

Rita Leandro Vasconcelos y Pablo Solano

Las directrices de la Comisión acerca de la conducta excluyente abusiva

I. Puntos clave y recomendaciones

Las principales características prácticas de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes¹ son las siguientes:

- **Teoría del daño:** ya no se exige probar que la conducta cerró el mercado de forma probable ni que perjudicó a los consumidores. Es suficiente que sea capaz de dificultar la entrada o expansión de rivales, aunque nunca haya producido efectos reales sin umbral mínimo de afectación.
- **Intensidad de la prueba:** cuanto más apta sea una categoría de conducta, por su propia naturaleza, para distorsionar la competencia, menos prueba específica del efecto considera necesaria la Comisión. Este enfoque cobra especial importancia cuando aplica presunciones o califica una conducta como lesiva por su propia naturaleza. El nuevo marco facilita la intervención pública y las denuncias de competidores y clientes y traslada a la empresa dominante buena parte de la carga de la prueba.
- **Exclusividad:** los acuerdos de exclusividad y los descuentos de fidelidad se presumen contrarios a la competencia y ciertas prácticas, como pagar a un cliente por retrasar el lanzamiento de un rival, se consideran ilícitas por su propia naturaleza, prácticamente sin defensa posible.
- **Competidor igualmente eficiente:** se limita el ámbito de aplicación del *test* competidor igualmente eficiente prácticamente a descuentos, exclusividades, vinculación de productos o trato preferente de la oferta propia, de manera que un análisis económico favorable no impide la sanción.
- **Acceso:** denegar acceso a una infraestructura, plataforma o conjunto de datos solo exige probar la indispensabilidad cuando el activo se ha desarrollado para uso propio y no se ha tomado previamente la decisión de dar acceso que ahora se deniega o se degrada.
- **Auto-favorecimiento y dominancia colectiva:** se regula por primera vez el auto-favorecimiento y se recupera la dominancia colectiva en oligopolios, relevante en sectores concentrados como seguros, energía o transporte.
- **Justificación objetiva:** las Directrices desarrollan la defensa basada en eficiencias, incluidas las ventajas cualitativas y de sostenibilidad. La empresa dominante debe acreditar los requisitos de esa defensa.
- **Prueba:** correos, presentaciones y actas que sugieran voluntad de “frenar”, “bloquear” o “expulsar” a un competidor servirán para acreditar el abuso. A la inversa, una justificación de negocio que no esté documentada en su momento tendrá escaso valor de descargo.
- **Alcance práctico:** algunas de las opciones pueden facilitar la intervención frente a conductas de empresas dominantes sin ofrecer siempre reglas claras para anticipar el resultado.

A la luz de estas características, las recomendaciones son las siguientes:

- Revisar las políticas comerciales vigentes –exclusividades, descuentos, empaquetamientos, condiciones de acceso– antes de que lo haga un competidor, un cliente descontento o la autoridad.

¹ DO C 4675 de 9.9.2026, pp. 1-63.

- Documentar la lógica de negocio de políticas sensibles al adoptarse –eficiencias, razones técnicas, seguridad, inversión– y reforzar las pautas internas de redacción de correos y presentaciones.
- Protocolizar las solicitudes de acceso e interoperabilidad de terceros, estableciendo procedimientos claros, plazos de respuesta, criterios objetivos y transparentes y trazabilidad de las decisiones.
- Anticipar el litigio privado. El nuevo estándar podría facilitar las reclamaciones de daños ante la jurisdicción mercantil.

II. Contexto

Con carácter general, la labor de sistematización realizada por la Comisión es bienvenida. Destaca especialmente el hecho de que, a diferencia de las orientaciones sobre conducta excluyente abusiva de 2009 –en adelante, las “**Orientaciones de 2009**”–², la Comisión haya optado por un documento más ambicioso que no se limita a definir sus prioridades de aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “**TFUE**”). Las Orientaciones son sustituidas y dejan de ser aplicables³. Las Directrices generan los efectos que la jurisprudencia reconoce a las comunicaciones de la Comisión, es decir, limitan la propia discrecionalidad de esta autoridad en virtud de los principios de igualdad de trato y de confianza legítima y ofrecen orientaciones no vinculantes a las autoridades administrativas y jurisdiccionales nacionales⁴. Sin embargo, el punto de partida sigue sin ser que el artículo 102 del TFUE no prohíbe la exclusión de competidores, ni siquiera la explotación de socios comerciales⁵. Lo que prohíbe es que la empresa dominante use su dominancia para excluir o explotar. Las Directrices no constituyen una simple actualización técnica, sino que cambia el estándar con el que la Comisión –y, previsiblemente, las autoridades de competencia y los tribunales nacionales– examinarán las políticas comerciales de las empresas con cuotas de mercado elevadas. **El nuevo marco facilita la intervención pública y las denuncias de competidores y clientes y traslada a la empresa dominante buena parte de la carga de la prueba.**

III. Dominancia

Las Directrices comienzan aportando luz sobre las fases previas a la evaluación del carácter abusivo de la conducta excluyente: la definición del mercado de referencia y la evaluación, en este marco, de la posición de dominio, que es premisa del abuso. La Comisión se centra en el segundo elemento, la dominancia, porque ya existe una comunicación específica sobre el primero –la “**Comunicación de Definición de Mercado**”–⁶. No obstante, menciona expresamente dos aspectos relacionados con la definición de mercado:

- Por un lado, la definición de mercado puede verse influida por la preocupación de competencia subyacente al caso concreto⁷. El ejemplo reciente más ilustrativo de esta tendencia es la decisión en el asunto *Apple – emisión de música en continuo*⁸. Dado que solo la App Store de Apple se podía instalar en dispositivos con sistema operativo iOS, Apple tenía una posición de monopolio que permitió a la Comisión imputarle un abuso de explotación.
- Por otro lado, las Directrices recogen el *test* clásico para determinar si, en los casos de dominancia en el mercado de un producto secundario, por ejemplo, por su incompatibilidad con productos principales

² Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO C 45 de 24.2.2009, pp. 7-20).

³ Véanse las Directrices, párr. 246.

⁴ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia en *Expedia Inc. contra Adlc*, C-226/11, EU:C:2012:795, párrs. 28-29; de 28 de junio de 2005 en *Dansk Rørindustri y otros contra Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, párr. 211; y de 14 de junio de 2011 en *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, C-360/09, EU:C:2011:389, párr. 21.

⁵ Véanse, por todas, en abusos de exclusión, las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023 en *European Superleague Company contra FIFA y UEFA*, C-333/21 EU:C:2023:1011, párrs. 127-128; o, en abusos de explotación, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2026 en *FT y RRC Sport GmbH contra FIFA*, C-209/23 EU:C:2026:597, párrs. 250 y 253. Véanse, también, Vogelenzang, P. (1976). *Abuse of Dominant Position in Article 86. The Problem of Causality and Some Applications*. *Common Market Law Review*, 13(1), 61-78, págs. 72-74; o Monti, G., Rousseva, E. (2023). *The Special Responsibility of Dominant Undertakings* (P. Akman, O. Brook, K. Stylianou, eds., *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*), Edward Elgar Publishing, pág. 247.

⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (DO C 1645, 22.2.2024, pp. 1-35).

⁷ Véase la Comunicación de Definición de Mercado, párr. 18.c.

⁸ Véase la decisión de la Comisión de 4 de marzo de 2024 en el asunto AT.40437 *Apple – prácticas relativas a la App Store (emisión de música en directo)* (DO C 3554, 7.6.2024), párrs. 556-567.

rivales, los productos principales rivales ejercen suficiente presión competitiva⁹. Piénsese en piezas de recambio, pero también en *hardware* o *software* interoperable con un sistema operativo concreto.

Por lo demás, los factores para apreciar la dominancia son los que tradicionalmente se vienen manejando, aunque la sistematización es útil. De manera similar a las Orientaciones de 2009, se incluyen los siguientes factores¹⁰: (i) la cuota de mercado de la empresa de que se trate, en relación con la de sus competidores y en perspectiva dinámica –con mención expresa a mercados con intenso gasto en inversión y desarrollo–, manteniendo el umbral del 40% por debajo del que es improbable que exista dominancia y añadiendo un umbral del 50% que, de alcanzarse, puede evidenciar la dominancia; (ii) las barreras a la entrada legales y regulatorias o generadas por ventajas de la empresa presente en el mercado, entre las que ahora se destacan aspectos propios de los mercados digitales, como la captura de clientes derivada de la inercia de compra o del sesgo de *statu quo*, o el acceso a datos, que han sido relevantes en asuntos recientes¹¹; y (iii) el poder compensatorio de la demanda, en términos de facilidad de cambio o posibilidad de promover la entrada de proveedores o integrarse verticalmente.

Particularmente significativa resulta la adición de un apartado referido a la posición de dominio colectiva, en el que se recogen los dos supuestos clásicos. Por un lado, se menciona la existencia de vínculos estructurales jurídicos o económicos que facilitan actuar conjuntamente o adoptar una política común¹², entre los que ahora la Comisión incluye las participaciones cruzadas, la participación en empresas conjuntas y la interconexión de direcciones¹³. Por otro lado, se alude a la coordinación tácita en un oligopolio, ahora facilitada por el uso de algoritmos, si se dan los requisitos clásicos de la jurisprudencia *Airtours*. Estos incluyen (a) la identificación de un punto focal de coordinación –facilitada por la simetría entre empresas–, (b) la capacidad de vigilar la adherencia a la coordinación –facilitada por la transparencia–, (c) la posibilidad de adoptar represalias creíbles en caso de desviación y (d) la ausencia de una amenaza de desestabilización por parte de terceros como entrantes o clientes¹⁴.

IV. Elementos del *test* general de abuso

En su tercer apartado, las Directrices dedican un epígrafe a cada uno de los dos requisitos establecidos por la jurisprudencia para que exista un abuso de exclusión: la desviación de la competencia basada en los méritos y el efecto potencial de exclusión¹⁵. La Comisión comienza recordando que el concepto de abuso es objetivo, en el sentido de que, con independencia de la intención de la empresa dominante, se identifica con un incumplimiento de la responsabilidad especial de no reducir la competencia más de lo que ya lo está como consecuencia de la dominancia, que en sí misma no es ilegal ni impide a aquella empresa competir sobre la base de sus méritos¹⁶. Es decir, el artículo 102 TFUE impone un deber de evitar usar la dominancia para excluir, cuya inobservancia no requiere una estrategia deliberada de exclusión, aunque este elemento intencional es naturalmente un indicio de desviación de la competencia basada en los méritos¹⁷.

1. Desviación de la competencia basada en los méritos

La Comisión comienza reconociendo que identificar una distorsión de la competencia –es decir, comprobar la concurrencia de los dos elementos del *test* general– requiere atender tanto al contenido como al contexto jurídico y económico de la conducta¹⁸. A continuación, se centra en la conexión entre la conducta y los

9 Véanse la decisión de la Comisión de 20 de mayo 2009 en el asunto COMP/C-3/39.391 *EFIM*, confirmada en las sentencias del Tribunal General de 24 de noviembre de 2011 en *EFIM contra Comisión*, T-296/09, EU:T:2011:693, párrs. 60 y 90-91; y del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2013 en *EFIM contra Comisión*, C-56/12 P, EU:C:2013:575, párrs. 12 y 36-37.

10 Véanse las Directrices, párrs. 23-37, frente a las Orientaciones de 2009, párrs. 13-18.

11 Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 2026 en *Google Android*, C-738/22 P, EU:C:2026:533, párrs. 203-210; del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 en *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541, párrs. 583 y 593; o de 15 de junio de 2022, *Qualcomm contra Comisión* (pagos por exclusividad, T-235/18, EU:T:2022:358, párr. 383; o del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 en *Microsoft contra Comisión*, T-201/04, EU:T:2007:289, párrs. 1041-1042; o la decisión de la Comisión de 21 de octubre de 2024 en el asunto AT.40588 *Texa Copaxone* (DO C 1680, 19.3.2025), párrs. 971-980.

12 Véanse las Directrices, párrs. 39-40.

13 Véanse las Directrices, párr. 46.

14 Véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002 en *Airtours contra Comisión*, T-342/99, EU:T:2002:146, párrs. 62 y 195.

15 Véanse las Directrices, párrs. 67-78 y 79-106.

16 Véanse las Directrices, párr. 55.

17 Véanse las Directrices, párrs. 75 y 106.f.

18 Véanse, las Directrices, párr. 56.

efectos para afirmar la existencia de lo que se suele denominar “abuso por objeto”¹⁹. La jurisprudencia ya ha confirmado que cuando la idoneidad de la conducta para generar un efecto potencial de exclusión a partir de la dominancia –es decir, la desviación de la competencia basada en los méritos– es clara, puede asumirse el efecto de exclusión con un menor esfuerzo probatorio. En este escenario, los derechos de defensa de la empresa dominante se preservan permitiéndole aportar prueba en contrario durante el procedimiento, en cuyo caso la autoridad se ve obligada a acreditar un efecto potencial de exclusión concreto. **Esta posición jurisprudencial –así como el texto del artículo 102 del TFUE– impide equiparar los abusos por objeto a las restricciones por objeto del artículo 101 del TFUE**²⁰. Las propias Directrices reconocen esto al afirmar que la Comisión siempre debe incluir la capacidad de exclusión en su teoría del daño, algo que no es necesario en sede de artículo 101 del TFUE²¹. Sin embargo, contemplan una excepción no recogida por la jurisprudencia: la figura de las restricciones manifiestas, equivalentes a las restricciones por objeto del artículo 101 del TFUE, que carecen de otro interés económico para la empresa dominante que restringir la competencia y que se examinan más adelante²².

Además de las restricciones manifiestas, la Comisión parece distinguir otros dos escenarios en los que el análisis separado de los elementos de distorsión de la competencia basada en los méritos y efecto potencial de exclusión se sustituye por un *test* concreto que los engloba: (i) cuando la conducta es apta para excluir a hipotéticos competidores igual de eficientes que la empresa dominante; o (ii) cuando existe un *test* específico desarrollado por la jurisprudencia²³. No obstante, en lo que respecta a la desviación de la competencia basada en los méritos, la Comisión opta por mantenerla como concepto jurídico indeterminado y, por tanto, sujeto a arbitrariedad. En concreto, los escenarios, notablemente discrecionales, que pueden identificarse con una desviación de la competencia basada en los méritos incluyen las conductas (i) que suponen el empleo de recursos o medios inherentes a la dominancia; (ii) que presentan tintes intuitivamente reprochables, como proporcionar información engañosa a las autoridades administrativas o judiciales, abusar de procedimientos legales o administrativos para evitar la entrada de competidores o la infracción de otras normas como las de protección de datos o las de sostenibilidad; y (iii) que afectan a la capacidad de elección de los consumidores, como la vinculación de ventas, o suponen un tratamiento sesgado o discriminatorio en favor de la empresa dominante o de competidores²⁴.

2. Efecto potencial de exclusión

En lo que respecta al efecto potencial de exclusión, las Directrices comienzan recordando principios establecidos de la jurisprudencia, como que ese efecto (i) puede consistir tanto en la eliminación de competidores, como en su marginalización, el incremento de las barreras a la entrada o a la expansión o la reducción de la capacidad o los incentivos de los competidores para ejercer presión competitiva; (ii) puede ser potencial, pero no hipotético; y (iii) no puede ser *de minimis* como en las restricciones por efecto contrarias al artículo 101 del TFUE²⁵. A partir de aquí, la Comisión entra en un terreno controvertido: la aplicabilidad general del principio del hipotético competidor igualmente eficiente. De la jurisprudencia se deduce que el principio del hipotético competidor igualmente eficiente se aplica en cualquier supuesto, en el sentido de que solo existe un abuso si un hipotético competidor igualmente eficiente no habría podido compensar la ventaja que la empresa dominante obtiene de su conducta y se viera excluido o impedido de alcanzar la escala necesaria para ser eficiente. La presunción de inocencia exige que la exclusión de competidores menos eficientes se atribuya a su propia ineficiencia, es decir, a que la empresa dominante los ha superado sobre la base de los méritos y no usando su dominancia²⁶.

19 Véanse, las Directrices, párrs. 57-58.

20 Véanse, por todas, las sentencias de 6 de septiembre de 2017 en *Intel contra Comisión*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, párrs. 138-139; y de 24 de octubre de 2024 en *Comisión contra Intel*, C-240/22 P, EU:C:2024:915, párr. 180.

21 Véanse, las Directrices, párr. 57.

22 Véanse, las Directrices, párrs. 62 y 65, 197 a 201 y nota al pie 407, única mención expresa esta última a las restricciones manifiestas.

23 Véanse, las Directrices, párrs. 63-64.

24 Véanse, las Directrices, párrs. 71-74.

25 Véanse, las Directrices, párrs. 81-83.

26 Véanse, por ejemplo, Akman, P., Fumigalli, C., Motta, M. (2025). *The European Commission Draft Guidelines on Exclusionary Abuses: A Law and Economics Critique and Recommendations*. *Journal of European Competition Law and Practice*, 16(4), 234-243, párr. 242; o Ibáñez Colomo, P. (2024). *Competition on the Merits*. *Common Market Law Review*, 61(2), 387-416, párr. 408-409.

Frente a ello, la Comisión introduce una distinción algo artificial entre conducta basada en precios y conducta no basada en precios. Conforme al enfoque de las Directrices, en la conducta basada en precios –precios predatorios, compresión de márgenes y descuentos condicionales–, el efecto anticompetitivo debe apreciarse aplicando una noción estrecha del *test* del competidor igualmente eficiente consistente en comparar el precio y el coste de la empresa dominante²⁷. En cambio, en la conducta no basada en precios, la Comisión afirma que el *test* del competidor igualmente eficiente, centrado en este caso en parámetros distintos del precio como la calidad, la innovación o la variedad, puede ser o no relevante²⁸. Sin embargo, los únicos dos supuestos que cita como casos en el que el *test* del competidor igualmente eficiente no es relevante son (i) el escenario en el que una empresa superdominante utiliza su control sobre, por ejemplo, un ecosistema digital con efectos de red y acceso a un gran volumen de datos para impedir que potenciales competidores lleguen a ser igual de eficientes; y (ii) el escenario en el que la entrada de potenciales entrantes igual de eficientes es prácticamente imposible debido a las elevadas barreras a la entrada –por ejemplo, un monopolio legal–²⁹.

Ambos escenarios reconducen a la idea de exclusión temprana o “*cheap exclusion*”, que es en realidad un ejemplo de aplicación del principio del hipotético competidor igualmente eficiente reconocido de forma expresa e inequívoca por la jurisprudencia³⁰. De esta se deduce que, si no hace falta aplicar el *test* del competidor igualmente eficiente en este caso, es porque la ventaja que una empresa superdominante obtiene de su conducta es tan claramente no replicable por hipotéticos competidores igualmente eficientes que puede asumirse –o presumirse, en la lógica de las Directrices– que es capaz de excluirlos³¹. Se trataría de un supuesto de abuso por objeto o incluso de “restricción manifiesta”, a los que también se aplica, por tanto, el principio del hipotético competidor igualmente eficiente –si bien no el *test*–. Por tanto, al recoger aquella jurisprudencia, la Comisión reconoce implícitamente la aplicabilidad general del principio del hipotético competidor igualmente eficiente, siendo el *test* del competidor igualmente eficiente únicamente uno de los posibles cauces para aplicarlo, que solo es útil en algunos casos³².

En lo que respecta a la causalidad, la Comisión se centra en recoger la jurisprudencia conforme a la que basta con establecer la capacidad de la conducta para generar un efecto de exclusión respecto de la situación hipotética en la que no se llevara a cabo la conducta. No es necesario, en cambio, aislar en todo caso la conducta como la causa del efecto mediante un análisis contrafáctico formal; la conducta puede incluso coexistir con otras causas³³. Puede haber casos en los que, de nuevo, la idoneidad de la conducta para generar el efecto de exclusión sea tan clara que baste la mera correlación para atribuirlo causalmente a la conducta. En ese caso, la empresa dominante siempre podrá utilizar el análisis contrafáctico para probar, durante el procedimiento, que la conducta no era apta para producir el efecto potencial de exclusión y forzar a la Comisión a probarlo³⁴. Por otro lado, también mencionan las Directrices la jurisprudencia que reconoce que no es necesario probar la causalidad entre la dominancia y la conducta, es decir, no hace falta probar que la conducta es posible gracias a la dominancia³⁵.

En cuanto a la apreciación del efecto potencial de exclusión concreto, la Comisión confirma que el estándar jurídico sustantivo es el mismo, ya se produzca en el mercado en el que la empresa es dominante o en otro. De este modo despeja las dudas que pudiera haber acerca de si el efecto que se produce en mercados no dominados podría ser *de minimis*³⁶. También recuerda que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias fácticas relevantes, es decir, tanto el contenido como el contexto jurídico y económico de la conducta y, en particular, (i) la posición de la empresa dominante; (ii) las condiciones del mercado relevante, como las economías de escala o de alcance o los efectos de red; (iii) la posición de los competidores, medida

27 Véanse las Directrices, párrs. 89-90.

28 Véanse las Directrices, párrs. 92-93.

29 Véanse las Directrices, aps. 94-96.

30 Véanse las Directrices, aps. 94-96. Las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024 en *Google Shopping*, C-48/22 P, EU:C:2024:726, párr. 165; de 2 de julio de 2026 en *Google Android*, C-738/22 P, EU:C:2026:533, párr. 187; o de 21 de diciembre de 2023 en *Superleague*, C-333/21 EU:C:2023:1011, párr. 129, no dejan lugar a dudas.

31 Se aplicaría la lógica de las Directrices, párrs. 57-58.

32 Véanse las Directrices, párrs. 85, 86 y 92.

33 Véanse las Directrices, párrs. 99-103.

34 Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024 en *Google Shopping*, C-48/22 P, EU:C:2024:726, párrs. 224-228; o de 2 de julio de 2026 en *Google Android*, C-738/22 P, EU:C:2026:533, párrs. 224-226.

35 Véanse las Directrices, párr. 99.

36 Véanse las Directrices, párr. 104. Así lo afirmó, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales de 12 de febrero de 2016 en *Streetmap.eu Limited contra Google*, EWH 253 (Ch), párr. 96.

en cuota de mercado y también en aspectos como su carácter de competidores próximos o innovadores o su reputación de reducir precios; (iv) la escala de la conducta, en términos de porcentaje de las ventas totales en el mercado, duración e importancia estratégica del segmento afectado; (v) la posición de clientes o proveedores, como, por ejemplo, clientes que aporten legitimidad o puedan patrocinar la entrada de competidores; (vi) la prueba de una estrategia de exclusión basada en documentos internos o en amenazas concretas; y (vii) la prueba de la evolución real del mercado, como el incremento de la cuota de mercado de la empresa dominante, la marginalización o expulsión de competidores o los intentos fallidos de entrada³⁷.

V. Figuras específicas de abuso

1. Precios predatorios

Lo interesante de la codificación de los precedentes sobre precios predatorios que lleva a cabo la Comisión es que aclara que la depredación puede afectar al conjunto del mercado en el que la empresa que lleva a cabo la conducta es dominante, a un segmento de este mercado o incluso a otro mercado no definido de manera estricta³⁸. Las Directrices recuerdan el *test* específico clásico, que sustituye la aplicación del *test* general antes expuesto: (i) si el precio se sitúa por encima del coste medio total, no hay depredación; (ii) si el precio se sitúa entre el coste medio variable y el coste medio total, debe acreditarse un plan para eliminar o reducir la competencia para que haya depredación; y, (iii) si el precio se sitúa por debajo del coste variable medio, se considera que hay depredación porque tal sacrificio carece de otro sentido económico que excluir³⁹. Se agradece la sistematización de los elementos necesarios para llevar a cabo esta comparación: (i) el coste evitable medio o el coste incremental medio a largo plazo son medidas adecuadas del coste variable medio y el coste total medio, respectivamente; (ii) la fuente para obtener los datos es la propia contabilidad de la empresa dominante ajustada y, en su defecto, la información de clientes; y (iii) el ámbito temporal y el material dependen del caso, debiendo atender el primero a los ciclos de fijación de precios y pudiendo referirse el segundo al conjunto de productos o clientes o a determinado producto o cliente estratégico, como Apple respecto de los chips para dispositivos móviles que Qualcomm supuestamente le vendía por debajo de coste⁴⁰.

2. Compresión de márgenes

El *test* de la compresión de márgenes que consignan las Directrices se ajusta a los requisitos tradicionales de la jurisprudencia sobre infraestructuras de telecomunicaciones⁴¹. Si el precio aplicado por una empresa dominante en el mercado ascendente –por ejemplo, el acceso mayorista al bucle local de telecomunicaciones– es inferior al precio minorista, es obvio que un hipotético minorista rival –por ejemplo, un comercializador de acceso minorista a internet– que fuera igual de eficiente que la empresa dominante incurriría en pérdidas. En ese caso, la ventaja que la empresa dominante obtiene deriva únicamente del hecho de estar verticalmente integrada y ser dominante en el mercado ascendente⁴². Además de no poder igualar esa ventaja por no estar verticalmente integrado y ser dominante en el mercado ascendente, el minorista igual de eficiente se vería excluido con independencia de que el acceso mayorista no sea indispensable y, por tanto, se darían ambos elementos de desviación de la competencia basada en los méritos y potencial efecto de exclusión⁴³. Los costes de la actividad de la empresa dominante en el mercado descendente se tienen en cuenta para determinar si, de tener que pagar el precio mayorista

37 Véanse las Directrices, párrs. 105-106.

38 Véanse las Directrices, párrs. 110-111. En relación con el supuesto de depredación en un mercado relacionado, se menciona la sentencia de 14 de noviembre de 1996 en *Tetra Pak contra Comisión*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, párrs. 27-31, que se refiere a la conducta consistente en vender cartones de tetrabrik no asépticos por debajo de costes y financiar esta pérdida de manera cruzada con los beneficios de las ventas en el mercado dominado relacionado de cartones asépticos.

39 Véanse las Directrices, párrs. 113-114.

40 Véanse las Directrices, párrs. 115-122; la decisión de la Comisión de 18 de julio de 2019 en el asunto AT.39711 *Qualcomm (depredación)*, párrs. 399-401 y 939; y la sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2024 en *Qualcomm (depredación)*, T-671/19, EU:T:2024:626, párrs. 641-643.

41 Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010 en *Deutsche Telekom contra Comisión*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, párrs. 169 y 183; de 17 de febrero de 2011 en *TeliaSonera*, C-52/09, EU:C:2011:83, párr. 32; de 10 de julio de 2014 en *Telefónica contra Comisión*, C295/12 P, EU:C:2014:2062, párrs. 75-96; y de 25 de marzo de 2021 en *Slovak Telekom contra Comisión*, C165/19 P, EU:C:2021:239, párr. 73.

42 Véanse las Directrices, párrs. 123-125.

43 Véanse las Directrices, párrs. 126-129.

que cobra a sus rivales minoristas, ella misma incurriría en pérdidas y, por tanto, también un hipotético competidor igualmente eficiente⁴⁴.

3. Descuentos condicionales y exclusividad

La Comisión recuerda que para que los descuentos condicionales sean abusivos tiene que demostrarse que se desvían de la competencia basada en los méritos y tienen efecto potencial de exclusión sobre la base de los siguientes factores: (i) posición de la empresa dominante; (ii) alcance de la conducta en términos de duración y porcentaje del mercado cubierto por los descuentos o importancia estratégica del segmento afectado; (iii) parte de la demanda no disputable; (iv) porcentaje del precio que representa el descuento; (v) carácter retroactivo o incremental de los descuentos, es decir, si se aplican a todas las unidades anteriores compradas o solo al tramo que da derecho a ellos; (vi) carácter individualizado de los descuentos; (vii) duración del periodo de referencia para realizar las compras; y (viii) el hecho de que la conducta responda a un plan para excluir⁴⁵. Solo si se prueba que un hipotético competidor igualmente eficiente no podría replicar de manera rentable los descuentos sobre la base de un *test* de precio y coste, deja de ser necesario demostrar la desviación de la competencia basada en los méritos⁴⁶. Es natural, porque si el competidor no puede compensar la ventaja que la empresa dominante obtiene de su dominancia por medios distintos a la conducta es que tampoco puede replicarla imitando la conducta, así que está implícito. También se incluyen algunas reglas sobre las unidades que deben tomarse como base para calcular precios, costes y demanda disputable⁴⁷.

Las Directrices dedican un apartado separado a la contratación en exclusiva, que incluye los descuentos por exclusividad y las obligaciones de exclusividad, *de iure o de facto*⁴⁸. El motivo es que este supuesto se presenta como un ejemplo de abuso por objeto en el que se aplicaría la supuesta presunción de efecto de exclusión que la Comisión extrae, de manera cuestionable, de la jurisprudencia *Intel*⁴⁹. El razonamiento es que, como la posibilidad de que un hipotético competidor replique la ventaja imitando la conducta es tan remota, puede asumirse que tampoco podrá compensarla por otros medios⁵⁰. Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado que no se trata de una inversión completa de la carga de la prueba. Por tanto, debe construirse una teoría del daño que incluya la capacidad de excluir, aunque sea con escaso esfuerzo probatorio; luego no es realmente una presunción, como la Comisión reconoce salvo en el caso de las restricciones manifiestas⁵¹. Por lo demás, las Directrices aclaran los factores que permiten rebatir la supuesta presunción: (i) el alcance limitado de la exclusividad; (ii) la falta de causalidad porque los clientes habrían adquirido de todos modos esas cantidades⁵²; (iii) la parte disputable de la demanda, incluso considerando sesgos como la aversión a la pérdida; o, (iv) cuando se trata de descuentos, la relación entre precio y coste que permite replicarlos, es decir, el *test* del competidor igualmente eficiente⁵³. Si la empresa dominante cuestiona fundamentalmente esta supuesta presunción durante el procedimiento, la Comisión debe probar el efecto potencial concreto sobre la base de los factores de la jurisprudencia *Intel*: (i) posición de la empresa dominante y parte disputable de la demanda; (ii) porcentaje afectado del mercado; (iii) duración, penalizaciones, cantidad y valor de los incentivos y referencias directas o indirectas a volúmenes adquiridos de competidores; y (iv) *test* del competidor igualmente eficiente cuando puedan compararse precios y costes⁵⁴.

4. Vinculación y empaquetamiento de ventas

La Comisión repasa los supuestos de vinculación técnica y contractual, el empaquetamiento puro, consistente en que los productos solo se venden en un paquete con un precio único, y el empaquetamiento

44 Véanse las Directrices, párrs. 130-135.

45 Véanse las Directrices, párrs. 141-142.

46 Véanse las Directrices, párrs. 143-145.

47 Véanse las Directrices, párrs. 146-150.

48 Véanse las Directrices, párrs. 151-154.

49 Véase la sentencia de 6 de septiembre de 2017 en *Intel contra Comisión*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, párr. 137.

50 Véanse las Directrices, párrs. 155-156.

51 Véanse las Directrices, párrs. 57-58.

52 Esto se reconoció expresamente en la sentencia de 15 de junio de 2022 en *Qualcomm contra Comisión (pagos por exclusividad)*, T-235/18, EU:T:2022:358, párrs. 412-417.

53 Véanse las Directrices, párrs. 157-158.

54 Véanse las Directrices, párrs. 159-161; y la sentencia de 6 de septiembre de 2017 en *Intel contra Comisión*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, párr. 139.

mixto o descuento multi-producto, consistente en ofrecer un precio inferior si los productos se compran conjuntamente⁵⁵. En cuanto a la vinculación, el *test* es el clásico, que exige (i) dos productos separados; (ii) la dominancia en el mercado del producto vinculante; (iii) la coerción, en el sentido de imposibilidad de obtener los productos por separado, ya sea porque no se oferten precios separados o porque *de facto* no se pueden separar –por ejemplo, por el sesgo de *statu quo* que genera la preinstalación de aplicaciones–; y (iv) la capacidad de generar un efecto de exclusión⁵⁶. Esta última depende de factores como (a) la gratuidad del producto vinculado, (b) la disponibilidad de alternativas al producto vinculado, (c) la dificultad de que los competidores puedan compensar la ventaja obtenida por la empresa dominante, (d) la importancia del vínculo entre producto vinculante y producto vinculado, (e) la dominancia en el mercado del producto vinculado, (f) las barreras a la entrada en el mercado del producto vinculado o (g) la inercia o sesgo del consumidor. Una omisión relevante respecto de las Orientaciones de 2009 es que el *test* de precio y coste aplicable a los descuentos multi-producto no distingue según si los competidores ofrecen todo el paquete –en cuyo caso no había abuso si el conjunto del paquete no se vendía por debajo de coste– o solo alguno de los productos –en cuyo caso solo había abuso si el producto no replicable se vendía por debajo de coste–. Conforme a las Directrices, todos los productos del paquete, incluidos los replicables, deben venderse por encima de coste⁵⁷.

5. Restricciones de acceso y negativa de suministro

De manera novedosa, las Directrices dedican apartados separados a las restricciones de acceso y a la negativa de suministro. Con ello trata de reflejar la jurisprudencia que ha aclarado que la negativa a contratar merece un tratamiento distinto según se desvíe de la competencia basada en los méritos o no⁵⁸. Si la negativa constituye una excepción en un caso concreto a la decisión de la empresa dominante previamente adoptada de contratar o si tenía la obligación regulatoria de contratar, se desvía de la competencia basada en los méritos y se aplica el *test* general de abuso. Las Directrices recogen los siguientes supuestos jurisprudenciales⁵⁹: (i) interrupción del suministro o denegación de solicitudes de clientes que no se apartan de las prácticas normales del sector⁶⁰; (ii) negativas concretas de acceso a recursos (a) que no se han desarrollado en general para ser usados solo por la propia empresa dominante, sino para estar abiertos a terceros, (b) respecto de los que la regulación impone una obligación de acceso o (c) públicos o financiados con recursos públicos⁶¹; o (iii) negativas constructivas, es decir, condiciones discriminatorias o comercialmente inviables o retrasos en la contratación⁶². En tales casos, hay restricciones de acceso que se desvían de la competencia basada en los méritos y, por tanto, para que exista abuso solo debe probarse el efecto potencial de exclusión sin que sea necesario demostrar la indispensabilidad del acceso⁶³.

De lo contrario, si la empresa dominante deniega la contratación respecto de un derecho de propiedad intelectual o industrial o un activo por ella desarrollado para su propio uso y respecto de los que no ha tomado aún la decisión de contratar ni tiene obligación regulatoria de hacerlo, no hay desviación de la competencia basada en los méritos, sino el ejercicio legítimo de un derecho⁶⁴. Por tanto, solo si el efecto de exclusión es especialmente intenso puede existir abuso, es decir, si se dan las circunstancias excepcionales de la teoría de las instalaciones esenciales: (i) la indispensabilidad de la contratación para competir en un mercado relacionado –en el sentido de imposibilidad de duplicar u obtener el recurso de otras fuentes y de mantenerse viable en el mercado si no se accede a este–; y (ii) la eliminación de la competencia en caso de denegarse la contratación⁶⁵. A ello se añade lo que parece ser un requisito algo cuestionable por su

55 Véanse las Directrices, párrs. 162-165.

56 Véanse las Directrices, párrs. 168-178.

57 Véanse las Orientaciones de 2009, párrs. 60-61, frente a las Directrices, párr. 150.

58 Véanse las sentencias de 18 de diciembre de 2025 en *Lukoil Bulgaria EOOD contra Komisija za zashtita na konkurentsia*, C-260/24, EU:C:2025:988, párrs. 55-56.

59 Véanse las Directrices, párrs. 179 y 182.

60 Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de septiembre de 2008 en *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton*, C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504, párr. 77.

61 Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2025 en *Alphabet y otros contra AGCM [Android Auto]*, C-233/23, EU:C:2025:110, párrs. 47-48; de 18 de diciembre de 2025 en *Lukoil Bulgaria EOOD contra Komisija za zashtita na konkurentsia*, C-260/24, EU:C:2025:988, párrs. 55-56.

62 Véanse, por ejemplo, la sentencia de 25 de marzo de 2021, *Slovak Telekom contra Comisión*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, párr. 50.

63 Véanse las Directrices, párrs. 180-181. Véase también, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2025 en *Android Auto*, C-233/23, EU:C:2025:110, párrs. 49-51.

64 Véanse las Directrices, párrs. 183-184.

65 Véanse las Directrices, párrs. 185-188. Véase también, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995 en *RTE e ITP contra Comisión*, C-241/91 P y C-242/91 P, EU:C:1995:98, párrs. 52-56; de 26 de noviembre de 1998 en *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569, párrs. 41 y 44-46; de 29 de abril de 2004 en *IMS contra NDC Health*, C-418/01, EU:C:2004:257, párr. 28.

formalismo: una solicitud previa de contratación que se deniega⁶⁶. En el caso de que la negativa se refiera a derechos de propiedad intelectual o industrial, se aplica el requisito jurisprudencial adicional consistente en que se limite el desarrollo técnico, es decir, que la negativa impida desarrollar productos para los que hay demanda y que no son una mera réplica del producto de la empresa dominante⁶⁷.

6. Auto-favorecimiento

La inclusión del auto-favorecimiento como una conducta merecedora de análisis específico es una novedad de las Directrices, que aclaran que no siempre es una conducta problemática –de hecho, la jurisprudencia clásica española la consideraba amparada por el denominado “privilegio de grupo”⁶⁸–. También advierten que puede ser abusiva en casos de relaciones verticales o conglomerales en los que la empresa dominante controla el acceso a un punto de entrada importante al mercado⁶⁹. Es claro que la Comisión está pensando en ecosistemas digitales, usando como ejemplos, que recogen la práctica reciente en este ámbito, el despliegue privilegiado, la influencia en el comportamiento y la elección de los consumidores o la manipulación de procesos de selección como subastas⁷⁰. Las Directrices confirman que se aplica el *test* general que exige probar la desviación de la competencia basada en los méritos y el efecto potencial de exclusión. En concreto, debe considerarse si el tratamiento preferente (i) se produce respecto de un recurso importante, incluso aunque no sea indispensable, para competir en el mercado relacionado; (ii) se desvía de la lógica del negocio de la empresa dominante; o (iii) es probable que influya en el comportamiento de los usuarios⁷¹.

7. Restricciones lesivas por su propia naturaleza

Este es el *test* específico más controvertido, porque lleva a un límite cuestionable el razonamiento conforme al que, si la desviación de la competencia basada en los méritos es clara, no hace falta acreditar el otro elemento, es decir, el efecto potencial de exclusión⁷². Se trata de lo que el borrador denominaba “restricciones manifiestas”, es decir, las que carecen de otro interés económico que excluir y que incluyen (i) pagos a clientes para dejar de comprar a competidores, (ii) amenazas a revendedores para que sustituyan los productos de competidores por los suyos, (iii) desmantelamiento de infraestructura que los competidores necesitan para competir o (iv) ejercicio de poder regulatorio o cuasi regulatorio no sujeto a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios para negar el acceso a rivales⁷³. La Comisión afirma que el TJUE no ha aclarado si en el caso de estas restricciones manifiestas la empresa dominante puede negar la capacidad de excluir durante el procedimiento y obligarla a probar un efecto potencial de exclusión concreto, a pesar de que nada en la jurisprudencia *Intel* permite deducir que admite una excepción con implicaciones de tal magnitud para los derechos de defensa⁷⁴.

VI. Justificación objetiva

El resto de las Directrices se dedica a la justificación objetiva, que permite a la empresa dominante, en todos los casos, incluso el de las restricciones lesivas por su propia naturaleza, aportar una explicación alternativa para su conducta. Las Directrices distinguen dos escenarios: primero, la persecución de intereses legítimos propios o intereses públicos y, segundo, la posibilidad de competir de manera más eficiente⁷⁵. El primer escenario exige demostrar la necesidad objetiva de la conducta para lograr el objetivo legítimo y está, por tanto, sujeto a un

66 Véanse las Directrices, párr. 183. Este requisito fue decisivo en la sentencia del Tribunal General en *Bulgarian Energy Holding EAD y otros contra Comisión*, T-136/19, ECLI:EU:T:2023:669, párrs. 474-482.

67 Véanse las Directrices, párr. 189. En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 en *Microsoft contra Comisión*, T-201/04, EU:T:2007:289, párrs. 646-656, se llega al punto de considerar cumplido este requisito porque la negativa impedía una interoperabilidad plena entre los sistemas operativos de clientes de *Microsoft* y servidores de rivales.

68 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006 (rec. 7151/2003), F.J. 12º.

69 Véanse las Directrices, párrs. 190-193.

70 Véanse las Directrices, párr. 194.

71 Véanse las Directrices, párrs. 195-196.

72 Véanse las Directrices, párrs. 197 y 199-200.

73 Véanse las Directrices, párr. 198.

74 Véanse, por todas, las sentencias de 6 de septiembre de 2017 en *Intel contra Comisión*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, párrs. 138-139; de 24 de octubre de 2024 en *Comisión contra Intel*, C-240/22 P, EU:C:2024:915, párr. 180; de 31 de marzo de 1993 en *Ahlström Osakeyhtiö y otros contra Comisión (Pasta de papel)*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85, EU:C:1993:120, párrs. 126-127; o del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 en *Lietuvos geležinkiai contra Comisión*, T-814/17, EU:T:2020:545, párr. 296.

75 Véanse las Directrices, párrs. 201-206.

test de proporcionalidad. Es decir, la conducta no puede exceder de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo propio –como la protección contra actos desleales de competidores o clientes, pedidos fuera de lo normal o amenazas a la integridad o la seguridad de sus servicios o la necesidad de vender stock obsoleto por debajo de coste– o un objetivo de interés general –como la salud pública, la seguridad de los productos o de las redes o la contribución a la “resiliencia” de la Unión Europea–⁷⁶.

El segundo escenario se refiere a eficiencias tanto de coste como cualitativas, incluidas la innovación, la prevención del parasitismo o incluso la sostenibilidad⁷⁷. Los requisitos para probar eficiencias replican los del artículo 101.3 del TFUE: (i) deben representar un beneficio verificable, cuantificable y causalmente vinculado a la conducta confirmado por documentación interna contemporánea; (ii) deben repercutirse a los consumidores, en forma de menores precios o mayor calidad, innovación o variedad, incluso fuera del mercado en el que se produce la conducta, considerando que el incentivo para ello es menor cuanto mayor sea la posición de la empresa dominante respecto de sus competidores; (iii) no deben poder alcanzarse con una conducta menos restrictiva, como, por ejemplo, haberse llevado a cabo la inversión para producirlas incluso en ausencia de la conducta; y (iv) no debe eliminarse completamente la competencia efectiva, considerando las fuentes de presión competitiva que se mantendrían en el mercado⁷⁸.

⁷⁶ Véanse las Directrices, párrs. 207-211.

⁷⁷ Véanse las Directrices, párrs. 212-219.

⁷⁸ Véanse las Directrices, párrs. 220-245, que incluyen remisiones a la Comunicación de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 259, 21.7.2023, 1-125).

Contacto



Juan Jiménez-Laiglesia

Socio de Competencia

jjimenezlaiglesia@perezllorca.com

T. +34 91 436 04 53



Rita Leandro Vasconcelos

Socia de Competencia

rvasconcelos@perezllorca.com

T. +351 912 201 402

Oficinas

Europe ↗

Barcelona
Lisbon
Madrid

Brussels
London

America ↗

Bogotá
Lima
Mexico City

New York
Medellín
Monterrey

Asia ↗

Abu Dhabi
Singapore

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 25 de septiembre de 2026 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

©2026 Pérez-Llorca. Todos los derechos reservados.

App Pérez-Llorca
Todo el contenido jurídico



perezllorca.com ↗

