

**RESOLUCION  
(EXPTE. S/0322/11 MICROSOFT TECH)**

**CONSEJO:**

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente  
D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera  
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 14 de marzo 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0322/11 MICROSOFT TECH, incoado por la Dirección de Investigación contra Microsoft Ibérica, S.R.L.U. y Microsoft Ireland Operations Limited (conjuntamente MICROSOFT), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

**ANTECEDENTES DE HECHO**

***Denuncia***

1. El 3 de enero de 2011 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) una denuncia formulada por Elegant Business, S.C. (ELEGANT) contra MICROSOFT (folios 1 a 46) en relación con las actuaciones de MICROSOFT tendentes a impedir o limitar injustificadamente la reventa de licencias de software usado. En concreto, ELEGANT denuncia a MICROSOFT por competencia desleal y abuso de posición dominante, así como por ir contra los principios establecidos en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.
2. El objeto de la denuncia reside en la pretensión del denunciante de que la reventa de licencias de software usado, obsoleto, y/o previamente desechado es una actividad que permite abrir un nuevo canal de adquisición de licencias de software, y que los contratos de licencia de distribución de MICROSOFT en España lo impiden, pues:

- (i). Según el denunciante, en España, MICROSOFT lucha en contra del mercado secundario y en contra de la competencia que generan los operadores del mercado del software usado.
- (ii). Y afirma que MICROSOFT ofrecía una solución de verificación en línea donde se podía introducir la numeración de cualquier licencia en un buscador para conocer su autenticidad. Sin embargo, el denunciante señala que esa herramienta fue eliminada y sustituida por unas instrucciones generales, que no constituyen ningún elemento válido, por lo que la única solución es instalar el software en un equipo para verificar su autenticidad con el fabricante, lo cual es un proceso largo y costoso que el operador secundario no puede realizar.

3. El denunciante basa sus pretensiones, según el escrito de denuncia en:

- (i). El **considerando 28 de la Directiva 2001/29/CE**, en el que se dice: *“La protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible. La primera venta en la Comunidad del original de una obra o de copias de la misma por el titular del derecho o con su consentimiento agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la Comunidad. Este derecho no se agota cuando se aplica al original o a sus copias vendidas por el titular del derecho o con su consentimiento fuera de la Comunidad. En la Directiva 92/100/CEE se establecieron los derechos de alquiler y préstamo de los autores. El derecho de distribución previsto en la presente Directiva deberá entenderse sin perjuicio de las disposiciones en materia de derechos de alquiler y préstamo del Capítulo I de dicha Directiva.”*

Este considerando se ha reflejado en el **artículo 4.2 de la Directiva**, que establece que *“El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento”*.

Y también a la trasposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español a través de **la Ley 23/2006, del 7 de julio que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual** (folio 7), aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Artículo Único punto 2:

Dos. Los apartados 1 y 2 del artículo 19 quedan redactados del siguiente modo:

*«1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*

*2. Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la*

*primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.».*

No obstante, en el Informe propuesta, la Dirección de Investigación señala que *“En todo caso, conviene tener en cuenta que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual establece en el artículo 99.c), relativo a los derechos de explotación de programas de ordenador que los mismos incluyen el derecho a realizar o autorizar: “Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias.*

*A tales efectos, cuando se produzca cesión del derecho de uso de un programa de ordenador, se entenderá, salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario. La primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.”*

- (ii). Un precedente de un caso similar planteado ante el Tribunal Regional de Dusseldorf el 22 de abril de 2009, donde se denunciaba a SAP por añadir a sus condiciones generales de venta una cláusula por la que se prohíbe la reventa de sus licencias. Según el denunciante, SAP acabó condenado con una multa de 25.000 euros. Asimismo, el denunciante cita también un segundo caso entre USEDSOFT y ADOBE ante el Tribunal Regional de Frankfurt, donde se condena al primero por enviar documentación a los compradores de software usado aparentemente no conforme al procedimiento, además de haber realizado copias de licencias de software sin previa autorización.
- (iii). Otro precedente en el que el denunciante afirma que el Tribunal Federal alemán (Bundesgerichtshof), en una sentencia de 6 de julio de 2000 señaló que no había conexión entre un programa pre equipado en un equipo informático, Original Equipment Manufacturer (OEM), y el equipo en sí (folios 35 a 45). Por ello, se podría por tanto transferir el programa a un tercero siempre y cuando dicha transferencia contase con toda la documentación inicialmente enviada por el fabricante del equipo, el primer fabricante del programa, o con su consentimiento (folio 10).
- (iv). El denunciante afirma que desde entonces los tribunales alemanes han ido marcando las pautas necesarias para establecer y dejar abierta la existencia de un mercado secundario de software (folio 10).

#### **Actuaciones de la Dirección de Investigación**

4. El 4 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación, tras haber procedido a la apertura de una información reservada, de acuerdo con lo establecido en el artículo

49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador, cursó un requerimiento de información a MICROSOFT. En el mismo, y en relación con el marco legal en el que se desarrolla la actividad de reventa de licencias de software usado, solicitaba aclaraciones sobre la exigencia de autorización previa por parte de MICROSOFT para vender estos productos, sobre la realización de comunicados o recomendaciones en relación a la reventa de licencias, sobre la inclusión de determinadas cláusulas relacionadas con la reventa de licencias de software o la existencia de una herramienta que permita corroborar la autenticidad de una licencia (folios 47 a 49). El 24 de febrero de MICROSOFT (folios 56 a 112), respondió a las preguntas planteadas.

5. El 4 de julio de 2011 la Dirección de Investigación cursó un requerimiento de información (folios 128 a 130) a MICROSOFT requiriendo los distintos modelos de contrato de todas las licencias vendidas por MICROSOFT en España de sistemas operativos, así como datos de venta de estos programas en España. El 29 de julio de 2011 y el 1 de agosto de 2011 MICROSOFT (folios 142 a 626) respondió a las preguntas planteadas.

#### ***Incoación y actuaciones posteriores***

6. El 15 de septiembre de 2011, la Directora de Investigación incoó expediente sancionador S/0322/11 contra Microsoft Ibérica, S.R.L.U. y Microsoft Ireland Operations Limited (folios 627 a 628) por existir indicios racionales de la comisión de una infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en relación con las actuaciones y acuerdos de MICROSOFT tendentes a impedir o limitar injustificadamente la reventa de licencias de software usado de este operador, especialmente en el ámbito de los sistemas operativos para ordenadores personales, en los que contaría con una posición de dominio.
7. El 25 de noviembre de 2011 (folios 657 a 664), el 10 de febrero de 2012, (folios 851 a 857), y el 30 de marzo de 2012 (folios 943 a 948), la Dirección de Investigación cursó requerimientos de información a MICROSOFT, que fueron respondidos respectivamente el 19 de diciembre de 2011 (folios 671 a 686), el 1 de marzo de 2012 (folios 865 a 906), y el 19 de abril de 2012 (folios 1014 a 1023).
8. El 10 de enero de 2012, la Dirección de Investigación acordó proceder a deducir testimonio del expediente DP/2011/034 para incorporar al expediente S/322/11 los contratos de MICROSOFT con HEWLETT PACKARD COMPANY (HP) y ACER INCORPORATED (ACER), dando un trámite de alegaciones a MICROSOFT. Las alegaciones de MICROSOFT tuvieron entrada el 18 de enero de 2012 (folios 711 a 725) y el 19 de enero de 2012 se incorporó dicha documentación al expediente de referencia (folios 728 a 849).
9. El 30 de marzo de 2012, la Dirección de Investigación cursó un requerimiento de información a HP (folios 949 a 953), siendo respondido el 19 de abril de 2012 (folios 979, 981, 982 y 985 a 1013).

10. El 24 de mayo de 2012 la Dirección de Investigación acordó incorporar en el expediente documentación relevante para la tramitación del mismo recabada en internet (folios 1045 a 1147).
11. El 1 de junio de 2012 fue notificado El Pliego de Concreción de Hechos (PCH) a ELEGANT BUSINESS, SOCIEDAD CIVIL (folios 1186 a 1221), y a MICROSOFT IBÉRICA, S.R.L. y MICROSOFT IRELAND OPERATIONS, LTD. (folios 1148 1185). Junto con esta notificación se requirió a MICROSOFT IBÉRICA S.R.L. y MICROSOFT IRELAND OPERATIONS, LTD. su volumen de negocios en 2011.
12. El 29 de junio de 2012 MICROSOFT IRELAND OPERATIONS, LTD (folios 1250 a 1366) presentó escrito de alegaciones al PCH a la vez que MICROSOFT IBERICA, S.R.L comunicó que se remitía en su integridad a las alegaciones que realizase MICROSOFT IRELAND OPERATIONS, LTD.
13. El 26 de julio de 2012, conforme al artículo 50.4 de la LDC, se notificó la propuesta de Resolución a MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED y a MICROSOFT IBÉRICA, S.R.L.U. (folios 1.458 a 1.519, y folios 1.584 y 1.585) y el 27 de julio a ELEGANT BUSINESS, S.C. (folios 1.522 a 1.583, y 1.586) para que, en el plazo de quince días, formularan las alegaciones que tuviesen por convenientes.
14. El 22 de agosto de 2012, presentó escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, junto con un informe económico presentado, MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED (folios 1.589 a 1.672). En este escrito se solicita la celebración de vista oral (folio 1.629). En la misma fecha, presentó escrito MICROSOFT IBERICA, S.R.L.U. ,afirmando, al igual que hizo durante la fase de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (folios 1.367 a 1.369), que no está en posición de hacer una valoración propia de los elementos contenidos en la Propuesta de Resolución (folios 1.587 a 1.588).
15. El 28 de agosto de 2012, tuvo entrada en la CNC correo electrónico de D. Marcel Van Maele, en representación de PROJEX GMBH en el que se solicitaba ser “parte interviniente en el caso CNC contra Microsoft” con el objeto de tener la “*posibilidad de obtener muy rápidamente las actas de la comisión*”, y adjunta poder de representación de la citada empresa traducido al castellano (folio 1720, 1721 y 1722).
16. El 12 de septiembre de 2012 la Dirección de Investigación elevó, de acuerdo con el artículo 50.5 de la LDC, Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la Comisión Nacional de Competencia junto con el expediente.
17. El 30 de noviembre de 2012 y el 1 de marzo de 2013 MICROSOFT presentó escritos ante la CNC acompañando documentación sobre sentencias judiciales de jurisdicciones no nacionales, y proyecto de Proyecto de Reglamento relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología ("RECATT"), así como un proyecto de Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de transferencia de tecnología ("Directrices") que sustituyen a los actualmente vigentes que consideraba relevante al caso.

18. El Consejo de la CNC concluyó la deliberación y fallo de esta resolución el día 6 de marzo de 2013.
19. Son interesados en el presente expediente:
  - Microsoft Ibérica, S.R.L.U. y Microsoft Ireland Operations Limited y
  - *Elegant Business, S.C.*

## HECHOS ACREDITADOS

Los hechos acreditados en este expediente se fundamentan en la información obtenida por la Dirección de Investigación procedente de la denuncia y de los requerimientos de información realizados durante la instrucción:

### ***Sobre las Partes***

1. La descripción contenida en el expediente respecto a las empresas afectadas por el presente expediente sancionador es la siguiente:

#### ***DENUNCIANTE: ELEGANT BUSINESS, SOCIEDAD CIVIL (ELEGANT)***

Elegant Business, Sociedad Civil, con domicilio social en Cl. Del Viento 2A de Corpa 28811, Madrid España, tiene por objeto social (i) la distribución y redistribución de licencias de software informático nuevo y de segunda mano, actuando como brocker de bienes inmateriales al amparo de la Directiva del Parlamento y la Comisión Europea 29/2001; (ii) la distribución y redistribución de bienes y materiales informáticos de todo tipo, carácter y tecnología, incluyendo la prestación de servicios de alojamiento de datos, distribución de redes de telecomunicaciones virtuales de voz y datos operando bajo sus propias infraestructuras o en uso de redes industriales de terceros habilitadas al efecto, actuando en su propio nombre o en el de terceros, ante toda persona física o jurídica, pública o privada incluidos los órganos de supervisión del tráfico tecnológico creados al efecto; y (iii) la gestión de negocios empresariales de todo tipo e índole ligado a los anteriores objetivos en favor y representación de terceras entidades españolas, comunitarias, y/o de terceros Estados, tan ampliamente según lo las leyes del lugar y el momento.

Desarrolla su tráfico mercantil mediante la comercialización virtual en la web bajo los dominios registrados [www.elegant-business.com](http://www.elegant-business.com), [www.softbrocker.com](http://www.softbrocker.com), [www.softsegundarnano.com](http://www.softsegundarnano.com), y [www.sipcel.tel](http://www.sipcel.tel) y otros que podrán registrarse en el futuro.

#### ***MICROSOFT IBÉRICA, S.R.L. UNIPERSONAL (MICROSOFT)***

MICROSOFT Ibérica, S.R.L.U. es la filial española de MICROSOFT Corporation, constando en el Registro Mercantil como sociedad unipersonal cuyo socio único es MICROSOFT INTERNATIONAL HOLDINGS SPAIN SRL.

El grupo MICROSOFT es el líder mundial de software para informática personal y de empresas, especialmente en sistemas operativos de ordenadores personales.

Según MICROSOFT, su filial española actúa como un agente comercial de MICROSOFT en España, proporcionando servicios de marketing y apoyo a la comercialización, pero en ningún caso actúa como licenciante (folio 133). La filial española tiene por objeto social la importación, exportación, producción, distribución, marketing y cesión de licencias de productos informáticos de software y hardware en su propio nombre y cuenta o en nombre y por cuenta de terceros

### ***MICROSOFT IRELAND OPERATIONS (MICROSOFT)***

*MICROSOFT Ireland Operations Limited es la filial irlandesa del MICROSOFT Corporation y licenciante de software para el caso concreto de clientes europeos, entre ellos los españoles (folio 133).*

## **Sobre el mercado**

2. Con respecto al mercado en el que se desarrolla la conducta analizada, la Dirección de Investigación realiza la siguiente descripción en el PCH:

### **“IV. MERCADOS AFECTADOS**

#### **IV.1 CONCEPTOS PREVIOS<sup>1</sup>**

- (30) *Un sistema informático está constituido por hardware y software. El hardware se refiere al conjunto de componentes físicos que pueden constituir un sistema informático (como por ejemplo, una pantalla, un teclado, un disco duro o un procesador) mientras que el software se refiere a instrucciones que dirigen las operaciones de hardware, también designado como programas de ordenador.*
- (31) *Entre la multitud de productos de software existentes, hay un cierto grado de especialización según las tareas que realizan. Por ejemplo, puede establecerse una distinción entre el software de sistema y software de aplicaciones. El software de sistema es el que controla el hardware del equipo, al que envía una serie de instrucciones en nombre de una aplicación, como podría ser un procesador de texto, y cumpliendo con las necesidades de un usuario específico.*
- (32) *En este sentido, un sistema operativo se define como software de sistema que controla las funciones básicas de un equipo que permite al usuario hacer uso de ese equipo y ejecutar aplicaciones de software en él.*
- (33) *Como regla general los equipos informáticos son fabricados por empresas llamados Fabricantes de Equipos Originales (OEM en sus siglas en inglés), utilizando una variedad de componentes proporcionados por otros fabricantes.*
- (34) *Esto incluye la instalación de un sistema operativo suministrado por una compañía de software (o desarrollados por el OEM), así como la agrupación de varias aplicaciones que son demandadas por el usuario final.*
- (35) *Por otra parte, existen los llamados Revendedores de Valor Añadido (VARs) que compran dispositivos informáticos ya instalados y los revenden añadiendo*

---

<sup>1</sup> Extraído del caso COMP/C-3/37.792 Microsoft pg. 9 a 31 y <http://windows.microsoft.com/en-US/windows/history> (folios 1045 a 1059)

*servicios y software adicional. Los revendedores de valor agregado tendrán más oportunidades en aquellos segmentos donde los sistemas informáticos sean más complejos.*

- (36) *Algunos operadores desarrollan el sistema operativo junto con el hardware, buscando lograr una mayor adaptación entre ambos para que puedan ser distribuidos de forma conjunta (caso de SUN o UNIX en relación con los servidores). En contraste, otros vendedores de sistemas operativos son puramente empresas de software, como es el caso de MICROSOFT.*
- (37) *MICROSOFT no ensambla equipos sino que licencia sus sistemas operativos a OEMs y a clientes finales. Entre otros, sus sistemas operativos se dirigen a equipos con hardware compatible con Intel<sup>2</sup> (ya sean servidores o PC cliente<sup>3</sup>). El presente expediente se va a centrar en los sistemas operativos de PC cliente, dado el peso que tiene MICROSOFT en este ámbito.*
- (38) *Como se ha señalado anteriormente, los sistemas operativos también pueden ser distribuidos separadamente del hardware (es decir, directamente desde el proveedor de software al cliente). De hecho, un cliente que ejecuta un determinado sistema operativo en su hardware, con el tiempo puede desear actualizar a nuevas versiones de los productos vendidos por el proveedor del sistema operativo, sin necesidad de cambiar el hardware. Además, el cliente que lo desee podrá cambiar a un proveedor de sistemas operativos diferente cuyo sistema operativo puede ejecutarse en el mismo hardware. Como regla general, los proveedores de sistemas operativos se aseguran de que el precio de una actualización siempre será menor que el precio total del producto, como un medio para fomentar la lealtad del consumidor a sus productos.*
- (39) *Incluso cuando existen intermediarios comerciales entre el proveedor de sistemas operativos y el cliente, la relación contractual entre el proveedor y el cliente es generalmente una relación directa. Los sistemas operativos son material sujeto a derechos de propiedad intelectual y, como tal, su uso puede estar sujeto a las condiciones establecidas en la licencia, que son determinadas por el desarrollador del sistema operativo con independencia del canal de distribución utilizado para su comercialización.*
- (40) *MICROSOFT ha desarrollado sistemas operativos para PC cliente desde principios de 1980. A sus primeras versiones del sistema operativo para PC cliente, MS-DOS, le siguieron el Windows 3.0 y Windows 3.1, que añadieron al MS-DOS una interfaz gráfica para el usuario. Las versiones siguientes, Windows 95, Windows 98 y Windows 98 Second Edition (Windows 98 SE), eran todavía dependientes de la tecnología MS-DOS, si bien en menor proporción. Windows 98*

---

<sup>2</sup> PC (*Personal Computer* en sus siglas en inglés). El término PC se utiliza a menudo para designar ordenadores PC compatibles con IBM PC, una clase de ordenadores personales introducida en 1981 conforme a las especificaciones de *hardware* y *software* de IBM. Los primeros equipos se basaban en el procesador 8088 diseñado por la compañía Intel y a menudo los ordenadores PC compatibles con IBM se denominan PC.

<sup>3</sup> Los términos "PC cliente" y "servidor" derivan del paradigma cliente/servidor que describe la comunicación entre los elementos de software como peticiones realizadas de clientes a servidores y sus correspondientes respuestas. No significa que los servidores (potentes equipos multiusuario) nunca actúan como clientes, por el contrario, los servidores a menudo realizan peticiones a otros servidores y en esas ocasiones pueden ser considerados también como clientes.



es la última versión basada en MS-DOS. Posteriormente, Windows Millenium Edition se lanzó en 2000 como sistema operativo cliente PC sólo para uso final doméstico.

- (41) Otra familia de sistemas operativos desarrollados por MICROSOFT es la derivada del Windows NT para PC cliente y servidores. La versión destinada a PC clientes se denominaba Windows 2000 y estaba dirigida a uso profesional. Paralelamente se han desarrollado también otras versiones para servidores (Windows 2000 Server, Windows 2000 Servidor Avanzado y Windows 2000 Datacenter Server)
- (42) La siguiente versión de sistema operativo PC cliente de MICROSOFT fue el Windows XP lanzado el 25 de octubre 2001. Estaba basado en el Windows 2000 y se lanzó en dos modalidades diferenciadas: Windows XP Home Edition y Windows XP Professional. También MICROSOFT lanzó sistemas operativos para servidores sucesores del Windows 2000 (denominado Windows 2003 Server).
- (43) MICROSOFT terminó la distribución de licencias a los OEM y al comercio minorista de Windows XP el 30 de junio de 2008. Sin embargo, MICROSOFT siguió distribuyendo la versión "Home Edition" hasta el año 2010 y se mantiene el soporte técnico para Windows XP hasta 2014 ([http://es.wikipedia.org/wiki/Windows\\_XP](http://es.wikipedia.org/wiki/Windows_XP) (folios 1060 a 1068).
- (44) El 26 de febrero de 2006<sup>4</sup> MICROSOFT lanzó la siguiente versión de sistema operativo PC cliente, denominado Windows Vista, ofreciendo seis modalidades: dos para empresa: Windows Vista Business y Windows Vista Enterprise; tres para usuarios domésticos: Windows Vista Home Basic, Windows Vista Home Premium y Windows Vista Ultimate y una destinada a mercados emergentes, Windows Vista Starter. MICROSOFT menciona que Windows Vista trataba de alcanzar al mayor número de usuarios, a través de varios productos diseñados específicamente para un segmento de consumidores: doméstico, PYME y grandes empresas. MICROSOFT mantendrá el soporte técnico para Windows Vista hasta 2017.
- (45) La última versión de su sistema operativo lanzada por MICROSOFT en octubre de 2009 es Windows 7, en diferentes modalidades: para ordenadores con dos procesadores: Windows 7 Professional, Enterprise, and Ultimate y para un procesador: Windows 7 Starter, Home Basic, and Home Premium<sup>5</sup>.
- (46) Windows 8, el sucesor de Windows 7, se encuentra actualmente en desarrollo, y posiblemente sea lanzado a finales de 2012. En principio Windows 8 será más compatible con los dispositivos móviles, como netbooks, tablet PC y smartphones.
- (47) En la actualidad los sistemas operativos PC cliente comercializados por MICROSOFT en España son los siguientes, según datos de MICROSOFT de fecha 19 de diciembre de 2011 (folio 671):

i. WINDOWS 7 Starter

---

<sup>4</sup> <http://www.microsoft.com/presspass/press/2006/feb06/02-26WinVistaProductsPR.msp> (folios 1069 a 1071)

<sup>5</sup> <http://www.microsoft.com/presspass/press/2009/oct09/10-22Windows7PR.msp> (folios 1072 a 1073)

- ii. *WINDOWS 7 Home Basic*
- iii. *WINDOWS 7 Home Premium*
- iv. *WINDOWS 7 Professional*
- v. *WINDOWS 7 Ultimate*

- (48) *A pesar de que MICROSOFT no comercializa ya las versiones anteriores a Windows 7, todavía siguen siendo muy utilizados, especialmente Windows XP, como se desprende de los datos recogidos más adelante en el apartado del presente Pliego de Concreción de Hechos, de análisis de la estructura del mercado de comercialización de sistemas operativos para PC cliente.*
- (49) *Estos productos están disponibles para adquisición en versiones ligeramente modificadas desde su lanzamiento al mercado, para corregir fallos (bugs) o introducir determinadas mejoras. Estas modificaciones aparecen en la forma de actualizaciones, para actualizaciones menores, o Service Packs, para actualizaciones más amplias.*
- (50) *La comercialización de los sistemas operativos para PC cliente de MICROSOFT se realiza a través de contratos de licencia no exclusiva de duración ilimitada que permiten el uso de una copia del software al cliente final bajo una serie de restricciones que varían en función del tipo de licencia. Para la activación de la copia del sistema operativo, MICROSOFT exige la aceptación de un contrato de licencia, que otorga ciertos derechos de uso al licenciatarario, si bien la titularidad de los derechos de propiedad intelectual del programa de ordenador sigue perteneciendo a MICROSOFT (folio 56 a 57 y 672 a 673).*
- (51) *MICROSOFT comercializa sus sistemas operativos para PC cliente a través de los siguientes canales de comercialización (folio 57):*
- a) *Canal Retail o minorista (folio 65): En este canal MICROSOFT comercializa el software a través de una copia grabada en un DVD incluido en una caja, o a través de una descarga desde su página web, y lleva asociado una Licencia FPP (Fully Packaged Products).*
  - b) *Canal OEM (Original Equipment Manufacturers) (folio 66): En este caso MICROSOFT pone el software a disposición de los clientes finales a través de fabricantes de equipos originales (OEM), que preinstalan el software en los PC cliente que fabrican antes de ofrecerlos a los clientes finales como un único producto integrado. Para ello el OEM y MICROSOFT firman un contrato, que entre otras cuestiones, obliga al OEM a distribuir al usuario final una solución de recuperación (un CD, DVD o Blu-Ray Disc aparte) o una imagen en el disco duro del ordenador (folio 763), y a licenciar el sistema operativo en las condiciones de licencia establecidas por MICROSOFT.*
  - c) *Licencias por volumen: (folio 67) MICROSOFT comercializa el software a clientes que compran licencias para más de cinco equipos, a través de contratos de licencias por volumen, que permiten la actualización a una versión distinta del sistema operativo de MICROSOFT del que disponen*

*los equipos del cliente. En este caso, el cliente no adquiere ni CDs ni DVDs sueltos, ni ordenadores con software preinstalado, sino que adquiere un derecho a usar el software y entonces bien lo descarga desde una página web de MICROSOFT o lo instala en sus equipos desde un disco maestro, con una clave de activación específica.*

*(52) Dentro del canal OEM, hay que distinguir entre categorías de fabricantes OEM, OEM directos y OEM System Builders.*

- i. OEM directos: fabricantes que comercializan grandes volúmenes de software (al menos [CONF] unidades de Windows preinstalado en el año anterior), y a los que MICROSOFT proporciona directamente el software a preinstalar y los certificados de autenticidad. Estos OEM directos negocian y suscriben acuerdos muy completos con MICROSOFT, en los que se recogen múltiples obligaciones en relación con la comercialización del producto final integrado (PC cliente + sistema operativo preinstalado).*
- ii. OEM System Builders (o simplemente "System Builders"): fabricantes que comercializan menores volúmenes de PC cliente y que no adquieren el sistema operativo a preinstalar directamente de MICROSOFT, sino a través de mayoristas. Estos operadores no negocian ni firman un acuerdo detallado con MICROSOFT, sino que adquieren el software a un mayorista, estando dicho software sujeto a unas condiciones que autorizan al System Builder a preinstalar y comercializar el software como producto integrado con el hardware. Este acuerdo se celebra entre MICROSOFT y el System Builder, y éste lo acepta implícitamente al abrir el paquete en que ha recibido el software.*

*(53) Por otro lado, MICROSOFT tiene mecanismos específicos de comercialización de su sistema operativo a través de PC cliente de segunda mano restaurados que no cuenten con su sistema operativo instalado de forma legal<sup>6</sup>. En todo caso, esta vía de comercialización no se va a analizar en el marco del presente expediente, en la medida que se dirige exclusivamente a ordenadores usados.*

*(54) Por otra parte, para que un cliente pueda utilizar un sistema operativo de MICROSOFT, debe activar obligatoriamente el producto. La activación asocia el uso del software a un dispositivo/equipo específico.*

---

<sup>6</sup> Un PC restaurado es un PC usado que ha sido sometido a uno o más de un proceso de los siguientes que dejan el ordenador preparado para un nuevo usuario:

- Borrado del disco duro
- Examen y validación de la funcionalidad de los componentes y del hardware
- Limpieza, reparación o sustitución de componentes menores del PC dañados,

Se considera un PC usado si conserva al menos la placa madre o esta ha sido sustituida por una nueva con las mismas especificaciones, marca y modelo. La sustitución de la placa madre por otra de diferente modelo supone que el PC sería catalogado como un nuevo PC y no un PC restaurado

El ordenador PC usado con Windows preinstalado no requiere una nueva licencia si ya tiene adherido un COA y además dispone de un disco de recuperación o una imagen grabada en el disco duro. El restaurador de PC puede reinstalar Windows usando el disco de recuperación o la imagen que hay en el disco duro.

El restaurador de PC deberá comprar una nueva licencia en caso de no disponer del disco original de recuperación o la imagen en el PC,

- (55) Además, para poder usar el sistema operativo, el usuario no puede eludir el proceso de validación, que es un proceso mediante el cual MICROSOFT comprueba que se ha activado el software y que cuenta con una licencia adecuada.
- (56) Los procesos de activación y validación detectan en cada ocasión la clave de producto que se utiliza para instalar el sistema operativo Windows en un PC cliente, [CONF].
- (57) En el caso de los sistemas operativos vendidos a través del canal FPP, el cliente tiene un plazo de 30 días tras la instalación del sistema operativo para realizar la activación. Durante la primera instalación de una copia de Windows FPP en un ordenador PC cliente, el usuario debe introducir una clave de producto que viene en el certificado de autenticidad. [CONF]
- (58) Durante el proceso de activación MICROSOFT recibe información sobre el propio software y el equipo. Esta información incluye la versión, el idioma y la clave de producto del software, la dirección de protocolo de Internet del equipo y la información derivada de la configuración del hardware del equipo.
- (59) [CONF].
- (60) En el caso de los sistemas operativos vendidos a través del canal OEM, de cara a la activación de los sistemas operativos en este canal existen dos opciones:
- i. Opción de activación OEM: Los OEM (sólo los directos), pueden utilizar una "llave o clave maestra", facilitada por MICROSOFT, que permite un número ilimitado de instalaciones del sistema operativo. En estos casos son los OEMs los que realizan la activación de los productos de Windows, y los usuarios finales acceden al producto directamente, sin necesidad de ninguna clave. A los OEMs se les exige la concesión de una única licencia y el correspondiente Certificado de Autenticidad por cada ordenador comercializado, si bien pueden realizar varias instalaciones con una única clave maestra. Por ello, hay que tener en cuenta que normalmente la clave incluida en el Certificado de Autenticidad no coincide con el código del sistema operativo preinstalado en el disco duro del ordenador (folio 1019).
  - ii. Opción de activación por el usuario final: En ausencia del sistema de activación OEM, para poder realizar la activación del producto, el usuario final debe introducir la clave incluida en el Certificado de Autenticidad, que es un código único para cada licencia.

#### **IV.2. MERCADOS DE PRODUCTO**

- (61) Como se ha indicado anteriormente, el presente expediente se centra en las restricciones que ha impuesto MICROSOFT en la reventa de sus sistemas operativos para PC cliente, en la medida que es el ámbito en el que MICROSOFT tiene una presencia más significativa y es susceptible de disponer de una posición de dominio.

- (62) *Para ello, se va a determinar si existe un mercado de producto diferenciado de comercialización de sistemas operativos para PC cliente.*
- (63) *Todo ello sin perjuicio de que se pueda determinar la existencia de un mercado de producto potencialmente diferenciado, de reventa de sistemas operativos para PC cliente, que entre otras razones, habría visto restringido su desarrollo en España como consecuencia de las políticas de limitación de la reventa de su software implantadas por MICROSOFT.*

#### **IV.2.a) Mercado de comercialización de sistemas operativos para PC cliente**

##### *i) Sustituibilidad por el lado de la demanda*

- (64) *En línea con lo señalado por la Comisión Europea en el caso COMP/C-3/37.792 MICROSOFT<sup>7</sup>, desde la perspectiva de un usuario de un PC cliente, se puede definir un sistema operativo PC cliente por unas características muy especiales que lo hacen apropiado para un uso particular, concretamente, para la gestión del hardware de un PC cliente y para servir como interfaz que permita interactuar con el ordenador y ejecutar aplicaciones.*
- (65) *Los sistemas operativos para servidores no son técnicamente utilizables para el hardware de un PC cliente. Generalmente, ese uso no puede ser factible técnicamente o podría menguar la mayor parte de las capacidades del hardware del servidor o la capacidad del sistema operativo. Otro software, como por ejemplo aplicaciones, no pueden sustituir a los sistemas operativos, dado que requieren precisamente de un sistema operativo para aprovechar el hardware del PC cliente. Por tanto, desde la perspectiva de los usuarios de un PC cliente, los sistemas operativos para un PC cliente satisfacen una demanda específica debido a sus características y utilización de los recursos del PC cliente.*
- (66) *Por otra parte, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los PC clientes existentes en el mundo, el procesador utilizado es compatible con la tecnología x86 de Intel.*
- (67) *A esto hay que añadir que el tipo de procesador que utilice el PC cliente suele condicionar el sistema operativo que puede ser utilizado en ese PC cliente. Así, un sistema operativo para PC cliente diseñado para ser ejecutado en un PC compatible con Intel, como regla general no podrá ser ejecutado en un PC que no sea compatible con Intel, ya que deberá ser adaptado para un procesador diferente. Lo contrario también es cierto, es decir, un sistema operativo diseñado para un PC cliente no compatible con Intel no se ejecutará adecuadamente en un PC cliente compatible con Intel.*
- (68) *Por este motivo, se podría plantear la posibilidad de diferenciar un mercado de producto de sistemas operativos para PC cliente compatibles con la tecnología x86 de Intel. No obstante, a los efectos del presente expediente, no es necesario pronunciarse sobre esta cuestión, dado que el poder de mercado de MICROSOFT no se altera sustancialmente bajo una u otra definición.*

---

<sup>7</sup> [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37792/37792\\_4177\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf)

- (69) *Otros dispositivos cliente como las PDA (Personal Digital Assistants), las Tablets PC, los netbooks o los móviles inteligentes (Smartphones), procesan datos, disponen de espacio de almacenamiento, procesan y gestionan aplicaciones, disponen de conectividad a redes (por ejemplo, Internet), y requieren, como un PC cliente, un sistema operativo para gestionar el hardware y ofrecer una plataforma para ejecutar aplicaciones de software.*
- (70) *No obstante, desde una perspectiva de la demanda hay varias diferencias entre este tipo de dispositivos y un PC cliente, como el menor tamaño de la pantalla, funcionalidades limitadas, etc. Además, los sistemas operativos de estos dispositivos no suelen estar diseñados para incorporar la amplia gama de complejas aplicaciones que sí pueden soportar los PC cliente.*
- (71) *Con el fin de aclarar esta posible sustituibilidad por el lado de la demanda entre los PC clientes y estos dispositivos portátiles, esta Dirección de Investigación solicitó a MICROSOFT que aclarase si es posible instalar un sistema operativo Windows para PC cliente en un dispositivo tipo PDA o Tablet y a la inversa, a lo que MICROSOFT respondió (folio 685) que estos sistemas operativos necesitan unas especificaciones mínimas de hardware para poder funcionar correctamente, por lo que MICROSOFT condiciona la respuesta a los requisitos de hardware que sea capaz de satisfacer el dispositivo PDA o Tablet.*
- (72) *No obstante, desde un punto de vista práctico, MICROSOFT considera muy improbable que actualmente un sistema operativo WINDOWS para PC sea instalado en un dispositivo PDA, por no ser un sistema operativo diseñado específicamente para ese uso y en el caso de un dispositivo Tablet, MICROSOFT duda incluso que pueda ser ejecutado en ellos.*
- (73) *En cuanto a la pregunta inversa, si un sistema operativo específicamente diseñado para un dispositivo tipo PDA o Tablet pueda ser utilizado en un PC, MICROSOFT, opina que no hay razón técnica por la que no pueda ser utilizado en un PC tradicional. No obstante, esta Dirección de Investigación estima que al no estar este sistema operativo específicamente diseñado para aprovechar las capacidades del PC cliente tradicional, es muy improbable que desde el punto de vista de la demanda se perciba como sustitutivo.*
- (74) *Dadas las dificultades de compatibilidad mencionadas por MICROSOFT, no parece probable que los sistemas operativos PC cliente sean sustitutivos desde el punto de vista de la demanda de los sistemas operativos diseñados para un dispositivo tipo PDA, Tablet o similares.*
- (75) *En cuanto a la sustituibilidad de los sistemas operativos PC cliente y servidor, si bien la mayor parte de sistemas operativos para PC cliente y servidores se basan en un número reducido de sistemas operativos base (UNIX, Windows y LINUX), hay que tener en cuenta que los mismos se adaptan a las necesidades del usuario y, especialmente, al tipo de dispositivo utilizado.*
- (76) *Asimismo, los distintos operadores comercializan versiones del sistema operativo con funcionalidades significativamente distintas según si se va utilizar en un PC cliente o en un servidor. Además, los mecanismos de comercialización (y los*

precios) son muy diferentes según si el sistema operativo se dirige a una u otra categoría. Por estos motivos, desde el punto de vista de la demanda, los sistemas operativos para servidores y similares no son sustitutivos de los sistemas operativos para PC cliente.

ii) *Sustituibilidad por el lado de la oferta*

- (77) *Desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta, se puede plantear la posibilidad de que los fabricantes de otros sistemas operativos no destinados a PC clientes adapten el código fuente de los mismos para que puedan funcionar de forma óptima en un PC cliente.*
- (78) *Sin embargo, hay que tener en cuenta que el desarrollo y adaptación de los sistemas operativos es un proceso largo y costoso, ya que se trata de paquetes de software extensos y sofisticados (por ejemplo, Windows XP tiene 38 millones de líneas de código).*
- (79) *Además, la producción de sistemas operativos tiene unos costes hundidos iniciales de desarrollo muy elevados, pero una vez lanzada la versión inicial, el coste marginal de producir una copia extra es muy reducida.*
- (80) *Adicionalmente, el desarrollador de software se enfrenta a problemas técnicos, ya que se requieren cambios importantes en el código fuente para que un sistema operativo optimizado para otros dispositivos (PDA, servidor, etc.) pueda funcionar correctamente, optimizar los recursos del PC cliente y pueda ofrecer al usuario del PC cliente una interfaz adecuada para sus necesidades. Este proceso implica una elevada inversión y un largo periodo de tiempo, con un riesgo comercial elevado.*
- (81) *Asimismo, entrar en el mercado de sistemas operativos PC cliente implica superar una serie de barreras de entrada, como los elevados costes de publicidad que supone la entrada en el mercado de sistemas operativos PC cliente, así como conseguir que un número significativo de las aplicaciones demandadas por los usuarios del PC cliente sean compatibles con el nuevo sistema operativo.*
- (82) *A la vista de lo anterior, una empresa que no produzca sistemas operativos para PC cliente no podrá modificar sus sistemas operativos optimizados para otros dispositivos sin incurrir en costes (en tiempo y dinero) y riesgos adicionales significativos. Por estos motivos, en el mercado de comercialización de sistemas operativos para PC cliente, no existe una sustituibilidad de la oferta lo suficiente significativa e inmediata como para justificar la delimitación de un mercado de producto más amplio.*

### **IV.3. MERCADOS GEOGRÁFICOS**

- (83) *A la vista de la estructura y las condiciones de competencia del mercado de comercialización de sistemas operativos para PC cliente, se puede considerar que su ámbito geográfico relevante es mundial, en línea con lo señalado por la Comisión Europea en el precedente anteriormente citado<sup>8</sup>.*

---

<sup>8</sup> Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft.

- (84) *Así, las condiciones objetivas de competencia son esencialmente las mismas en todo el mundo. En este sentido, no son relevantes las restricciones a la importación, costes de transporte, o requisitos técnicos. Además, la oferta se adapta a la existencia de diferentes idiomas y por tanto a demandas diferentes en función del idioma, sin suponer un obstáculo a la existencia de una oferta global. Asimismo, los grandes fabricantes de ordenadores (ACER, DELL, HP, etc.) firman acuerdos mundiales con MICROSOFT para preinstalar y comercializar las versiones OEM de Windows a escala global.*
- (85) *Por otra parte, puede considerarse también la potencial existencia de un mercado de reventa de sistemas operativos para PC cliente, en este caso de dimensión nacional.*
- (86) *En particular, en este potencial mercado el idioma y el acceso directo a los potenciales proveedores y clientes de sistemas operativos usados son variables muy importantes, que diferencian las condiciones de competencia en los distintos países.*
- (87) *Esta segmentación geográfica también se ve favorecida por la existencia de diferencias en las cláusulas en la licencia OEM – System Builder que MICROSOFT comercializa en Alemania respecto a la que se comercializa en España. Así, MICROSOFT establece cláusulas menos restrictivas a la reventa en la licencia OEM–System Builder en Alemania frente a España (folio 1017), al permitir al System Buidler vender el sistema operativo sin preinstalarlo en un ordenador, lo que favorece que las condiciones de competencia que pueden existir en el potencial mercado de reventa en España (vía potencial oferta), sean distintas de las que existen en Alemania.*

(...)

#### **IV.5. ESTRUCTURA MERCADO SISTEMAS OPERATIVOS**

- (90) *En 2010, el sistema operativo Windows en sus diferentes versiones acumula una cuota de mercado de 78,6% en volumen de ingresos para el conjunto de sistemas operativos de PC cliente y servidores en el mundo, según datos de una consultora especializada. Sus principales competidores en el ámbito de los sistemas operativos para PC cliente serían Linux (RED HAT), con un 2,0%, y APPLE, con un 1,7%. Si estas cuotas se calculasen sistemas operativos para PC Cliente, MICROSOFT tendría una cuota de mercado muy superior.*



**TABLA 1: CIFRA DE NEGOCIO Y CUOTA DE MERCADO MUNDIAL DE FABRICANTES DE SISTEMAS OPERATIVOS PARA PC CLIENTE Y SERVIDORES AÑOS 2009 Y 2010**

(MILLONES DE DÓLARES)

	2010 Ingresos	2010 Cuota de Mercado (%)	2009 Ingresos	2009 Cuota de Mercado (%)
MICROSOFT	23.848	78,6	21.926	77,9
IBM	2.284	7,5	2.163	7,7
HP	1.125	3,7	1.109	3,9
ORACLE	780	2,6	10	0,0
RED HAT	610	2,0	517	1,8
APPLE	520	1,7	449	1,6
OTROS	1.183	3,9	1.968	7,0
TOTAL	30.350	100,0	28.142	100,0

Fuente: Elaboración propia de la CNC a partir de datos de consultora especializada Gartner (abril 2011)<sup>9</sup>, (folios 1126 a 1128)

En este sentido, las cuotas de mercado de las diferentes versiones de Windows en el ámbito de los sistemas operativos para PC cliente son muy significativas, según se recoge en el siguiente cuadro.

**TABLA 2: CUOTAS DE MERCADO MUNDIALES DE LAS DIFERENTES VERSIONES DE WINDOWS EN EL ÁMBITO DE LOS SISTEMAS OPERATIVOS PARA PC CLIENTE (AGOSTO 2011)**

Fuente	Net Market Share <sup>10</sup>	W3Counter <sup>11</sup>	Global Stats <sup>12</sup>	StatOwl <sup>13</sup>	W3Schools <sup>14</sup>
TODAS LAS VERSIONES	93%	80%	91%	85%	85%
WINDOWS 7	31%	34%	38%	33%	40%
WINDOWS VISTA	9%	10%	11%	15%	6%
WINDOWS XP	52%	36%	42%	36%	38%
WINDOWS 98	0.05%	—	—	—	—
WINDOWS ME	0.01%	—	—	—	—
WINDOWS 95	0.01%	—	—	—	—

Fuente: Elaboración propia CNC a partir de los datos fuentes citadas<sup>15</sup> (folios 1129 a 1142).

<sup>9</sup> Disponible en <http://www.gartner.com/it/page.jsp?id=1654914> (folios 1126 a 1128)

<sup>10</sup> <http://www.netmarketshare.com/operating-system-market-share.aspx?qprid=8&qpcustomd=0>

<sup>11</sup> <http://www.w3counter.com/globalstats.php>

<sup>12</sup> <http://gs.statcounter.com/#os-ww-monthly-201010-201110>

<sup>13</sup> [http://www.statowl.com/operating\\_system\\_market\\_share.php](http://www.statowl.com/operating_system_market_share.php)

<sup>14</sup> [http://www.w3schools.com/browsers/browsers\\_os.asp](http://www.w3schools.com/browsers/browsers_os.asp)

<sup>15</sup> Cada una de estas empresas utiliza una misma metodología consistente en agregar determinados datos de los usuarios (sistema operativo, navegador utilizado, preferencias, etc.) que realizan visitas durante un periodo de tiempo a una muestra de páginas.

(91) Un rasgo a destacar de los datos recabados en el anterior cuadro es la prevalencia en la utilización de Windows XP, a pesar de que se dejó de comercializar por MICROSOFT entre 2008 y 2010, y que implica que sus cuotas de mercado sean muy cercanas o superiores a las de Windows 7, el único sistema operativo que MICROSOFT comercializa actualmente.

(92) Por otra parte, MICROSOFT ha aportado (folios 614 a 626) una recopilación de datos de ventas y número de licencias de sistemas operativos MICROSOFT para PC cliente en España, en función de los distintos canales de venta que utiliza MICROSOFT, que se recogen en la siguiente tabla:

TABLA 3: NUMERO DE LICENCIAS E INGRESOS POR VENTA DE SISTEMAS OPERATIVOS PARA PC CLIENTE DE MICROSOFT EN ESPAÑA					
NÚMERO DE LICENCIAS E INGRESOS CANAL FPP Y SYSTEM BUILDER					
		2008	2009	2010	2011
i.	Nº DE LICENCIAS (folio 616 y 617)	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
ii.	INGRESOS (EN MILES DE DÓLARES) (folio 616 y 617)	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
NÚMERO DE LICENCIAS E INGRESOS CANAL OEM DIRECTO					
		2008	2009	2010	2011
iii.	Nº DE LICENCIAS (folio 618 y 619)	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
iv.	ESTIMACIÓN PROPIA INGRESOS POR LICENCIA (EN DÓLARES) <sup>16</sup>	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
v.	INGRESOS (EN MILES DE DÓLARES) ESTIMACIÓN MULTIPLICANDO III.*IV.	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
NÚMERO DE LICENCIAS E INGRESOS CANAL VOLUMEN					
		2008	2009	2010	2011
vi.	Nº LICENCIAS (FOLIO 623)	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
vii.	INGRESOS (EN MILES DE DÓLARES) (FOLIO 620 Y 621)	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
TOTAL NÚMERO DE LICENCIAS E INGRESOS					
		2008	2009	2010	2011
viii.	Nº TOTAL LICENCIAS (SUMA DE I.+III.+VI)	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]
ix.	ESTIMACIÓN TOTAL INGRESOS (EN MILES DE DÓLARES) (SUMA DE II.+V.+VII.)	[CONF]	[CONF]	[CONF]	[CONF]

<sup>16</sup> Estimación obtenida de la página web [MuyComputer](http://MuyComputer) para la licencia Windows 7 Home Premium OEM. (folios 1143 a 1147)

Fuente: [conf]

- (93) *Los anteriores datos aportados por MICROSOFT siguen el año fiscal en EE.UU., de julio del año anterior hasta junio del año señalado, y son relativos a las ventas en España de distintas versiones de Windows (XP, Vista y 7), desde 2008 a 2011.*
- (94) *En la primera sección de la tabla aparece el número de licencias e ingresos obtenidos por MICROSOFT derivados de la venta de licencias Windows FPP (canal minorista) y OEM System Builder.*
- (95) *En la segunda sección aparece el número de licencias e ingresos obtenidos por MICROSOFT derivados de la venta de licencias Windows OEM directo vendidas a través de los principales fabricantes de PC cliente.*
- (96) [CONF]. *Por otra parte, esta Dirección de Investigación ha calculado el ingreso por licencia en este canal a partir de datos obtenidos en internet, para poder hacer una aproximación del total de ingresos generados por este canal en España.*
- (97) *En la tercera sección de la tabla aparecen las licencias instaladas de Windows en el canal de venta de licencias por volumen. MICROSOFT aclara respecto de estos datos que estas licencias, al ser actualizaciones de licencias previas, podrían dar lugar a duplicidades con las licencias que ya han podido ser consideradas en los canales OEM y FPP.*
- (98) *La última sección de la tabla recoge los sumatorios del número de licencias e ingresos de los distintos canales de comercialización de MICROSOFT recogidos en secciones anteriores.*
- (99) *En definitiva, las diferentes versiones de los sistemas operativos de MICROSOFT para PC cliente ocupan en la actualidad la primera posición en el mercado de sistemas operativos para PC cliente, a gran distancia del resto de competidores. Al ser el sistema operativo estándar a nivel mundial, la mayoría de las aplicaciones informáticas para PC cliente están diseñadas para que sean ejecutadas en un sistema operativo de MICROSOFT.*
- (100) *Es relevante destacar también que el sistema operativo WINDOWS XP sigue siendo utilizado por un número muy significativo de usuarios de sistemas operativos para PC cliente, a pesar de haber sido sustituido por nuevas versiones y haberse dejado de comercializar entre 2008 y 2010.*
- (101) *Asimismo, dentro de los canales de comercialización, el canal OEM es en la actualidad la principal vía de comercialización de sistemas operativos PC cliente. ”*

### **Sobre los Hechos Probados**

3. Con respecto a la conducta desarrollada por MICROSOFT, objeto de este expediente, de la instrucción realizada en el presente caso cabe valorar como hechos probados, a los efectos de enjuiciar la conducta, los que a continuación se relatan, tal y como se contienen en el PCH. Se han estructurado en base a los tres canales tipo de distribución que emplea MICROSOFT en el mercado español, y en concreto se describen las condiciones que el denunciante establece para la comercialización y distribución de las licencias de sus sistemas operativos, dependiendo del canal de que se trate.

**“V.1. Licencias Retail o FPP (folio 155)**

- (102) *Existen varios contratos de licencia FPP en función de la versión del sistema operativo y el tipo de cliente:*
- a) *Licencia FPP para Windows XP: Professional (folios 163 a 166).*
  - b) *Licencia FPP para Windows Vista: Home Basic, Home Premium, Vista Business y Ultimate (folios 167 a 194).*
  - c) *Licencia FPP para Windows 7: Home Basic, Home Premium, Professional y Ultimate (folios 195 a 249).*
- (103) *En los contratos de licencia FPP, MICROSOFT concede al cliente una serie de derechos de uso sobre el sistema operativo a cambio del cumplimiento de una serie de términos y condiciones del contrato, reservándose todos los derechos no concedidos expresamente al cliente en el contrato. La licencia permite una instalación del sistema operativo en un ordenador y el software no puede ser utilizado por más de un usuario al mismo tiempo (apartado 2 de las licencias Windows 7 o primer punto del apartado 1 licencia Windows XP), excepto en el paquete familiar de las licencias Home Premium, que permite hasta tres instalaciones en equipos del hogar del cliente (ver folio 209, Licencia Windows 7 Home Premium).*
- (104) *Los contratos de licencia FPP permiten al primer usuario transferir, por una vez, el software y el contrato de licencia a un tercero bajo las siguientes condiciones (folio 674):*
- a) *Que el licenciatarlo transmitente transfiera al adquirente soportes físicos originales y los elementos que conforman la prueba de licencia, esto es, el Certificado de Autenticidad, la clave de producto y el comprobante de compra.*
  - b) *Que el licenciatarlo transmitente elimine el software de su ordenador cuando el ordenador y el software no se transmiten conjuntamente.*
  - c) *Que el adquirente, nuevo licenciatarlo, acepte que el contrato de licencia se aplica a la transferencia y al uso que realice el software.*

**V.1.2. Licencias OEM (folio 155)**

- (105) *En relación con los OEM directos, los contratos de MICROSOFT con HP y ACER de los que dispone esta Dirección de Investigación, (folios 728 a 849) se establecen diversas restricciones a la comercialización del sistema operativo de forma independiente o separada del hardware en varias cláusulas que establecen penalizaciones por distribuir el software separado del ordenador (folios 741, 814, 822 y 749) y prohibiendo distribuir y publicitar precios de los componentes (sistema operativo y hardware) de forma separada (folio 744, 817, 769 y 842). A la vista de estos contratos se puede deducir que, salvo casos excepcionales, MICROSOFT impide a los OEM directos la comercialización de sus sistemas operativos de forma separada al hardware, excepto de cara a proporcionar copias de seguridad o de recuperación.*

- (106) *Respecto a los OEM System Builders, los contratos de MICROSOFT con System Builders en España exigen que la comercialización del sistema operativo se produzca de forma conjunta con el equipo informático en el que se preinstala (folio 1017 y 1018).*
- (107) *Por otra parte, existen tres contratos de licencia OEM para el usuario final, que no se diferencian según si el usuario ha adquirido el ordenador a un OEM directo o a un System Builder:*
- a) Licencia OEM para Windows XP: Home Edition (folios 250 a 257) y Professional (folios 258 a 265)*
  - b) Licencia OEM para Windows Vista: Home Basic, Home Premium, Ultimate, Business (folios 266 a 293)*
  - c) Licencia OEM para Windows 7: Starter, Home Basic, Home Premium, Professional, Ultimate (folios 294 a 359)*
- (108) *Estos contratos son muy similares a los contratos FPP anteriores, excepto que en este caso los contratos de licencia son acuerdos entre el usuario final y el fabricante o ensamblador del PC cliente con el que se adquirió el sistema operativo de MICROSOFT, si bien los términos de este contrato de licencia son determinados por la propia MICROSOFT. El contrato, como en el caso de las licencias FPP, sólo otorga algunos derechos de uso de las características incluidas en la versión de software licenciado. MICROSOFT conserva la titularidad y derechos de propiedad intelectual con respecto al software.*
- (109) *Las licencias establecen que el usuario sólo puede utilizar una copia del sistema operativo en el equipo en el que está preinstalado (ver por ejemplo licencia Windows 7 Home Premium, folio 320).*
- (110) *Los contratos de licencia sólo permiten la transferencia del software (folio 675) a un tercero cuando:*
- i. El sistema operativo sea transmitido junto con el PC en que fue preinstalado como un único producto integrado.*
  - ii. El licenciatarlo transmitente transfiera el sistema operativo y el Certificado de Autenticidad, sin conservar ninguna copia o versión anterior al sistema operativo transferido.*
  - iii. El adquirente, nuevo licenciatarlo, acepte que el contrato de licencia se aplica a la transferencia y al uso que realice del sistema operativo.*

### **V.1.3. Licencias por Volumen (folios 156 a 158)**

- (111) *MICROSOFT dispone de una amplia variedad de contratos de licencias por volumen, en función del tamaño del cliente, los derechos de uso y las necesidades específicas de los clientes.*
- (112) *En general, el cliente debe pagar una licencia para todos los PC cliente de su empresa o según el número real de copias utilizadas. Los clientes informan a MICROSOFT de cuántas licencias necesitan y realizan el pago por este número de licencias debiendo realizar declaraciones anuales, si no hay cambios, o*

mediante solicitudes de ampliación de licencias (true ups) puntuales si se produce un aumento del número de ordenadores.

(113) Las transferencias son posibles en un conjunto muy limitado de casos o contando con el consentimiento previo de MICROSOFT. En particular, sólo se permiten las transferencias a otras filiales del grupo del cliente (folio 66), así como a terceros ajenos al grupo en casos de fusión, escisión o consolidación.

(114) A continuación se reproduce una cláusula de transmisión de licencias a terceros que es igual para todos los subtipos de licencias por volumen (folio 67):

**Cláusula 8.a) Transmisión de Licencias a terceros.**

**(i) Derecho a transmitir.** La Filial Inscrita puede transmitir las Licencias perpetuas que haya abonado en su totalidad a (1) una Filial o (2) un tercero que no sea una Filial con relación a una desinversión en una Filial o en una rama de actividad de la Filial Inscrita o de una de sus Filiales, una fusión o una consolidación. Para ello, la Filial Inscrita deberá rellenar y enviar a Microsoft una notificación de transmisión mediante el formulario disponible en <http://microsoft.com/licensing/contracts> antes de la transmisión. Todas las otras transmisiones necesitan el consentimiento previo por escrito de Microsoft. En <http://microsoft.com/licensing/contracts> puede encontrar una orientación sobre qué tipos de transmisiones están permitidas. Ninguna transmisión de Licencias será válida a no ser que la Filial inscrita proporcione al adquirente, y éste último acepte por escrito, los Derechos de uso de los productos, las restricciones de uso y las limitaciones de responsabilidad que sean de aplicación, así como las restricciones a la transmisión descritas en este apartado. Las transmisiones que no cumplan con esta sección son nulas. Se prohíbe expresamente la reventa de Licencias. También se prohíbe cualquier desinversión que se efectúe únicamente para transmitir Licencias como reventa a un tercero que no sea una Filial.

**(ii) Algunas transmisiones no están permitidas.** La Filial inscrita no puede transmitir:

- Licencias para un corto plazo (90 días o menos);
- derechos temporales para el uso de Productos;
- La cobertura de Software Assurance;
- Licencias perpetuas para cualquier versión de cualquier Producto que se hubiera adquirido a través de Software Assurance independientemente de las Licencias perpetuas subyacentes para las que se obtuvo la cobertura de Software Assurance;
- Una Licencia de actualización para un Producto de sistema operativo de sobremesa, de forma independiente a la Licencia de sistema operativo de sobremesa subyacente o del sistema informático en el que el Producto se instaló por primera vez;
- Licencias de la versión completa de un sistema operativo de sobremesa, a menos que se transmitan con la venta del dispositivo para el que opera;
- Cualquier beneficio de Software Assurance o productos de servicios en línea; o
- Licencias para revender a terceros que no sean filiales.

(115) Al objeto de evitar la piratería o la copia ilegítima, MICROSOFT interactúa con los clientes, que le son conocidos, e incluso puede llegar a auditarlos en los casos de déficit de licencias o flagrante piratería (folio 877).

(116) MICROSOFT puede controlar el número de unidades de sistemas operativos que en última instancia están utilizando estos clientes, a través de dos maneras:

a) Auditorías

*Los contratos de licencias por volumen contienen cláusulas que permiten a MICROSOFT llevar a cabo una auditoría encargando a un auditor independiente que verifique si el número de unidades de software en uso se corresponde con el número de licencias contratadas. Esta auditoría también permite a MICROSOFT comprobar que todo el software utilizado es genuino (no falsificado).*

**b) La Gestión de Activos de Software ("SAM" por sus siglas en inglés)**

*Es un proceso establecido por la norma ISO 19770-1. Consiste en un conjunto de buenas prácticas para controlar y optimizar el uso del software en una organización. MICROSOFT proporciona herramientas y servicios de empresas asociadas para ayudar a sus clientes a identificar qué software está siendo efectivamente utilizado y qué software puede ser eliminado o reasignado. Muchos clientes deciden compartir los resultados de la revisión con MICROSOFT, para trabajar conjuntamente con el fin de subsanar cualquier déficit de licencias detectado."*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Normativa de aplicación**

#### *Sobre la legislación nacional*

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La conducta que la Dirección de Investigación imputa como infractora de la LDC se habría iniciado, al menos, en octubre de 2001, coincidiendo con el inicio de la comercialización del sistema operativo de Microsoft, Windows XP, estando por tanto en vigor la Ley 16/1989 y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Es doctrina de este Consejo que puesto que ambas normas tipifican de forma idéntica tanto las conductas del actual artículo 1 como del artículo 2, es indiferente en materia sustantiva la aplicación de una u otra. Por el momento de la incoación debe, en materia procedimental, aplicarse la Ley 15/2007, y solo si concurriesen elementos que convirtiesen a la Ley 16/1989 en norma más favorable a los incoados, y dado que la infracción empezó bajo la vigencia de dicha Ley, sería ésta la norma de aplicación sustantiva, lo que no concurre en este caso.

#### *Sobre la legislación comunitaria*

La DI entiende que las conductas de MICROSOFT investigadas en el presente expediente "son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario, lo que permitiría la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Se basa en que en el presente caso, la imposición por MICROSOFT de restricciones que impiden o dificultan la reventa de sus sistemas operativos en toda la Unión Europea, impidiendo o dificultando el desarrollo de mercados de reventa de los mismos, puede tener un impacto sobre el

comercio intracomunitario por su propia naturaleza, en la medida que limita que se produzcan intercambios de los sistemas operativos usados de MICROSOFT entre los distintos Estados miembros, y dificultan que las empresas revendedoras situadas en terceros países miembros, como Alemania, puedan implantarse en España para desarrollar la misma actividad. Asimismo, conviene tener en cuenta que MICROSOFT tiene una posición de dominio en el mercado de sistemas operativos para PC cliente, que se extiende a todo el mundo, incluida la Unión Europea y España.

Por todo ello, estima la Dirección de Investigación que se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados Miembros, y por lo tanto serían de aplicación los artículos 101 y 102 TFUE a los efectos del presente expediente. Esta valoración es compartida por el Consejo, que considera que, por las razones que la DI indica, se cumplen los criterios previstos en las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 y 102 del TFUE. .

## **SEGUNDO.- Objeto de la Resolución**

La Dirección de Investigación ha elevado a este Consejo un Informe con una Propuesta de Resolución de que los hechos acreditados sean calificados como una infracción de los artículo 1 y 2 LDC y 101 y 102 del TFUE, merecedora de una sanción tipificada en el art. 62.4) como muy grave, siendo responsables de las mismas las empresas imputadas en la propuesta.

Comienza la Dirección de Investigación por el análisis de los mercados afectados por la conducta analizada, concluyendo que *“A los efectos del presente expediente, dadas sus características específicas y falta de sustitutivos suficientemente cercanos, el mercado de comercialización de sistemas operativos para PC cliente constituye un mercado relevante diferenciado, cuyo ámbito geográfico sería mundial. Todo ello sin perjuicio de que se pueda considerar la potencial existencia de un mercado de producto específico de reventa de sistemas operativos para PC cliente, de dimensión nacional, que habría visto restringido su desarrollo por las políticas limitativas a la reventa desplegadas por MICROSOFT, entre otros factores.”*

Recuerda que el art. 2.1 de la LDC prohíbe el abuso de posición y que el 2.2 enumera las cinco conductas siguiente, de forma no exhaustiva: *“a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, y e) 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 dichos contratos”.* Y que Adicionalmente, el artículo 102 del TFUE establece que: *“[...] Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más*



*empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. [...]*".

Y realizada previamente la delimitación del mercado relevante, pasar después a determinar si MICROSOFT dispone de una posición de dominio en el mismo. Teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria, que define la posición de dominio como el *"poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores."*, se basa en que en el mercado relevante de sistemas operativos para PC cliente, de dimensión mundial, afectado por las conductas presentes, la Comisión Europea ya concluyó que MICROSOFT disponía de una posición de dominio en el mismo, y teniendo en cuenta que no se han modificado ni la estructura ni la dinámica competitiva del mismo de forma suficientemente significativa, no hay razones para alterar la conclusión alcanzada en el Caso C-3/37.792 MICROSOFT, por lo que concluye que MICROSOFT dispone de una posición de dominio en este mercado de sistemas operativos para PC cliente. Entiende que esta dominancia se mantiene porque *"los sistemas operativos de MICROSOFT para PC cliente siguen siendo el estándar del mercado, disfrutan de unas economías de escala y de red muy significativas, en un entorno de fuertes barreras a la entrada, y mantienen cuotas de mercado a nivel mundial cercanas al 80-90%, como se ha visto anteriormente en el apartado de estructura del mercado. Asimismo, sus principales competidores, Linux (RED HAT) y APPLE, tienen cuotas de mercado reducidas, inferiores al 10%, y no plantean una presión competitiva significativa sobre MICROSOFT, dado que para la mayoría de los consumidores finales no es una opción adquirir sistemas operativos distintos de los de MICROSOFT."*

El resultado de esta dominancia ha sido, a juicio de la Dirección de Investigación, *"una estabilidad significativa en las cuotas de mercado de MICROSOFT, a pesar de los cambios tecnológicos que se han producido en los últimos años, y en la capacidad de MICROSOFT para sacar periódicamente al mercado nuevas versiones de su sistema operativo, estableciendo las mismas como nuevo estándar del mercado."* Considera también que *"el mercado de sistemas operativos para PC cliente es un mercado con fuertes economías de red, porque el sistema operativo es el núcleo de un ecosistema de aplicaciones dirigidas al usuario final, que se deben adaptar al sistema operativo utilizado por el usuario para poder funcionar. Y que "En la medida que los sistemas operativos de MICROSOFT son el estándar del mercado tanto para los consumidores como para los desarrolladores de estas aplicaciones, MICROSOFT dispone de una ventaja competitiva significativa frente a los sistemas operativos de terceros competidores, en la medida que ninguno de ellos puede replicar el abanico de aplicaciones compatibles con su sistema operativo para PC cliente."* La política de MICROSOFT, *"al asegurar la "compatibilidad hacia atrás", garantiza que las versiones sucesivas de WINDOWS retengan la habilidad de ejecutar aplicaciones clave desarrolladas para versiones anteriores, evitando que las nuevas versiones de Windows que saca al mercado pongan en riesgo este ecosistema de aplicaciones compatibles."* lo que a juicio de la Dirección de Investigación *"genera un círculo virtuoso a favor de los sistemas operativos de MICROSOFT. Así, la utilidad global que*

*un consumidor obtiene de un sistema operativo PC cliente deriva en gran medida de las aplicaciones que puede usar y las que espera usar en el futuro. Además, los desarrolladores de software crean aplicaciones compatibles con aquellos sistemas operativos más populares entre sus clientes. Así, cuanto más popular sea un sistema operativo, mayor número de aplicaciones tendrá y esto implica que será más popular entre los usuarios. “*

*Y considera que “El grado de omnipresencia de MICROSOFT en el mercado de sistemas operativos para PC cliente alcanza el punto en el que la casi totalidad de las aplicaciones comerciales desarrolladas para PC cliente son compatibles con la plataforma de Windows.” por lo que “A pesar de ser técnicamente posible, sería extremadamente difícil, arriesgado y caro desarrollar un sistema operativo para PC cliente sin aplicaciones a priori diseñadas para ella, ya que los usuarios no comprarían un sistema operativo sin un amplio abanico de aplicaciones disponibles probadas y utilizadas por otros usuarios. Por todo ello, para que un sistema operativo nuevo pueda penetrar y crecer en el mercado de sistemas operativos PC cliente sería necesario que ese producto sea capaz de sostener una masa crítica de aplicaciones diseñadas para Windows o una masa comparable de aplicaciones ya escritas para la plataforma nueva.” Todo esto hace que el desarrollo de un sistema operativo compatible con las aplicaciones suficientes para su expansión tenga unos “costes hundidos en tiempo y dinero muy significativos.” De hecho de solo dos sistemas operativos para PC cliente han conseguido entrar y mantenerse en el mercado, como los de APPLE y Linux, que van dirigidos a nichos específicos consumidores, cuyas específicas características según la Dirección de Investigación “no generan una presión competitiva significativa sobre MICROSOFT, que ha podido seguir actuando en el mercado con una significativa independencia de comportamiento, tanto a la hora de sacar nuevas versiones de su sistema operativo como a la hora de configurar las políticas de comercialización del mismo.”*

*Y tampoco aprecian que la independencia de comportamiento pueda ser “contrarrestada por los OEM, para los que es imprescindible contar con los sistemas operativos de MICROSOFT a la hora de comercializar sus productos, lo que les induce a aceptar las restricciones establecidas por MICROSOFT en relación con la venta empaquetada del PC cliente + sistema operativo, así como las restricciones a la reventa. Por otra parte, para la mayor parte de los usuarios, la única alternativa viable son los sistemas operativos de MICROSOFT, dado el ecosistema de aplicaciones de las que disponen.”*

*Todo este conjunto de hechos le lleva a concluir que “MICROSOFT dispone de una posición dominante en el mercado de sistemas operativos para PC cliente a nivel mundial a los efectos de los artículos de la 2 LDC y 102 del TFUE.” Y que si bien “la posición dominante de MICROSOFT en el mercado de sistemas operativos para PC cliente se ha mantenido en el tiempo al menos desde 1996 hasta la actualidad” en este concreto expediente la conducta se analiza desde el lanzamiento del sistema operativo Windows XP, en octubre de 2001.*

*A la hora de entrar a enjuiciar la conducta, esto es, las restricciones que MICROSOFT impone en sus licencias para la forma en que estas pueden ser utilizadas y revendidas, la Dirección de Investigación parte de que la CNC no es competente para aplicar la*

normativa de propiedad intelectual, y por tanto no entra en la discusión entre denunciante y denunciado sobre si se produce o no el agotamiento del derecho de distribución de las copias de programas informáticos y, por lo tanto, si la normativa de propiedad intelectual obliga o no a MICROSOFT a permitir la reventa de las copias de sus sistemas operativos para PC cliente. Sus conclusiones las basa en que en todo caso *“en la medida que es evidente que la normativa de propiedad intelectual no obliga a MICROSOFT a prohibir la reventa de sus sistemas operativos para PC cliente, en el presente expediente se va a analizar si dada la posición de MICROSOFT en el mercado de comercialización de sistemas operativos para PC cliente, las limitaciones o prohibiciones absolutas a la reventa de estos sistemas operativos establecidas por MICROSOFT pueden ser incompatibles con la normativa de competencia, en la medida que impiden el desarrollo de un mercado de reventa de sistemas operativos para PC cliente en España y refuerzan la posición de MICROSOFT en la comercialización de sus sistemas operativos.”*

Establecida la posición de dominio de MICROSOFT y dejando al margen las cuestiones relacionadas con el cumplimiento o no de la normativa de propiedad intelectual, la Dirección de Investigación analiza los efectos que generan las restricciones impuestas por MICROSOFT en cada uno de los distintos canales en los que comercializa su sistema operativo.

#### Canal FPP o canal minorista

Cuando un consumidor adquiere un sistema operativo de MICROSOFT, bien mediante su página web, o bien mediante un distribuidor que los comercializa como un producto individualizado, generalmente usando un soporte electrónico acompañado de documentación impresa, MICROSOFT establece cierta limitación a la forma en la que el consumidor podrá realizar la reventa de este producto una vez que no desee seguir haciendo uso del mismo. Se podrá realizar una única reventa del producto, siempre que el propietario inicial elimine de su PC cliente el sistema operativo, y que transfiera al nuevo comprador los soportes físicos y la documentación relevante (es decir, el certificado de autenticidad, la clave de producto y el comprobante de compra).

La Dirección de Investigación no encuentra justificación a esta evidente restricción impuesta por MICROSOFT, en la medida que no sirve por sí misma para prevenir, como alegan, la piratería de forma significativa, dado que su fabricante no ha establecido ningún mecanismo específico que permita controlar que se cumplen las condiciones de la primera reventa, sin que exista una justificación adecuada de por qué no es desproporcionada la prohibición de ulteriores reventas.

Y entiende que *“esta limitación a una única reventa tiene un efecto directo sobre el desarrollo de un mercado de reventa de sistemas operativos de MICROSOFT en España, en la medida que un operador que desee actuar como revendedor de sistemas operativos de MICROSOFT, podría adquirir de forma legal copias de sistemas operativos de MICROSOFT comercializadas a través del canal FPP, pero nunca podría venderlas conforme a las condiciones de licencia, previniendo que pueda actuar sin temor a las represalias y acciones legales de MICROSOFT.”* No obstante, la Dirección de Investigación tiene en cuenta que a la hora de valorar el efecto de esta restricción en el canal FPP sobre el desarrollo de un mercado de reventa de sistemas operativos

de PC cliente, el peso de este canal como fuente de comercialización primaria de sistemas operativos es relativamente reducido en comparación con otros canales, según los datos que constan en el expediente.

### Canal OEM

Las restricciones que impone MICROSOFT en este canal son mayores que las impuestas en el canal FFP, ya que impide de forma absoluta (en el caso de los OEM) o en casi todos los casos (OEM System Builders), que estos operadores comercialicen de forma separada el sistema operativo que les proporciona MICROSOFT del hardware que venden.

Esta restricción conlleva, a juicio de la Dirección de Investigación que (i) los consumidores finales no tengan acceso a otro canal alternativo al FFP, que es además el principal canal de comercialización de sistemas operativos, restringiéndose así la competencia intramarca, ya que el consumidor final no puede comparar el precio de adquirir el producto en el canal FFP y el precio de ese mismo sistema operativo si lo adquiere en el canal OEM. Considera que impide al consumidor adquirir productos equivalentes en uno y otro canal. No encuentra justificación objetiva a tal restricción, puesto que en Alemania los OEM System Builders en España, si podrían vender de forma separada su sistema operativo. Y (ii) que los consumidores finales no puedan revender de forma separada su sistema operativo cuando éste ha sido adquirido junto a un ordenador. Esa restricción se la imponen los OEM, pero por exigencia de MICROSOFT. La consecuencia es que esta doble restricción *“genera un efecto indirecto que previene el desarrollo de un mercado de reventa de sistemas operativos de PC cliente, dado que la principal fuente de comercialización de sistemas operativos en España queda excluida como fuente de aprovisionamiento de los potenciales revendedores, en la medida que todos los sistemas operativos vendidos a través de este canal están ligados a un hardware concreto, que por su carácter usado y la incertidumbre de su estado de conservación, son mucho menos atractivos para potenciales adquirentes de sistemas operativos revendidos que quieran utilizarlo en un hardware nuevo.*

### Canal licencias por volumen

Existen múltiples modalidades de licencia en este canal, adaptadas a las necesidades del cliente, pero en todas ellas MICROSOFT establece restricciones casi absolutas a la reventa a terceros de las licencias de actualización por volumen de los sistemas operativos para PC cliente, incluso en los casos en los que la licencia tiene una duración indefinida o da un derecho de actualización perpetuo. Ninguna de las modalidades incluye la opción real de adquirir a precios razonables una licencia por volumen que permita la reventa a terceros, fundamentalmente a potenciales operadores revendedores. La consecuencia, a juicio de la Dirección de Investigación es (i) que no les permite a las empresas *“rentabilizar la licencia por volumen del sistema operativo para PC cliente de MICROSOFT cuando toman la decisión de adquirir una nueva versión del sistema operativo de MICROSOFT (cuando no está cubierta por la licencia por volumen) o utilizar un sistema operativo de un tercer operador.”* Y (ii) que se *“impide el desarrollo de un mercado de reventa que pueda entrar en competencia con la comercialización primaria de sus sistemas operativos realizada por MICROSOFT*

*a través de las licencias por volumen dirigidas a empresas.” Y la “Dirección de Investigación estima que estas restricciones a la reventa casi absolutas no tienen una justificación objetiva, porque existen mecanismos menos restrictivos de la competencia que permiten salvaguardar los intereses de MICROSOFT en la lucha contra la piratería.”*

*De todo lo anterior concluye que “MICROSOFT está restringiendo la competencia intramarca que pueden ejercer entre sí los distintos canales de comercialización de los sistemas operativos de MICROSOFT, y está limitando el desarrollo de un mercado de reventa de sus sistemas operativos que pueda ejercer una presión competitiva sobre el mercado de comercialización primaria de dichos sistemas operativos para PC cliente, sin que esta Dirección de Investigación considere que hay una justificación objetiva para esta conducta.” Y añade que “Por ello, MICROSOFT podría haber infringido los artículos 2 LDC y 102 TFUE, abusando de su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos para PC cliente, al menos en lo que respecta a España, al limitar de forma injustificada la distribución de sus sistemas operativos para PC cliente, causando un perjuicio a los consumidores.”*

*Tras recordar las prohibiciones del artículo 1 LDC y 101 TFUE, la Dirección de Investigación valora que “Parte de las conductas que han sido consideradas como constitutivas de un posible abuso de posición en el apartado anterior, también pueden ser objeto de análisis bajo la óptica de los artículos 1 de la LDC y 101 TFUE.” En concreto valora que podrían ser una infracción de estos preceptos “las restricciones a la reventa y a la comercialización separada del sistema operativo introducidas por MICROSOFT en los canales OEM y de licencia por volumen” dado que las mismas “tienen lugar en el marco de acuerdos verticales entre operadores económicos, concretamente, entre MICROSOFT por una parte, y los OEM y los clientes empresariales, por otra.” No obstante, dado que “las restricciones analizadas sólo benefician a MICROSOFT y han sido establecidas a instancias de este operador, los posibles efectos restrictivos de dichos acuerdos analizados en el marco del presente expediente sólo serían responsabilidad de MICROSOFT”.*

*Destaca la Dirección de Investigación que “A la hora de valorar el posible efecto sobre la competencia de estas restricciones se debe tener en cuenta que el canal OEM es la principal vía de distribución de sistemas operativos de MICROSOFT en España, a gran distancia del resto.” Y añade que “En lo que respecta a los acuerdos de MICROSOFT con clientes empresariales a través de las licencias por volumen, hay que tener en cuenta que en todos las modalidades de estos acuerdos de licencia, MICROSOFT restringe de forma casi absoluta la capacidad de reventa de la licencia por volumen a terceros, sin dar la opción real a los clientes empresariales de adquirir a un precio razonable licencias por volumen de sistemas operativos para PC cliente que permitan la reventa.”*

*Y por último valora que si bien “Estas restricciones en los acuerdos verticales de MICROSOFT con OEM y clientes empresariales podrían estar exentas conforme al artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE” no concurren las circunstancias para ello, dichas restricciones, por todo lo anteriormente expuesto, no son las adecuadas y proporcionadas para luchar contra la piratería de los sistemas operativos, y si llevan a una eliminación de la competencia.*

Tras analizar las alegaciones de Microsoft al PCH, la DI entiende que éstas no refutan las imputaciones realizadas en el mismo, y en concreto, respecto a los aspectos anticompetitivos destacados en el PCH, como es la reducción de la competencia intramarca, MICROSOFT no menciona el efecto positivo que tendría sobre esta la existencia de un mercado secundario de licencias de sistemas operativos para PC cliente. En particular, el desarrollo de este mercado secundario generaría competencia sobre el mercado primario, puesto que el mismo cubriría parte de la demanda del mercado primario y parte de la demanda que actualmente utiliza copias piratas, limitándose a alegar que ya existe una amplia competencia intramarca por las múltiples versiones y canales de distribución así como que las licencias tienen duración indefinida. Y ello no contradice la conclusión de la DI respecto a que ya se “ha puesto de manifiesto en la presente propuesta de resolución que esta competencia entre los distintos canales de distribución es limitada, como consecuencia de las restricciones y las políticas comerciales mayoristas aplicadas por MICROSOFT a cada canal de distribución.”

También destaca la PR *“que MICROSOFT haya dejado de comercializar en el mercado primario Windows XP, a pesar de que sigue teniendo un nivel de uso bastante elevado, evidencia que parte de los sistemas operativos de MICROSOFT ya no son accesibles a través del mercado primario a pesar de tener una demanda potencial significativa.”* Y que *“El hecho de que MICROSOFT permita la reventa de sistemas operativos ligadas al hardware usado en el que fue instalado no palia lo anterior, en la medida que la velocidad de obsolescencia del hardware es más elevada que la de los sistemas operativos para PC cliente, y puesto que una parte significativa de la demanda desearía actualizar el hardware sin necesidad de comprar la versión más moderna de los sistemas operativos de MICROSOFT, por ejemplo, manteniendo Windows XP’.* La DI valora que el cambio en el sistema de comercialización, que MICROSOFT alega que es un cambio profundo en su modelo de negocio y que no incrementaría la competencia intramarca, no vendría provocado por la CNC sino que ya vendría forzado por la jurisprudencia comunitaria, y que a juzgar por la evolución del mercado secundario de videojuegos, este cambio no implica que la eliminación de las restricciones a la reventa vaya a obligar a revisar el sistema de licencias indefinidas.

Respecto a la lucha contra la piratería, la DI ya ha justificado que las restricciones a la transmisión, tal como las aplica MICROSOFT, son desproporcionadas, en la medida que no son aptas por sí mismas para conseguir el fin perseguido, y que puede haber otras alternativas menos restrictivas de la competencia. Y, *“Sin perjuicio de lo anterior, a través de los certificados de autenticidad, las claves de activación, los procesos de validación, las actualizaciones periódicas, etc., MICROSOFT dispone de mecanismos para detectar actos de piratería organizada y prevenirlos. En este sentido, resulta poco creíble que con los sistemas de actualización de sus sistemas operativos para PC cliente de los que actualmente dispone MICROSOFT, no le sea viable establecer una base de datos o un registro automático de transmisión de licencias, que además no necesariamente tiene que incluir a todas las licencias de sistemas operativos para PC cliente que venda MICROSOFT, pues una parte significativa de las mismas no se revenderá.”*

Por todo lo expuesto, la Propuesta de Resolución elevada al Consejo se expresa en los términos siguientes:

PRIMERO. Que se declare la existencia de una infracción única y continuada por parte de MICROSOFT IBÉRICA, S.R.L.U. y MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED:

- i) por conductas prohibidas en los artículos 2 LDC y 102 TFUE, consistentes en impedir o limitar de forma injustificada y desproporcionada la reventa de sus sistemas operativos para PC cliente comercializados en los canales de venta FPP y por volumen, así como en limitar o prohibir de forma injustificada y desproporcionada la comercialización separada del sistema operativo para PC cliente en el canal OEM, además de prohibir de forma injustificada y desproporcionada la posterior reventa separada del sistema operativo comercializado por este canal.
- ii) por conductas prohibidas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE, derivadas de los acuerdos de MICROSOFT con OEM y con clientes empresariales en el canal de venta por volumen, en la medida que contienen cláusulas que limitan o prohíben de forma injustificada y desproporcionada la comercialización separada del sistema operativo para PC cliente y su posterior reventa separada del hardware (en el caso de los acuerdos con los OEM), o prohíben de forma injustificada y desproporcionada la reventa de las licencias (en los acuerdos con clientes empresariales en el canal de venta por volumen).

SEGUNDO. Que se declare responsables solidarios de dicha infracción a MICROSOFT IBÉRICA, S.R.L.U. y MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED.

TERCERO. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.

CUARTO. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

QUINTO. Que se intime a MICROSOFT para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

SEXTO. Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes.

### **TERCERO.- Alegaciones de las partes**

Tras definir exhaustivamente cada uno de los cuatro tipos de distribución de los sistemas operativos Windows (OEM, OEM-SB, Volumen y FPP), MICROSOFT concentra sus alegaciones a la PR en que las imputaciones que hace la misma son producto de (i) Una errónea interpretación del modelo de distribución del sistema operativo para PC clientes de MICROSOFT; (ii) que los derechos de Propiedad Intelectual de MICROSOFT no se han agotado con la concesión de las licencias OEM o por volumen; (iii) que las restricciones incluidas en las licencias son compatibles con

las normas de competencia; y (iv) que suprimir las restricciones actuales aumenta el riesgo de piratería y de uso no autorizado.

Respecto a que los derechos de propiedad intelectual de Microsoft no han sido agotados por sus licencias OEM, *System Builder* o por volumen, mantiene que (a) la sentencia en el asunto *UsedSoft* no implica el agotamiento de los derechos de Microsoft; y (b) que si bien los derechos de Microsoft pueden haberse agotado en las licencias FPP, no sucede lo mismo en los derechos concedidos en las licencias *OEM/System Builder* de Microsoft, ni en las licencias por volumen de Microsoft.

En cuanto a que las limitaciones incorporadas por Microsoft en sus licencias son compatibles con la normativa de defensa de la competencia, argumenta que (a) la gestión de los canales que lleva a cabo Microsoft no es restrictiva de la competencia, al margen de que se hayan producido o no el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, y ello porque no afectan a la competencia de forma que se produzcan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos. Parte Microsoft de la diferencia que hay entre los OEM y los OEM –BS, que son mayoristas, y los minoristas, e invoca la sentencia del TJUE *Metri* (I), en la que se aceptan las restricciones que se pueden poner a un mayorista para evitar las ventajas competitivas injustificadas que tendría contra el minorista, concluyendo que distorsionaría la competencia que los mayoristas compitieran con los minoristas en pie de igualdad. En este caso los OEM pagan royalties más bajos en contraprestación a los servicios pre y post venta, servicios que no ofrecen los FPP. Los servicios que prestan no lo hacen en calidad de minoristas, sino de OEM. Los OEM que lo desean realizan ventas minoristas de Windows, previa firma de un contrato de distribución. Los distribuidores minoristas y los OEM se encuentran en posiciones desiguales por lo que no tienen por qué tener el mismo precio. Tienen obligaciones y costes distintos. (b) Los distintos canales ofrecen al consumidor una amplia variedad de opciones. (Citan SAN de 5/02/2009 rec 20/2005 y RCNC de 19 de mayo de 2008, Expte.r722/07, *Video Clubs de Cataluña*). Y la diferenciación de canales de Microsoft responde a la lógica económica. En el caso de *Videos Clubs* la CNC no encontró anticompétitivo que los *Video Clubs* no permitiesen el alquiler de copias que habían sido distribuidas para su venta, no para su alquiler, entendiendo que es el consumidor el que arbitra entre canales, eligiendo lo que mejor satisface sus necesidades, al igual que ocurre en este caso. Y (c) No concurren circunstancias excepcionales que justifiquen que se obligue a Microsoft a crear competencia intratecnología en relación con Windows.

Alegan que el test que debe aplicarse para analizar la compatibilidad de la conducta con las normas de competencia requiere (i) que la licencia sea indispensable para que aparezca un nuevo producto en un mercado relacionado y con demanda potencial; (ii) que en ausencia de la licencia la competencia en el mercado relacionado quede excluida; y (iii) que no haya justificación objetiva (*Doctrina Magill*). Consideran que permitir a los OEMs y a clientes de Licencia por Volumen, vender copias sueltas del sistema Windows no crea un nuevo producto en un mercado relacionado, solo creará un nuevo canal en competencia con los FPP y con Microsoft, y en ese sentido el TJUE ya ha dicho que no hay abuso cuando no hay creación de nuevos productos con demanda potencial de los consumidores.



Las limitaciones incorporadas por Microsoft en sus licencias son restricciones procompetitivas en materia de transferencia de tecnología. Alegan que los acuerdos concluidos por Microsoft son licencias de propiedad intelectual cubiertas por las directrices sobre transferencia tecnológicas. Y que (i) las restricciones establecidas por Microsoft en las licencias OEM y *System Builder*, en las licencias por volumen y en las licencias FPP son compatibles con los artículos 101 y 102 TFUE. Y ello porque las restricciones están justificadas objetivamente en el sentido del 101.3 y 102 por su papel contra la piratería. Por el contrario, obligar a Microsoft a eliminar las limitaciones contenidas en sus licencias incrementaría el riesgo de piratería y de uso no autorizado y además Microsoft no dispone de otros mecanismos alternativos para detectar y luchar contra la piratería en el caso de las licencias OEM, en el caso de las licencias *System Builder*; en el caso de las licencias por volumen, ni en el caso de las licencias FPP.

Y el informe de consultoría económica que adjuntan a las alegaciones tiene por objeto analizar, desde la óptica económica, si las conclusiones de la DI están fundamentadas en evidencia económica sólida, para lo cual presentan un análisis sobre el (i) Impacto de las restricciones de las licencias sobre la competencia intra-marca en el mercado primario; (ii) el impacto de las restricciones de las licencias sobre el posible desarrollo de un mercado secundario; y (iii) los posibles efectos sobre el bienestar derivados de eliminar tales restricciones.

Con respecto a la afectación de la competencia en el mercado de los sistemas operativos, concluyen en su estudio que no existe evidencia alguna de que las restricciones cuestionadas limiten la competencia intra-marca. Por el contrario, según la encuesta realizada todos los tipos de licencias de Windows se distribuyen a través de un gran número de distribuidores y revendedores, no hay barreras a la entrada en distribución y reventa, y Microsoft no limita la capacidad de distribuidores y revendedores de establecer sus propios precios, ni ha restringido la competencia entre distribuidores y revendedores de ninguna forma (es decir, no ha restringido la competencia intra-marca). Según los datos aportados, en España operan más de 16 OEM, y las cuotas de cada uno de ellos varían significativamente en el periodo estudiado, lo que debe ser interpretado como un indicio de un nivel de competencia entre ellos significativo. La comparación de precios entre estos OEM revela también una variabilidad propia de una activa competencia en precios, a la vez que revela también una caída en precios reales y nominales, lo que junto a un mayor nivel de prestaciones se traduce en una mayor caída de los precios reales. Los datos aportados por MICROSOFT en cuanto a las licencias System Builders, licencias por Grandes Volúmenes (VL) y FPP, revelarían que en España operan unos 21 LAR (son revendedores de grandes cuentas, aquellos que distribuyen VL por acuerdos con grandes empresas, universidades, colegios, etc, ) y otros 6 “Distis” (vendedores al por mayor que distribuyen licencias FPP a minoristas, licencias OEM a System Builders y licencias por volumen a revendedores que a su vez las venden a pequeñas y medianas empresas) que suministran a entre 1000 y 1900 revendedores cada uno de ellos (en total habría unos 6.400 revendedores).

La ausencia de barreras de entrada a la distribución lo revela el gran número de distribuidores que existen, y la ausencia de requisitos específicos para ser distribuidor de FPP, ser LAR o ser un “Distis”. Es habitual que un mismo distribuidor ofrezca todos

los tipos de licencias, como ocurre con los tres mayores “Distis en España”, GTI, Ingram y Techdat. También algunos OEM como Dell distribuyen licencias separadas y no preinstaladas en sus ordenadores a través de su web. Y MICROSOFT no limita la capacidad de los distribuidores de establecer sus precios al por menor, tal y como demostraría los resultados de la encuesta realizada y de otros estudios llevados a cabo a solicitud de MICROSOFT con objeto de refutar las imputaciones realizadas en este expediente.

En resumen, Microsoft delimita tres productos diferentes y los distribuye tan ampliamente como le es posible, y de materializarse las conclusiones contenidas en la PR éstas tendrían, según las alegaciones, el efecto de restringir la capacidad de Microsoft de diseñar sus propios productos, sin que sea probable que ello aumente el número de OEM, Distis o LAR. Y eliminar estas restricciones de las licencias OEM no tendría un efecto relevante sobre la competencia intra-marca dado que los OEM ya cuentan con la posibilidad de vender licencias de Windows separadas de los PCs a través de las licencias FPP (Fully Packaged Product), y, de hecho, algunos (como Dell) ya lo hacen.

Y que en todo caso, la intervención que la PR propone podría disminuir el bienestar ya que (a) los revendedores de licencias FPP podrían ser expulsados del mercado, puesto que las condiciones de distribución que ellos obtienen no podrían competir con las condiciones que obtienen los OEM, si estos mantienen y aplican esas condiciones que fueron diseñadas para ser distribuidas no en competencia con las FPP, sino en competencia con otros OEM, dicha expulsión finalmente reduciría las posibilidades de elección para los consumidores, y eventualmente la salida de los FPP del mercado permitiría a estos OEM aumentar los precios de esas licencias, y (b) Microsoft podría reducir los descuentos que otorga a los OEM por la preinstalación, ya que los beneficios que se derivan de la preinstalación disminuirían, de modo que los precios mayoristas aumentarían. Como la PR afirma, los precios de las licencias OEM al por mayor, son inferiores a los precios al por mayor de la FPP en el sistema actual, pero si los OEM dejan de prestar el servicio de preinstalación, MICROSOFT no encontraría justificado el seguir financiando un servicio que ya no prestan, la preinstalación.

Las restricciones que impiden a los fabricantes OEM distribuir las licencias OEM por separado del hardware aumentan el bienestar. Son muy frecuentes en la industria del software y las emplean empresas que no disfrutan de poder de mercado, lo que sugiere que su uso es eficiente. De hecho, señala MICROSOFT que la Comunicación de la Comisión Europea, 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, en su párrafo 51 establece *"pruebas que indiquen que las empresas con poco poder de mercado, especialmente en mercados competitivos, tienden a no vincular o vender por paquetes estos productos"* son relevantes a efectos de establecer la existencia de un abuso en el contexto de la vinculación y la venta por paquetes. En concreto, estas restricciones son necesarias para asegurar la eficacia de los descuentos que los fabricantes OEM reciben para incentivar el desarrollo de sus productos y las actividades de prueba, verificación, integración y marketing que llevan a cabo y que, de forma indirecta, benefician a Microsoft y a los consumidores.

Y en cuanto al posible desarrollo de un mercado de segunda mano alegan que primero, y más importante, la naturaleza del producto y sus patrones de uso, limitan significativamente el potencial desarrollo de un mercado legal de segunda mano de Windows. Existen muchos motivos, incluyendo posibles problemas de calidad e información asimétrica, que explican por qué es probable que la demanda de versiones usadas de Windows sea limitada.

Además, los usuarios de Windows hacen uso del sistema operativo durante un largo periodo de tiempo, ya que éste proporciona servicios clave para la utilización de aplicaciones de software y hardware. En su mayoría, estos usuarios sólo estarán dispuestos a vender una versión usada cuando tengan un producto sustitutivo y es poco probable que quieran actualizar su sistema operativo muy a menudo. Adicionalmente, es poco probable que se produzca una coincidencia entre demanda y oferta. La PR no proporciona ninguna prueba relevante para el caso que nos ocupa que apoye se conclusión de que existe una demanda potencial de Windows de segunda mano. En concreto, la analogía con los videojuegos en la que se apoya la PR es errónea, ya que el ciclo de uso de los videojuegos no es comparable al de los sistemas operativos.

El sistema de videojuegos, según Microsoft, no es comparable, pues estos o bien se distribuyen en un medio físico separado, con lo cual estos no pueden ser usados si no es con los discos, o se envían digitalmente a una consola de la que no se pueden transferir, y por tanto no se puede revender. Esto limita el riesgo de que el primer propietario y el adquirente en el mercado de segunda mano puedan usar simultáneamente el mismo software, es decir, se limita la ilegalidad de la venta y por tanto se potencia su demanda legal. Además, aunque se trata de productos técnicamente duraderos, el interés de los usuarios por ellos limita considerablemente su vida útil, convirtiéndolos en productos cuasiperecederos. El desinterés del propietario inicial del videojuego reduce su incentivo a permanecer con la copia original por lo que ésta es la que se pone a disposición del mercado de segunda mano, y al ser productos de calidad se potencia el propio mercado de segunda mano. Según MICROSOFT este ciclo de vida tan corto es lo que incentiva a los consumidores de menor poder adquisitivo a esperar para adquirir, en pocos meses, una copia original de calidad, y por tanto sostiene un mercado de segunda mano. Por el contrario los sistemas operativos no se usan como los videojuegos ni tienen una obsolescencia tan alta. Y en todo caso, incluso la existencia de un mercado de segunda mano de videojuegos podría no garantizar que el mismo aumentase el bienestar total, sino que de hecho perjudica a algunos de los consumidores, como sugiere cierta literatura económica (Shiller, 2012).

Tampoco comparten que la probada piratería en este campo sea un indicador de que podría existir un mercado de segunda mano, ni tampoco la PR lo sustenta, ni existe evidencia de que en presencia de estos mercados se reduzcan los niveles de piratería. Alegan que existen mercados de segunda mano en la industria de la música y del cine y sin embargo persisten elevados niveles de piratería.

En cuanto a la elevada tasa de uso del Windows XP, a pesar de que ya no se distribuya, ello no necesariamente implica la demanda potencial de segunda mano que

la PR pretende, sino que dicho sistema estuvo en distribución 10 años y tiene una baja obsolescencia.

En segundo lugar alegan que incluso si surgiera un mercado de segunda mano, *quod non*, su impacto sobre la competencia sería irrelevante porque, por las razones que explicamos con anterioridad, (i) el mercado de segunda mano tendría un tamaño limitado y (ii) la competencia entre los intermediarios elevaría los precios del mercado de segunda mano acercándolos a los precios del mercado primario. Además, si se desarrollara un mercado de segunda mano significativo, la única conclusión robusta que se puede extraer con respecto a sus efectos es que la disposición a pagar por Windows en el mercado primario aumentaría como consecuencia del aumento del valor residual de las licencias nuevas y que los precios en el mercado primario aumentarían.

Alega MICROSOFT también que la demanda de segunda mano, de existir, tendría un alcance limitado, salvo quizás en el caso de las licencias VL, ya que dada la larga obsolescencia de los sistemas operativos, mucho mayor que los hardware, los propietarios de esos sistemas operativos solo tendrán incentivos a venderlos cuando tengan acceso a versiones más modernas, mientras que la demanda de Sistemas operativos para instalar en hardware nuevo estará formada principalmente por demanda de actualizaciones. No es previsible pues una coincidencia suficiente entre demanda y oferta como para esperar el desarrollo de un mercado de segunda mano de identidad.

Y en tercer lugar, la eliminación de las restricciones cuestionadas probablemente fomentaría la piratería. En la medida en que efectivamente se desarrollase un mercado de segunda mano, su existencia aumentaría la rentabilidad de la piratería sin aumentar su coste marginal. Los piratas tendrían la capacidad de descargar sus copias en el mercado de segunda mano con costes de transacción mínimos.

En conclusión, las restricciones a la transmisión de licencias OEM por separado del hardware y las limitaciones a la transferencia no restringen la competencia, tienen una justificación objetiva y benefician a los consumidores finales.

#### **CUARTO.- Sobre la calificación de la conducta.**

La conducta analizada y que la Dirección de Investigación juzga como contraria a las normas de competencia en el presente expediente se centra en el modelo de comercialización de los sistemas operativos de MICROSOFT. Se valoran por la DI como contrarias a la normativa de competencia las características y condiciones bajo las que MICROSOFT viene distribuyendo en España sus sistemas operativos para PC, tanto de uso personal como empresarial. Esas características, en concreto las limitaciones que MICROSOFT impone sobre cómo comercializar las versiones originales de sus sistemas operativos en el mercado “primario” o de primera mano y sobre la reventa de sistemas operativos ya usados en el mercado “secundario” o de segunda mano, supondrían una restricción a la competencia en el mercado primario, reduciendo la competencia intramarca, y una restricción a la competencia en el mercado secundario al obstaculizar el desarrollo del mismo.

Este modelo de distribución, diseñado por MICROSOFT comprende básicamente tres canales de comercialización de sus sistemas operativos, admitiendo el denominado

OEM una variante que puede suponer de hecho un cuarto canal de comercialización, el OEM-System Builder, tal y como consta su descripción en los Hechos Acreditados de la presente resolución. La cuantía de los sistemas operativos distribuidos por cada uno de estos canales, su peso en el total del mercado, y los agentes implicados en cada sistema presentan características estructurales específicas de cada canal, siendo claramente el canal OEM la vía principal de distribución para MICROSOFT, representado en 2011 el 87.2 % de sus ingresos por la venta de sistema operativos para PCs.

El consumidor o usuario final de un ordenador personal con sistema operativo de Microsoft, los Windows, puede adquirir el sistema operativo como un producto completo e independiente, corriendo por su cuenta y riesgo la instalación del mismo en el hardware soporte, es decir, en el ordenador personal o PC, haciendo para ello uso del canal denominado FPP. En este caso los formatos en los que el consumidor puede acceder al sistema operativo son básicamente dos: (i) mediante un soporte físico, adquiriendo un paquete que incluye el sistema operativo en un soporte electrónico, y la documentación que acredita la autenticidad del producto y los términos en los que MICROSOFT permite su uso y su reventa; y (ii) mediante una descarga del sistema operativo a través de internet y desde la página web de MICROSOFT. Si opta por la adquisición física del paquete las opciones del consumidor son acudir de forma presencial, o mediante compras on-line, a los distribuidores autorizados por MICROSOFT, como son grandes cadenas de distribución generalistas o especializadas, tiendas minoristas, u oferentes on-line. Este producto tiene un precio determinado, y la relación final se establece entre consumidor y Microsoft, pues es éste quien deberá asistir al consumidor final si este así lo requiere durante el proceso de instalar el sistema operativo adquirido en el hardware correspondiente. Microsoft tiene habilitado éste servicio, bien mediante consulta telefónica, bien mediante contacto on-line. Según los datos del cuadro 3 el ingreso medio que Microsoft obtendría por la venta en el canal FPP y el System Builder sería de [CONF] por unidad, y el precio final de venta al público, según datos aportados por Microsoft en sus alegaciones variaría para la versión Home Premiun entre los 144,15 (se entiende en €) de adquirirlo online y los 225,99 € (folio 1708). El producto así adquirido puede ser revendido por el comprador inicial pero una sola vez, eliminado a su vez la copia del sistema operativo que tuviera instalada y que es objeto de la venta. El número de distribuidores que operan en España es significativo, y el rango de precios finales a los que se venden dichos productos es, como se acaba de detallar según los informes aportados por MICROSOFT en sus alegaciones, amplio.

El consumidor final puede optar por adquirir un ordenador en el que está integrado el sistema operativo distribuido por MICROSOFT. Es el canal denominado OEM, donde Microsoft establece acuerdos de licencia con los fabricantes de ordenadores personales en virtud de los cuales éstos disponen de una copia madre del sistema operativo que van instalando en sus ordenadores con la condición, impuesta en los acuerdos de licencia, que ambos productos, ordenador y sistema operativo, se comercializan conjunta e indisolublemente. El ingreso medio para Microsoft derivado de la tabla 3 es de [CONF] por unidad (HP 92). En las condiciones de la venta al cliente final se incluye la condición de que se puede revender el producto integrado, pero no

sus partes por separado. El pago que el OEM realizará a MICROSOFT dependerá del número de sistemas operativos que finalmente haya instalado en cada periodo de liquidación. Este sistema de distribuidor es el que se aplica a aquellos fabricantes de ordenadores que comercializan un elevado número de unidades anualmente, por encima de 5.000 unidades del sistema operativo instaladas el año anterior. En esta opción es el OEM quien se encarga de la instalación, de forma que el usuario final al adquirir el producto integrado, hardware y software, no debe realizar ninguna acción que implique la toma de contacto con los servicios de apoyo que Microsoft tiene habilitados para el caso de los usuarios que adquieren el sistema operativo de forma independiente, es decir, por el canal FPP.

Para el caso de aquellos fabricantes de equipos que comercializan un menor volumen de PC cliente, existe otra vía para adquirir e instalar los sistemas operativos de Microsoft que implica su adquisición no directamente del fabricante sino a través de mayoristas, son los denominados System Builder o OEM-SB. El paquete que este operador adquiere de un mayorista determina, por las condiciones que Microsoft establece en esta vía, un acuerdo entre Microsoft y el System Builder que implica que éste último debe instalar el sistema operativo en el PC cliente y venderlo como un producto integrado. A efectos de la comercialización a un cliente final, las obligaciones de comercialización conjunta y de forma indisoluble entre el equipo y el sistema operativo, afectan igual a un OEM que a un OEM-SB, al menos en España, y a efectos de quien lo adquiere tampoco hay diferencias entre un PC vendido por un OEM o por un OEM-SB, pues las restricciones sobre la separación del software y el hardware con objeto de comercializarlos de forma separada, son las mismas. Microsoft no permite la extracción del sistema operativo previamente instalado por un OEM, y que ha sido vendido como un producto integrado, para ser posteriormente revendido de forma independiente.

Y por último, aquellas empresas que requieren un volumen determinado de sistemas operativos, en muchas ocasiones con cierto grado de adaptación a las necesidades específicas de la operativa que requiere su negocio, pueden optar por una vía distinta de comercialización de estos productos, es la denominada Licencias por Volumen. En este caso, el ingreso medio por unidad que obtendría Microsoft, según el cuadro 3 sería de [CONF]. En esta forma el cliente recibe un disco maestro, o una descarga mediante internet, que le otorga el derecho a usar el software adquirido en sus equipos. No hay compra individual de paquetes tipo FPP ni se adquieren equipos integrados de un OEM. En estos casos es posible la transferencia del software adquirido, la reventa, pero solo bajo determinadas condiciones, como la transferencia en casos de fusión, escisión o consolidación. Estos clientes se someten a auditorias de Microsoft para verificar el correcto uso de la licencia con objeto de controlar los actos de piratería.

Como la Dirección de Investigación señala, el expediente se origina con una denuncia basada en el incumplimiento de Microsoft de las Directivas Comunitarias de PI (2001) y de Software de Ordenador (2009), pues según el denunciante, es de aplicación la doctrina del agotamiento, según la cual con la primera venta se “agota” el derecho de distribución del titular del Derecho de Propiedad Intelectual, por lo que realmente MICROSOFT no puede impedir dichas reventas. Sin embargo, lo hace y ello impide el desarrollo de un mercado de segunda mano de los sistemas operativos de Windows

que incumple el TFUE, según el denunciante. El denunciante es un operador que vende, a través de internet, licencias de uso y sistemas operativos de ordenadores.

No obstante, el análisis básico que compete a las autoridades de competencia es si la conducta denunciada es ilícita, bien bajo el art.1 LDC y 101 TFUE, bien bajo el art.2 LDC y 102 TFUE, en cuyo caso procedería analizar si la normativa comunitaria específica (2001/29/CE Derechos de Propiedad Intelectual y 2009/24/CE sobre la protección jurídica de programas de ordenador), o la nacional, ampararían o no estas conductas.

Valora la DI, tras su investigación, que en los cuatro canales de distribución que emplea MICROSOFT para comercializar su sistema operativo, las restricciones que éste impone tienen efectos anticompetitivos en dos mercados, en el mercado “primario”, horizontal o “intramarca”, y en el “secundario”, adyacente, o relacionado, (incluso vertical) que es el de segunda mano de sistemas operativos (posiblemente de sistemas operativos Windows). Y ello dejando al margen si en el caso presente se “agota” o no el derecho de distribución tras la primera venta.

Una vez concluida la existencia de distorsiones a la competencia derivadas de las restricciones impuestas por MICROSOFT, y teniendo en cuenta que podría ser de aplicación la teoría del agotamiento (sentencia del TJUE de julio de 2012 en el caso UseSoft /Oracle, elevado por la Corte Federal Alemana mediante una prejudicial), la DI valora que la conducta incumpliría tanto el artículo 1 LDC y 101 TFUE como el art. 2 y 102, siendo una conducta única y continuada.

Analizar las conductas bajo la óptica del art. 1 LDC y 101 TFUE, requiere establecer el perímetro de la conducta, siendo éste, en opinión del Consejo, el delimitado por las relaciones comerciales aplicadas por Microsoft a sus distribuidores, y los efectos que, desde la óptica de la competencia podrían derivarse en el mercado “primario” de comercialización de sistemas operativos de Windows. Estas relaciones entre Microsoft y sus distribuidores se estructuran en distintos canales de distribución según que los sistemas operativos sean para distribución minorista independiente (FPP), para su integración en PC o para su integración en equipos de trabajo en empresas. No hay indicios en este expediente de que exista algún tipo de restricción a la entrada de distribuidores en cada uno de esos canales, lo que hay es una restricción para que las licencias otorgadas para uno de esos canales se empleen para distribuir en un canal distinto del contemplado en la licencia original.

La DI valora que esas restricciones impiden la competencia entre los canales de distribución, de tal forma que un sistema operativo licenciado para ser integrado en un PC y comercializado conjuntamente no puede ser objeto de comercialización independiente y competir, por ejemplo, con los sistemas operativos distribuidos en el canal FPP. Ni siquiera pueden ser objeto de comparación los precios del sistema operativo en uno u otro canal porque Microsoft no permite la publicidad del precio que tiene el sistema operativo integrado en un PC. Esa restricción supone una reducción de la competencia intramarca, en opinión de la DI, y dado que la mayoría de los sistemas operativos de Microsoft se distribuyen mediante OEM, la magnitud de la distorsión a la competencia intramarca sería importante. Existe el elemento de bilateralidad exigible en un análisis de artículo 1 LDC y 101 TFUE, dada la relación entre Microsoft y sus

distribuidores, aunque dado que el efecto de esta conducta solo beneficiaría a Microsoft, la Dirección de Investigación valora que sólo ella sería responsable de esta infracción.

Ciertamente las diferentes condiciones contractuales puestas de manifiesto por la Dirección de Investigación son un hecho, como no es menos cierto que las mismas se aplican indistintamente a cualquiera de los distribuidores del mismo tipo de producto, sin que consten en el expediente indicios de una posible discriminación entre estos distribuidores, que pudiese distorsionar la competencia intramarca e intracanal.

En opinión del Consejo, la información contenida en este expediente revela un estructurado sistema de distribución en canales distintos que ofertan productos diferenciados. Se trata de una diferenciación que puede responder a la existencia previa de una demanda igualmente diferenciada y que la propia Microsoft puede haber favorecido. Pero en cualquier caso, se trata de distintos productos, entendiendo estos como un conjunto de productos y servicios diferenciados, que cubren las necesidades de segmentos de demanda con características diferentes. Ta diferenciación podría justificar las diferencias existentes en los parámetros comerciales entre canales, como son precio, servicios complementarios y la propia comercialización separada o conjunta del sistema operativo con el *hardware*. Ello no impide en cualquier caso que haya clientes con capacidad de arbitrar entre canales. Por otro lado, consta en el expediente la existencia de diversos distribuidores que operan en cada uno de los canales, y también distribuidores que operan en todos ellos.

De la información contenida en el expediente no cabe apreciar una situación anticompetitiva dentro de cada uno de los canales. Tampoco cabe concluir una obstaculización de la competencia efectiva entre canales como consecuencia de los acuerdos entre Microsoft con los OEM o la prohibición de reventa incluida en tales acuerdos. No consta acreditados en el expediente, que estas condiciones comerciales restrinjan la competencia entre canales de manera que afecte negativamente a los precios, a la producción, a la innovación o a la variedad y calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad y de manera sensible. Ni consta dicho análisis en el IPR, ni el Consejo encuentra en los hechos acreditados elementos que establezcan tal efecto real o potencial de manera sensible en el mercado primario de los sistemas operativos. Y con respecto a la presión competitiva que un mercado de segunda mano generaría en el mercado primario, aunque la misma sea posible desde el punto de vista teórico, su efectividad dependerá de la magnitud que alcanzase dicho mercado de segunda mano, algo que –como se analiza posteriormente–, tampoco parece previsible. No apreciándose la posible afectación a la competencia bajo la sede del art.1 LDC y 101 TFUE, no procede entrar a valorar la concurrencia de los requisitos del art.1.3 y 101.3 respectivamente.

Las restricciones a la reventa y a la comercialización separada del sistema operativo introducidas por MICROSOFT en los canales OEM y de licencia por volumen son también consideradas por la Dirección de Investigación como infracción del artículo 2 de la LDC y art. 102 del TFUE. La propia Dirección de Investigación señala que tales conductas sólo benefician a MICROSOFT y han sido establecidas a instancias de este operador. Luego, en todo caso, es en sede de art. 2 de la LDC y del art. 102 del TFUE donde puede tener una mayor lógica su análisis. En el análisis de la conducta bajo la



sede del artículo 2 LDC y 102 FTUE, si bien MICROSOFT cuestionaba en sus alegaciones al PCH el análisis de la posición de dominio realizado por la DI, basándose en su falta de actualización de la realidad del mercado y la existencia de otros elementos como las denominadas tabletas y smartphons, en sus alegaciones a la PR ni la delimitación de mercados ni la posición de dominio son objeto de discusión.. Por ello, el Consejo se ha centrado en valorar la existencia de conducta abusiva en este contexto, y los requisitos que la misma debería cumplir a la hora de valorar su eventual ilicitud.

La falta de concreción sobre la obstaculización de la competencia intramarca en el análisis realizado en sede del art.1 LDC y 101 TFUE es extensible bajo la sede del art.2 LDC y 102 FTUE, quedando por valorar los efectos de la conducta en el mercado de segunda mano de sistemas operativos para PC de Microsoft.

Respecto al mercado secundario, la DI fundamenta en el PCH y en el IPR que la prohibición que opera sobre los OEM respecto a la venta integrada del sistema operativo en su hardware se traslada al comprador, de forma que esta segunda “prohibición” impide que el usuario final pueda revender el sistema operativo de Windows y por tanto impide el desarrollo del mercado de segunda mano (167 y 168). El mismo efecto tiene la restricción impuesta en los FPP de que solo sea legal la venta primera. Argumenta que estas restricciones inciden sobre la dinámica competitiva y no tienen justificación.

Las alegaciones no niegan que esas restricciones impidan el mercado de segunda mano, sin embargo en su opinión no estaría acreditada la existencia de una demanda potencial de ese producto, y por tanto no se cumplirían los criterios cumulativos del test derivado de la sentencia Magill.

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que las restricciones que Microsoft incluye sobre el uso y venta de las licencias de uso de los sistemas operativos Windows analizadas en el expediente, al limitar la reventa, como es el caso de los canales FPP o Licencias por Volumen, o incluso impedirla, si se desintegra del equipo en el que inicialmente fue integrada por un OEM, suponen un límite evidente al desarrollo del mercado de segunda mano de sistemas operativos de Microsoft, y en especial a los operadores comerciales que persiguen su desarrollo en dicho mercado, pues mientras en el caso de las licencias adquiridas en el canal FPP, al estar permitida una sola venta se podría realizar esta transacción entre el particulares, la prohibición de la segunda imposibilita la presencia de un intermediario en esa transacción. Estas restricciones, cuyo efecto sería equivalente al de una negativa de suministro, al ser protagonizadas por un operador en posición de dominio, son susceptibles de incumplir la normativa de competencia, siendo preciso valorar si la empresa en cuestión ha cumplido con su responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común, como establece el párrafo 1 de la Comunicación de la Comisión en sus orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 102 del TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Y ello por la responsabilidad de las autoridades de competencia para velar por el funcionamiento correcto del mercado en aras de la eficiencia y productividad en beneficio de los consumidores (párrafo 5 de la citada Comunicación).

Dicha Comunicación revela que el control de conductas que niegan un suministro serán prioritarias siempre que el producto denegado sea esencial para competir eficazmente en un mercado descendente, la negativa probablemente elimine la competencia en dicho mercado y ello perjudique a los consumidores (párrafo 81).

Resulta difícil, sino imposible, en opinión de este Consejo, refutar que para el desarrollo de un mercado legal de segunda mano de licencias de uso de los sistemas operativos de Microsoft es una condición necesaria que dichas licencias puedan ser objeto de compraventa en los términos en los que el mercado las demandaría, en nuestro caso, sería una demanda de sistemas operativos de forma independiente y separada del hardware o equipo físico sobre el que se aplican estos sistemas operativos. Resulta por tanto objetivamente un producto esencial para el desarrollo de dicho mercado, y las restricciones impuestas por Microsoft en la comercialización de licencias de uso a los OEM, que suponen el 87 % de los sistemas operativos que se comercializan, impiden el desarrollo de ese mercado. Se cumpliría así el primer requisito de indispensabilidad del producto establecido por la jurisprudencia.

Apreciación distinta merece, a este Consejo, la acreditación del requisito de una existencia real de demanda de dicho mercado. La Dirección de Investigación entiende acreditada la existencia de una demanda de segunda mano de sistemas operativos de Microsoft sobre la base de dos elementos. El primero por analogía con la existencia de un mercado de segunda mano importante en el caso de los videojuegos, ya sean para ordenador o para consolas específicas que soportan estos productos. El segundo elemento se desprende de las evidencias contenidas en el cuadro 2 de los Hechos Probados, en el que en 2011 entre el 36 y el 52% del parque de PC seguía contando con la versión Windows XP instalada en los ordenadores, a pesar de existir en el mercado una versión actualizada, la Windows 7 y de que la XP ha dejado de comercializarse. En su opinión estos datos revelan una preferencia de los usuarios por un sistema operativo que lejos de haber sido superado por versiones supuestamente posteriores de más calidad, sigue siendo el preferido por los usuarios, y, dado que ya no se comercializa por Microsoft, los datos revelan una demanda potencial de segunda mano de esos sistemas operativos. Dada la mayor obsolescencia que los hardware representan con respecto a los sistemas operativos, en concreto con respecto al XP, el que los propietarios de equipos adquiridos a un OEM no puedan desinstalar legalmente el Windows XP de sus propios equipos para poder instalarlos en nuevos hardware con mayores prestaciones, o venderlos, supone una restricción injustificada.

Por el contrario, el Consejo aprecia otros elementos en el expediente que difieren de la valoración realizada por la Dirección de Investigación. Del mismo Cuadro 2 puede observarse también que las cuotas de la nueva versión Windows 7, de reciente comercialización, ocupan ya entre el 33% y el 40% del parque de PC, lo cual cuestiona, cuando menos, que las cifras actuales de la permanencia del XP en los ordenadores se deba exclusivamente a las preferencias de los usuarios y no a la contribución de otros efectos como son el largo periodo temporal que dicho sistema ha estado siendo comercializado frente al reciente periodo de comercialización del Windows 7. En cuanto al mercado de videojuegos, el Consejo aprecia elementos diferenciadores importantes entre éste producto y el de sistemas operativos para PC, alegados por Microsoft, que debilitan la base de acreditación de la demanda de sistemas operativos de PC por

comparación con el mercado existente de videojuegos. Es evidente las diferencias de obsolescencia existentes entre un videojuego y un sistema operativo para PC, basadas fundamentalmente en las prestaciones que uno y otro producto cubren, ocio, frente a trabajo o utilidades de comunicación; en el tipo de usuarios de estos productos; en los costes de cambio que un sistema operativo requiere frente a los de un videojuego (un cambio de sistema operativo implica actuaciones necesarias para garantizar la continuidad de las aplicaciones que venía soportando el anterior y su compatibilidad hacia atrás, mientras que un videojuego generalmente no); o el precio en el mercado primario de uno y otro producto en relación a su vida útil.

Por último, si bien cabe considerar a los sistemas operativos de segunda mano como un producto diferenciado del sistema operativo nuevo, es difícil otorgarle al mismo la consideración de un producto mejorado o innovado que supone una mejora significativa para los consumidores, o por el contrario, que la limitación de su disponibilidad supone un perjuicio para el consumidor.

Por todo lo anterior, el Consejo, sin llegar a analizar la posible existencia de justificación objetiva ofrecida por Microsoft en base al control de la piratería que sustenta el actual sistema de licencias, y cuestionada por la Dirección de Investigación, encuentra dudas razonables de que en el presente expediente se hayan acreditado requisitos, que resultan acumulativos, establecidos por la jurisprudencia, y reflejados en la Comunicación de la CE ya mencionada, que sustentarían una declaración de infracción de los artículo 2 LDC y 102 TFUE y cuyo efecto directo sería la obligación para Microsoft de renunciar en España a incluir en sus licencias las actuales obligaciones de uso y reventa de sus sistemas operativos. En definitiva, se trataría, en aplicación del art.2 LDC y 102 TFUE, de imponer un cambio en el modelo de distribución de los sistemas operativos de Microsoft sin que, en el presente expediente, el Consejo considere acreditada la existencia de efectos anticompetitivos del modelo analizado que lo justifiquen.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, junto con la falta de antecedentes relevantes al caso, y que se trata de un sector de elevadas inversiones en investigación, desarrollo e innovación, con una rápida dinámica en el desarrollo de sus mercados que requiere actuaciones prudentes y sólidamente fundadas, el Consejo estima que no procede declarar acreditada una infracción de la LDC en sus artículo 1 y 2 ni del TFUE en sus artículo 101 y 102.

#### **QUINTO.- Algunas cuestiones de procedimiento**

Microsoft ha solicitado a lo largo de todo el procedimiento la incorporación al expediente de diversos documentos en apoyo de sus alegaciones, los cuales forman parte actualmente del expediente. También solicitó la celebración de vista ante el Consejo, lo que no fue valorado como necesario por el Consejo al entender que el expediente contenía la información relevante necesaria y suficiente para formar su juicio.

El artículo 11.4 del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, establece que ante la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por

la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. El Consejo, como se refleja en la presente Resolución, no consideró acreditada la existencia de una infracción a las normas de competencia reflejadas en el TFUE que hubiese requerido la orden de cesación de la conducta en cuestión, por lo que visto el fallo no concurren los requisitos para la aplicación del citado precepto.

Por último, cerrada la fase de instrucción del presente expediente y previa elevación del Informe y Propuesta de Resolución al Consejo, la empresa alemana, Projex GmbH, Friedrichstral3e, incurso en un procedimiento de litigio con Microsoft en el tribunal de distrito de Múnich (33 O 2322/12), solicitó ser parte interviniente en este procedimiento con objeto de obtener muy rápidamente las actas de lo que denomina comisión y que entendemos se refiere a los actos dictados por el Consejo de la CNC, dado que en su opinión el pronunciamiento de la CNC probablemente podría ser significativo para el pronunciamiento del litigio que mantienen en Alemania. Vistos los términos de la solicitud, el Consejo ha considerado que el interés del solicitante queda cubierto con el conocimiento del pronunciamiento de la CNC en este caso, y que el mismo viene exclusivamente representado por la Resolución dictada por su Consejo, siendo la misma de público conocimiento, de lo cual será oportunamente informado en el momento de su publicidad.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo, en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

### **HA RESUELTO**

**UNICO.** Declarar que en este expediente no ha resultado acreditada una infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia ni de los artículos 101 y 102 del TFUE, y procede el archivo de las actuaciones realizadas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a las interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.