad, se puede afirmar que los descuentos por exclusividad también pueden ser considerados abusivos por el efecto de la fidelización si ello permite excluir a competidores del mercado (18) .

Con carácter general, podemos afirmar que estos descuentos por fidelidad, aunque no siempre se pueden reconocer en sentido estricto como cláusulas de prohibición de competencia, lo cierto es que provocan con frecuencia un efecto anticompetitivo, ya que limitan la capacidad del comprador de adquirir productos competidores provocando la necesidad de que este se limite a operar con ese único proveedor (19) . Ello supone a largo plazo que el mercado quede cerrado y se eliminen competidores, aunque todo depende de la carga de la prueba y el estándar de prueba requeridos a los que nos referiremos más adelante. En estos casos se consigue que el comprador prácticamente se ciña a operar con ese único proveedor, especialmente si el operador beneficiado por los mismos tiene una cuota relevante en el mercado y los descuentos se prolongan cierto tiempo.

Esta cuestión merece unas observaciones de carácter panorámico a la luz de la sentencia Intel cuyo apartado 137 dispone que «*para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores, aunque sea a petición de estos, mediante la*

*obligación o la promesa de abastecerse exclusivamente en dicha empresa para la totalidad o para gran parte de sus necesidades constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más como si es la contrapartida de la concesión de descuentos.»*. A tenor de esta resolución, el elemento en torno al cual gira la aplicación del art. 102 TFUE debe radicar en el hecho de la posición dominante que ocupaba la empresa y el abastecimiento exclusivo para la totalidad o gran parte de sus necesidades con independencia de la existencia de una contrapartida basada en la concesión de descuentos.

La resolución del caso Intel supuso un cambio de rumbo en el derecho de la competencia comunitario rompiendo con la experiencia adquirida especialmente en relación con los efectos que supone para la competencia los descuentos por fidelidad realizados por una empresa en un mercado oligopolístico. En este orden de cosas, la cuestión de la carga de la prueba por infracción del art. 2 del Reglamento 1/2003 recae en la parte o la autoridad que la alegue, de manera que, esta circunstancia unida a la falta de una norma jurídica que la desarrolle, como si sucede en relación con las infracciones del art. 101. TFUE con Reglamentos de aplicación del apartado 3, hace que deban tenerse en consideración aquellos criterios generalmente admitidos sobre distribución de la carga de la prueba, como la obligación de colaborar por ambas partes, en función de los medios que cada uno tenga, así como del grado de facilidad para aportar la información que se precise. Ahora bien, dado que la experiencia demuestra que la aplicación de descuentos por fidelidad por parte de una empresa que ocupa una posición de dominio en el mercado en la mayoría de los casos da lugar a una conducta anticompetitiva, no se entiende que el sistema de la carga de la prueba no fuera *iruis tantum* de ilicitud de este comportamiento, permitiendo en todo caso a la empresa en aquellos casos, minoritarios, probar lo contrario. (20)

Como es sabido, el art. 102 TFUE no persigue el objetivo de impedir que una empresa conquiste por sus propios méritos y, en particular, debido a sus competencias y capacidades, una posición dominante en el mercado. Tampoco pretende garantizar la permanencia en el mercado de competidores que sean menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante. Por ello, no todo efecto de expulsión del mercado altera necesariamente el juego de la competencia, puesto que, por definición, la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para consumidores, y en particular desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad y la innovación (21).

El art. 102 TFUE, desde la sentencia Intel, debe entenderse como una disposición que impide que la empresa dominante adopte una conducta que pueda excluir del mercado a competidores que sean al menos tan eficientes desde el punto de vista de la calidad, hoy la innovación y la gama de productos ofrecidos, y que la prohibición establecida por esta disposición se refiere no solo a las conductas relacionadas con el precio, como los descuentos por exclusividad, sino también a todas las demás prácticas comerciales no relacionadas con el precio, como las obligaciones de exclusividad, en la medida en que es la normatividad de estas conductas y no su forma lo que determinará su carácter abusivo. Se sigue ahora el criterio defendido en la sentencia Intel, sobre la base de la sentencia *Hoffmann-La Roche* (22) y la sentencia *British Airways* (23) que vino a entender 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 siquiera a enumerar los efectos reales o potenciales de la conducta sobre el mercado relevante en el caso concreto (24).

Por último, en lo que hace al análisis por parte de la Autoridad de Defensa de la competencia competente para acreditar la existencia o no de abuso en posición dominante, esta debe demostrar a la luz del conjunto de las circunstancias pertinentes y teniendo en cuenta, las pruebas aportadas por la empresa dominante, que la conducta de dicha empresa tiene la capacidad de restringir la competencia. No se puede discutir la necesidad de que la empresa afectada pueda demostrar que la conducta en cuestión no produjo efectos contrarios a la competencia en el mercado de referencia. En este sentido, la sentencia analizada reconoce que el recurso al criterio del competidor

igualmente eficiente tiene carácter facultativo.

No obstante, si la empresa perjudicada presenta pruebas durante el procedimiento administrativo ante la autoridad de competencia, esta estará obligada a examinar su valor probatorio. Y ello es así, porque precisamente a raíz de la sentencia Intel, ya se puso de relieve que no todos los efectos económicos de los descuentos tienen un carácter anticompetitivo, dado que pueden suponer un ahorro de costes que supongan a medio y largo plazo una bajada de precios para el consumidor final sin que ello suponga una significativa disminución de la oferta de bienes de los competidores al menos igual de eficientes. Reconocer esta posibilidad, lleva implícita la necesidad de un estudio de los análisis económicos aportados por la empresa en posición dominante afectada por un posible abuso de posición de dominio. (25)

Desde un punto de vista procesal la admisibilidad de este tipo de pruebas resulta indiscutible. Se trata de respetar los derechos de defensa y, en particular el derecho a ser oído, ya que la carga de la prueba de los efectos de exclusión del mercado incumbe, como hemos visto, a las autoridades de competencia.

Por último, esta obligación resulta de aplicación tanto a las cláusulas de exclusividad como a las conductas compuestas de varias prácticas e impone a la autoridad de competencia competente un deber de motivación en el caso de que considere que tales pruebas no eran aptas para demostrar la exclusión de ese mercado de competidores tan eficientes como la empresa dominante.

- (1)** El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto «La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados». PID2002- 139741OB-C21.

[Ver Texto](#)

- (2)** Precisaba sobre este punto la sociedad Unilever la inadmisibilidad de, al menos, la primera cuestión prejudicial, ya que el órgano jurisdiccional remitente mencionaba no solo el artículo 102 TFUE sino también el artículo 101 TFUE habida cuenta de que este último no figuraba en la resolución de la AGCM. La resolución del TJUE ha entendido que, dado que de los fundamentos de derecho de la resolución de revisión se desprende que la AGCN no aplicó el artículo 101 TFUE en el litigio principal, si bien es cierto que el concepto de empresa es común a los artículos 101 y 102 TFUE, la primera cuestión prejudicial, en la medida en que se refiere a la interpretación del artículo 101 TFUE, debe considerarse hipotética y, por lo tanto, inadmisibile.

[Ver Texto](#)

- (3)** En este sentido, *vid.* DÍEZ ESTELLA, «En búsqueda de un concepto de «empresa «en el Derecho de la Competencia: la STJUE Summal c. Mercedes Benz», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.14, nº2, 2022, pág. 321 y ss.

[Ver Texto](#)

- (4)** No hay que olvidar como señala LAGUNA DE PAZ, en relación con el limitado alcance del Derecho de la competencia en LAGUNA DE PAZ, «Ámbito de aplicación del derecho de la competencia», *Revista de Administración pública*, nº 208, 2019, págs.20 y ss. que «sus normas se aplican de manera horizontal a todos los sectores económicos, pero *solo* «regulan determinadas conductas empresariales, que además han de tener entidad suficiente para incidir en el proceso competitivo en el mercado».

[Ver Texto](#)

- (5)** *Vid.* WILS, «The Undertaking as subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons», *European Law Review*, vol.25, 2000, págs. 99 a 116 para quien «si la característica distintiva de la empresa es la existencia de autoridad o el poder de ejercer control sobre las personas y los activos físicos, la forma en que se utiliza este poder no debe ser decisivo. Una empresa



puede decidir dejar sus filiales o divisiones algún grado de libertad, que les obligue a comportarse en cierta medida como si fueran independientes, pero tal decisión es solo otra forma de ejercer su poder de control».

[Ver Texto](#)

- (6)** Así se recoge desde la Sentencia de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm*, 170/83, EU: C: 1984:271 que inicia una jurisprudencia asentada en el seno del TJUE. Desde esta sentencia, el concepto de empresa se sitúa en un contexto del Derecho de la competencia, debiendo entenderse en el sentido de que «designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aun cuando, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. El Reglamento nº 67/67 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 85 del artículo 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de exclusividad debe aplicarse también cuando varias empresas jurídicamente autónomas sean partes en el acuerdo, como parte contratante, si dichas empresas constituyen, a efectos del acuerdo, una unidad económica». Siguiendo esta línea traemos aquí la sentencia de 10 de marzo de 1992 *Shell/ Comisión* [1992] ECR II-757, entiende a la empresa como «unidades económicas consistentes en una organización unitaria de personal y elementos intangibles que persiguen un objetivo económico específico a largo plazo y pueden contribuir a la comisión de una infracción del tipo contemplado en dicha disposición»

[Ver Texto](#)

- (7)** *Vid.* sobre el particular, *LAGUNA DE LA PAZ*, *op. cit.* pág. 21 y ss.

[Ver Texto](#)

- (8)** Argumentación confirmada en las conclusiones de la sra. kokott —asunto c-74/16— Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania al señala en el apartado 42 que «Si la iglesia responsable gestiona de forma total o predominantemente comercial sus centros docentes y proporciona la enseñanza que en ellos se imparte como contraprestación a cambio, en esencia, de las aportaciones económicas y de otras prestaciones monetariamente cuantificables 37 de los alumnos o de sus padres, ofrecerá servicios en el sentido del artículo 56 TFUE38 y ejercerá, por consiguiente, una actividad económica. En ese mismo sentido, *vid.* las sentencias de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze* y otros (C-222/04, EU:C:2006:8), apartados 122 a 124, y de 1 de julio de 2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376), apartado 27. En sentido similar la sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Jundt* (C-281/06, EU:C:2007:816), apartado 33.

[Ver Texto](#)

- (9)** Sentencia de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips/Comisión*, C-407/08 P, EU: C: 2010:389.

[Ver Texto](#)

- (10)** En este sentido, *RUIZ PERIS, J.I.*, «Imputación por pertenencia a una entidad económica, fundada en el concepto funcionalmente unitario de empresa pública corporativa de los artículos 101 y 102 TFU», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 29, págs 2 y ss.

[Ver Texto](#)

- (11)** En este sentido, *vid.* las interesantes Conclusiones del Abogado General A. Rantos, presentadas el 14 de julio de 2022, *Unilever*, EU: C: 2022:586 apartado 48, *Unilever Italia Mkt.Operations Srl* contra *AGCM* al considerar que «cuando el comportamiento reprochado a la empresa en posición dominante se lleva a cabo materialmente a través de un intermediario que forma parte de una red de distribución, dicho comportamiento puede imputarse a esa empresa si resulta que ha sido adoptado conforme a las instrucciones específicas dadas por esta y por tanto en virtud de la aplicación de una política decidida unilateralmente por esa empresa y a la que los distribuidores afectados estarían obligados a atenerse».

[Ver Texto](#)

- (12)** El TJUE disponía que «cuando la admisión en una red de distribución selectiva implique la aceptación por parte de los distribuidores de la política del fabricante relativa a la gama de productos que vayan a entregarse en un mercado nacional, la decisión del fabricante de dejar de vender uno de los elementos de dicha gama no constituirá un comportamiento unilateral que, como tal, no escape a la prohibición establecida en el artículo 85. apartado 1 del Tratado. Por el contrario, forma parte de las relaciones contractuales que la empresa mantiene con sus revendedores y, por lo tanto, puede ser tenida en cuenta por la comisión al examinar el contrato de concesión con vistas a una posible exención con arreglo al apartado 85 del artículo 3 del Tratado».

Ver Texto

**(13)** Sentencia de 6 de octubre de 2021, *Sumal*(C-882/19 EU: C: 2021:800) apartado 41. En este mismo sentido, las sentencias de 14 de julio de 1972, *Imperial Chemical Industries/Comisión*, 48/69, EU:C:1972:70 y de 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, EU:C:2006:784 cuyo apartado 44 ya disponía que «cuando un intermediario, como el titular de una estación de servicio, aunque con personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente de su comitente, en este caso un proveedor de carburantes, por el hecho de que éste asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica de que se trata, la prohibición establecida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado no es aplicable a las relaciones entre este intermediario y este comitente». También las sentencias de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión*, C-97/08 P, EU:C:2009:536 y de 27 de abril de 2017, *Akzo Nobel y otros/Comisión*, C-516/15 P, EU:C:2017:314. (sentencia de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips/Comisión*, C-407/08 P, EU:C:2010:389, apartados 84 y 86).

Ver Texto

**(14)** Sentencia de 14 de julio *Chemical Industries/Comisión*, EU: C: 1972:70, cuyo apartado 56 disponía que «para apreciar si existe esa unidad de comportamiento en el mercado a efectos de imputar a la sociedad matriz el comportamiento contrario a la competencia de las filiales, el único elemento pertinente es el ejercicio por parte de la primera de una influencia determinante en la política comercial de las segundas. En cambio, cuando se pretenda imputar a las filiales el comportamiento contrario a la competencia de la sociedad matriz (mejor dicho, imputar ese comportamiento a la unidad económica de la que forman parte y declarar su responsabilidad conjunta por ese comportamiento), es además necesario que tales filiales hayan participado en la actividad económica de la empresa dirigida por la sociedad matriz que ha cometido materialmente la infracción».

Ver Texto

**(15)** Conclusiones del Abogado General A. Rantos, presentadas el 14 de julio de 2022, *Unilever*, EU: C: 2022:586 apartado 28, *Unilever Italia Mkt.Operations Srl* contra AGCM.

Ver Texto

**(16)** Texto pertinente a efectos del EEE.

Ver Texto

**(17)** Sentencia de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation/Comisión* (T-286/09 RENV, EU: T: 2022:19).

Ver Texto

**(18)** En relación con la clasificación de los descuentos, son numerosas las resoluciones en las que la Comisión y el Tribunal de Justicia sistematizan los descuentos en tres grupos: cuantitativos, descuentos condicionales a una compra exclusiva o casi exclusiva, y una tercera categoría que incluye el resto de los tipos de descuentos. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Comisión*, apartados y Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, *British Airways* contra Comisión.

Ver Texto

**(19)** Apartados 33 a 36 de la Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

Ver Texto

**(20)** *Vid.* ZURUMENDI ISLA, «La sentencia del caso Intel o cómo el Derecho de la competencia no responde a la realidad actual», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 14, 2022, pág. 902 y ss *cit.* pág. 902 para quien «el sistema de distribución de la carga de la prueba vigente según el Tribunal, lleva un resultado contrario a la libre competencia, o eso parece. 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, sí 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 la competencia incluso si se trata de la Comisión Europea».

[Ver Texto](#)

**(21)** Vid, sobre el particular, las Conclusiones del Abogado General A. Rantos, presentadas el 14 de julio de 2022, *Unilever*, EU: C: 2022:586 apartado 28, Unilever Italia Mkt.Operations Srl contra AGCM.

[Ver Texto](#)

**(22)** STJUE 13-2-79.

[Ver Texto](#)

**(23)** Sentencia Tribunal de Primera Instancia de la UE, 17-12-2003.

[Ver Texto](#)

**(24)** En el caso Intel se ha criticado la decisión de la Comisión basada en los anteriores precedentes, sobre el particular, *vid. ZURIMENDI ISLA, A., op. cit.* pág. 904 y ss.

[Ver Texto](#)

**(25)** Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Los descuentos como abuso de posición dominante: la sentencia Intel del Tribunal de Justicia», *Blog Almacén de Derecho*, 7 de septiembre de 2017, disponible en Los descuentos como abuso de posición dominante: la sentencia Intel del Tribunal de Justicia - Almacén de Derecho (almacenederecho.org) (última consulta 26 de junio de 2023).

[Ver Texto](#)