

# LA VINCULACIÓN DE PRODUCTOS. REFERENCIA AL ASUNTO MICROSOFT

Miguel ODRIEZOLA ALÉN  
Begoña BARRANTES DÍAZ  
Clifford Chance

## 1. INTRODUCCIÓN

Las conductas abusivas por empresas que se encuentran en posición de dominio están prohibidas por el art. 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (CE) y el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) <sup>1</sup>.

Entre los abusos prohibidos figura «*subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*» <sup>2</sup>.

Esta práctica, más conocida por su término inglés, *tying* o *bundling*, consiste, básicamente, en la venta conjunta, por parte de una empresa en posición de dominio, de productos que, en ausencia de la práctica en cuestión, los consumidores adquirirían mediante dos relaciones con-

---

<sup>1</sup> Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>2</sup> Art. 82.d) CE. De forma similar, el art. 6.2.e) de la LDC considera un abuso de posición de dominio «*La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos*».

tractuales diferentes. El abuso puede cometerse cuando la empresa dominante condiciona la venta de un producto o servicio (producto vinculante) a la adquisición de otro diferente (producto vinculado) u obliga o induce a sus clientes a adquirir dos o más productos de forma conjunta<sup>3</sup>.

A continuación se analizará la jurisprudencia comunitaria más relevante en torno a este concepto, haciendo especial incidencia en las novedades introducidas en el asunto *Microsoft*<sup>4</sup>, y en el enfoque propuesto por la Comisión en el Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82 CE<sup>5</sup>.

## 2. LA VINCULACIÓN DE PRODUCTOS Y SU TRATAMIENTO POR LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### A) Las teorías sobre la vinculación de productos

La vinculación de productos desarrollada por una empresa en posición de dominio puede tener efectos anticompetitivos en el mercado si provoca efectos de exclusión de competidores en el mercado vinculado<sup>6</sup> o si se utiliza para proteger el mercado (vinculante) dominado por el operador en cuestión<sup>7</sup>. La vinculación de productos también puede dar lugar a precios discriminatorios o a precios excesivos.

---

<sup>3</sup> *Bundling* es un concepto económico referido a la venta conjunta de dos o más productos, que se da cuando el consumidor no puede acceder a cada uno de los productos individuales de forma separada (*bundling* puro) o cuando los productos se venden tanto de manera conjunta como individualmente (*bundling* mixto), siendo el precio del conjunto inferior a la suma de los precios de los productos por separado. *Tying* es un concepto jurídico que se produce cuando se condiciona la venta de un producto (el producto vinculante o *tying product*) a la adquisición de otro producto (el producto vinculado o *tied product*) del mismo proveedor o de otro designado por éste. De este modo, sólo el producto vinculado y no el vinculante puede adquirirse de forma independiente. El producto vinculado puede ser suministrado a la vez que el vinculante o en un momento futuro posterior.

<sup>4</sup> Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, asunto COMP/C-3/37.792, *Microsoft*.

<sup>5</sup> DG Competition discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Public Consultation, Brussels, diciembre 2005.

<sup>6</sup> Puesto que los consumidores están obligados a o encuentran más atractivo comprar tanto el producto vinculante (donde tiene posición de dominio la empresa en cuestión) como el vinculado, los competidores del producto vinculado tendrán dificultades para vender sus productos, con independencia de que tenga una mejor calidad o precio que el producto del operador dominante.

<sup>7</sup> Lo que puede suceder en supuestos en los que es más fácil penetrar en un determinado mercado dominado por un operador (mercado A) cuando se está activo en el mercado B de productos complementarios. En este supuesto, el operador dominante puede ofrecer paquetes integrados de sus dos productos (A y B) para, por un lado, eliminar a sus competidores en el mercado B y, por otro, hacer menos rentable la entrada en el mercado del producto A. La Comisión, en el Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82 CE, indica que si el producto vinculado es relevante para clientes del producto vinculante, la reducción de proveedores alternativos en el mercado del producto vinculado puede dificultar la entrada en el mercado del producto vinculante, ya que puede ser necesario entrar en ambos mercados para competir de manera efectiva. De modo

Sin embargo, la vinculación de productos, incluso desarrollada por empresas dominantes, también puede ser un medio para ofrecer mejores productos o para producirlos de forma más eficiente, pudiendo dar lugar a ahorro de costes de producción, distribución o transaccionales o estar motivada por razones de calidad, reputación o buenas prácticas en la utilización de los productos.

El abuso de posición de dominio consistente en la vinculación de productos ha sido tradicionalmente objeto de un enfoque automático por las autoridades comunitarias de defensa de la competencia, que han aplicado una teoría del abuso *per se* según la cual, en ausencia de justificación objetiva, la vinculación de productos por parte de una empresa en posición de dominio es contraria al art. 82 CE, sin que sea necesario analizar la existencia de efectos anticompetitivos derivados de la práctica concreta en el mercado.

Sin embargo, este enfoque ha sufrido un importante cambio en el asunto Microsoft, en el que la Comisión parece haberse apartado de la teoría del abuso *per se*, para aplicar un enfoque basado en una especie de *rule of reason*, que analiza los posibles efectos anticompetitivos y beneficiosos de la práctica en el mercado. Bajo la *rule of reason*, la vinculación de productos por una empresa en posición de dominio sólo sería contraria al art. 82 CE si sus efectos anticompetitivos no pueden ser compensados por los efectos procompetitivos que se derivan de la práctica en cuestión, produciéndose un perjuicio real para los consumidores.

En el Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82 CE, la Comisión también propone un enfoque que se aparta del tradicional sobre la vinculación de productos, dejando abierta la posibilidad de que la conducta, que de otro modo sería abusiva y estaría, por tanto, prohibida por el art. 82 CE, pueda ser sin embargo legítima si provoca eficiencias que puedan compensar los efectos anticompetitivos de la misma y siempre y cuando las eficiencias sean consecuencia de la conducta de que se trate, que ésta sea indispensable para la consecución de tales eficiencias, que éstas beneficien a los consumidores y que no se elimine la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos en cuestión <sup>8</sup>.

---

similar, se podría eliminar un producto del mercado vinculado que fuera o pudiera convertirse en una amenaza para el producto vinculante.

<sup>8</sup> El enfoque de la Comisión en el Documento de Discusión se muestra en línea con el espíritu de la modernización del art. 81 CE y de la reforma del control de concentraciones comunitario, que pretenden integrar un importante componente económico en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Dicho Documento viene precedido por el Informe del grupo de economistas (Economic Advisory Group for Competition Policy, EAGCP) al que el economista jefe de la DG Competencia encomendó la elaboración de un informe en el marco de la reforma del art. 82 CE que se está llevando a cabo en el seno de la Comisión (*An economic approach to art. 82*). El EAGCP propone un análisis basado en los efectos que puedan derivarse de la vinculación de productos desarrollada por una empresa en posición de dominio que, en su opinión,

## B) Tipología de prácticas de vinculación de productos

La vinculación de productos puede adoptar diferentes formas:

### a) Vinculación contractual

La vinculación contractual puede producirse cuando la conclusión de un contrato con respecto a un producto, A, exige concluir otro contrato con respecto a otro producto, B, que podrá proveerse, bien a la vez que el producto A (vinculación contemporánea) o en un momento posterior (vinculación temporal). De este modo, se priva a los consumidores de la posibilidad de obtener el producto A sin el producto B. También puede producirse este efecto si el proveedor, *de facto*, se niega a suministrar el producto A de forma individual (*tying*) o cualquiera de los dos productos de manera separada (*bundling* puro), bien directamente, bien mediante medios indirectos, a través de descuentos u otras ventajas comerciales que inducen a los consumidores a adquirir conjuntamente ambos productos.

### b) Vinculación técnica

Mediante la vinculación técnica, los productos se integran técnicamente, de tal manera que no resulta posible o práctico separarlos.

---

requeriría a las autoridades de competencia analizar los potenciales efectos de exclusión que pueden producirse, así como las circunstancias que podrían proporcionar una explicación pro-competitiva de la práctica en cuestión, además de verificar que las posibles eficiencias derivadas de la misma no constituyen la principal motivación de la actuación del operador dominante. En el Informe se propone a la autoridad de competencia que se hagan las siguientes preguntas: *i) Does the situation present dynamic features (sequential entry)?; ii) Does the existence of a competitor for the complementary product make the entry into market A more likely (either from the competitor present on market B, or by a third firm that finds it profitable to have a competitive market for good B)?; iii) Is the quality of the good offered by the rival on market B higher than that of the dominant firm?; iv) Is the bundling practice credible? For instance, is it achieved through commercial or through technological bundling?*

Otros autores han indicado la necesidad de someter la práctica de vinculación de productos a una *rule of reason*. Así, por ejemplo, J. TIROLE, aun reconociendo que la vinculación de productos por una empresa en posición de dominio puede estar destinada a monopolizar el mercado del producto vinculado, aún competitivo, o proteger la posición de monopolio ostentada en el mercado del producto vinculante, identifica las siguientes posibles razones destinadas a mejorar la eficiencia que podrían justificar la práctica de vinculación de productos: ahorro de costes de distribución, ahorro de costes de compatibilidad, consideraciones relacionadas con la responsabilidad o reputación del fabricante, la protección de la propiedad intelectual, respuesta legítima a una disminución competitiva de precios (J. TIROLE, *The Analysis of tying cases: a premier*, 9 diciembre 2004).

El citado autor propone los siguientes pasos a la hora de valorar la vinculación de productos: 1. ¿Puede la vinculación reducir la competencia en el mercado del producto vinculado? (lo que equivaldría a identificar el impacto de la práctica en la competencia en dicho mercado). 2. ¿Puede la vinculación perjudicar a los consumidores? (que equivaldría a analizar la posible existencia de una justificación objetiva y proporcional a la vinculación).

c) *Vinculación económica o comercial*

La vinculación económica o comercial puede producirse cuando el precio de un conjunto de productos es más atractivo que el precio de cada uno de los productos por separado, de tal manera que se induce a los consumidores a adquirir los productos de manera conjunta.

**C) Requisitos para el abuso de posición de dominio a través de la vinculación de productos**

a) *El enfoque tradicional. La teoría del abuso per se*

El enfoque de prohibición automática de la vinculación de productos por parte de una empresa en posición de dominio seguido por las autoridades de competencia en el pasado no ha exigido la evaluación de los efectos anticompetitivos de la práctica concreta en el mercado ni el análisis de posibles efectos pro-competitivos que puedan derivarse de la misma<sup>9</sup>. A continuación se indican los requisitos tradicionalmente exigidos por las autoridades de competencia para determinar la existencia de una vinculación de productos prohibida por el art. 82 CE<sup>10</sup>:

a)1. Posición de dominio

Como para determinar cualquier otro tipo de abuso, es necesario determinar la posición de dominio de la empresa en cuestión en el mercado del producto vinculante<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, en *British Sugar*, la Comisión no consideró necesario evaluar si la vinculación por la empresa de posición de dominio del servicio de entrega del azúcar provocaba un efecto de cierre de una parte importante del mercado en cuestión. El hecho de que British Sugar se reservara la prestación de la actividad diferente de entrega se consideró un efecto anticompetitivo suficiente para determinar la existencia de un abuso (Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, *Napier Brown-British Sugar*). En *Hilti* se consideró que la privación a los consumidores de la posibilidad de obtener el producto vinculado de proveedores alternativos constituía *per se* una explotación abusiva (Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco contra Hilti*).

<sup>10</sup> En la Comunicación de la Comisión —Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01)— se indica que «*Existe vinculación cuando el proveedor supedita la venta de un producto a la compra de otro producto distinto a sí mismo o a un tercero designado por él. Al primer producto se le denomina bien o servicio vinculante, y al segundo, producto vinculado. Si la vinculación no está objetivamente justificada por la naturaleza de los productos o su uso comercial, tal práctica puede constituir un abuso a efectos del art. 82.1*» (párrafo 215).

<sup>11</sup> En su Resolución de 27 de diciembre de 2000, expte. R 423/00, Vía Digital, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) confirmó la conclusión del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) en el sentido de que Vía Digital no había cometido el abuso de posición de dominio del que se le acusaba, consistente en aplicar un sistema de contratos enlazados que vincularían las prestaciones de los servicios de TV digital al suministro e instalación de las antenas parabólicas para la captación de la señal por satélite. El SDC consideró que Vía Digital no tenía

### a)2. Productos separados

La jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que el producto vinculante sea distinto al vinculado y formen parte de mercados del producto separados<sup>12</sup>.

En el asunto Tetra Pack II, los Tribunales comunitarios consideraron que, incluso en el supuesto de que la vinculación de productos constituya una práctica conforme a los usos mercantiles, la misma puede constituir un abuso contrario al art. 82 CE si es desarrollada, sin que concorra una justificación objetiva, por una empresa en posición de dominio que se encuentra en un mercado en el que las condiciones de competencia se encuentran restringidas<sup>13</sup>.

### a)3. Coerción

A los efectos de que pueda producirse una vinculación de productos contraria al art. 82 CE, es necesario que se restrinjan las posibilidades de elección del consumidor. La coerción puede adoptar diferentes formas, desde una prohibición directa hasta el ofrecimiento de fuertes incentivos de precios como consecuencia de los cuales el consumidor no podría comprar los productos de forma separada<sup>14</sup>.

---

posición de dominio en el mercado de la televisión digital vía satélite en España, un mercado en evolución, de reciente aparición y en el que hay que hacer importantes inversiones, que incluyen subvenciones a los clientes de determinados elementos como las antenas y descodificadores. La Resolución del TDC fue recurrida ante la Audiencia Nacional (AN), que mediante Auto de 16 de febrero de 2001, dio por desistido al demandante, Televisión, SA. En el asunto Gas Natural (Resolución del TDC de 14 de noviembre de 2003, Expte. 540/02, Gas Natural), José Juan Franch Menéu, ponente, emitió un voto particular en el que indicó que no había quedado probada la tipicidad de la conducta imputada. Entre otros motivos, el ponente indicó que no había quedado probada la posición de dominio de la empresa en cuestión en el mercado de suministro de energía para el servicio a los hogares de calefacción, agua caliente y otros servicios domésticos en Ponferrada, en el que, además de Gas Natural de Castilla y León, competían los suministradores de dichos servicios mediante otras fuentes de energía (gas butano, gasóleo, leña e incluso carbón).

<sup>12</sup> En el asunto *Michelin I*, el TJCE consideró que no existía vinculación en la práctica de Michelin consistente en establecer unos volúmenes determinados de compras de ruedas para coches como requisito para acceder a descuentos en la compra de ruedas para coches, ya que no se estaba subordinando la concesión de descuentos sobre un determinado producto a la compra de un nivel determinado de productos en un mercado separado (Sentencia del TJCE, asunto 322/81 *Niederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión*).

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, *Tetra Pak contra Comisión*, párrafo 137. Sentencia del TJCE, asunto C-333/94 P.

<sup>14</sup> En efecto, la vinculación puede provenir, indirectamente, de descuentos aplicados por una empresa en posición de dominio: rebajas en los precios que, carentes de un sustrato económico que las justifique, neutralizan el margen de elección del cliente, logrando, sin imponer una condición de exclusividad o cuasi-exclusividad que éste satisfaga la totalidad o práctica totalidad de sus necesidades con dicha empresa (Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche contra Comisión*; Sentencia del TJCE, asunto 322/81 *Niederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión*).

a)4. Ausencia de justificación objetiva

La posibilidad excepcional de que la práctica pueda ser objeto de justificación objetiva ha sido reconocida por las autoridades, si bien no ha tenido virtualidad práctica, ya que ha sido siempre rechazada <sup>15</sup>.

b) *El asunto Microsoft*

En el asunto Microsoft, la Comisión ha introducido una novedad con respecto a los requisitos tradicionalmente exigidos para determinar la existencia de una vinculación de productos prohibida por el art. 82 CE: la exigencia de que se produzca un cierre de mercado como consecuencia de la práctica en cuestión. De acuerdo con la Comisión, bastaría con que existieran riesgos de que la conducta en cuestión pudiera producir dichos efectos <sup>16</sup>.

<sup>15</sup> En *Tetra Pack II* (Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pack II*) se rechazaron consideraciones de orden técnico o relacionadas con los vicios de los productos o protección de la salud pública. En *Hilti* se rechazaron justificaciones de seguridad o buen uso (Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco contra Hilti*; Sentencia del TPI, asunto T-30/1989, *Hilti AG contra Comisión*; Sentencia del TJCE, asunto 53/92, *Hilti AG contra Comisión*).

<sup>16</sup> La Comisión utiliza expresiones tales como “*potential to foreclosure competition*” o “*serious risks of foreclosing competition liable to have a harmful effect on the structure of competition*”.

En diversos asuntos analizados por las autoridades nacionales de competencia se hace referencia a los “efectos en el mercado” ocasionados por la conducta objeto de análisis. Así, en el Expte. Gas Natural de Castilla y León, citado, el TDC consideró que dicha empresa había abusado de su posición de dominio en los mercados de canalización y distribución del gas e instalaciones comunitarias (la común a todos los vecinos que va desde la calle al contador de la vivienda), al presentar a los consumidores una oferta integral de servicios que vincula los contratos de ejecución de las instalaciones comunitarias con los de instalación individual y el servicio de mantenimiento, expulsando de estos últimos mercados a posibles competidores. Gas Natural de Castilla y León era adjudicataria de una concesión otorgada por la Junta de Castilla y León para la distribución y suministro del gas natural canalizado en Ponferrada. En virtud de dicha concesión, las instalaciones comunitarias las tendría que realizar sin coste alguno para las comunidades que así lo deseen. En su promoción, Gas Natural de Castilla y León ofrecía servicios que incluían todos los servicios necesarios para que el gas natural llegara a la vivienda del consumidor (incluyendo, por tanto, la instalación individual) y, tras indicar que asumiría el coste de la instalación comunitaria, se reservaba durante veinte años la realización de actividades de mantenimiento, por sí o por medio de empresa autorizada. El TDC, tras confirmar la conclusión del SDC en cuanto a la posición de dominio de Gas Natural de Castilla y León en los mercados de la canalización y suministro de gas y en el mercado de las instalaciones comunitarias, confirmó la práctica abusiva desarrollada por Gas Natural de Castilla y León, indicando que dicha empresa no había tenido en cuenta la necesidad de que una empresa en posición de dominio tenga una actuación cuidadosa para no incurrir en abuso, ya que había llevado a cabo actuaciones tendentes a expulsar del mercado conexo del mantenimiento de instalaciones a los posibles competidores. El SDC indicó en su Informe-Propuesta al TDC que se había demostrado que las empresas que más instalaciones individuales habían realizado eran colaboradoras de Gas Natural Castilla y León, que eran las que figuraban en la publicidad de dicha compañía, que alcanzaron una cuota del 60 por 100 del mercado. En cuanto al mercado del mantenimiento de las instalaciones, la propia Gas Natural de Castilla y León se reservaba la prestación de ese servicio durante veinte años. Se estaba, por tanto, limitando, según el SDC, la actuación del resto de instaladores autorizados para realizar las instalaciones individuales y los servicios de mantenimiento.

Por otro lado, como se explicará con detalle en un apartado posterior, la Comisión deja abierta la posibilidad de realizar un análisis de los posibles efectos pro-competitivos que pudieran derivarse de la misma y que pudieran compensar los efectos anticompetitivos de la conducta inicialmente abusiva, de tal manera que se evalúe el efecto real de la conducta para los consumidores finales.

Cabe apuntar, además, los siguientes comentarios con respecto a los demás requisitos analizados por la Comisión para determinar la existencia de un abuso:

i) Con respecto a la presencia de productos separados, la Comisión centró su análisis en la existencia de una demanda separada del producto vinculado (reproductores multimedia) sin tener en cuenta la existencia o no de una demanda separada también con respecto al producto vinculante (sistema operativo), lo que, como se verá con mayor detalle, ha sido objeto de crítica en algunos foros.

ii) Con respecto a la ausencia de opción para los consumidores para poder obtener el producto vinculante sin el vinculado (coerción), la Comisión consideró que es irrelevante que los consumidores no estuvieran obligados a comprar o a utilizar el producto vinculado. La Comisión rechazó el argumento de Microsoft en el sentido de que, en la práctica, no se estaban restringiendo las posibilidades de opción de los consumidores, ya que tanto WMP como reproductores alternativos son gratuitos y pueden ser fácilmente descargados de Internet.

iii) Con respecto a la ausencia de justificación objetiva, la Comisión hizo referencia a la necesidad de que la restricción a la competencia sea indispensable para la consecución de los beneficios con los que se pretende justificar la restricción en cuestión.

Los efectos de cierre de mercado, la posibilidad de que existan eficiencias que compensen los efectos restrictivos de la vinculación de productos y la exigencia de la indispensabilidad de la restricción, son, como veremos a continuación, requisitos contemplados por la Comisión en el Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82.

*c) El Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82*

La Comisión, en el Documento de Discusión, se refiere a los siguientes elementos como presupuesto para la existencia de una vinculación de productos contraria al art. 82 CE:

c)1. Posición de dominio en el mercado del producto vinculante

La Comisión indica que, si bien la dominancia en el mercado del producto vinculado no es necesaria para determinar el abuso, su existencia hace más probable la existencia de éste.

c)2. Productos diferentes

La existencia de productos distintos se determina desde el punto de vista de la demanda: dos productos son diferentes si, en ausencia de la vinculación, los clientes los adquirirían de forma separada. La Comisión clarifica que no es necesario que los productos formen parte de mercados de producto diferentes, y que la vinculación de productos puede ocurrir entre dos productos en un mismo mercado con productos diferenciados.

La existencia de productos distintos puede determinarse a través de evidencia directa: si tuvieran opción, los consumidores adquirirían los productos de manera separada; o indirecta, que puede proceder de otros mercados geográficos más competitivos, tales como la venta por separado de los productos por empresas con escaso poder de mercado o la existencia de empresas independientes especializadas en la fabricación y venta del producto vinculado sin el vinculante. La adecuación de la práctica a los usos mercantiles también puede indicar, si bien no de forma automática<sup>17</sup>, que dos productos no son distintos o que la vinculación carece de propósitos de exclusión. La Comisión hace referencia al problema particular que puede plantearse, principalmente en casos de integración tecnológica, con respecto al desarrollo de un nuevo producto que integre dos productos anteriormente independientes. La Comisión indica que, en estos casos, a los efectos de determinar si la combinación de productos en cuestión ha de ser considerada un solo producto en el futuro, la cuestión clave es analizar si la demanda ha cambiado como consecuencia de la integración de los productos, de tal forma que ya no existe una demanda independiente para el producto vinculado<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sentencia del TJCE, asunto C-333/94 P, asunto Tetra Pack II.

<sup>18</sup> El análisis de la existencia de productos separados desde el punto de vista de la demanda puede evitar el problema que en mercados innovadores podría plantear un enfoque que estuviera basado exclusivamente en la existencia en el mercado de fabricantes especializados en la fabricación y venta del producto vinculado. En estos mercados es probable que existan fabricantes que ofrezcan productos separados para uno ya integrado por la empresa más innovadora. Un enfoque puramente basado en la existencia de oferta separada podría dar lugar a que cualquier integración de productos desarrollada por empresas en posición de dominio, incluso aquella carente de efectos de exclusión y motivada por meras cuestiones de calidad técnica, pudiera ser considerada una práctica abusiva.

c)3. Efectos de cierre distorsionadores de la competencia

El análisis de la existencia de efectos de cierre de mercado distorsionadores de la competencia en el mercado del producto vinculado podría, según la Comisión, realizarse en dos fases: i) identificación de los clientes vinculados por la empresa en posición de dominio y por los que los operadores alternativos no pueden competir, y ii) determinación de si dichos clientes constituyen una parte “suficiente” del mercado vinculado. La Comisión indica que la evaluación de la posible existencia de efectos de cierre en el mercado ha de ser global, y debe combinar un análisis de la práctica, de su aplicación en el mercado y de la relevancia de la posición de dominio. La Comisión clarifica que, si llega a la conclusión de que la empresa dominante vincula una parte “suficiente” del mercado, es probable que alcance la conclusión irrefutable de que la vinculación tiene efectos de cierre distorsionadores y que por tanto constituye un abuso de posición de dominio.

La Comisión considera que, en los casos de *tying* y *bundling* puro, resulta claro que se priva a los operadores alternativos de la posibilidad de acceder a los clientes individuales vinculados. Con respecto a los casos de *bundling* mixto, en los que los consumidores tienen la opción de comprar también los productos por separado, debe analizarse si, dados los precios del paquete integrado (con descuento) y de los productos individuales, sería razonable que los consumidores adquirieran sólo alguno de los productos de la empresa dominante y lo combinara con productos de los competidores. La Comisión considera que los competidores serán excluidos si el descuento aplicado al conjunto de los productos es tan elevado que los competidores eficientes que ofrezcan sólo alguno de los productos incluidos en el paquete no pueden competir con el paquete en cuestión. La Comisión indica que, para evitar efectos de exclusión, el precio incremental que los consumidores pagan por cada uno de los productos del paquete de la empresa dominante debería cubrir los costes incrementales a largo plazo en que incurre dicha empresa por incluir dicho producto en el paquete. Los criterios para calcular dichos costes en los distintos casos se aportan en los párrafos 190 a 195 del Documento de Discusión.

La segunda parte del análisis requiere evaluar si puede considerarse que se producen efectos de cierre con respecto a la totalidad del mercado, para lo que han de tenerse en cuenta distintos factores: el porcentaje de las ventas vinculadas con respecto a las ventas totales del mercado, la fuerza global de la empresa dominante tanto en el mercado del producto vinculante como en el vinculado, la identidad de los clientes vinculados, la existencia de otras empresas que realicen prácticas de vinculación de productos, el número de clientes en el mercado vinculado

que adquieren los dos productos, la existencia de economías de escala, efectos de red o barreras de entrada en el mercado vinculado, la existencia o no de productos diferenciados en el mercado vinculado, la evolución de la cuota de mercado de la empresa dominante como consecuencia de la vinculación, así como la capacidad de reacción de los competidores y de los clientes.

c)4. Ausencia de justificación en términos de justificación objetiva o eficiencias

De acuerdo con el enfoque propuesto por la Comisión en el Documento de Discusión, una conducta inicialmente prohibida por el art. 82 CE podría ser legítima si concurre una justificación objetiva o si produce eficiencias que puedan compensar los efectos restrictivos de la misma. Corresponde a la empresa dominante demostrar la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de alguna de estas teorías.

i) Justificación objetiva<sup>19</sup>

La vinculación de productos puede ser objetivamente necesaria por razones de calidad o para garantizar el buen uso de los productos, para proteger la salud y la seguridad de los clientes. Como ha sido indicado, las autoridades han analizado la posible justificación objetiva de prácticas de vinculación de productos en el pasado, rechazando siempre los argumentos alegados por las partes en ese sentido. La Comisión recuerda que no corresponde a las empresas en posición de dominio adoptar por propia iniciativa medidas para eliminar productos que, en su opinión, correcta o incorrecta, son peligrosos o inferiores a sus propios productos.

De acuerdo con la Comisión, la demostración de que la conducta en cuestión es objetivamente necesaria para la consecución del motivo que se invoque ha de basarse en factores objetivos aplicables en general para todas las empresas del mercado y a partir de los cuales la empresa dominante ha de poder demostrar que, sin la conducta en cuestión, los productos de que se trate no pueden o no podrán ser distribuidos en el mercado. Se recuerda, además, la exigencia de la indispensabilidad.

<sup>19</sup> El Documento de Discusión plantea dos tipos de justificación objetiva que podrían servir para legitimar una conducta inicialmente prohibida por el art. 82 CE: la necesidad de la conducta en cuestión sobre la base de criterios objetivos ajenos a las partes y, en particular, a la empresa en posición de dominio ("*objective necessity defense*") y la necesidad de igualar a los competidores ("*meeting the competition defense*"). Sólo el primer tipo de justificación objetiva será tratada con detalle en este documento. La Comisión indica, con respecto al segundo, que sólo será aplicable con respecto a conductas abusivas sobre precios.

## ii) Eficiencias

La vinculación de productos puede producir ahorros de costes de producción, distribución o transacción, así como contribuir a la innovación en el mercado.

Para que las eficiencias puedan compensar los efectos anticompetitivos de la vinculación, ha de demostrarse que: i) las eficiencias son consecuencia de la vinculación; ii) que la vinculación es indispensable para la consecución de las eficiencias; iii) que las eficiencias benefician a los consumidores; y iv) que no se elimina la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos de que se trate<sup>20</sup>.

La Comisión indica que la vinculación se consideraría abusiva en los casos en los que el distribuidor pudiera obtener de forma regular suministros del mismo o equivalente producto en condiciones iguales o mejores condiciones a las ofrecidas por el proveedor que desarrolla la vinculación de productos, puesto que, en ese supuesto, resulta evidente que no se cumpliría el requisito del beneficio a los consumidores. De forma similar, para que puedan invocarse eficiencias basadas en la necesidad de garantizar cierta calidad y uniformidad en los productos, ha de demostrarse que dichos efectos positivos no pueden conseguirse de manera igualmente eficiente, requiriendo al comprador que utilice o revenda productos que satisfagan unos requisitos cualitativos mínimos, sin necesidad de exigirle que los adquiera del proveedor en cuestión o de alguien designado por éste.

## 3.. PRINCIPALES ASUNTOS DIRIMIDOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

### A) Vinculación contractual

Tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios han considerado prohibido por el art. 82 CE la vinculación por una empresa en posición de dominio, en ausencia de justificación objetiva, de la venta de determinados insumos con el aparato donde los mismos serán utilizados, así como la venta de determinados productos o servicios solamente de manera vinculada<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> La exigencia de estos requisitos aproximan el análisis de las conductas bajo el art. 82 CE al que se realiza a la luz del art. 81 CE.

<sup>21</sup> En la Resolución de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97, BT/Telefónica, el TDC entendió que existía un supuesto de vinculación entre la contratación de circuitos nacionales e internacionales por el hecho de que los servicios se negociaron en el mismo período de tiempo y estaban datados en la misma fecha, con independencia de que los servicios correspondientes a unos

Así, en *Hilti*<sup>22</sup>, los Tribunales comunitarios confirmaron la Decisión de la Comisión en el sentido de que Hilti, fabricante de sistemas de fijación para la industria de la construcción y con posición de dominio en tres mercados distintos (pistolas grapadoras, cartucheras y grapas compatibles con Hilti), había abusado de su posición de dominio al subordinar la venta de cartucheras a la adquisición de grapas, así como al desarrollar una política general consistente en negarse a otorgar garantías a los clientes que utilizaran grapas de proveedores alternativos. Tanto la Comisión como los Tribunales rechazaron el argumento de Hilti en el sentido de que las pistolas grapadoras, las cartucheras y las grapas constituían un único producto, así como la justificación relativa a la necesidad de proteger la seguridad esgrimida por Hilti en el sentido de que los insumos de otros competidores no eran seguros.

---

y otros circuitos se plasmaran en contratos independientes y a pesar de que los servicios no estaban vinculados entre sí. Telefónica de España también condicionaba la eficacia de los contratos a la aceptación de condiciones de exclusividad (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 1999, expte. 412/97, BT/Telefónica). La AN, en su Sentencia de 8 de mayo de 2002, confirmó que la condición de exclusión de otros competidores en la prestación de servicios equivalentes y la vinculación de la voz nacional e internacional, así como el mantenimiento de unos circuitos mínimos, suponen unas prestaciones suplementarias no adecuadas a los usos, siendo dicha conducta subsumible en el art. 6.2.e) LDC. Sin embargo, la AN indicó que el concepto indicado en el art. 10.3 LDC se refiere a la reiteración y no a la reincidencia, por lo que estimó parcialmente el recurso, anulándose la Resolución recurrida en tal extremo dado que el concepto a analizar para la graduación de la sanción es el de la reiteración.

En su Resolución de 1 de octubre de 1993, expte. 328/93, Habana Films/Telefónica de España, el TDC consideró que Telefónica de España, SAU, había cometido un abuso de posición de dominio contrario al art. 6.2.e) de la LDC al subordinar la celebración de un contrato de alquiler con opción de compra con los usuarios de los equipos Sistema Multilíneas Teide 3/6/2, a la efectiva compra de los mismos. EL TDC consideró que, puesto que en el primer recibo, correspondiente a la "cuota de conexión", Telefónica incluía el precio de la opción de compra, Telefónica tomaba la decisión de vender forzosamente y con anticipación un modelo de equipo multiconexión, suprimiendo así el libre ejercicio de la opción por parte de quien confió en el contrato que se le ofrecía.

Por otro lado, en su Resolución de 4 de octubre de 2004, expte. 570/2003, Gas Extremadura, el TDC consideró que dicha empresa había abusado de su posición de dominio en el mercado de suministro del gas natural en la Comunidad Autónoma de Extremadura, en cuanto que titular de una concesión administrativa, al, de acuerdo con el Resuelve Primero de la Resolución: «imponer condiciones abusivas en el mercado conexo de ejecución de instalaciones (individuales y/o colectivas) así como funciones de control y mantenimiento de las mismas». Las condiciones abusivas consistían en supeditar la continuidad del suministro del gas natural a que no se produzcan impagos de las cuotas derivadas de la ejecución de instalaciones individuales y colectivas, en caso de que los clientes contrataran la realización de dichas instalaciones con la empresa en cuestión. Además, Gas de Extremadura obligaba a los clientes a abonar, durante veinte años, un canon en concepto de mantenimiento de la instalación en cuestión. Si bien Gas Extremadura no subordina, en un primer momento, la contratación de los servicios de suministro con el de la instalación y mantenimiento, dando, por tanto, a los consumidores la opción de obtenerlos por separado, sin embargo, una vez contratados dichos servicios, sí se produce la vinculación con respecto a la continuidad del primer servicio.

<sup>22</sup> Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco contra Hilti*. Sentencia del TPI de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, *Hilti AG contra Comisión*; Sentencia del TJCE de 2 de marzo de 1994, asunto 53/92, *Hilti AG contra Comisión*.

En *Tetra Pack II*<sup>23</sup>, los Tribunales comunitarios confirmaron la Decisión de la Comisión en el sentido de que Tetra Pack había abusado de su posición de dominio al obligar a los compradores de máquinas de empaquetar de Tetra Pack a usar solamente cartones de Tetra Pack suministrados exclusivamente por dicha compañía. Los Tribunales comunitarios rechazaron los argumentos de Tetra Pack en el sentido de que las máquinas de empaquetar y los cartones no formaban mercados separados, dada la existencia de un vínculo comercial y natural entre ellos, así como la justificación basada en razones técnicas, de salud pública, en la naturaleza integrada de su negocio y en la necesidad de proteger su reputación, esgrimidas por Tetra Pack. Otro de los abusos analizados en el asunto Tetra Pack II, citado, consistía en la reserva por dicha compañía del derecho exclusivo a prestar los servicios de reparación y mantenimiento de los equipos, así como a suministrar piezas de recambio.

Como ha sido indicado, los Tribunales comunitarios consideraron que, incluso en el supuesto de que la vinculación de productos constituya una práctica conforme a los usos mercantiles, la misma puede constituir un abuso contrario al art. 82 CE si es desarrollada, sin que concorra una justificación objetiva, por una empresa en posición de dominio que se encuentra en un mercado en el que las condiciones de competencia se encuentran restringidas<sup>24</sup>.

En el asunto *Napier Brown/British Sugar*, la Comisión analizó la práctica de British Sugar consistente en negar el suministro de azúcar a los clientes que no eligieran a dicha empresa para la prestación de los servicios de entrega. La Comisión consideró que British Sugar había abusado de su posición de dominio al no ofrecer a sus clientes la posibilidad de adquirir el azúcar a un precio que no incluyera el servicio de entrega, de tal manera que eliminaba la competencia con respecto a la prestación de dichos servicios<sup>25</sup>.

En *FAG*<sup>26</sup>, la Comisión consideró que dicha empresa había abusado de su posición de dominio en el mercado para la provisión de instalaciones aeroportuarias para el despegue y aterrizaje de aviones al denegar a competidores potenciales el acceso a las rampas. Como consecuencia, FAG impedía a competidores potenciales la prestación de servicios de rampa, que constituía un mercado del producto separado

---

<sup>23</sup> Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pack II*.

<sup>24</sup> Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, *Tetra Pak contra Comisión*, párrafo 137. Sentencia del TJCE, asunto C-333/94 P.

<sup>25</sup> Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, *Napier Brown-British Sugar*.

<sup>26</sup> Decisión de la Comisión de 14 de enero de 1998, asunto IV/34.801, *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*.

del de la provisión de instalaciones para el despegue y aterrizaje de aviones<sup>27</sup>.

## B) Vinculación económica

Las autoridades de competencia han considerado abusiva la subordinación, por parte de una empresa en posición de dominio, de la otorgación de descuentos a la compra de productos en distintos mercados relevantes.

En el asunto *Hoffman-La Roche*, tanto la Comisión como el TJCE consideraron que Roche había abusado de su posición de dominio al aplicar descuentos de fidelidad a los clientes que accedieran a satisfacer todas o prácticamente todas sus necesidades de vitaminas de dicha compañía<sup>28</sup>.

En el asunto *Michelin I*, la Comisión consideró que dicha compañía había abusado de su posición de dominio al establecer unos volúmenes de compras de ruedas para coches determinados como requisito para acceder a descuentos en la compra de ruedas para vehículos pesados. El TJCE consideró, sin embargo, que no existía vinculación, ya que se demostró que los descuentos se referían a las compras de ruedas para coches (y no para vehículos pesados). Por tanto, no se estaba subordinando la concesión de descuentos sobre un determinado producto a la compra de un nivel determinado de productos en un mercado separado<sup>29</sup>.

## C) Vinculación técnica

Tras el asunto IBM, que fue cerrado por la Comisión sin necesidad de emitir una Decisión formal<sup>30</sup>, el principal asunto en el que se ha plan-

---

<sup>27</sup> La Comisión ha investigado prácticas similares en determinados casos que fueron cerrados sin la adopción de una Decisión formal. En *Oliofiat*, la Comisión investigó la práctica de Fiat consistente en la imposición a sus concesionarios y reparadores autorizados de la obligación de utilizar y vender sólo lubricantes y productos complementarios fabricados y vendidos por dicha compañía (XVII Report on Competition Policy, punto 77). De forma similar, en *Digital Equipment Corporation*, la Comisión abrió una investigación sobre la práctica que estaba desarrollando Digital, consistente en la aplicación de precios más favorables a determinados servicios de *hardware* y de *software* cuando se adquirían como paquete integrado que cuando se adquirían individualmente. La Comisión decidió cerrar el caso ante determinados compromisos de Digital (XXVII Report on Competition Policy, punto 69).

<sup>28</sup> Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1976, asunto IV/29.020, *Vitamines*. Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche contra Comisión* (Rec. 1978, p. 461).

<sup>29</sup> Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1981, asunto IV/29.491, *Michelin I*. Sentencia del TJCE, asunto 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión*.

<sup>30</sup> En IBM, la Comisión consideró que dicha empresa había abusado de su posición de dominio al ofrecer su gama de ordenadores System 370, al integrar en el sistema una capacidad de

teado la vinculación técnica o tecnológica de productos es el asunto Microsoft, que se analiza con detalle en el apartado que figura a continuación.

#### 4. EL ASUNTO MICROSOFT

##### A) La Decisión de la Comisión

El 24 de marzo de 2004, la Comisión, tras una investigación de más de cinco años, impuso a Microsoft una multa de 497,2 millones de euros por la comisión de prácticas contrarias al art. 82 CE<sup>31</sup>.

La Comisión consideró que Microsoft había cometido dos abusos de su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos para ordenadores, donde ostenta una cuota de aproximadamente el 95 por 100 y, por lo tanto, goza de una posición cercana al monopolio o de “superdominio”<sup>32</sup>:

i) La ocultación a sus competidores en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, de la información necesaria para la interoperabilidad de sus productos con los ordenadores basados en el sistema operativo Windows de Microsoft<sup>33</sup>.

---

memoria, así como vincularlo con aplicaciones básicas de *software*. La investigación fue cerrada al comprometerse IBM a ofrecer sus ordenadores System 370, bien sin la capacidad de memoria citada, bien sólo con la capacidad mínima necesaria para el período de prueba (XVI Report on Competition Policy, puntos 94 y 95).

<sup>31</sup> Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, asunto COMP/C-3/37.792, *Microsoft*. La Decisión de la Comisión ha sido recurrida ante el TPI y está pendiente de decisión (asunto T-201/04, *Microsoft contra Comisión*). Microsoft solicitó al TPI la suspensión cautelar de las obligaciones no pecuniarias impuestas por la Decisión de la Comisión. Dicho requerimiento fue denegado por el presidente del Tribunal de Primera Instancia el 22 de diciembre de 2004. El 22 de diciembre de 2005, la Comisión remitió a Microsoft un pliego de cargo por incumplimiento de la Decisión de 24 de marzo de 2004.

<sup>32</sup> Microsoft también tiene posición de dominio en los mercados clave relacionados de aplicaciones personales de productividad (donde ostenta una cuota de mercado del 96 por 100) y en el mercado de exploradores de Internet (*browsers*) (donde su explorador tiene una cuota del 94 por 100).

La investigación fue iniciada como consecuencia de la denuncia interpuesta por Sun Microsystems en diciembre de 1998, que acusó a Microsoft de negarse a suministrarle la información sobre interfaces que necesitaba para desarrollar productos que pudieran “dialogar” correctamente con Windows y poder así competir en igualdad de condiciones en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. En el año 2000, la Comisión amplió su investigación por iniciativa propia para analizar los efectos en el mercado de la vinculación de Windows Media Player de Microsoft con su sistema operativo para ordenadores Windows 2000.

<sup>33</sup> Para remediar esta infracción, la Comisión ha exigido a Microsoft que, en el plazo de ciento veinte días, divulgue la documentación completa y precisa sobre las interfaces que permita a los servidores para grupos de trabajo competidores garantizar una interoperabilidad total con los ordenadores y servidores Windows. Ello permitirá a los vendedores de la competencia desarrollar productos que puedan competir en condiciones equitativas en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. La información divulgada deberá actualizarse cada vez

ii) La venta vinculada de su sistema operativo Windows con su reproductor multimedia, Windows Media Placer (WMP).

Sólo esta segunda conducta será objeto de un análisis más detallado.

La Comisión consideró que, como consecuencia de la vinculación del WMP con el sistema operativo de Microsoft, la ubicuidad del primer producto en el mercado había creado incentivos artificiales a los proveedores de contenidos y desarrolladores de *software* para centrar sus productos exclusivamente en la tecnología del WMP, cerrando el mercado a fabricantes alternativos, que se veían impedidos para desarrollar productos rivales competitivos.

El remedio ordenado por la Comisión con respecto a este abuso exige a Microsoft la comercialización de una versión de su sistema operativo Windows que no incluya su WMP, de tal manera que los fabricantes de ordenadores y los consumidores puedan utilizar el sistema operativo Windows con el reproductor multimedia que consideren oportuno. El remedio no impide, sin embargo, a Microsoft seguir comercializando una versión “vinculada” de sus dos productos, si bien se prohíbe que Microsoft utilice cualquier tipo de medios comerciales, tecnológicos o contractuales cuya consecuencia sea que la versión no vinculada de Windows resulte menos atractiva o cuente con menos prestaciones que la vinculada. En concreto, Microsoft deberá abstenerse de ofrecer a los fabricantes de ordenadores, descuentos condicionados a la compra del sistema operativo Windows con el WMP. Sin embargo, Microsoft podrá ofrecer las dos versiones de su sistema operativo al mismo precio<sup>34</sup>.

## **B) La ponderación de los efectos de la conducta. La *rule of reason***

La Decisión de la Comisión en el asunto Microsoft marca un hito en la práctica decisional relativa a la vinculación de productos desarrollada en el ámbito comunitario, ya que la Comisión parece haberse apartado de la teoría del abuso *per se*, realizando un análisis de los efectos de la conducta en el mercado mediante la aplicación de una especie de *rule of reason*<sup>35</sup>.

---

que Microsoft ponga en el mercado nuevas versiones de los correspondientes productos. En la medida en que alguna información sobre las interfaces pueda estar protegida por la propiedad intelectual en el Espacio Económico Europeo, Microsoft estará autorizado a recibir una remuneración razonable. La orden de divulgación se refiere sólo a la documentación sobre las interfaces y no al código fuente de Windows ya que éste no es necesario para desarrollar productos interoperables.

<sup>34</sup> Podría decirse que la eficacia del remedio dependerá de la decisión de los fabricantes de equipos originales de optar por la versión no vinculada del producto y de la instalación de productos de *software* multimedia alternativos. Sin embargo, a igualdad de precio, resulta difícil imaginar que los fabricantes opten por adquirir la versión sin WMP.

<sup>35</sup> Autores como D. S. EVANS y J. A. PADILLA cuestionan que la Comisión esté aplicando una *rule of reason*, que, en su opinión, de acuerdo con la práctica estadounidense, exigiría al

La aplicación de esta *rule of reason* se produce en dos niveles diferentes:

En primer lugar, la Comisión parte del análisis tradicional de la vinculación de productos, pero va más allá, al analizar los efectos de la conducta de Microsoft con respecto a fabricantes de reproductores multimedia competidores<sup>36</sup>.

Una vez determinado que el sistema operativo y el WMP de Microsoft constituyen productos separados<sup>37</sup>, la Comisión analiza los efectos que la vinculación de ambos productos puede tener sobre los incentivos de los proveedores de contenidos y los desarrolladores de aplicaciones de *software* para desarrollar productos compatibles con reproductores multimedia rivales del WMP. La investigación confirmó que la cuota de mercado de estos reproductores multimedia rivales había disminuido frente a la del WMP de Microsoft y que dicho detrimento no había sido ocasionado por el hecho de que el producto de Microsoft tuviera una mejor calidad que la de los reproductores multimedia rivales. El razonamiento de la Comisión puede estructurarse del siguiente modo:

- La ubicuidad del WMP de Microsoft derivada de su vinculación con el sistema operativo Windows otorga a los proveedores de contenido y desarrolladores de *software* la posibilidad de alcanzar a la práctica totalidad de los consumidores tan sólo con productos diseñados para el producto de Microsoft.
- Ante ello, los proveedores de contenidos y desarrolladores de *software* carecen de incentivos para desarrollar productos para reproductores multimedia alternativos, ya que dicho desarrollo ocasiona costes

---

demandante demostrar que los efectos anticompetitivos de la práctica superan los beneficios procompetitivos, lo que difiere del análisis planteado por la Comisión, que exige al demandado probar la existencia de eficiencias y la indispensabilidad de la restricción. *Tying Under art. 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*. D. S. EVANS y J. A. PADILLA, 27 agosto 2004.

<sup>36</sup> La Comisión también analiza los efectos en el mercado del primer abuso atribuido a Microsoft, esto es, la negativa de suministro de la información sobre interfaces necesaria para permitir la interoperabilidad entre los ordenadores con sistema operativo Windows y servidores para grupos de trabajo alternativos. Así, la investigación confirmó que la no divulgación por Microsoft de la información sobre interfaces necesaria alteraba artificialmente la elección de los clientes a favor de los productos de servidor de Microsoft. Asimismo, se confirmó el vínculo existente entre la ventaja de la interoperabilidad que Microsoft se reservaba y sus crecientes cuotas de mercado para sistemas operativos para servidores de grupo de trabajo.

<sup>37</sup> La Comisión considera que, a tales efectos, basta demostrar la existencia de una demanda separada para el producto vinculado. Como ha sido indicado, el Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82 CE también propone un enfoque basado en la demanda y, con respecto al potencial problema que podría plantearse en mercados tecnológicos, indica que la cuestión clave, ante la existencia de fabricantes que fabriquen los productos tanto conjunta como individualmente, será determinar si se ha producido un cambio en la demanda como consecuencia de la evolución del mercado.

adicionales y sólo les permitiría alcanzar un número adicional de consumidores muy limitado.

- Los reproductores multimedia alternativos al WMP se ven, por tanto, privados de contenidos y de aplicaciones de *software*.
- El efecto de red así ocasionado podrá cerrar el mercado a los reproductores multimedia alternativos.
- Como consecuencia, se priva a los consumidores de capacidad de elección, así como de la innovación derivada de la existencia de competencia efectiva en el mercado.

Por tanto, los efectos de cierre de mercado no vendrían determinados por el hecho de privar a los consumidores de obtener un producto competidor, que podría conseguirse también gratuitamente, sino por la posibilidad de que en un futuro no existiera contenido disponible para reproductores multimedia alternativos, lo que obligaría a los consumidores a utilizar el WMP<sup>38</sup>.

En segundo lugar, una vez demostrados los efectos anticompetitivos de la conducta de Microsoft, la Comisión analiza la posibilidad de que la misma pudiera ser objeto de justificación objetiva en términos de eficiencias que pudieran beneficiar a los consumidores.

La Comisión, sin embargo, encontró una respuesta negativa. La investigación demostró que no existían eficiencias técnicas que pudieran ocasionar una mejora del producto derivadas de la vinculación del sistema operativo y el WMP de Microsoft, que, por otro lado, no fueron sustanciadas por Microsoft. La compañía alegó la existencia de dos tipos de eficiencias:

- i) Eficiencias derivadas de la distribución conjunta de los dos productos, mediante una disminución de los costes de transacción para los consumidores, al: *a)* reducirse el tiempo y la confusión como consecuencia del acceso a un paquete de productos, y *b)* disminuir los costes de distribución del fabricante, ahorro que sería traspasado a los consumidores.

---

<sup>38</sup> Algunos autores han criticado esta postura de la Comisión. Así, D. S. EVANS y J. A. PADILLA consideran que el análisis de la Comisión exige que los proveedores de contenidos y los consumidores tengan fuertes incentivos para centrarse en una sola tecnología, lo que la experiencia ha demostrado incorrecto con respecto a los reproductores multimedia, puesto que resulta probado que la mayoría de los consumidores y de los fabricantes de ordenadores utilizan más de un reproductor. Los autores citados consideran que la evidencia del mercado no respalda el argumento de los efectos de red indirectos utilizado por la Comisión y que no existen pruebas de que la distribución ubicua del WMP haya coaccionado a los consumidores para que utilicen dicho producto o haya cerrado este mercado a competidores alternativos (D. S. EVANS y J. A. PADILLA, *Tying Under art. 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, 27 agosto 2004).

ii) Eficiencias derivadas de la naturaleza de “plataforma” de sus dos productos, ya que la presencia de WMP en todos los ordenadores con sistema operativo Windows ahorra a los proveedores de contenido tiempo y esfuerzos de programación, permitiéndoles centrarse en la innovación de sus propios productos.

En cuanto a la primera eficiencia alegada por Microsoft, la Comisión consideró que el argumento de Microsoft confundía la diferencia existente entre, por un lado, las ventajas que pudieran derivarse para los consumidores de poder acceder a un ordenador con un reproductor multimedia pre-instalado y, por otro, la selección por Microsoft del reproductor en cuestión. En efecto, la Comisión entendió que la vinculación de los productos de Microsoft no era necesaria para que se pudieran producir eficiencias derivadas de la venta de un paquete completo a los consumidores, ya que dicha situación ya se produce en el mercado, donde son los fabricantes de ordenadores los que combinan y personalizan una serie de productos de *software* y *hardware* de distintas compañías antes de entregar el producto final al consumidor. Con respecto al ahorro de costes de distribución, la Comisión consideró que, con independencia de que fuera cierto que dichos ahorros se trasladaran al consumidor, dicho argumento no era suficiente para contrarrestar los efectos distorsionadores de la competencia de la práctica de Microsoft, ya que los costes de distribución en el ámbito del *software* son insignificantes, lo que contrasta con la elevada importancia que tienen las posibilidades de elección de los consumidores y la innovación en cuanto a aplicaciones de *software* se refiere. Finalmente, en cuanto al argumento de Microsoft según el cual dicha empresa no debería ser puesta en una situación de desventaja competitiva con respecto a otros proveedores de sistemas operativos, que ofrecen rasgos multimedia incluidos en sus productos, la Comisión indicó, en primer lugar, que el objeto de la Decisión no era impedir a Microsoft celebrar acuerdos con fabricantes de equipos originales para preinstalar un reproductor multimedia en su sistema operativo Windows para satisfacer la demanda de un determinado cliente, sino impedir la conducta abusiva de Microsoft mediante la cual dicha compañía obliga inevitablemente a adquirir los dos productos vinculados. En segundo lugar, al Comisión recordó a Microsoft la especial responsabilidad que tienen las empresas dominantes en el mercado.

En cuanto a la segunda eficiencia alegada (la relativa a la naturaleza de plataforma de los dos productos de Microsoft), la Comisión indicó, en primer lugar, que cualquier eficiencia que pudiera surgir de la oferta de un reproductor multimedia pre-instalado en el sistema operativo no era algo que pudiera derivar exclusivamente de los productos de Microsoft y que no está demostrado que las mejoras de los contenidos de los

proveedores y desarrolladores no hubieran sido producidas de no haber existido la vinculación por Microsoft de su sistema operativo y su WMP, por lo que dicha práctica no era indispensable para la consecución de las ventajas argumentadas por dicha compañía, que podrían derivarse igualmente de la integración por parte de los fabricantes de ordenadores de los distintos componentes de acuerdo con la demanda de los consumidores finales. Además, la Comisión indicó que, de acuerdo con la normativa comunitaria de competencia, donde el proceso de competencia no distorsionada constituye un valor en sí mismo, puesto que genera eficiencias y crea un clima apropiado para la innovación, no puede admitirse una justificación a una restricción a la competencia que se base en el éxito de un producto determinado (el sistema operativo Windows) y no en los propios méritos del producto de que se trate (en nuestro caso, el reproductor multimedia de Microsoft).

En efecto, es precisamente la eficiencia invocada por Microsoft la que torna su conducta anti-competitiva. El hecho de que los proveedores de contenidos y desarrolladores de *software* pudieran contar con WMP en el 95 por 100 de los ordenadores, había creado incentivos no relacionados con el precio ni la calidad de los reproductores multimedia rivales, para desarrollar exclusivamente productos para el WMP.

## 5. COMENTARIOS FINALES

La Decisión de la Comisión en el asunto Microsoft marca un punto de inflexión importante en la evolución de la aplicación del art. 82 CE por las autoridades de competencia.

Dejando a salvo las posibles deficiencias e incertidumbres que puedan derivarse de la Decisión en cuestión, desde nuestro punto de vista, resulta loable el enfoque de la Comisión en el asunto Microsoft, en el que se aparta de una aplicación automática de la teoría del abuso *per se*, dejando paso al análisis de los efectos que la vinculación de productos pueda tener en el mercado, así como una posible justificación de la conducta en términos de eficiencias.

Dicho enfoque aporta una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas de competencia a las empresas en posición de dominio, exigiendo la evaluación de la existencia de efectos perjudiciales para el mercado y los consumidores. El enfoque propuesto, además, deja paso a un mayor componente económico en el análisis y se muestra en línea con las reformas recientemente adoptadas por las autoridades comunitarias en el ámbito del art. 81 CE y del control de concentraciones.

Debemos, sin embargo, mostrarnos cautos con respecto al impacto que el enfoque aplicado en el asunto Microsoft pueda tener en casos futuros, ya que el análisis de la Comisión se basa en circunstancias muy particulares del caso. Se trata de un supuesto en el que, por un lado, concurren particulares efectos en el mercado derivados de la ubicuidad de un producto vinculado obtenida como consecuencia de su distribución conjunta con otro producto, y, por otro, se da la existencia de monopolio en un mercado del producto sujeto a efectos de red.

Por tanto, no resulta todavía claro si, con la Decisión en el asunto Microsoft, la Comisión pretende desvincularse definitivamente de la teoría del abuso objetivo para adoptar, de manera general, un análisis basado en la teoría de los efectos, o si, por el contrario, la aplicación de esta especie de *rule of reason*, mediante la ponderación de los efectos pro y anticompetitivos de la conducta, va a limitarse a determinados asuntos en los que concurren determinadas circunstancias específicas similares a las presentes en el caso Microsoft.

Las dudas planteadas parecen en cierta medida resolverse por el Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82 CE publicado por la Comisión a finales del año pasado, en el que la Institución comunitaria propone, como hemos visto, un enfoque basado en el análisis de los efectos anticompetitivos de la conducta y establece con claridad la posibilidad de que una conducta inicialmente anticompetitiva pueda sin embargo ser legítima si la empresa dominante demuestra la concurrencia de una justificación objetiva (bien sobre la base de la necesidad de la conducta o por la necesidad de igualar a los competidores) o de eficiencias que puedan compensar los efectos anticompetitivos de la misma y siempre y cuando las eficiencias sean consecuencia de la conducta de que se trate, que ésta sea indispensable para la consecución de tales eficiencias, que éstas beneficien a los consumidores y que no se elimine la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos en cuestión. En definitiva, se permite aplicar una especie de *rule of reason* o balance entre efectos pro y anticompetitivos. La propia Comisión, en su nota de 22 de diciembre de 2005, indica que la Decisión en el asunto Microsoft es un precedente que contiene los principios orientadores conforme a los cuales, casos similares sobre interoperabilidad y vinculación de productos serán analizados en el futuro. La nota especifica que esos mismos principios se encuentran reflejados en el Documento de Discusión sobre la aplicación del art. 82 CE<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> *Competition: Statement of Objections to Microsoft for non-compliance with March 2004 decision-frequently asked questions* (Memo/05/499, de 22 de diciembre de 2005), disponible en: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/499&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>.

A este respecto, el Documento de Discusión contiene elementos ya apuntados en la Decisión de la Comisión en el asunto Microsoft, como la exigencia de la indispensabilidad para que pueda prosperar el argumento de la justificación objetiva o de la concurrencia de eficiencias y clarificar algunas de las incertidumbres surgidas de la Decisión en cuestión. Así, en el Documento de Discusión se indica que es la empresa dominante quien ha de probar la concurrencia de la justificación objetiva o de eficiencias<sup>40</sup> y se aportan los criterios que han de tenerse en cuenta para valorar los posibles efectos de cierre de mercado. Relevante es indicar que el Documento de Discusión considera altamente improbable la aplicación de la excepción de las eficiencias en casos de conductas desarrolladas por empresas con una posición cercana al monopolio (en general, con cuotas de mercado superiores al 75 por 100) o con un poder de mercado similar, puesto que, en esos casos, la Comisión considera improbable, por un lado, que las eficiencias puedan ser trasladadas a los consumidores (puesto que el incentivo de las empresas dominantes para trasladar las eficiencias al consumidor depende a menudo de la existencia de presión competitiva suficiente por parte de competidores actuales o potenciales) y, por otro, que concorra el requisito de la ausencia de eliminación de la competencia.

Con respecto al test de los “productos separados”, el Documento de Discusión trata específicamente el problema que puede plantearse en mercados tecnológicos, indicando que la cuestión clave en esos casos será determinar si se ha producido un cambio en la demanda en el mercado, de tal manera que ya no existe una demanda separada para el producto vinculado<sup>41</sup>.

Sin embargo, consideramos que las cuestiones citadas continúan planteando incertidumbres que habrán de ser solucionadas tanto por la Comisión como por los Tribunales comunitarios en sucesivos casos. Así, en nuestra opinión, aspectos como la carga de la prueba sobre la empresa demandada en la concurrencia de eficiencias o de una justificación objetiva, la posible existencia de cierre de mercado o el test de los produc-

---

<sup>40</sup> Este enfoque acerca el análisis de las conductas bajo el art. 82 CE al realizado bajo el art. 81 CE.

<sup>41</sup> El test utilizado por la Comisión en el asunto Microsoft, basado en la existencia de una demanda separada para el producto vinculado ha sido criticada por diversos autores. Así, D. S. EVANS y J. A. PADILLA indican que la Comisión debería haber exigido demostrar que existe también una demanda separada para el producto vinculante, ya que, en su ausencia, es improbable que la venta conjunta de dos productos tenga efectos anticompetitivos. La teoría basada en la existencia de demanda separada sólo con respecto al producto vinculado puede tener efectos negativos para la innovación en mercados tecnológicos. D. S. EVANS y J. A. PADILLA, *Tying Under art. 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, 27 agosto 2004. Una preocupación similar es mostrada por Ch. AHLBORN, D. BAILEYAND y H. CROSSLEY en *An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper*, GCLC Research Papers on art. 82, julio 2005.

tos separados son cuestiones que plantean no pocas dificultades y que habrán de ser objeto de un análisis exhaustivo por parte de las autoridades de competencia en el futuro.

Confiamos en que la próxima adopción por la Comisión de una Comunicación sobre el art. 82 CE y las decisiones que hayan de ser adoptadas por los Tribunales comunitarios en el asunto Microsoft contribuyan en un futuro cercano a clarificar el panorama actual sobre el abuso de posición de dominio en general y sobre la vinculación de productos en particular.

## BIBLIOGRAFÍA

- NORALL, C., y GOWDY, J. (2004): *The European Commission's Microsoft Decision*, mayo.
- AHLBORN, CH.; BAILEYAND, D., y CROSSLEY, H. (2005): *An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper*, GCLC Research Papers on art. 82, julio.
- EVANS, D. S., y PADILLA, J. A. (2004): *Tying Under art. 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, 27 agosto.
- EUROPEAN COMMISSION (2004): *Sweet and Maxwell, 4<sup>th</sup> Annual Competition Law Review Conference*, friday 22<sup>nd</sup> october, MENSCHING J. (dir.), Information, Communication and Media, DG Competition.
- EAGCP (2005): *An economic approach to art. 82*, Report by the Economic Advisory Group for Competition Policy, julio.
- CLARKE, O. (2005): *Microsoft vs. The Commission-and still the fight goes on*, Competition at a glance, autumn.
- TIROLE, J. (2004): *The analysis of tying cases: a primer*, Institut d'Economie Industrielle, University of Toulouse, 9 diciembre.
- ESCODA VILLACORTA, D., y GOLDEROS RODRÍGUEZ, A.: *La normativa de competencia ante estrategias de empaquetamiento llevadas a cabo por operadores que disfrutaban de una posición de dominio en el sector de las telecomunicaciones*, en Regulación y Competencia en Telecomunicaciones (Instituto de Estudios Europeos).