



Universidad de Valladolid



MÁSTER EN INTEGRACIÓN EUROPEA

POLÍTICA DE DESCUENTOS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Alumna: Marta Crespo González

Tutora: Carmen Herrero Suárez

Julio 2013

A mis padres

NOTA DE AGRADECIMIENTOS

Me gustaría hacer público mi agradecimiento, a mi tutora, la profesora Dra. Carmen Herrero Suárez. Ella fue quién me propuso el tema, me motivó para interesarme por el mismo y realizó una excelente y exhaustiva tutorización. Además de su gran profesionalidad, me gustaría agradecer a Carmen todo su tiempo dedicado (que ha sido mucho), paciencia y afecto; pero sobre todo, la confianza depositada en mí desde el primer momento y no perdida en ningún instante.

También me gustaría mostrar mi agradecimiento a los profesores del Máster, en su mayoría vinculados a la Facultad de Derecho y aprovechando la ocasión, hacerlo extensivo a mis profesores de la Facultad de Ciencias Económicas y de la E.U.E. Empresariales (centros de los que fui alumna), no sólo por su magnífica labor como docentes sino por su gran calidad humana. En especial, a los que creyeron en mí, me motivaron y me suscitaron el interés de seguir aprendiendo.

A mis compañeros de "*pupitre*" del Máster por todos los buenos momentos vividos tanto dentro como fuera de las aulas.

A mi familia y a mis amigos, quienes con mucha paciencia soportaron la realización de este trabajo ofreciéndome en todo momento su apoyo incondicional y su ánimo constantemente.

RESUMEN

Recientemente la Comisión anunció la modernización del art.102 del TFUE hacia un enfoque más “economicista” que culminó con la publicación de una Comunicación. En este trabajo se expone, en líneas generales, la política de descuentos realizada por empresas en posición de dominio, descuentos que en algunos casos son considerados abusivos bajo el art.102.c) del TFUE y tienen por objetivo impedir el mantenimiento de una competencia efectiva. También analizaremos los efectos procompetitivos y anticompetitivos sobre la competencia. Finalmente, se hará una valoración de la jurisprudencia comunitaria a través de los casos *Intel* y *Michelin*.

Palabras clave: Palabras clave: descuento fidelidad, rebaja fidelidad, discriminación de precios, efectos de los descuentos, *Intel*, *Michelin*.

ABSTRACT

Recently, the Commission announced the modernisation of article 102 TFEU towards a *more economic approach* which culminated with the publication of Guidelines. This work explains, in general terms, the rebate policy carried out in a undertakings with a dominant position, discounts that in some cases are considered as abusive under article 102.c TFEU whose purpose is to prevent workable competition. Furthermore, procompetitive and anticompetitive effects on competition will be analysed. Finally, the community case law will assessed through the particular Cases *Intel* and *Michelin*.

Keywords: fidelity discount, fidelity rebate, discrimination price, discount effects, *Intel*, *Michelin*.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: LA IMPORTANCIA DEL PRECIO COMO INSTRUMENTO DE COMPETENCIA	17
I. LOS DESCUENTOS O REBAJAS EN LOS PRECIOS COMO UNA FORMA DE COMPETENCIA.....	17
II. MARCO NORMATIVO	19
III. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	22
1. OBJETIVOS POLÍTICOS- JURÍDICOS.....	22
2. OBJETIVOS ECONÓMICOS.....	23
3. LA INTEGRACIÓN EUROPEA	25
IV. CONDUCTAS EMPRESARIALES PROHIBIDAS.....	27
1. ASPECTOS GENERALES	27
2. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO	28
CAPÍTULO II: LOS DESCUENTOS O REBAJAS	33
I. LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS.....	33
1. CONCEPTO.....	33
2. CLASES O GRADOS DE DISCRIMINACIÓN.....	35
A. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS DE PRIMER GRADO	36
B. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS DE SEGUNDO GRADO	36
C. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS DE TERCER GRADO.....	37
II: LOS DESCUENTOS O REBAJAS	38
1. CONCEPTO.....	38
2. TIPOS DE DESCUENTOS O REBAJAS	40
A. TIPOS DE DESCUENTOS CONTRARIOS AL ART. 102 DEL TFUE.....	41
B. OTRAS CLASIFICACIONES.....	48

CAPÍTULO III: TRATAMIENTO DE LOS DESCUENTOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	50
I. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA	50
1. EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LOS DESCUENTOS	50
A. ELIMINACIÓN DE COMPETIDORES Y CIERRE DE MERCADO (<i>FORECLOSURE</i>) ..	51
B. COSTES DE CAMBIO (<i>SWITCHING COSTS</i>).....	52
C. NIVELES DE TRANSPARENCIA.....	53
D. LA VINCULACIÓN DE PRODUCTOS	54
E. IMPEDIR IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES.....	56
2. EFECTOS PROCOMPETITIVOS DE LOS DESCUENTOS	57
A. REDUCCIÓN DE PRECIOS.....	57
B. REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE PRODUCCIÓN.....	57
C. PERMITEN LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES FIJOS.....	58
D. INCENTIVOS A LOS MINORISTAS.....	59
E. CREACIÓN DE EFICIENCIAS VERTICALES ESTÁNDARES	61
F. INVERSIONES ESPECÍFICAS PARA SUMINISTRAR A UN CLIENTE EN PARTICULAR.	62
G. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA A NIVEL VERTICAL.....	63
H. ASEGURAN UN PRECIO MARGINAL BAJO CUANDO LA DEMANDA AGREGADA ES INCIERTA.....	63
II. CRITERIOS O TESTS PARA MEDIR LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS	64
1. CRITERIO TRADICIONAL	64
2. TEST DEL COMPETIDOR IGUALMENTE EFICIENTE	65
3. LOS TEST DEL BALANCE ENTRE LOS EFECTOS PRO Y ANTICOMPETITIVOS	67
4. EL TEST DEL DAÑO POSIBLE	68
III. VALORACIÓN DE LA COMISIÓN	69
1. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN - ORIENTACIONES SOBRE LAS PRIORIDADES DE CONTROL DE LA COMISIÓN EN SU APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 82 DEL TRATADO CE (ACTUAL ART. 102 DEL TFUE) A LA CONDUCTA EXCLUYENTE ABUSIVA DE LAS EMPRESAS DOMINANTES	70
2. CASO INTEL	76
IV. VALORACIÓN DE LOS TRIBUNALES: CASO MICHELIN	84

CONCLUSIONES	92
LISTA DE ABREVIATURAS	95
BIBLIOGRAFÍA.....	96
NORMATIVA.....	99
JURISPRUDENCIA.....	100
FUENTES EN LÍNEA.....	101

“El Paraíso de las Damas tenía reservas y una clientela, y ambas cosas le permitían equilibrar los beneficios; mientras que él,.., había quedado exhausto y no podía compensar las pérdidas con otros artículos, con lo que resbalaba cada día un poco más por la pendiente de la quiebra”.

ÉMILE ZOLA, *Au Bonheur des Dames*.

INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Competencia europeo posee la peculiaridad, frente al Derecho de la competencia de cualquier otro Estado, de que se aplica sobre un mercado en construcción, de este modo, la integración europea se convierte en el objetivo principal del derecho *antitrust* europeo. Para lograr plenamente este fin las autoridades europeas han centrado sus esfuerzos en prohibir cualquier práctica restrictiva o abusiva que pueda fragmentar o compartimentar el incipiente mercado común.

El Derecho de la competencia distingue dos tipos de conductas abusivas: las conductas abusivas no basadas en precios y las basadas en precios. Dentro de este

último tipo se distinguen tres grandes grupos de prácticas anticompetitivas: los precios excesivamente bajos o predatorios, los precios excesivamente altos y los precios discriminatorios.

Tradicionalmente, la mayoría de los estudios se han centrado en analizar los precios excesivamente bajos y los excesivamente altos. Sin embargo, en los últimos años se ha suscitado un gran interés por los precios discriminatorios, particularmente por los descuentos, que son la forma más generalizada de llevar a cabo esta práctica. Interés debido en parte al anuncio de la Comisión sobre la modernización hacia un nuevo enfoque más “*economicista*” y menos formalista del abuso de de la posición de dominio y que culminó con la publicación de la Comunicación de Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE (actual art.102 del TFUE) a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes¹ y también por las recientes Decisiones jurisprudenciales, como el Asunto *Intel*².

En nuestro estudio analizaremos los descuentos que son considerados abusivos por sus efectos anticompetitivos, es decir, aquellos que tienen por objetivo impedir el mantenimiento de una competencia efectiva o *workable competition*. La ilegalidad de estos esquemas de rebajas³ no radica en aplicar un precio bajo o predatorio sino en los efectos de exclusión generados al ser llevados a cabo por una empresa en posición de dominio.

¹ DOUE C 45/7 de 24.02.2009

² Decisión de la Comisión de 13 de Mayo de 2009, Asunto COMP/C-3/37.990. D(2009) 3726final de 13.05.2009.

³ A lo largo del trabajo consideramos los términos “rebaja” y “descuentos” equivalentes en consonancia con la jurisprudencia comunitaria y la doctrina.

El objetivo principal de los descuentos de fidelidad es la creación de un incentivo para que, de este modo, los clientes adquieran la mayor parte o la totalidad de los productos o servicios a la empresa en posición de dominio.

Estos esquemas de descuentos estarían prohibidos bajo el art. 102.c)⁴ del TFUE. Además, de manera general, la Comisión al aplicar el citado artículo distingue tres tipos de descuentos problemáticos: los descuentos por fidelidad (*fidelity rebates*), los descuentos por objetivo individualizado (*target rebates*) y los descuentos por volumen o cantidad estandarizados (*volume or quantity rebates*)⁵.

En este trabajo se pretende analizar los efectos procompetitivos y anticompetitivos derivados de las políticas de descuentos de fidelidad efectuadas por empresas en posición dominante dentro de la Unión Europea. Para ello, hemos considerado conveniente estructurar el trabajo en cuatro partes, tres capítulos y conclusiones. El primer capítulo es de carácter general y en él se ofrece una visión general de la función de los precios y de los descuentos en particular dentro del Derecho de la competencia europeo. En el capítulo II se define el concepto de discriminación y los diferentes grados de la misma y además, en un segundo apartado se detallan el concepto de descuento y se enumeran las diferentes clasificaciones existentes sobre los tipos de

⁴ *Artículo 102 del TFUE:*

Será incompatible con el mercado interior 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 interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁵ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, 2006, pág.316.

INTRODUCCIÓN

descuentos. En el capítulo III, el más extenso, se examinan los descuentos desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Este capítulo se divide en 4 apartados, en primer lugar, se analizan detalladamente los efectos procompetitivos y anticompetitivos producidos por los esquemas de descuentos; en segundo lugar, se enuncian los criterios o test para medir los efectos anticompetitivos de los descuentos; en tercer lugar, se hace una valoración de la Comisión a través del Caso *Intel* y de la Comunicación sobre la aplicación del art. 102; y en cuarto lugar, se realiza una valoración de los Tribunales a través del asunto *Michelin*⁶. Finalmente, se termina el trabajo con unas conclusiones derivadas del análisis realizado en los capítulos anteriores.

⁶ Sentencia del Tribunal de primera Instancia de 30 de septiembre de 2003 asunto T-203/01, DOUE C 304/24 de 13.12.2003.

CAPÍTULO I: LA IMPORTANCIA DEL PRECIO COMO INSTRUMENTO DE COMPETENCIA

I. LOS DESCUENTOS O REBAJAS EN LOS PRECIOS COMO UNA FORMA DE COMPETENCIA

Es admitido por los Tribunales que la libertad de competencia integra el contenido esencial del principio de libertad de empresa. Además, puede afirmarse que la libre determinación de los precios exigidos por las propias prestaciones también se incluye dentro del contenido esencial⁷. Así ha quedado plasmado desde finales de los años 60 en diversas sentencias y Decisiones de la Comisión⁸.

Aunque los precios no son el único mecanismo del que dispone una empresa para competir, es aceptado casi por unanimidad que es uno de los instrumentos más importantes dentro del Derecho de la competencia⁹.

⁷ PALAU RAMÍREZ: *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia desleal y la normativa de ordenamiento del comercio*, Madrid, 1998, págs. 96 y ss.

⁸ “Materias Colorantes”, Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1969, Asunto IV/26.267, DO L 195/11 de 07.08.1969; “Centraal Bureau voor de Rijwielhandel”, Decisión de la Comisión de 2 de diciembre de 1977, Asunto IV/147, DO L 20/18 de 25.01.1978; y “Papeles Pintados de Bélgica” Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 1974, Asunto IV/28.374, DO de L 237/3 29.08.1974.

⁹ DÍEZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, 2003, pág. 31.

La libertad de precios se considera imprescindible para el mantenimiento de mercados en libre competencia dentro de una economía de mercado. Si la función del mercado es la de asignar recursos de manera eficiente, ese cometido se ejecuta mediante el mecanismo de los precios. De este modo, **la libre fijación de precios es el principio más importante que rige el funcionamiento de los mercados y el proceso competitivo**¹⁰.

Así, para que los precios puedan cumplir adecuadamente su función económica es esencial preservar la libertad económica en un entorno competitivo. Por lo tanto, cualquier intervención de los poderes públicos u organismos reguladores orientada a limitar la autonomía de la empresa para fijar sus precios debe tener un carácter excepcional. En consecuencia, es imprescindible realizar un concepto preciso y un modelo de análisis que permita distinguir cuándo una política de precios es anticompetitiva y cuándo es plenamente justificable por razones de méritos de un competidor y de política empresarial¹¹.

Dentro del Derecho de la competencia, hay tres grandes bloques **de políticas de precios anticompetitivas**: los precios excesivamente altos, los precios excesivamente bajos y los precios discriminatorios. Los precios excesivamente altos son precios *excesivos* que no guardan una relación razonable con el valor económico del producto o servicio suministrado. Los precios excesivamente bajos o predatorios son aquellos precios, en ocasiones incluso inferiores al precio de coste, son fijados por una empresa en posición de dominio con el fin de eliminar a sus competidores del mercado. Finalmente, los precios discriminatorios se producen cuando dos unidades del mismo

¹⁰ VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006, pág. 557.

¹¹ DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios...*, cit., pág. 32.

bien o servicio son vendidas a precios diferentes¹². Una de las fórmulas más extendida de llevar a cabo esta práctica es a través de los descuentos, objeto de estudio en el presente trabajo.

II. MARCO NORMATIVO

Partiendo de la idea base de que la competencia no es un “fenómeno” que pueda darse automáticamente en el mercado sino un valor amenazado por la propia dinámica de éste, el Estado va a asumir la función de creación de un cuerpo normativo encargado de su protección y ordenación. De esta forma nace el Derecho de la competencia, constituido por dos ramas interrelacionadas: el Derecho de la libre competencia y el Derecho de la competencia desleal¹³.

Las primeras normas *antitrust* vieron la luz a finales del siglo XIX en Estados Unidos con la aprobación de la *Sherman Act* en 1890. Sin embargo, en Europa hubo que esperar hasta finales de la II Guerra Mundial y, en gran parte debido a la influencia proveniente de América y a las tesis de la Escuela ordoliberal de Friburgo¹⁴.

En el ámbito concreto de la Unión Europea el Derecho de la competencia ha estado presente desde la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Como menciona el profesor HAWK al Derecho comunitario de la competencia cabe atribuirle una doble paternidad. Por una parte, su madre, europea – y principal influencia en la conformación de su retoño – identificada con el objetivo fundamental del Tratado que es la integración de los mercados de los Estados miembros y, por otra, el padre,

¹² VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Diccionario de Derecho...*, cit., pág. 559.

¹³ HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid, 2006, pág. 71.

¹⁴ HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados...*, cit., pág. 73.

americano y germano que ha influido en la redacción de los artículos 101 y 102 del TFUE¹⁵.

La mayor parte del derecho europeo está inmiscuido con la eliminación de obstáculos para el libre movimiento de bienes, servicios, personas y capitales. La supresión de estos obstáculos en sí mismos fomentan la competencia dentro de la Unión. Iniciativas como la introducción del Euro contribuyeron sustancialmente a la competitividad de la economía europea. Sin embargo, con independencia de este “macro” efecto del Tratado sobre competencia, también contiene normas de competencia específicas para aplicarlas a las empresas y a los Estados miembros¹⁶.

Las normas del **derecho originario** relativas a la competencia se encuentran contenidas en el TFUE. La Comisión¹⁷ agrupa los artículos en dos grupos. El primero de ellos denominado disposiciones centrales (*core provisions*) está formado por los artículos 101, 102, 106 del TFUE, relativos a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas; abusos de posición dominante y servicios de interés económicos general respectivamente. En el segundo, otras disposiciones relevantes (*other relevant provisions*) se engloban los arts. 3, 14, 103, 104, 105, 119 y 346 del TFUE.

Sobre los arts. 101 y 102 se debe destacar que, aunque están contenidos en un Tratado internacional, cuyos destinatarios son en principio los Estados miembros

¹⁵ HAWK: “La révolution antitrust américaine: une leçon pour la communauté économique européenne?”, RTDE, 1989, págs. 9 y ss. Citado por HERRERO SUÁREZ: *Los contratos...*, cit., pág. 111.

¹⁶ WHISH: *Competition law*, Butterworths, 2003, pág. 50.

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA: *EU Competition Law Rules Applicable to Antitrust Enforcement - General Rules*, Vol. 1, Bruselas, 2011, disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html> . En esta guía se puede consultar toda la legislación vigente en materia de competencia europea.

signatarios, se vienen considerando normas de *aplicación directa*, que vinculan también a las empresas, según ha afirmado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁸.

En el ámbito del **Derecho derivado** muchas normas han sido renovadas debido al proceso de modernización que se están llevando a cabo dentro del campo del Derecho de la competencia.

Destacar en primer lugar, el Reglamento 1/2003¹⁹, sobre el procedimiento de aplicación de derecho comunitario, en el cual se regulan los principios fundamentales del proceso a seguir y se aclara el alcance del art. 101.3. En segundo lugar, señalar el Reglamento 139/2004 sobre concentraciones de empresas, el cual implanta el régimen a aplicar a este tipo de operaciones²⁰.

Por otra parte, tienen gran importancia los diversos Reglamentos de la Comisión de exenciones por categorías, los cuáles constituyen un desarrollo de la previsión del art. 101.3 del TFUE, en correspondencia con las excepciones a la prohibición de acuerdos anticompetitivos que establece el 101.3 del TFUE²¹.

Finalmente, la actuación de la Comisión en materia de defensa de la competencia ha generado una importante actividad, como ponen de relieve las numerosas decisiones y comunicaciones; destacar la Comunicación sobre las prioridades de

¹⁸ VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Derecho europeo de la competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*, Valladolid, 2005, pág. 45. En este sentido, la primera sentencia del TJCE fue el Asunto *Bosch* de 6 de abril de 1962.

¹⁹ 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 81 y 82 del TCE (actuales 101 y 102 del TFUE), L 1/1 de 4.01.2003.

²⁰ Esto es debido a que los procesos de concentración nunca han sido regulados en ningún Tratado. Excepto en el ya desaparecido Tratado de la CECA. Reglamento (CE) Nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de Concentraciones"), L 24/1 de 29.01.2004.

²¹ Estos Reglamentos están recogidos en ²¹ COMISIÓN EUROPEA: *EU Competition Law Rules...*, cit., *Vid., supra*, nota 17.

control de la Comisión en su aplicación del artículo 102²². Además del Tribunal de Justicia, ha tenido un papel muy relevante resolviendo cuestiones prejudiciales y, sobre todo, recursos contra las decisiones adoptadas por la Comisión, cuya actividad en esta materia está sometida a control judicial. De este modo, la doctrina derivada de estas sentencias ha sido determinante en la fijación de numerosos aspectos del Derecho *antitrust*.

III. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. OBJETIVOS POLÍTICOS- JURÍDICOS

La descentralización o dispersión del poder económico es mostrado como uno de los principales objetivos perseguidos por el Derecho de la competencia. Sin embargo, el mencionado objetivo descentralizador envuelve un carácter general abstracto, en cuya concreción pueden encontrar cabida orientaciones muy distintas e, incluso, antagónicas²³.

Por otra parte, la libertad de empresa es un derecho que se reconoce a los ciudadanos para poder participar activamente en la economía. Esto implica desde el lado de la oferta el poder competir con otros por los mismos clientes y desde la demanda la posibilidad de tener varias opciones de elección para un mismo producto o servicio. Hecho especialmente significativo cuando los demandantes son los consumidores y usuarios finales. Así, también cabría incluir dentro de este fin la protección de los consumidores y su derecho de elección.

²² *Vid., infra*, Capítulo III.III.1.

²³ PELLISÉ CAPELL: *La "explotación abusiva" de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LECD)*, Madrid, 2002, pág. 53.

Por tanto, este objetivo de naturaleza política se enmarca en la preservación de mercados autorregulados, en donde las decisiones más importantes (que, dónde y cómo producir) sean resultado de la actuación impersonal de los mercados, y no fruto exclusivo de la actuación discrecional de determinadas empresas o de una política intervencionista²⁴.

2. OBJETIVOS ECONÓMICOS

En el campo de las finalidades económicas, se palpan sobre todo las disfunciones que las restricciones de la competencia producen sobre el correcto funcionamiento del mercado. De este modo, las conductas restrictivas, así como las situaciones de concentración de poder económico, como los monopolios y los oligopolios, estarían dentro de lo que se conoce como *fallos del mercado*, que obstaculizan su correcto funcionamiento como mecanismo de asignación eficiente de recursos escasos²⁵.

La diferencia clave entre una empresa competitiva y un monopolio es la capacidad de este último para influir en el precio de su producto²⁶. En este caso la curva de demanda (que coincide con la del ingreso medio) tiene pendiente negativa. Consecuentemente si el monopolista quiere vender más unidades tendrá que aceptar un precio más bajo. Por lo que el ingreso marginal de un monopolista siempre será menor que el precio del bien²⁷. La maximización de los beneficios será la intersección

²⁴ HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados...*, cit., pág. 79.

²⁵ VELASCO SAN PEDRO: *Derecho europeo de la competencia...cit.*, pág. 43.

²⁶ Vid. Sobre el análisis económico del funcionamiento de mercados: MANKIW: *Principios de economía*, Madrid, 2002; MOCHÓN MORCILLO: *Economía, teoría y política*, Madrid, 2009; SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, Madrid, 2006.

²⁷ Cuando un monopolio produce una unidad de más, debe bajar el precio que cobra por cada una de las unidades que vende, y esta bajada reduce el ingreso generado por las unidades que ya estaba vendiendo. Como consecuencia el ingreso marginal del monopolio es menor que su precio. Sin embargo, exclusivamente con la primera unidad vendida el ingreso medio es igual al ingreso marginal.

de la curva de ingreso marginal y la de coste marginal y entonces la curva de demanda mostrará el precio que inducirá a los consumidores a comprar esa cantidad.

Desde esta perspectiva emergen a un primer plano los intereses de los consumidores, sobre los que recaería en gran medida el coste de estas ineficiencias, como ponen claramente de relieve las rentas monopolísticas que pueden resultar de los mercados monopolísticos o cartelizados, derivadas de los sobrepuestos cargados a los consumidores²⁸.

La política comunitaria de defensa de la competencia no pretende conseguir la situación ideal de competencia perfecta y además deshecha la competencia atomística como meta alcanzable. **El objetivo del derecho de la competencia es** alcanzar en los mercados la llamada **competencia eficaz o *workable competition***²⁹. Entendida ésta como aquella situación de competencia que se produce naturalmente cuando los empresarios actúan con autonomía en el mercado, con la finalidad última de defender el interés general de la economía comunitaria tanto de los empresarios como de los consumidores. Dicha situación es compatible con la presencia de posiciones de poder económico en los mercados que en muchas ocasiones son inevitables por motivos técnicos, como economías de escala y económicas como mayor eficiencia o mejor *know-how*.

Como conclusión a estos dos objetivos, nos gustaría destacar la reflexión del profesor LUIS VELASCO : *“En mi opinión, aunque la finalidad de este Derecho es primordialmente de carácter económico, y además debería esencialmente mantenerse*

²⁸ POSNER: *Análisis económico del Derecho*, México, 2007, págs. 259 y ss.

²⁹ WHISH: *Competition law, cit.*, pág.14; VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Diccionario de derecho...*, cit., pág. 304. En este sentido comentar que ya en 1977 quedó plasmado este objetivo como señaló el TJCE sobre el asunto *Metro/Saba* (Asunto 26/76 de TJCE de 25/10/1977).

así para evitar su desnaturalización y su utilización partidista, no cabe descartar una función complementaria de carácter político, vinculada a la limitación de la concentración del poder económico, no sólo perniciosa económicamente, sino peligrosa para el mantenimiento de la democracia por las posibilidades de abuso social que confiere”³⁰.

3. LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Los dos objetivos expuestos anteriormente, son fines generales que podrían corresponder a la normativa *antitrust* nacional de cualquier estado, en el cuál el Derecho de la libre competencia se proyecta sobre un mercado unitario preexistente a fin de ordenarlo y racionalizarlo. Sin embargo, el Derecho europeo de la competencia surge en el marco de un proceso de creación ese mercado único. El establecimiento de un mercado común constituye uno de los principales objetivos de los Estados que deciden formar parte de la UE. En pro de ese objetivo se adoptan una serie de instrumentos de tipo jurídico, entre los que ocupa un papel preponderante el relativo a la creación de un régimen destinado a garantizar que la competencia no sea falseada³¹.

El imperativo del mercado único va a continuar teniendo un papel muy influyente en el Derecho de la competencia en los años venideros. A este se le va a encomendar un papel positivo y otro negativo en la consecución del objetivo de integración de los mercados europeos. Desde una perspectiva negativa, las normas sobre competencia pueden ser utilizadas para prevenir actuaciones que tiendan a la compartimentación de los mercados de los Estados miembros. Mientras que desde un sentido positivo, el

³⁰ VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Derecho europeo...*, cit., pág. 42.

³¹ HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados...*, cit., pág. 111.

Derecho de la competencia puede ser modelado de tal modo que incite al comercio entre los Estados miembros, nivelando o buscando una equiparación entre las condiciones de los distintos Estados (*leveling the playing field*) o facilitando las transacciones entre ellos y la integración (*cross border transactions*)³².

Este **objetivo siempre ha sido la prioridad más importante** de los funcionarios europeos que han enjuiciado asuntos de competencia. De hecho, la libre rivalidad entre las empresas de los diferentes Estados miembros de la Comunidad se ha visto como una herramienta para la homogenización de los precios a un nivel pan-europeo, la asimilación de las condiciones de mercado y la consecución de un Mercado único y unificado que incluya a todos los Estados miembros de la Unión.

Además desde los años 80, los informes de Política de competencia emitidos por la Comisión Europea han plasmado la prohibición de prácticas restrictivas o abusivas de las empresas que intentan dividir el mercado para así poder aplicar precios artificialmente diferentes³³.

Por otro lado, desde un amplio sector doctrinal se ha señalado que las mayores ganancias en términos de bienestar derivadas de la integración europea no vendrán tanto de la eliminación de las barreras al comercio de mercancías como de la eliminación de la capacidad que ahora tienen las empresas de llevar a cabo prácticas de discriminación de precios entre diferentes zonas geográficas³⁴.

³² WHISH: *Competition law, cit.*, pág. 21.

³³ COMISIÓN EUROPEA: *IX informe de Política de Competencia*, 1980.

³⁴ DIÉZ ESTELLA: *La discriminación...*, *cit.*, pág. 18.

Hasta el momento las posibles luchas de intereses entre la integración de los mercados y la eficiencia económica se han resuelto abiertamente a favor del mercado único³⁵.

IV. CONDUCTAS EMPRESARIALES PROHIBIDAS

1. ASPECTOS GENERALES

En cuanto a su contenido, el Derecho europeo de la competencia, no es sólo un Derecho *antitrust* que se ocupa de las restricciones de la competencia producidas por las empresas, sino que también se refiere a las intervenciones públicas que puedan perturbar la competencia, como pone de relieve la sistemática del capítulo relativo a la Competencia del TFUE (Título VII, capítulo 1º), donde se agrupan las normas en dos grandes sectores. En primer lugar, las “*disposiciones aplicables a las empresas*”³⁶. En segundo término, las “*ayudas otorgadas por los Estados*”³⁷.

Las *disposiciones aplicables a las empresas* tratan de evitar o en su caso controlar actuaciones de las empresas en el mercado de carácter restrictivo de la competencia. Se observan básicamente tres tipos de conductas:

Los *acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas*, cuyo núcleo, independientemente de las modalidades concretas que pueden adoptar, está constituido por acuerdos o ententes entre empresas de carácter anticompetitivo. Estos acuerdos, entre los que se encuentran los cárteles, son especialmente peligrosos y

³⁵ Al respecto destacar el pensamiento de WHISH: “*Unification of the single market is an obsession of the Community authorities*” en WHISH: *Competition law, cit.*, pág. 21.

³⁶ VEGA MOCOROA (Coord.): *La integración económica europea: Curso básico*, Valladolid, 1998, págs. 561 y ss.; VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Diccionario...*, cit., págs. 306 y ss.; VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Derecho europeo...*, cit., págs. 46 y ss.

³⁷ Las normas relativas a las ayudas públicas, contenidas en los artículos 107 a 109 del TFUE, tienen como finalidad evitar que los Estados mediante una política neoproteccionista de ayudas públicas a ciertas empresas, provoquen efectos distorsionadores sobre la competencia.

están inicialmente prohibidos por el artículo 101.1 del TFUE. La cláusula general prohibitiva del art. 101, se acompaña de una lista meramente ejemplificativa de cinco casos: fijación de precios o condiciones de transacción, limitación de la producción, distribución, desarrollo técnico o inversiones, reparto de mercado o fuentes de aprovisionamiento, trato discriminatorio y contratos vinculados³⁸.

El *abuso de la posición dominante*, es una conducta, en la que pueden incurrir una o varias empresas, que esencialmente consiste en el ejercicio abusivo del poder monopolístico en el mercado. Esta conducta está radicalmente prohibida por referido artículo 102 del TFUE. Estas conductas pueden dividirse en abusos basados en precios y no basados en precios³⁹.

Finalmente, la concentración de empresas son un tipo de operaciones que no se contemplan directamente en el TFUE⁴⁰, a pesar de los eminentes efectos anticompetitivos que puedan entrañar, como por ejemplo la eliminación de competidores⁴¹.

2. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

El abuso de la posición de dominio⁴², es una conducta anticompetitiva descrita en el art. 102 del TFUE. Este artículo parte de la base de que **toda explotación abusiva de**

³⁸ Vid., *in extenso*, VEGA MOCOROA (Coord.): *La integración...*, cit., Capítulo XIII.III, págs. 562 y ss.; VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *El derecho...*, cit., Capítulo II, págs. 55 y ss.; WHISH: *Competition law*, cit., Chapter 3, págs. 79 y ss.

³⁹ Vid., *infra*, Capítulo I.2.

⁴⁰ Sin embargo, las operaciones de concentración si fueron contempladas en el extinto TCECA, en el artículo 66.

⁴¹ Vid., *in extenso*, VELASCO SAN PEDRO: *Diccionario...*, cit., Voz concentración de empresas (aspectos generales), págs. 224 y ss. Y Voz concentración de empresas (criterios de valoración), págs. 232 y ss.; VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *El Derecho...*, cit., Capítulo X, págs. 435 y ss.; WHISH: *Competition law*, cit., Chapter 20, págs. 779 y ss.

⁴² Vid., *in extenso*, NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo en precios: Rebajas y precios predatorios*, Madrid, 2012, Capítulo I, págs. 21 y ss.; VEGA MOCOROA: *La integración...*, cit., Tema XIII.IV, págs. 584 y ss.; VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *El Derecho...*, cit., Capítulo VIII, págs. 309 y ss. Y *Diccionario...*, cit., Voz

una posición dominante es ilegal, sin que quepa ninguna exención cómo ocurre en su homólogo 102, en el cuál hay una lista ejemplificada. De este modo se presupone que toda explotación abusiva de una posición de dominio, por su naturaleza intrínsecamente injusta es lesiva y por tanto, no debe ser permitida por el derecho antitrust. La norma no prohíbe la posición de dominio, ni tampoco la adquisición de la misma (excepto si es debido a un proceso de concentración) sino el abuso de esta posición.

Para que una conducta sea prohibida por el art. 102 tienen que confluír tres aspectos: En primer lugar, tiene que haber una posición de dominio; en segundo lugar, tiene que producirse una explotación abusiva de dicha situación, y finalmente el comercio entre los Estados miembros debe verse afectado por dicha conducta abusiva.

El concepto de **posición de dominio**⁴³ es una pieza crucial en el sistema de defensa de la competencia europeo, debido a que constituye un pre-requisito para establecer la existencia del abuso. Sin embargo, el concepto de posición de dominio carece de una definición precisa en las normas comunitarias. Han sido la Comisión y el TJCE, los que en su labor de aplicación y de interpretación han perfilando dicho concepto⁴⁴. Para determinar si una empresa ostenta una posición de dominio en un mercado se debe delimitar el mercado relevante en torno a tres criterios: producto, geográfico y

Abuso de posición dominante (Aspectos generales) págs. 21 y ss.; WHISH: *Competition law, cit.*, págs. 194 y ss.

⁴³ VEGA MOCOROA (Coord.): *La integración...*, cit., págs. 586 y ss.; VELASCO SAN PEDRO: *El Derecho...*, cit., págs. 335 y ss. y *Diccionario...*, cit., Voz posición de dominio págs. 533 y ss.

⁴⁴ En el famoso caso *United Brands* citado tanto en el asunto *Michelin II* como en *Intel* se definió la posición de dominio como “una posición de poder económico de la que disfruta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al posibilitarle en la media apreciable comportamientos independientes respecto a sus competidores y clientes”. Definición que ha sido reiterada en sentencias posteriores, como en el asunto *Hoffmann-La Roche y Michelin*.

temporal⁴⁵. Una vez delimitado debe apreciarse si existe un comportamiento independiente en dicho mercado y por tanto una posición de dominio.

También debe evaluarse la cuota de mercado que la empresa analizada posee en el mercado relevante. Para la Comisión, **cuotas superiores al 40%**⁴⁶ son sinónimo, en la mayoría de los casos, de una **posición de domino**. Hecho que ha generado un enorme debate entre la doctrina, ya que no hay ninguna norma que especifique a partir de que tanto por ciento se considera una posición de domino y por tanto, no haya ningún “safe-harbor” para las empresas.

En el presente trabajo se analizarán estos hechos a través de los casos *Michelin* e *Intel*. Adelantar que a nuestro juicio, la delimitación del mercado relevante en ambos casos nos parece acertada. Sin embargo, en consonancia con la doctrina no estamos de acuerdo de que a *per se* se considere que exista una posición de dominio por sobrepasar el umbral del 40%. Además, en muchas sentencias, y en el caso *Michelin* concretamente, no dan el porcentaje exacto de la cuota de mercado francesa, ni tampoco otros datos por motivos de confidencialidad, así que debido a la carencia de estos es casi imposible llevar a cabo un análisis fiable paralelo al de la Comisión.

En los casos donde la empresa esté en posición de dominio hay que determinar si está utilizando su situación para llevar a cabo una explotación abusiva de la misma.

⁴⁵ *Vid., in extenso*, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DOCE C 372/5 de 9.12.1997; MARTÍNEZ LAGE (Coord.) *El abuso de la posición de dominio*, cit., págs. 33 y ss.; VEGA MOCOROA (Coord.): *La integración...*, cit., págs. 587 y ss., VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Derecho...*, cit., págs. 338 y ss., y *Diccionario...*, cit., Voz mercado relevante págs. 486 y ss.; WHISH: *Competition law*, cit., págs. 23 y ss.

⁴⁶ WHISH: *Competition law*, cit., págs. 46 y ss. Interesante tabla en la que se analiza los umbrales de cuota de mercado a través de la jurisprudencia comunitaria.

Elemento del que tampoco se ofrece ninguna definición en los Tratados aunque el art. 102 si que ofrece una lista ejemplificativa de supuestos.

La doctrina ha perfilado el abuso como: *“la explotación de aquellas ventajas en el mercado que no se obtendrían de no haber habido posición de dominio, resultando en daño a los intereses de otros partícipes en el mercado”*⁴⁷.

Mientras que los supuestos contemplados en el art. 102 del TFUE⁴⁸ son: (a) Fijación de precios u otras condiciones de transacción no equitativas, (b) limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico, (c) El tratamiento discriminatorio y (d) Los contratos vinculados.

Los descuentos por fidelidad (*fidelity rebates*), los descuentos por objetivo individualizado (*target rebates*) y los descuentos por volumen o cantidad estandarizados (*volumen or quatity rebates*), los cuales serán analizados en el siguiente capítulo, implican un trato discriminatorio al en *“aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes”* y por tanto estarían dentro del supuesto de conducta prohibida contemplada en el art. 102.c).

Por otra parte, los esquemas de rebajas llevados a cabo por *Michelin* e *Intel*, los cuales serán analizados en el capítulo III fueron declarados anticompetitivos bajo el supuesto del art. 102.c).

Finalmente, la Comisión en el año 2009 publicó una Comunicación de orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 102 del

⁴⁷ PELLISÉ CAPELL: *La “explotación abusiva”...*, cit., págs. 117 y ss.

⁴⁸ *Vid. Supra*, Nota 4.

TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes con el objetivo de recoger la evolución de la jurisprudencia comunitaria sobre el abuso de la posición de dominio y la instauración de un enfoque más cercano a principios económicos del art. 102 del TFUE.

CAPÍTULO II: LOS DESCUENTOS O REBAJAS

I. LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

1. CONCEPTO

Una de las fórmulas más generalizadas de instrumentar la discriminación de precios son los descuentos. Por ejemplo, los descuentos pagados retrospectivamente por un vendedor a un comprador respecto a una compra anterior. Las rebajas generalmente se basan en precios discriminatorios debido a que algunos consumidores obtienen un precio inferior a otros consumidores que compran un bien o servicio similar⁴⁹.

Aunque la delimitación conceptual de discriminación sigue encontrando muchas dificultades e incertidumbres podemos afirmar que: *“un productor discrimina en precios cuando dos unidades de un mismo bien físico se venden a precios diferentes, al mismo consumidor o bien a consumidores diferentes”*⁵⁰.

Como se puede observar en la definición, un productor no sólo puede llevar a cabo una discriminación entre diferentes clientes sino que además a un mismo consumidor se le puede vender un bien con precios diferentes, por ejemplo, dependiendo de la

⁴⁹ GERADIN: *“Price discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case approach”* en The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 07/05, pág. 11.

⁵⁰ TIROLE: *Teoría de la Organización Industrial*, Madrid, 1990, pág. 203.

franja horaria o el número de unidades que compre del mismo. Es decir, como se plasma en el Art. 102.c) del TFUE son situaciones en las que se aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. De una forma más precisa, se está vendiendo a un precio o precios de tal manera que el ratio de precio del coste marginal es diferente en diferentes ventas.

Esta definición es útil, ya que proporciona un criterio objetivo, es decir, la presencia de diferentes ratios de precios de los costes marginales para identificar la incidencia de la discriminación de precios. También sugiere que los distintos precios para un mismo producto no necesariamente equivaldrían a una discriminación de precios como tal, debido a que la diferencia podría estar justificada por variaciones de coste.

Generalmente, deben estar presentes varias de las siguientes condiciones para que la discriminación de precios pueda ocurrir⁵¹:

En primer lugar, una empresa debe tener cierto poder de mercado (es decir, la capacidad de establecer un precio supracompetitivo) para poder discriminar en precios. Si no, no puede tener éxito grabando a un consumidor sobre el precio competitivo. En entornos de competencia perfecta son extremadamente raros, pero como la mayoría de las empresas gozan de un cierto grado de poder de mercado y, por lo tanto, los precios discriminatorios se observan incluso en mercados altamente competitivos. La dominación no es esencial para que la discriminación de precios se produzca, a pesar de que es sólo en la situación de dominancia cuando la

⁵¹ GERADIN: *"Price discrimination under EC Competition Law..."*, cit., págs. 4 y ss.

discriminación de precios puede considerarse abusiva por la normativa del Derecho de la competencia europeo.

En segundo lugar, la empresa debe tener la capacidad de clasificar a los consumidores en función de su disposición de pago por cada unidad. El nivel de información del que goza una empresa frente a sus clientes puede a su vez determinar las formas de discriminación de precios llevadas a cabo. Como las empresas solamente poseen información imperfecta sobre la disposición de sus clientes a pagar, sólo podrán fijar precios discriminatorios de manera imperfecta.

Finalmente, la empresa debe poder evitar o limitar la reventa de los bienes o servicios en cuestión por los consumidores que pagan el precio más bajo a los que pagan el precio más alto. En algunos casos, la reventa es imposible debido a los costes de transacción, mientras que en otros las empresas adoptan medidas contractuales o de otro tipo para evitar el arbitraje entre consumidores.

La ausencia de una o de varias de estas condiciones hace que la discriminación de precios sea imposible o, al menos, poco exitosa.

2. CLASES O GRADOS DE DISCRIMINACIÓN

Tradicionalmente se han distinguido tres clases o grados de discriminación⁵². Esta clasificación está basada en los diferentes grados de información de que dispone el comprador⁵³ y, en segundo lugar, los diversos grados de discriminación tienen

⁵² PIGOU: *La economía del bienestar*, Madrid, 1946, pág. 240.

⁵³ A las empresas en todos los grados posibles de discriminación de precios les interesa conocer la suma de las cantidades que hubiera pagado de más el consumidor, (excedente del consumidor).

diferentes implicaciones en cuanto a la eficiencia económica y a la redistribución de ingresos⁵⁴.

A. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS DE PRIMER GRADO

La discriminación de primer grado o discriminación de precios perfecta consiste en vender cada unidad de producto al precio máximo que esté dispuesto a pagar el consumidor. Debido a este hecho, el productor consigue apoderarse del total del excedente del consumidor. Este tipo de discriminación muy pocas veces se lleva a cabo en la práctica, constituyendo más bien una situación meramente teórica.

B. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS DE SEGUNDO GRADO

La discriminación de precios de segundo grado consiste en establecer diferentes precios para diferentes cantidades, pero sometiendo a todos los clientes a los mismos precios. En este supuesto se realiza una división de la demanda agregada en bloques, y a cada uno se le aplica un precio distinto. La única dificultad de esta estrategia es la del arbitraje personal, es decir, la posibilidad de que a un consumidor a quien se le dirige un determinado paquete quiera comprar un paquete destinado a otro consumidor.

El tipo más frecuente de discriminación en este nivel son los descuentos por volumen o cantidad donde el precio medio del bien decrece con el número de unidades compradas.

Por otra parte, dentro de este nivel de discriminación existe una variante denominada: **estrategia de bienes relacionados en la venta**. Son situaciones donde generalmente se consumen dos bienes complementarios entre sí. Circunstancia en la

⁵⁴ DIÉZ ESTELLA: *La discriminación...*, cit., págs. 164 y ss.

que el productor podría llevar a cabo una táctica de vinculación realizando un descuento por la compra conjunta de los bienes.

Finalmente, dentro de la discriminación de precios de segundo grado también se incluirían los **descuentos por compra anticipada**. Este tipo de descuentos suele ser una práctica habitual en sectores en los que el bien o el servicio que se vende no es almacenable⁵⁵ y los precios no se ajustan con suficiente rapidez como para agotar las existencias.

Debido a las mencionadas peculiaridades, los descuentos por compra anticipada son la mejor opción para que una empresa maximice sus beneficios en un escenario de condiciones de demanda inciertas y alto coste de inventario. El mejor ejemplo de este tipo de descuentos se encuentra dentro del sector del transporte aéreo de viajeros, el cual ha generado un intenso debate doctrinal⁵⁶.

C. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS DE TERCER GRADO

Finalmente, la discriminación de precios de tercer grado consiste en aplicar diferentes precios a diferentes clientes, sin embargo todas las unidades vendidas a una misma persona tienen el mismo precio.

El productor puede observar alguna señal relacionada con las preferencias de los consumidores y hacer uso de ellas para segmentar en dos o más grupos a los clientes potenciales en función de su sensibilidad a la demanda de la elasticidad-precio. En los grupos con una elasticidad baja se aplicarán precios superiores que en los segmentos

⁵⁵ El efecto almacenamiento se produce cuando el consumidor anticipa la compra de un bien cuando este tiene un precio inferior, por lo tanto no se incrementarían las ventas debido a que los clientes sólo comprarían en los periodos que el bien estuviera rebajado.

⁵⁶ *Vid., in extenso, WHISH: Competition law, cit., págs. 719 y ss.*

con una curva de demanda muy elástica y por lo tanto muy sensibles al precio. Un ejemplo de este grado de discriminación serían los descuentos realizados a ciertos colectivos como estudiantes o jubilados.

Un ejemplo específico dentro de este nivel de la eficiencia de la discriminación de precios es el denominado **Precio Ramsey**⁵⁷. Ocurre cuando una empresa suministra diferentes productos los cuales comparten costes comunes. Podría ocurrir que los compradores del bien A fueran muy sensibles al precio mientras que los del bien B no lo fueran. Debido a esta situación, la empresa cargaría más proporción de los costes al precio del producto comprado por los consumidores menos sensibles. Este hecho generaría una maximización eficiencia económica y un mayor bienestar social⁵⁸ para los consumidores. El principio del precio Ramsey ha sido aceptado por las autoridades comunitarias en algunos sectores en ciertas ocasiones, como por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, en particular en la telefonía móvil.

II. LOS DESCUENTOS O REBAJAS

1. CONCEPTO

Una rebaja o descuento es una forma de promoción de las ventas, utilizada por las empresas inicialmente como incentivo o suplemento, que se basan en la reducción del precio⁵⁹ sobre prestaciones idénticas del mismo oferente o de sus competidores, con independencia de la forma que la ventaja en los precios adopte frente a los consumidores⁶⁰.

⁵⁷ WHISH: *Competition law, cit.*, pág. 717; DIÉZ ESTELLA: *La discriminación...*, *cit.*, págs. 269 y ss.; POSNER: *Análisis económico...*, *cit.*, págs. 571 y ss.

⁵⁸ DIÉZ ESTELLA: *La discriminación...*, *cit.*, págs. 202 y ss.

⁵⁹ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, *cit.*, pág. 245.

⁶⁰ PALAU RAMÍREZ: *Descuentos promocionales, cit.*, págs. 73 y ss.

De la presente afirmación se puede extraer que el elemento esencial del concepto de descuento es la confrontación de dos precios: el precio practicado actualmente y el precio de referencia sobre el cual opera la maniobra rebajista del oferente. De la consideración de un determinado precio de referencia dependerá la cuantía y la existencia misma de un descuento.

La existencia de un descuento puede también afirmarse respecto del precio practicado por un competidor o grupo de competidores. Se puede considerar como descuento la oferta de prestaciones con un precio inferior a un competidor o a un grupo.

Desde un punto de vista objetivo, el precio actual exigido por las prestaciones ofrecidas es inferior a su precio de mercado y desde el punto de vista subjetivo, el precio es inferior al practicado por otro u otros competidores o al que ha practicado en el pasado o practicará en el futuro el oferente, sin necesidad de que en la oferta se determinen con exactitud los precios comparados.

Por otra parte, atendiendo al objeto del descuento pueden distinguirse: los descuentos en sentido estricto, los descuentos en especie y los descuentos financieros⁶¹.

Los **descuentos en sentido estricto** consisten en una reducción de precios que se hace efectiva mediante la entrega de la mercancía a un precio inferior sobre el precio de referencia marcado. Mientras que en los **descuentos en especie** la reducción de precios se materializa con la entrega gratuita de una cantidad o de una o varias unidades adicionales del mismo producto. Por último, los **descuentos financieros**

⁶¹ PALAU RAMÍREZ: *Descuentos promocionales, cit.*, págs. 78 y ss.

consisten en la práctica de condiciones de pago que comportan unos gastos financieros que no se trasladan al consumidor o sólo se traslada una parte, como por ejemplo, la venta a plazos⁶².

Dependiendo del momento en el que los descuentos se hacen efectivos se pueden diferenciar: los descuentos instantáneos y los diferidos.

Mientras que los **descuentos instantáneos** se hacen efectivos en el momento de pago, los descuentos diferidos se realizan en un momento posterior al de la contratación de la prestación principal. El objetivo perseguido con estos últimos es normalmente el mantenimiento de la fidelización de los consumidores a determinados productores o servicios de un productor, de manera que el descuento se haría efectivo cuando se realizaran una o varias contrataciones o compras de la misma prestación o producto.

2. TIPOS DE DESCUENTOS O REBAJAS

No existe una lista de supuestos en la que se determine *a priori* que tipo de descuentos llevados a cabo podrán resultar anticompetitivos, ni tampoco que tipo de rebajas son consideradas competitivas. Las empresas disponen de libertad para poder fijar el modelo de descuentos que consideren más adecuado para incrementar la demanda de sus productos y premiar la preferencia de sus clientes sin perjuicio de que las conductas ejecutadas con un marcado carácter anticompetitivo o de exclusión puedan ser sancionadas.

⁶² En este sentido al haberse aplazado el pago, la reducción del precio no solo sería debida a la eliminación del pago de los intereses devengados de los pagos a plazos sino de los dividendos obtenidos por la inversión de la cantidad del precio desde el momento de la compra hasta la fecha efectiva del pago.

A. TIPOS DE DESCUENTOS CONTRARIOS AL ART. 102 DEL TFUE

De manera general, por la forma en que son tratados por la Comisión, al aplicar el art. 102 del TFUE, se distingue entre tres tipos de descuentos problemáticos: los descuentos por fidelidad (*fidelity rebates*), los descuentos por objetivo individualizado (*target rebates*) y los descuentos por volumen o cantidad estandarizados (*volume or quantity rebates*)⁶³.

i. Descuentos por fidelidad (*Fidelity rebates*)

Este tipo de descuentos son otorgados más o menos explícitamente a cambio de una exclusividad total o parcial por parte de un cliente al comprar un producto de una empresa dominante durante un periodo determinado de tiempo.

Ejemplo:

La empresa dominante Alfa realiza en cada unidad del bien X un descuento del 5% a todos sus clientes, siempre y cuando durante un periodo de tres meses al menos el 40% del total de las unidades adquiridas del bien X hayan sido compradas a través de su empresa.

En estos esquemas de descuentos no se prima la cantidad o el volumen adquirido sino la máxima proporción del total de compras de una categoría de producto a una misma empresa. Pudiéndose dar el caso, un cliente con pequeños requerimientos que adquiera la mayoría de estos de un proveedor, puede obtener el mismo descuento que un cliente con mayores requerimientos, incluso cuando el nivel de compras varíe sustancialmente⁶⁴, debido a que su tasa de exclusividad podría ser mayor.

⁶³ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., pág.316.

⁶⁴ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., pág. 251.

Los descuentos de fidelidad son una forma particular de precio no lineal de los cuales el precio por unidad de producto disminuye cuando las compras de los clientes alcanzan un umbral de requerimiento mínimo, específico del cliente; generalmente, la elección de la forma particular de umbral está determinada por los costes relativos y los beneficios asociados a cada tipo de umbral⁶⁵.

Estas rebajas han sido vistas generalmente por la Comisión como mecanismos de exclusión horizontales que tienen como objetivo la exclusión de competidores o impedir su expansión⁶⁶. Y también en algunos casos para impedir las importaciones paralelas. Sin embargo, sólo serán anticompetitivos si esta exclusión es perjudicial para la estructura de competencia efectiva en el mercado y por tanto para los consumidores. Y ello porque la empresa en posición de dominio no puede justificar que su esquema de rebajas produzca eficiencias que compensen el daño a la competencia.

En la Sentencia *Hoffmann-La Roche*⁶⁷, se examinó un supuesto en el que dicha compañía dominante había concedido descuentos a varios compradores, como contrapartida al compromiso por parte de los clientes a adquirir la totalidad o la mayoría de sus vitaminas a *Hoffmann-La Roche*. El Tribunal consideró que estos contratos, por un lado, tuvieron un efecto horizontal por distorsionar la competencia entre los distintos productores de vitaminas y, por otro lado, tenían un efecto discriminatorio al aplicarse condiciones diferentes para transacciones equivalentes⁶⁸.

⁶⁵ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., pág. 251.

⁶⁶ GERADIN: *"Price discrimination under EC Competition Law..."*, cit., pág. 12.

⁶⁷ Sentencia del TJCE, de 13 febrero de 1979, Asunto 85/76.

⁶⁸ En el párrafo 89 de la Sentencia se expone que: *"lo mismo se predica si la empresa, sin vincular a sus compradores bajo un compromiso formal aplica, bien por los términos de los acuerdos concluidos con*

Los motivos por los que se condena el sistema de descuentos de *Hoffmann* se basan en dos componentes: el efecto de “cierre del mercado” de los descuentos de fidelidad en el mercado de las vitaminas y la discriminación entre clientes creada por dicho sistema. Se ha criticado al TJCE que una vez asumida esa postura debería haber analizado la forma en que un descuento de fidelidad impide la entrada al mercado de nuevos competidores⁶⁹.

Sin embargo, en una línea jurisprudencial reiterada se ha mantenido la misma postura y sistemáticamente se han condenado los descuentos de fidelidad. Por lo que la aplicación del Derecho *antitrust* en este campo parece aproximarse a una prohibición *per se* de los descuentos de fidelidad que no estén relacionados con los costes aplicados por las empresas en situación de dominio.

En conclusión, los descuentos de fidelidad aplicados por una empresa en situación dominante infringen el artículo 102 del TFUE, no sólo por su efecto de atar a clientes al proveedor que los otorga en perjuicio de proveedores rivales, sino también por sus efectos discriminatorios injustificados en relación a los clientes⁷⁰.

ii. Descuentos por objetivo individualizado (*Target rebates*)

Los descuentos por objetivo individualizado⁷¹ son aplicados a cada cliente en función de haber alcanzado unos objetivos de compra predeterminados de forma

dichos compradores o unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, esto es, descuentos condicionados a que el cliente obtenga todo o la mayoría de sus suministros –da igual que la cantidad que compre sea grande o pequeña- de la empresa en posición dominante”. Y en el párrafo 90 continúa: “aún más, el efecto de los descuentos de fidelidad es la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes con otras partes, ya que dos compradores pagan un precio diferente por la misma cantidad del mismo producto dependiendo de si obtienen sus aprovisionamientos exclusivamente de la empresa en posición dominante o tienen fuentes alternativas de suministro”.

⁶⁹ DIÉZ ESTELLA: *La discriminación, cit.*, pág. 261.

⁷⁰ DIÉZ ESTELLA: *La discriminación, cit.*, págs. 262 y ss.

⁷¹ También llamados aunque de forma minoritaria retroactivos o funcionales.

individualizada, que pueden fundamentarse en una estimación de sus necesidades pasadas o formularse en términos absolutos a partir de un control de las compras realizadas durante un periodo de referencia determinado⁷².

Ejemplo:

Para obtener un 3% de descuento sobre el bien X que vende una empresa en posición de dominio, el cliente Alfa deberá al menos comprar 5.000 en dos meses para percibir el descuento; mientras que el cliente Beta para obtener el mismo descuento deberá de adquirir 30.000 unidades como mínimo y el cliente Gamma 100.000 unidades.

En este tipo de esquemas, el cliente no obtiene la rebaja hasta el final del periodo de referencia pactado con el proveedor y siempre y cuando haya llegado o sobrepasado el umbral de ventas previamente acordado con la empresa en posición de dominio.

En el caso de que la rebaja sea sustancial y el objetivo fuera establecido muy cerca de los requerimientos totales del cliente, tendría un efecto de inducción a la fidelidad en la medida que dicho cliente se animaría a incrementar sus compras a costa de los demás proveedores, y se iría incrementando en cada periodo⁷³.Consecuentemente, este esquema puede considerarse como una variante del esquema de descuentos por fidelidad. Además, en muchos casos las condiciones sobre los descuentos por objetivo

⁷² MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., pág.316.

⁷³ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., pág. 249.

no han sido definidas claramente por escrito a los clientes, lo que supondría la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes⁷⁴.

Como consecuencia de este tipo de esquemas, podría producirse un efecto horizontal de exclusión para el resto de proveedores del mercado y los clientes se verían privados de elegir sus fuentes de abastecimiento debido a que no habría ninguna contraprestación económica que pudiera justificar esta actuación⁷⁵.

El Tribunal europeo ha plasmado en la mayoría de las ocasiones los criterios anteriormente expuestos, como se ha podido comprobar en el Caso *Michelin*.

iii. Descuentos por volumen o cantidad estandarizados (Volume or quantity rebates)

Este tipo de descuentos consisten en una reducción directa en el precio y se conceden de forma generalizada a cualquier cliente cuyas compras alcancen unos determinados niveles o umbrales de pedidos durante un periodo de tiempo estipulado⁷⁶.

Ejemplo:

⁷⁴ En caso *Michelin*, STJE de 9 de noviembre de 1983 en el párrafo 64 se dice textualmente: “Según la Comisión, el sistema de bonificaciones practicado por NBIM constituye un abuso por el hecho de estar basado en la formulación de objetivos de ventas individuales y selectivos no definidos claramente por escrito, destinados a vincular a NBIM a los revendedores de neumáticos, lo que supone la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Se trata, en su opinión, de una variante de descuento por fidelidad como el que fue objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, antes citada, supeditado a la condición de que el cliente se abastezca al menos de una parte importante de sus necesidades en la empresa que disfruta de la posición dominante, por lo que tiende a privar al cliente de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento”.

⁷⁵ Mientras que en el párrafo 73: “En consecuencia, para apreciar si NBIM incurrió en una explotación abusiva de su posición dominante mediante este sistema de descuentos, procede apreciar el conjunto de las circunstancias y, en particular, los criterios y condiciones de concesión del descuento, y examinar si dicho descuento pretende, mediante la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a sus socios comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia”.

⁷⁶ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., pág. 317.

La empresa Alfa ofrece a todos sus clientes un descuento del 1% si han adquirido durante 2 meses de 1.000 a 2.000 unidades del bien X, un 2% de 2.001 a 3.000 unidades, un 3% de 3.001 a 4.000 unidades y un 4% a partir de 4.001 unidades.

Los descuentos o rebajas por volumen son ofrecidos sobre bases no discriminatorias a todos los clientes, es decir, todos los clientes tienen acceso a los mismos descuentos⁷⁷. Por otra parte, el incremento de los umbrales en este tipo de descuentos se produce sobre bases lineales, el pago es proporcional al número de unidades implicadas en la transacción.

Los efectos de los descuentos por volumen, si están relacionados únicamente al ahorro de costes derivados de vender más unidades de un bien en un mismo pedido, son benignos, es decir, no son cuestionados por el Derecho europeo de la competencia; a mayor cantidad adquirida por un cliente, la transacción en promedio es más barata⁷⁸.

Sin embargo, actualmente en la práctica comunitaria, este tipo de descuentos, a pesar de ser estandarizados, y no infringir el art. 102 del TFUE, son en algunos casos

⁷⁷ En la Unión Europea este tipo de descuentos no se consideran discriminatorios porque dos clientes que realicen el mismo volumen de compras recibirán el mismo descuento. Sin embargo, los Tribunales de Estados Unidos si los consideran discriminatorios debido a que una empresa pequeña nunca va a poder igualar los niveles de compra de una empresa grande y conseguir los mismos niveles de descuentos de esta última. En varias sentencias del Tribunal estadounidense se ha considerado que en realidad ciertos tramos de descuentos sólo eran accesibles para unas pocas empresas, por lo que fueron declarados discriminatorios. Aplicando este criterio estos descuentos podrían tener el mismo efecto que los descuentos por objetivos individualizados. *Vid., in extenso*, DIÉZ ESTELLA: *La discriminación, cit.*, págs. 257 y ss.

⁷⁸ MOTTA: *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004.

considerados abusivos por incitar a la fidelización y porque la rebaja no se basa en ninguna contraprestación económica⁷⁹.

Un mecanismo para promover la fidelidad es estipular periodos de referencia muy largos (mayores de 3 meses)⁸⁰ a la hora de aplicar el descuento. Cuando mayor sea el periodo mayor será también el efecto de fidelización debido a la incertidumbre que tiene el cliente de no saber con exactitud las compras que se van a realizar y, por tanto, no saber qué intervalo de descuento va a alcanzar en el periodo. Debido a este hecho, el cliente no conocerá el descuento exacto que le será aplicado hasta la finalización del periodo. Además, los clientes en sus intentos de situarse en los tramos superiores de la escala para así obtener un descuento mayor comprarán exclusivamente a la empresa en posición de dominio.

Por otra parte, ciertos esquemas de descuento por cantidad pueden provocar efectos de exclusión sobre los competidores, sin perjuicio de que su periodo de referencia sea muy corto debido a que hay proveedores que pueden competir por la totalidad de la demanda de los clientes mientras que otros sólo pueden competir por una parte de ella. En este último caso, en el cual el cliente necesita comprar al menos parte de sus requerimientos a la empresa dominante, el sistema de descuentos tendría efectos excluyentes⁸¹.

⁷⁹ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., pág. 317.

⁸⁰ La Comisión en reiteradas Decisiones ha considerado un período superior a 3 meses como abusivo. Por ejemplo, en la Sentencia *Michelin II* expone: “...*El Tribunal de Justicia no ha declarado formalmente que el período de referencia no pueda exceder de tres meses. No obstante, no puede negarse que el efecto de fidelización de un sistema de descuentos calculados tomando como base la totalidad del volumen de negocios realizado es proporcionalmente mayor cuanto mayor es la duración del período de referencia...*”, Párrafo 85.

⁸¹ Además, en el párrafo 88 se considera que: “*El incentivo a la compra derivado de un sistema de descuentos cuantitativos es, por tanto, mucho más importante cuando los descuentos se calculan sobre la totalidad del volumen de negocios realizado durante un determinado período de tiempo que en el caso*

En conclusión, un descuento por volumen no sería considerado como abusivo cuando se cumplan las siguientes circunstancias: que el período de referencia sea muy corto, que el cliente obtenga el descuento sólo sobre las compras incrementales, es decir por encima del umbral generalizado y que el sistema de descuentos sea objetivamente justificado sobre la base de eficiencias económicas derivadas específicamente de la transacción⁸².

B. OTRAS CLASIFICACIONES

AHLBORN y BAILEY⁸³ clasifican las rebajas de acuerdo a tres criterios: según el tipo de umbral, el ámbito de aplicación y el producto o grupo de productos sobre los que se aplican.

Según el tipo de umbral se distinguen: rebajas por objetivos de volumen (rebajas de cantidad) y rebajas sobre un porcentaje de los requerimientos totales (rebajas de cuota de mercado). Cuando el porcentaje requerido es del cien por cien, se pueden denominar rebajas exclusivas.

Dependiendo del ámbito de aplicación: rebajas progresivas (rebajas de incremento), se aplican sobre las unidades de incremento por encima del umbral y rebajas hacia atrás (rebajas sobre todas las unidades), las cuales se aplican tanto a las unidades por debajo como por encima del umbral.

Y por último las rebajas sobre el producto o grupo de productos en los que se aplica: las rebajas que exclusivamente se aplican a una categoría de productos (rebajas

de que dichos descuentos se calculen únicamente tramo por tramo. El sistema de descuentos cuantitativos tiene un efecto de fidelización tanto mayor cuanto más largo sea el período de referencia."

⁸² MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., pág. 317.

⁸³ AHLBORN Y BAILEY: "Discounts and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison", en *European Competition Journal*, vol. 2, 2006, págs. 100 y ss.

de producto único) o que abarcan muchos productos distintos (rebajas multiproducto o rebajas en paquete).

Otra clasificación posible es atendiendo a los tipos de rebajas que tienen efectos de exclusión anticompetitivos e implican un precio no lineal⁸⁴. Con arreglo a este criterio cabría distinguir entre: rebajas o descuentos por volumen o cantidad, rebajas y descuentos por objetivos o rebajas retroactivas, descuentos de cuota de mercado o descuentos de incremento, descuentos a margen progresivo, las rebajas de fidelidad y descuentos de lealtad y las rebajas y descuentos multiproducto.

Finalmente, la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades de control en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes⁸⁵, clasifica las rebajas según los efectos de exclusión que puedan producir. Considera las rebajas de producto único y las rebajas multiproducto; las rebajas condicionales y no condicionales y divide a las condicionales en rebajas de incremento y rebajas sobre todas las unidades.

⁸⁴ Esta clasificación es realizada por NUÑEZ OSORIO en su monografía, *El abuso anticompetitivo...*, cit., págs. 246 y ss.

⁸⁵ DOUE C 45/7 de 24.02.2009. *Vid., infra*, capítulo III.III.1.

CAPÍTULO III: TRATAMIENTO DE LOS DESCUENTOS

DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA

COMPETENCIA

I. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA

Los efectos económicos de las rebajas son ambiguos y significativamente dependientes de las características específicas del mercado en el cual son aplicadas. De acuerdo con el Informe de la OCDE⁸⁶ sobre descuentos y rebajas de lealtad y fidelidad (*Loyalty and fidelity Discounts and rebates*):

“Because fidelity discounts have potentially significant pro- and anti-competitive effects, and both are highly dependent on specific features of the discounts and the markets they are found in, a case approach to fidelity discounts seem warranted.”

1. EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LOS DESCUENTOS

Los esquemas de rebajas y descuentos que tengan el efecto de distorsionar la competencia entre los competidores de la empresa de dominio, y que su fin principal

⁸⁶ OCDE: *Loyalty and fidelity Discounts and rebates*, 2002, pág. 20. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf> En este informe se propone la eliminación de prohibir a *per se* ciertos esquemas de rebajas y se sugiere una mayor aproximación basada sobre los efectos procompetitivos y la obtención de eficiencias vinculadas a los mismos.

sea disminuir o excluir a los competidores del mercado o evitar la entrada a posibles de competidores potenciales serán considerados anticompetitivos.

A. ELIMINACIÓN DE COMPETIDORES Y CIERRE DE MERCADO (*FORECLOSURE*)

Son esquemas de rebajas que llevados a cabo por empresas en posición dominante cuyo efecto principal es obstaculizar el acceso de competidores potenciales al mercado o su eliminación del mismo. Son conductas que no solo crean obstáculos a la competencia sino que además no producen ninguna eficiencia contrarrestadora.

Por lo tanto, estos esquemas de rebajas han sido planeados por las empresas en posición de dominio con un único objetivo: la eliminación de los competidores. La doctrina unánimemente señala que los efectos anticompetitivos de los descuentos en estos casos, están establecidos sobre las bases de los efectos del esquema como un todo, que producen una eliminación real⁸⁷.

Por otro lado, la cuota de los requerimientos de los clientes a cargo de la empresa en posición de dominio en algunos esquemas de rebajas podría crear un efecto excluyente. Según la Comisión, el efecto anticompetitivo del esquema de rebajas, quedará establecido cuando se compare el tamaño de la cuota de los requerimientos del cliente, que el entrante debe capturar, con las cuotas del mercado reales de los competidores y sus cuotas de los requerimientos del cliente⁸⁸.

Como un parámetro fundamental necesario a considerar en el análisis es: determinar el número y tamaño de los clientes participando en el programa y la

⁸⁷ KALLAUGHER y SHER: *“Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82”*, en E.C.L.R., pág. 280; O'DONOGHUE: *“Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC”* en European Competition Law, Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?. Hart Publishing, pág. 10.

⁸⁸ COMUNICACIÓN aplicación del artículo 82, párrafo 29.

proporción de sus ventas que es absorbido a la empresa dominante como resultado del esquema de rebajas. Si el porcentaje de mercado excluido por el programa, es relativamente pequeño, el efecto del programa en disuadir la entrada al mercado también será pequeño, incluso si los costes de cambio para estos clientes son altos.

El tamaño de la exclusión necesaria para crear una barrera significativa a la entrada dependerá de una variedad de factores, incluyendo la escala mínima eficiente para la entrada y la demanda mínima para el producto de la empresa dominante, en ausencia del esquema de rebajas. También es necesario considerar si la cantidad total que adquiere el comprador puede ser estimada por adelantado, o puede ser incrementada significativamente si el comprador comercializa de un modo activamente suficiente⁸⁹.

B. COSTES DE CAMBIO (*SWITCHING COSTS*)

Los costes de cambio o *switching costs* se producen en mercados denominados de dos periodos en los que varias empresas ofrecen productos diferenciados pero que son sustitutivos. En el primer periodo el cliente se aprovisiona de uno de ellos, sin embargo, en el segundo periodo parcial, debido a los costes que les generaría cambiar de proveedor los clientes se ven obligados a seguir utilizando los bienes o servicios del proveedor que les suministraba en el periodo primero⁹⁰.

Los costes de cambio pueden deberse a razones de diversa naturaleza como costes de aprendizaje, costes de cambio de *know-how* o costes de transacción. Sin embargo, el origen principal de este tipo de costes y motivo de estudio en este trabajo son los costes artificiales de cambio generados por las empresas a través de programas de

⁸⁹ NUÑEZ OSORIO: *El abusos anticompetitivo...*, cit., pág. 364.

⁹⁰ Vid., in extenso, KLEMPERER: "The competitiveness of markets with switching costs" en *Rand Journal of Economics*, Vol. 18, N.1, 1987, pág. 138.

fidelidad. Los ejemplos más claros serían la creación de cupones de repetición de compra y programas de “*usuario frecuente*” en los cuales se recompensaría a los clientes con compras gratuitas dentro de la compañía cada vez que obtuvieran un determinado umbral de compras⁹¹.

Otra situación en la que también podría existir un coste de cambio es cuando los periodos de referencia de un descuento por objetivos son muy largos⁹². En este caso, se crea un efecto de fidelidad de compra sobre el cliente, ya que seguirá comprando al mismo proveedor para obtener el descuento acumulado durante ese período⁹³.

En conclusión, los costes de cambio creados por un sistema de descuentos de fidelidad contribuyen a reducir la elasticidad de la demanda de los clientes, y por lo tanto, podría llevar en un segundo periodo y en el largo plazo a un precio de equilibrio superior en el mercado⁹⁴.

C. NIVELES DE TRANSPARENCIA

⁹¹ Este esquema de descuentos es realizado frecuente dentro del sector aéreo por las diversas compañías aéreas que operan en el.

⁹² El denominado por algunos comentaristas alemanes como “*efecto succión*” se crea cuando los costes de cambio se incrementan durante el período de referencia para un esquema de rebaja objetivo y su tamaño en relación al precio inicial se incrementa espectacularmente con la longitud del período.

Al considerar los costes de cambio se debe prestar atención a la proximidad del siguiente período de referencia, porque si son periodos cortos, de tres meses o menos, no hay apenas efecto succión, debido a que un competidor de la empresa dominante puede esperar al siguiente período para competir, evitando así el efecto de succión de la fase final del período en curso. Se considera que los efectos fidelizantes de las primeras fases de los períodos de referencia cortos (inferiores a 3 meses) no son “apreciables”. Además, en términos económicos es lógico pensar que los nuevos proveedores descuenten los costes asociados al cambio de proveedor para así facilitar el cambio de proveedor.

⁹³ KALLAUGHER y SHER: “*Rebates Revisited: Anti-competitive Effects...*”, *cit.*, págs. 267 y ss.

⁹⁴ FAELLA: “*The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*” en *Jnl of Competition Law & Economics*, 2008, pág. 5.

Paradójicamente, si un grado muy alto de transparencia en los precios puede dañar la competencia también un grado muy bajo puede crear efectos anticompetitivos⁹⁵.

Unos niveles bajos de transparencia en el esquema de rebajas pueden generar efectos anticompetitivos debido a que dificulta a los compradores comparar con exactitud los precios de diferentes oferentes.

La situación más clara sería aquellos esquemas de descuentos de fidelidad que no implican compromisos de precios firmes o cerrados.

Los esquemas de rebajas en los cuales el descuento no se obtiene hasta el final del periodo de referencia generan incertidumbre sobre el nivel final de los precios, ya que en muchos casos el cliente no va a saber la cantidad exacta de producto que va a necesitar en un intervalo concreto de tiempo, y por tanto, el consumidor sólo va a poder hacer una estimación del precio y se verá obstaculizado a la hora de hacer una comparación veraz de precios de otros proveedores.

Consecuentemente, cuanto más largo sea el periodo de referencia más incertidumbre se creará y más difícil será calcular con certeza el precio final del producto debido a que el grado de transparencia decrecerá y hará más difícil la comparación.

D. LA VINCULACIÓN DE PRODUCTOS

⁹⁵ O'DONOGHE: *"Over-Regulating Lower Prices..."*, cit., pág. 11; FALLEA: *"The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts..."*, cit., pág. 5; WHISH: *Competition law*, cit., pág. 700; OCDE: *Loyalty and fidelity Discounts...*, cit., pág. 23.

Las ventas conjuntas o *mixed bundling*⁹⁶ consiste en la adquisición de bienes y servicios de forma individual o como partes integrantes de un paquete a un precio comparativamente más reducido, que la compra de los productos aislados.

El establecimiento de un precio de los componentes adquiridos de forma aislada comparativamente más alto que el del paquete de productos, evita al proveedor la utilización, de tácticas coercitivas más explícitas, pero puede no obstante, conseguir los mismos resultados al canalizar la voluntad de los compradores, a través del paquete a la adquisición de ambos productos. La esencia del *mixed bundling*, reside, por tanto, en que el precio del paquete de productos refleja un descuento respecto de cada uno de los componentes adquiridos individualmente. Estas prácticas son muy frecuentes y, en principio, constituyen una forma lícita de competir en el mercado⁹⁷.

El principal problema que plantea la identificación de una vinculación mediante diferencia de precios es la prueba de que el precio asignado al producto principal si es adquirido individualmente, es tan elevado que los compradores inevitablemente se decantarán por la adquisición del paquete. Por lo que la empresa en posición de dominio estaría reduciendo la libertad de opción de los consumidores y falseando la competencia sobre la base de los méritos empresariales.

La vinculación también podría ser inferida si el descuento ofrecido por la adquisición combinada de varios productos, es notablemente superior a la reducción de costes derivados de la producción o distribución conjunta. Situación que podría considerarse una vinculación tácita.

⁹⁶ Vid., *in extenso*, HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados...*, cit., págs. 235 y ss.

⁹⁷ HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados...*, cit., págs. 243 y ss.

Otro efecto anticompetitivo derivado de la vinculación es el enmascaramiento de precios⁹⁸. La venta conjunta de productos complementarios comporta la fijación de un precio unitario para la oferta combinada. Dentro de la suma comprensiva, así precisada, no es posible distinguir el precio de los bienes individuales que la integran, el comprador no sabe que parte de ese precio va destinado a remunerar cada prestación. Si, por cualquier razón, el vendedor está interesado en ocultar el precio verdaderamente aplicado al producto sobre el que posee poder de mercado, puede unirlo a un segundo bien y camuflar el precio real del primero en la suma del paquete o combinación de productos. Es más, esta manipulación es posible incluso cuando se estipulan precios separados. El vendedor puede manejar los precios, asegurándose una ventaja artificial en el mercado de una de las prestaciones, aplicando a la misma precios muy bajos, con la seguridad de poder recuperar la pérdida de ingresos que sufre mediante un aumento del precio de la otra.

En este caso los efectos anticompetitivos estarían presentes tanto en el mercado en el cual la empresa goza de una posición de dominio como en el mercado del producto vinculado.

E. IMPEDIR IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES

Ciertos esquemas de rebajas tienen el efecto de impedir las importaciones y exportaciones. Por ejemplo, empresas multinacionales que sólo conceden descuentos a los clientes sobre las compras que hayan efectuado en la sucursal del país del comprador evitando que el comprador se abastezca a través de otra sucursal donde el

⁹⁸ HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados...*, cit.: págs. 470 y ss.

precio de partida fuera inicialmente más bajo. De esta forma las empresas pueden tener diferentes niveles de precios en cada mercado geográfico⁹⁹.

Otro caso es cuando una empresa en posición de dominio ofrece descuentos por objetivos individualizados a consumidores que hubieran estado importando el producto de otro país, con el objetivo de lograr una cuota de mercado todavía mayor.

2. EFECTOS PROCOMPETITIVOS DE LOS DESCUENTOS

Además de las ventajas de un precio inferior que tienen en común todos los descuentos, las rebajas de fidelidad o de objetivos pueden producir determinados efectos o ventajas procompetitivas. La ventaja más obvia de todas es que estos tipos de rebajas permiten al vendedor recuperar los costes fijos de una forma más eficiente que los descuentos de cantidad¹⁰⁰.

A continuación se detallan los efectos procompetitivos que pueden llevar asociados los descuentos.

A. REDUCCIÓN DE PRECIOS

La reducción en el precio es el fin principal de cualquier descuento. Cuando una empresa dominante decide ofrecer descuentos por fidelidad, sus competidores pueden responder de la misma forma, reduciendo así el coste de los compradores en general, que se puede traducir en precios más bajos para los consumidores finales¹⁰¹. Por lo tanto estos hechos crean efectos procompetitivos en el mercado.

B. REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE PRODUCCIÓN

⁹⁹ WHISH: *Competition law, cit.*, págs. 723 y ss.

¹⁰⁰ O'DONOGHUE: *“Over-Regulating Lower Prices...”, cit.*, pág. 9.

¹⁰¹ MARTÍNEZ LAGE: *El abuso de la posición, cit.*, págs. 326 y ss.

Como efecto positivo, los descuentos de fidelidad o por objetivo pueden reducir los costes de producción, por ejemplo, si éstos son introducidos con el objetivo de mantener una cuota de mercado del vendedor más o menos estable, se conseguirán eficiencias en muchos niveles¹⁰².

También pueden proporcionar al productor seguridad en la producción del volumen del producto¹⁰³ para poder conseguir economías de escala y así, reducir los costes de producción y los precios de venta resultantes.

Además, las rebajas o descuentos de fidelidad de producto único pueden beneficiar a los consumidores al reducir los precios e incrementar la producción más allá de lo que el monopolista podría fijar o producir de otro modo, conduciendo a una distribución más eficiente de los recursos, generando así un potencial procompetitivo¹⁰⁴.

Como resultado, se reduce la incertidumbre y se logra optimizar y planificar la producción disminuyendo los costes.

C. PERMITEN LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES FIJOS

Las rebajas de fidelidad y objetivo individualizado permiten al vendedor recuperar los costes fijos¹⁰⁵ más eficientemente que los descuentos en cantidad, ya que el precio

¹⁰² NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., pág. 254.

¹⁰³ O'DONOGHUE: *“Over-Regulating Lower Prices...”*, cit., pág. 10.

¹⁰⁴ Informe del Departamento de Justicia norteamericano, pág. 106.

¹⁰⁵ Los costes fijos también llamados costes hundidos o perdidos, son gastos que se generan independientemente de que la empresa esté produciendo o esté parada. Estos costes pueden estar constituidos por el equipo o maquinaria o los intereses de las deudas.

marginal¹⁰⁶ no es posible o deseable en industrias que se basan en la recuperación de costes fijos.

A través de los esquemas de los descuentos de fidelidad, las empresas pueden recuperar una inversión sustancial en su capacidad adicional que resultaría notable sólo si el comprador se compromete a adquirir todos sus requerimientos de la empresa dominante por un importe suficiente para recuperar lo gastado¹⁰⁷.

Además aquellas empresas que hubieran invertido en la investigación, desarrollo o mejora de nuevos productos al asegurarse la compra en exclusiva durante un determinado tiempo¹⁰⁸ podrían recuperar los costes fijos generados. Este hecho incentivaría a las empresas a innovar debido a la posibilidad de recuperar los costes derivados de la inversión. Y la innovación se traduciría en un incremento de bienestar para toda la sociedad.

En conclusión, en mercados donde los costes fijos sean muy altos los descuentos de fidelidad y por objetivo van a tener más efectos procompetitivos que anticompetitivos.

D. INCENTIVOS A LOS MINORISTAS

¹⁰⁶ El precio marginal es el precio en el nivel del extra coste de producir la última unidad de producción.

¹⁰⁷ NUÑEZ OSORIO: *EL abusos anticompetitivo...*, cit., pág. 256.

¹⁰⁸ La determinación del período de exclusividad es una variable muy importante que puede hacer que el descuento en vez de procompetitivo fuera declarado ilegal. Esto puede ocurrir cuando una empresa intenta continuar un suministro en exclusiva cuando la patente hubiera expirado. Por ejemplo, si una empresa en el momento de firmar un contrato de compra exclusiva con un cliente, la patente objeto del contrato expira en dos años y el contrato obliga a una exclusividad de siete, sería un acto anticompetitivo ya que el proveedor continuaría con una distribución exclusiva más tiempo del permitido legalmente. Además durante ese tiempo la empresa habría podido recuperar la inversión. Si se permitiera una exclusividad indefinida se produciría el efecto contrario, las empresas no tendrían la necesidad de invertir debido a la perdurabilidad de un suministro en exclusiva. Mientras que cuando únicamente se permite exclusividad durante un determinado periodo, la empresa recuperaría la inversión y al finalizar el período exclusividad podría estar de nuevo incentivada a volver a innovar para conseguir otro periodo de exclusividad.

Las rebajas de cuota de mercado inducen a los minoristas a promocionar el producto de la empresa dominante y, de este modo, reforzar la competencia tanto a nivel horizontal como vertical¹⁰⁹.

Estos esquemas son utilizados como un mecanismo de incentivo para inducir un comportamiento eficiente de los detallistas, debido a que algunas veces es difícil vigilar el comportamiento de los distribuidores. Por ejemplo, estos esquemas pueden ser utilizados para que un distribuidor en el punto de venta publicite, promocióne y sobre todo informe a los clientes acerca del producto. Y mientras una reducción de precio en todas las unidades sería demasiado sacrificio para el proveedor, el rebajar las unidades adquiridas a partir de cierto umbral es viable para el proveedor y proporciona un incentivo al distribuidor.

Por otra parte, también recaen efectos beneficiosos sobre los consumidores finales debido a que obtienen más información sobre los productos de determinadas marcas y de este modo realizan una compra más crítica evitando los problemas de elección adversa. Resulta entonces en un incremento de la competencia entre marcas (*interbrand competition*)¹¹⁰, animando a los compradores a concentrar todas o casi todas sus compras en un vendedor.

Debido a que se incrementa la proporción de consumidores que ejecutan decisiones de compra más informadas, el uso de los descuentos de cuota de mercado incrementan el bienestar. Mientras estos descuentos incrementan la cuota de mercado de la empresa que los ofrece y disminuyen la cuota de otras empresas, su uso

¹⁰⁹ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., pág. 237.

¹¹⁰ O'DONOGHUE: *"Over-Regulating Lower Prices..."*, cit., pág. 9.

no excluye del mercado a las competidoras, excepto bajo condiciones muy extremas¹¹¹.

Por lo tanto, este esquema tendrá éxito en mercados donde haya un fuerte poder de marcas siendo múltiples los efectos procompetitivos.

E. CREACIÓN DE EFICIENCIAS VERTICALES ESTÁNDARES

A través de esquemas de rebajas de fidelidad y de exclusividad se reducen los costes para el proveedor en mantener la reputación y la calidad de su producto, después de que la mercancía haya pasado al distribuidor, y reducir la incidencia de prácticas de parasitismo o *free-riding*.

El parasitismo se produce cuando una empresa se beneficia de las acciones y esfuerzos de otra sin pagar o compartir los costes. Por ejemplo, un servicio de preventa que es útil para el consumidor final y que es ofrecido por un distribuidor y cuyo precio no puede separarse del precio del producto del fabricante, por ejemplo, informar al cliente sobre el producto y explicarle el funcionamiento del mismo. Un detallista que voluntariamente está proveyendo al cliente del servicio anteriormente citado podría verse superado por otro detallista competidor que no ofreciera ese servicio. Así, un segundo detallista podría aprovecharse de valor añadido que ofrece el primer detallista, ya que, los consumidores finales podrían informarse sobre el producto en el establecimiento del primer detallista pero comprarlo en la tienda del segundo detallista que al no ofrecer ese servicio preventa el precio sería inferior.

Un fabricante podría impedir el parasitismo contra los detallistas que provean servicios de preventa fijando un precio por encima de los costes mínimos de la

¹¹¹ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., págs. 258 y ss.

distribución, suficientes para que el detallista ofrezca el servicio de preventa beneficioso para el fabricante¹¹².

Por lo tanto, en este caso, el fabricante al ofrecer un descuento al detallista estaría “*subvencionando*” el servicio preventa ofrecido por el detallista a cambio de la lealtad y fidelidad de éste último hacia sus productos y además garantizándole una ganancia mayor que la que le daría la competencia pura.

F. INVERSIONES ESPECÍFICAS PARA SUMINISTRAR A UN CLIENTE EN PARTICULAR

Cuando un proveedor efectúa una relación de inversión específica con el objeto de suministrar a un cliente en particular, puede requerir al comprador que adquiera una cantidad mínima determinada de producto, que pueda estar asegurada por un sistema de rebajas con el fin de recuperar la inversión realizada¹¹³.

Un proveedor, no estaría motivado en asesorar a sus distribuidores con el objetivo de hacerlos más eficientes en la promoción de sus productos o servicios complementarios si hay riesgo de que su inversión pueda ser utilizada en beneficio de sus competidores. Con un esquema de rebaja de cuotas de mercado o exclusividad el proveedor puede estar seguro de recuperar su inversión.

Por lo tanto, tendrán un efecto procompetitivo los acuerdos exclusivos que generen ventajas para ciertos clientes si dichos acuerdos son necesarios para que la empresa dominante realice ciertas inversiones destinadas específicamente a una relación comercial para poder suministrar a esos clientes¹¹⁴.

¹¹² POSNER: *Análisis económico...*, cit., págs. 466 y ss.

¹¹³ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., págs. 262 y ss.

¹¹⁴ Comunicación aplicación art. 82, párrafo 46.

G. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA A NIVEL VERTICAL

Consiste en ofrecer las mismas ventajas de descuentos tanto a PYMES como a grandes empresas y así fomentar la competencia en este nivel¹¹⁵. Un ejemplo sería los esquemas de descuentos de exclusividad, en los cuales se bonifica igual a todas las empresas debido a que no se vincula en función de la cantidad adquirida.

Estos esquemas fomentan la competencia dentro de la marca (*intrabrand competition*) debido a que todos los tipos de detallistas parten de las mismas condiciones, de este modo, pueden competir en igualdad de condiciones en la captación de consumidores potenciales. A su vez, al poder competir vía precios, los detallistas harán un esfuerzo mayor en la promoción del producto para captar el mayor número de clientes a su establecimiento.

Además, este tipo de descuentos es muy positivo para los fabricantes que deseen realizar una distribución intensiva, ya que todos los tipos de establecimiento, y en especial los pequeños minoristas, estarán dispuestos a ofertar sus productos al obtener las mismas condiciones de compra-venta que el resto de detallistas.

Aunque estos esquemas pudieran tener algún efecto negativo, que todos los clientes minoristas adquieran el producto al mismo precio crea efectos procompetitivos debido a que todas las empresas pueden competir vía precios en igualdad de condiciones.

H. ASEGURAN UN PRECIO MARGINAL BAJO CUANDO LA DEMANDA AGREGADA ES INCIERTA

¹¹⁵ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición..., cit.*, pág. 327.

Los descuentos de cuota de mercado o sobre todas las unidades, simplemente podrían ser utilizados por todos los proveedores para inducir un precio marginal bajo cuando la demanda es incierta¹¹⁶.

Como la demanda del producto es incierta para los clientes, en este caso es más conveniente definir sus compromisos con el proveedor como una proporción de los requerimientos totales que en términos de cantidad¹¹⁷.

En este caso, los descuentos de cuota de mercado no conducen a inducir a los clientes a que alcancen un umbral por encima de las ventas del que la rebaja toma efecto. Simplemente se intenta asegurar que el precio de sus unidades marginales sea más bajo que aquél de uno inframarginal.

II. CRITERIOS O TESTS PARA MEDIR LOS EFECTOS ANTICOMPETIVOS

1. CRITERIO TRADICIONAL

Tradicionalmente se ha identificado el concepto de daño a la competencia con “daño a la estructura del mercado”. Este pensamiento reflejaba la desconfianza que la escuela ordoliberal alemana tenía hacia las empresas con poder de mercado y también el paradigma estructura-comportamiento-resultado¹¹⁸.

¹¹⁶ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., págs. 262 y ss.

¹¹⁷ RIDYARD: “Article 82 Price Abuses-Toward a More Economic Approach”, en *European Competition Law*, Annual 2003, pág. 12. Por ejemplo, asumiendo que las empresas X e Y no saben si las ventas totales de los distribuidores serán de 5.000 o 50.000, pero saben que las preferencias del consumidor final harán que sendas empresas tengan al menos un 30% de cuota de mercado. Por lo tanto, una manera fácil para que cada empresa proporcione incentivos al detallista es establecer un precio por unidad alto por todas las unidades por debajo del 30% de las ventas totales y un precio por unidad bajo para las unidades por encima de ese umbral. Entonces el detallista se enfrenta a un precio marginal bajo para ambos productos y probablemente los precios al detalle serán bajos.

¹¹⁸ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., págs. 177 y ss.

En muchos pronunciamientos de la Comisión y de los Tribunales¹¹⁹ se reflejaba la idea de que una empresa con una elevada cuota de mercado debilitaba la competencia dentro del mercado. Es decir, se partía de la base de que sin competidores no hay competencia, independientemente de que esos competidores fueran más, igual o menos eficientes que la empresa dominante.

Este planteamiento pudo tener un fundamento en el momento que se liberalizaron los antiguos monopolios nacionales de los Estados. Pero, al ir desapareciendo estos monopolios nacionales, esta proposición está siendo superada. Es más, la experiencia ha demostrado que el grado de competitividad de un mercado no depende del número de operadores presentes¹²⁰.

Al parecer, las críticas a este planteamiento tradicional han hecho cambiar a las instituciones europeas en relación a la modernización del art. 102 del TFUE afirmando que se protege a la competencia y no a los competidores.

2. TEST DEL COMPETIDOR IGUALMENTE EFICIENTE

Este sistema de evaluación fue propuesto por POSNER¹²¹. El test califica una práctica llevada a cabo por una empresa en posición de dominio como abusiva cuando resulte probable que excluya del mercado a un competidor igual o más eficiente que la empresa dominante.

¹¹⁹ Esta idea se ha plasmado en casos como *Hoffmann-La Roche, Irish Sugar y British Airways*.

¹²⁰ Por ejemplo, los oligopolios en algunos casos pueden ser sorprendentemente competitivos, e incluso los monopolios pueden comportarse de forma competitiva si, en ausencia de barreras de entrada significativas, existen competidores potenciales que puedan ejercer una amenaza creíble de penetración en el mercado.

¹²¹ MARTINEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., págs. 219 y ss.; NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., págs. 396 y ss.

POSNER, postula que, en presencia de economías de escala, la fijación de esquemas de rebajas que tengan un efecto de fidelidad, como la obligación de suministro exclusivo, es una forma de evitar que un rival consiga eficiencias¹²². Sin embargo considera que las economías de escala significativas no son un atributo de una empresa sino de un mercado, es decir, que no son una característica de la posición de dominio.

Por otro lado, la doctrina alega bastantes inconvenientes y descarta su viabilidad en la práctica. Uno de las críticas principales es que rivales menos eficientes podrían ser igual de eficientes que la empresa en posición de dominio si pudieran alcanzar economías de escala, en consecuencia, no pueden ofrecer los mismos precios que la dominante. Además algunos de los rivales menos eficientes podrían haber llegado a esta situación debido a que su eficiencia habría sido dañada por la empresa en situación de dominio.

Quienes cuestionan este test argumentan que su aceptación implica que la norma estaría eliminando por sí misma la competencia debido a que presupone que no puede haber ningún daño en el hecho de excluir a un *“rival menos eficiente”*. Sin embargo, la entrada de un rival incluso menos eficiente puede estimular la competencia y bajar los precios.

Además, la aplicabilidad del test del competidor igualmente eficiente falla en identificar los casos de eliminación anticompetitiva, suponiendo indebidamente que los descuentos sean procompetitivos, cuando en algunos casos son concedidos por monopolistas consolidados que por primera vez tienen rivales potenciales reales.

¹²² NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., pág. 406.

Igualmente los descuentos pueden ser simulados o utilizados para que los clientes alcancen cierto umbral de ventas.

En conclusión, debemos preguntarnos si la empresa dominante que está disfrutando de economías de escala, puede utilizar esquemas de descuentos por compra exclusiva para eliminar a empresas que, debido a su tamaño más pequeño, son necesariamente menos eficientes¹²³. Además la empresa en posición de dominio habría podido impedir que la empresa pequeña creciera para acceder a un sistema de economías de escala.

3. LOS TEST DEL BALANCE ENTRE LOS EFECTOS PRO Y ANTICOMPETITIVOS

El test del balance entre los efectos pro y anticompetitivos creado por CARLTON¹²⁴ plantea que el abuso no debe implicar un test de proporcionalidad, sino un test de balance entre el daño competitivo resultante de la conducta con el beneficio comercial.

En primer lugar, se debe contemplar la probabilidad de los efectos anticompetitivos, es decir, el daño a la eficiencia del rival, analizando tres factores:

El primer factor es considerar si el esquema de rebajas genera costes de cambio sustanciales, el segundo paso consistiría en determinar si alguno de los costes de cambio identificados en el paso anterior constituye una barrera significativa a la entrada o pueden crear una exclusión sustancial.

¹²³ NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., págs. 410 y ss.

¹²⁴ KALLAUGHER y SHER: *"Rebates Revisited: Anti-competitive Effects..."*, cit., págs. 263 y ss.; NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, cit., págs. 419 y ss.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no todos los esquemas de rebajas serán objeto de este análisis debido a que en casos donde el programa de descuentos sea parte de un esquema o plan anticompetitivo más amplio, los efectos anticompetitivos serán valorados sobre las bases de los efectos del plan como un todo.

Al fijar los beneficios de los programas de descuentos, la cuestión real debe ser si la conducta genera ganancias de bienestar para los consumidores, es decir, sólo si hay un “efecto potencial de exclusión” limitado, sería suficiente una demostración restringida de los beneficios comerciales. Debido a que muchos esquemas de descuentos de rebajas tienen algunos beneficios comerciales, la mayoría los casos estarían fuera del Art. 102 del TFUE y quedarían sólo los casos con efectos anticompetitivos serios.

De esta manera, si hay efectos anticompetitivos serios, sería apropiado requerir una demostración de los beneficios sustanciales directamente relacionados a la conducta que existiría al margen del impacto excluyente de la misma.

Por lo tanto, los efectos favorables y los desfavorables deben ser cuidadosamente considerados antes de tomar una decisión que dependerá de los hechos en cada caso y de las condiciones en cada mercado en particular.

4. EL TEST DEL DAÑO POSIBLE

GYSELEN¹²⁵ propone un test basado en dos aspectos principales: el primero, es el grado de eliminación que se debe demostrar y el segundo, el tipo de eficiencias que pueden ser consideradas como justificación objetiva, de este modo las empresas

¹²⁵ GYSELEN: “*Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*” en *European Competition Law Annual*, 2003, págs. 1 y ss.; NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo...*, *cit.*, págs. 448 y ss.

dominantes son libres de expandir su cuota de mercado a costa de sus competidores en la medida que compitan sobre los méritos.

Por otra parte, el test distingue las diferentes modalidades de rebajas problemáticas cuestionadas por la Comisión¹²⁶. Sin embargo, el test puntualiza que las rebajas de fidelidad están prohibidas *per se* si se aplican a una proporción muy elevada o a todos los requerimientos de compra de los clientes.

Parte de la doctrina critica este test debido a que condena cualquier rebaja que sea condicionada o que cree incentivos para una compra por el cliente de algunos de sus requerimientos de la empresa dominante, también critican otros pronunciamientos de la Comisión en los que se sugiere que ningún descuento puede ser ofrecido por una empresa en posición de dominio si éstos no están justificados por ahorro en costes u otro motivo objetivo.

Además es considerado un enfoque estructuralista con tres defectos tradicionales: en primer lugar, podría conducir a "*falsos positivos*", en segundo lugar, tiene un enfoque estructuralista especialmente enfocado hacia las barreras de entrada, finalmente, podría resultar que en vez de proteger a la competencia se protegiera a los competidores¹²⁷.

III. VALORACIÓN DE LA COMISIÓN

¹²⁶ Descuentos por fidelidad, objetivo individualizado y por cantidad o volumen. *Vid., supra*, Capítulo II.

¹²⁷ KALLAUGHER Y SHER; "*Rebates Revisited: Anti-competitive Effects...*", *cit.*, págs. 275 y ss. En este caso se proporciona un incentivo para los rivales, para usar el test como herramienta competitiva y promover la competencia del "yo-también" mientras crea un desincentivo en los rivales para desarrollar formas alternativas de que lleguen sus productos a los consumidores.

1. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN - ORIENTACIONES SOBRE LAS PRIORIDADES DE CONTROL DE LA COMISIÓN EN SU APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 82 DEL TRATADO CE (ACTUAL ART. 102 DEL TFUE) A LA CONDUCTA EXCLUYENTE ABUSIVA DE LAS EMPRESAS DOMINANTES

En febrero de 2009 la Comisión Europea publicó la versión final la Comunicación de 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 dominantes¹²⁸ tras haber agotado el plazo para presentar observaciones al *Discussion Paper on the application of Art. 82 of Treaty*¹²⁹.

A través de esta Comunicación se recogieron los avances de la jurisprudencia comunitaria en torno al abuso de la posición de dominio y se establecieron los pilares básicos sobre los que se sustenta una interpretación del artículo 102 del TFUE más próxima a principios y reglas de orden económico¹³⁰.

De las Directrices cabe destacar cuatro aspectos: En primer lugar, la propuesta sobre un análisis de las conductas abusivas basado en los efectos anticompetitivos de la conducta más que en su forma; en segundo lugar, la protección de la competencia más que de los competidores y la promoción del bienestar del consumidor como objetivos esenciales de la prohibición del abuso de la posición de dominio; en tercer lugar, la aplicación de causas de justificación en el contexto de los comportamientos abusivos y, dentro de esta categoría, el especial énfasis en la exención basada en la

¹²⁸ DOUE C 45/7 de 24.02.2009.

¹²⁹ *Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, diciembre de 2005, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

¹³⁰ ORTIZ BAQUERO: "Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: La aplicación de la "regla de la razón" a los abusos de exclusión en el Derecho europeo de la competencia", en *Revista E-mercatoria*, Vol. 10, No. 1, 2011, págs. 6 y ss.

demostración de eficiencias económicas. Y, finalmente, las orientaciones particulares sobre el análisis de las principales conductas de exclusión tales como, los acuerdos de exclusividad, la vinculación y venta por paquetes, los precios predatorios, la denegación de suministro y la compresión de márgenes.

El objetivo de la Comunicación es establecer dentro del marco de aplicación del Art. 102 unas prioridades de control para regir las acciones de intervención de la Comisión en relación a las conductas excluyentes de empresas en posición de dominio individual¹³¹.

Por otra parte, el fin que persigue la Comisión en la actividad de control de las conductas excluyentes es proteger eficazmente la competencia entre las empresas y velar por el correcto funcionamiento de los mercados. Este objetivo no se limitaría únicamente a la protección de los consumidores, sin perjuicio de que la Comisión haga un especial hincapié en las conductas que resulten más lesivas para los consumidores para que estos puedan beneficiarse del resultado de una competencia efectiva entre las empresas. Los mencionados controles de conductas excluyentes serán aplicados por la Comisión teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto en particular.

Las directrices proponen como una forma concreta de abuso los acuerdos exclusivos. El concepto de **acuerdo exclusivo**¹³² se define como obligaciones o incentivos de compra exclusiva o descuentos hacia clientes y de suministro exclusivo

¹³¹ La Comunicación no abarca a las empresas en situación de dominio colectiva o conjunta, es decir, aquellas empresas que estén vinculadas en cuanto a su comportamiento y funcionen en el mercado como una "entidad conjunta", por ejemplo, el caso de mercados oligopolísticos.

¹³² Párrafo 32

hacia proveedores por parte de la empresa en posición de dominio. La compra exclusiva y los descuentos son englobados dentro de los acuerdos exclusivos.

La obligación de **compra exclusiva**¹³³ obliga a comprar únicamente o gran parte de las compras a la empresa dominante. Este hecho puede provocar un cierre anticompetitivo del mercado. Por otra parte, muchos competidores no pueden competir por toda la demanda de un cliente individual sino sólo por una parte debido a que es indispensable mantener acuerdos comerciales con la empresa dominante, por ejemplo porque su marca es un *“producto imprescindible”* (o *must stock*) o por limitaciones de los propios competidores.

Sin embargo, si los competidores pueden competir por toda la demanda en igualdad de condiciones normalmente es improbable que las obligaciones de compra exclusiva afecten al desarrollo de una competencia efectiva siempre y cuando los clientes puedan cambiar fácilmente de proveedor.

Otro tipo de acuerdo exclusivo son los descuentos condicionales¹³⁴, los cuales son concedidos a los clientes en recompensa de una determinada pauta de conducta de compra. Estos descuentos pueden originar un cierre anticompetitivo del mercado si son llevados a cabo por la empresa dominante.

En las directrices se describen dos clases de descuentos condicionales los descuentos retroactivos y los descuentos incrementales. Los descuentos

¹³³ Párrafos 33-36.

¹³⁴ Párrafos 37-45.

retroactivos¹³⁵, se conceden cuando se supera cierto umbral por todas las compras de un determinado periodo.

Los descuentos incrementales¹³⁶, por su parte, se concederán únicamente sobre las compras que superen cierto umbral. Debido a este hecho a los clientes no les resultará atractivo cambiarse a otro proveedor cuando se trate de pequeñas cantidades y podría generar un efecto de fidelidad sobre todo al suministrar la última unidad de producto.

La Comisión evaluará, más que el efecto de fidelidad, el efecto de cierre de mercado que produce el sistema de descuento sobre los competidores. Cuanto mayores sean los descuentos más probable y más fuerte será la expulsión de los competidores. La Comisión calculará el coste de oportunidad de cambio de proveedor y el precio efectivo que tendría que ofrecerle el nuevo proveedor.

Para el cálculo de este precio efectivo se utiliza la gama de referencia en cada caso concreto y varía dependiendo del tipo de descuento. En los incrementales, se suelen incluir las compras incrementales mientras que en el retroactivo habría que evaluar el contexto específico del mercado de las necesidades de compra de cada cliente, evaluando la parte rígida y flexible de la demanda. Si el cliente puede cambiar grandes cantidades de demanda con relativa celeridad probablemente la gama de referencia será amplia. Sin embargo cuando se trate de cantidades pequeñas de forma incremental la gama de referencia será consecuentemente pequeña.

¹³⁵ Párrafo 40.

¹³⁶ Párrafo 42.

El efecto de fidelización será mayor cuanto menor sea el precio efectivo calculado sobre la gama de referencia en comparación con el precio medio del proveedor dominante. Sin embargo, cuando el precio efectivo esté normalmente por encima del LRAIC¹³⁷ (coste medio incremental a largo plazo) de la empresa en posición de dominio, un competidor con el mismo nivel de eficiencia podrá normalmente competir de forma rentable a pesar del descuento. Por último, cuando el precio efectivo este entre el AAC¹³⁸ (coste medio evitable) y el LRAIC, la Comisión investigará si la competencia puede verse afectada y los competidores podrían de forma eficaz y realista competir.¹³⁹

En algunas circunstancias no es necesario que la Comisión realice una evaluación detallada sobre una determinada conducta para concluir diciendo que dicha conducta pueda probablemente producir obstáculos. Es decir, en estos casos la Comisión estaría prohibiendo a *Per se* ciertos tipos de conductas que solamente podrían producir efectos anticompetitivos¹⁴⁰. La Comisión propone una lista de ejemplificativa de situaciones, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los bienes de sus competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no prueben esos productos, o si paga a un distribuidor o a un cliente para que retrase la introducción del producto de un competidor.

¹³⁷ LRAIC (*long-run average incremental cost*), coste incremental medio a largo plazo, es la media de todos los costes que incluye una empresa para fabricar un determinado producto. Cuando el LRAIC no se cubre significa que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos y que un competidor igualmente eficiente podría quedar excluido del mercado. Párrafo 26.

¹³⁸ AAC (*Average avoidable cost*), coste medio evitable, es la media de los costes que podrían haberse evitado si la empresa no hubiera fabricado una modesta cantidad de producción adicional de la cantidad presuntamente objeto de la conducta abusiva. Cuando el AAC no está cubierto significa que la empresa dominante está sacrificando beneficios a corto plazo y como en el caso anterior un competidor igualmente eficiente podría quedar excluido del mercado. Párrafo 26.

¹³⁹ Párrafo 43.

¹⁴⁰ Párrafo 22.

Finalmente, dentro de la categoría de acuerdos exclusivos se encuentra el apartado denominado eficiencias¹⁴¹.

Una empresa dominante puede demostrar que su conducta es legítima si dicha conducta produce eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo. En este caso, según las directrices, la Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante¹⁴².

En este contexto, la empresa dominante tendría que demostrar que: las eficiencias han sido, o pueden ser, obtenidas como consecuencia de la realización de la conducta; que la conducta es indispensable para la realización de las eficiencias, que no existan alternativas menos restrictivas de la competencia para conseguir las mismas eficiencias; que las probables eficiencias derivadas de la conducta son mayores que los efectos negativos probables sobre la competencia y el bienestar de los consumidores en el mercado afectado; y que la conducta no elimina la competencia efectiva, mediante la eliminación de todos o la mayoría de las fuentes existentes de competencia real o potencial y que los sistemas de descuento logran costes u otras ventajas que se transmiten a los clientes¹⁴³.

De acuerdo con la Comisión, los objetivos de volumen estandarizados pueden lograr ventajas en los costes de transacción mejor que unos objetivos de volumen individuales. Del mismo modo, los sistemas de descuentos incrementales son, en

¹⁴¹ Párrafo 46.

¹⁴² Párrafo 28

¹⁴³ Párrafo 30 de la Decisión.

general, más eficaces para dar a los revendedores un incentivo para producir y revender un volumen mayor que los sistemas de descuentos retroactivos.

2. CASO INTEL

El 21 de Septiembre de 2006 la Comisión Europea publicó la versión no confidencial de la Decisión *Intel*¹⁴⁴, la cual había sido adoptada el 13 de mayo, imponiendo a *Intel* la **multa** más alta de toda la historia, **1,06 billones de euros**. La multa fue impuesta como **consecuencia de los descuentos condicionales que había concedido** y los pagos a un número de fabricantes de equipos originales, OEMs, y a un gran minorista de venta de bienes electrónicos por la compra de sus microprocesadores x86. Además, *Intel* pagó a los fabricantes de OEMs para que retrasaran, cancelaran o de alguna manera restringieran la comercialización de productos *AMD*¹⁴⁵.

La Decisión, cómo era previsible, ha recibido numerosas críticas y denuncias las cuáles pueden agruparse en torno a cuatro cuestiones¹⁴⁶:

- *Intel* no ha hecho nada malo, simplemente estaba compitiendo de forma agresiva;
- Los descuentos que concedía a los fabricantes favorecían a los consumidores;
- Otra vez nos encontramos ante la típica actitud de las autoridades comunitarias defendiendo los intereses de Europa frente a una empresa norteamericana;

¹⁴⁴ Decisión de la Comisión de 13 de Mayo de 2009, asunto COMP/C-3/37.990.

¹⁴⁵ GERADIN: “*The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*”, October 16, 2009, disponible en SSRN, pág. 1.

¹⁴⁶ LANDE: “*The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision*”, en GCP Online Magazine for Global Competition Policy, June 2009, pág. 2.

- Aún en el caso de que hubiera habido un comportamiento anticompetitivo por parte de *Intel*, la multa ha sido excesiva.

La versión *non-confidential*, también ha sido un hito en cuanto a la extensión, 517 páginas que albergan 1.803 considerandos. Aunque desafortunadamente no ofrece casi ningún dato relevante¹⁴⁷ necesario para poder analizar de forma rigurosa la supuesta práctica del abuso de posición de dominio de *Intel*.

El proceso de denuncia se inició el 18 de octubre de 2000 cuando, *Advanced Micro Devices (AMD)* presentó a la Comisión una denuncia formal. Que, posteriormente, se completó con nuevos hechos y alegaciones¹⁴⁸.

La Decisión final, adoptada en mayo de 2009, estableció que la empresa *Intel* había infringido el Art. 102 del TFUE mediante una conducta de abuso de posición dominante, consistente en la adopción de una serie de estrategias encaminadas a la eliminación de sus competidores en el mercado de los microprocesadores de arquitectura x86. La duración de la conducta abusiva fue acreditada desde octubre de 2002 hasta diciembre de 2007¹⁴⁹.

Los productos afectados por la Decisión son las Unidades Centrales de Proceso (CPU) de arquitectura x86. Las CPUs son un componente clave de todo ordenador, tanto en términos generales de rendimiento como de coste del sistema. A menudo se considera a estas placas el “corazón” del ordenador. El proceso de fabricación de las mismas requiere costosas instalaciones de alta tecnología y tiene un coste elevado.

¹⁴⁷ Nos referimos a cuotas de mercado, precios, importe de los descuentos, fechas, cantidades de microprocesadores vendidas...

¹⁴⁸ Considerando 5. *Vid., in extenso*, considerandos 5 al 29.

¹⁴⁹ Considerando 1787.

Las CPUs utilizadas en ordenadores pueden subdividirse en dos categorías: CPU de arquitectura x86 y CPU de arquitectura no x86. La arquitectura x86 es válida tanto para *Windows* como para *Linux*. Antes del año 2000, había varios fabricantes de CPU x86 pero la mayoría ha dejado el mercado. Es por ello, que desde el año 2000, *Intel* y *AMD* son prácticamente las dos únicas empresas que siguen fabricando CPU x86.

La investigación de la Comisión llegó a la conclusión de que el mercado de producto de referencia no era mayor que el mercado de CPU x86 y consideró que no era necesario subdividirlo en los diferentes tipos de ordenadores existentes: ordenadores de sobremesa, portátiles o *notebook*, debido a que la cuota de mercado de *Intel* en cada uno de estos submercados era muy elevada y ostentaba en todos una posición de dominio¹⁵⁰.

Por otra parte, la delimitación del mercado geográfico se estableció a nivel mundial¹⁵¹, debido a que en el periodo comprendido por la Decisión las cuotas de mercado que *Intel* ostentaba rondaban entre el 70% y 80%¹⁵².

En relación, a las barreras de entradas existentes en el mercado, la Decisión considera que existen significativas barreras de entrada y expansión en el mercado de los microprocesadores x86, derivadas de las elevadas inversiones requeridas en I+D, derechos de propiedad intelectual e industrial, y el propio coste de las instalaciones

¹⁵⁰ Considerandos 792 a 835 de la Decisión.

¹⁵¹ Considerando 836.

¹⁵² Considerando 852.

donde se fabrican¹⁵³. Del mismo modo, se hace referencia a que la marca *Intel* es considerada de *must stock*¹⁵⁴.

La Comisión le imputó a *Intel* dos tipos de conductas abusivas: los descuentos sometidos a una serie de condiciones y las denominadas *naked-restrictions* o restricciones frontales. Conductas que son perjudiciales para el mercado debido al efecto de cierre de mercado y el daño causado a los consumidores.

Según la Comisión, *Intel* concedió a fabricantes de equipos originales importantes descuentos supeditados a que dichos fabricantes de equipos originales le compraran la totalidad o casi la totalidad de los suministros que necesitasen. Así ocurrió en el caso de los descuentos concedidos a: *Dell*, *HP*, *NEC* y *Lenovo*.

Dell durante el período comprendido entre diciembre de 2002 y diciembre de 2005, recibió descuentos que estaban supeditados a que *Dell* comprara exclusivamente las CPU de *Intel*¹⁵⁵.

HP desde noviembre de 2002 a mayo de 2005, obtuvo descuentos que estaban condicionados a adquirir el 95% del total del segmento de ordenadores de sobremesa a *Intel*, estando el 5% restante disponible para que bajo ciertas circunstancias pudiera comprar a *AMD*¹⁵⁶.

¹⁵³ Considerandos 853 a 866.

¹⁵⁴ Considerando 874. *Vid., in extenso*, apartado 3.3.2 Product differentiation through brands, considerandos 867-874.

¹⁵⁵ Considerando 182.

¹⁵⁶ Considerandos 325, 348 y 354.

NEC en el período comprendido entre diciembre de 2002 y noviembre de 2005, debía de comprar el 80% como mínimo de las CPUs para sus segmentos de ordenadores de sobremesa y portátiles¹⁵⁷.

Y finalmente *Lenovo* durante el año 2007, estaba condicionado a adquirir el total de procesadores a *Intel* para sus portátiles¹⁵⁸.

Asimismo, *Intel* efectuó pagos a *Media Saturn Holding (MSH)*, el mayor distribuidor a nivel europeo de productos de electrónica e informática, en España opera bajo el nombre de *Media-Markt*, condicionados a que *MSH* vendiera exclusivamente ordenadores con microprocesadores *Intel*. Estos pagos eran equivalentes en sus efectos a los descuentos condicionales concedidos a los fabricantes de equipos originales¹⁵⁹.

En el considerando 920 se vuelve a reiterar que:

“Una empresa en posición dominante en un mercado que obliga –incluso aunque sean ellos quienes lo piden- a los adquirentes de sus productos mediante un compromiso o promesa por su parte a comprar la totalidad o la práctica totalidad de sus aprovisionamientos exclusivamente de ella, abusa de su posición dominante en el sentido del Artículo 82 del Tratado CE, tanto si la obligación en cuestión está estipulada sin ninguna cualificación ulterior como si se asume como condición para obtener un descuento. Lo mismo se dice si dicha empresa, sin obligar mediante un compromiso formal, aplica, bien como un acuerdo concluido con los adquirentes o bien unilateralmente, un sistema de

¹⁵⁷ Considerando 457.

¹⁵⁸ Considerando 548.

¹⁵⁹ Considerandos 580 y ss.

descuentos de fidelidad, esto es, descuentos condicionados a que el cliente obtenga la totalidad o la práctica totalidad de sus necesidades –sea la cantidad adquirida grande o pequeña- de la empresa en posición dominante”¹⁶⁰.

La Decisión concluye que los descuentos condicionales concedidos por *Intel* constituyen descuentos por fidelidad que cumplen las condiciones establecidas en la jurisprudencia *Hoffmann-La Roche*. Respecto a los pagos condicionales de *Intel* a *MSH*, la Decisión establece que el mecanismo económico de dichos pagos es equivalente al de los descuentos condicionales a los EOMs. Por consiguiente, la Decisión concluye que cumplen también las condiciones establecidas en la jurisprudencia de *Hoffmann-La Roche*.

Además, estos descuentos y pagos que concedió *Intel* a fabricantes y a *MSH* deben considerarse en el contexto de la amenaza competitiva cada vez mayor que representaba *AMD*. A este respecto, la Decisión muestra que los fabricantes de equipos originales e *Intel* consideraban que los productos de *AMD* presentaban una serie de atributos innovadores positivos y eran una alternativa viable a los de *Intel*.

Según la Comisión, uno de los efectos de la conducta restrictiva de *Intel* es el perjuicio causado a la competencia. Este argumento necesariamente ha de incluirse el test del competidor igualmente eficiente. En el momento en el que se realizó el test no habían sido todavía aprobadas las directrices, debido a este hecho, la Comisión no

¹⁶⁰ *Hoffmann-La Roche* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76.

hubiera tenido la obligación de llevar a cabo el test. Sin embargo, la Comisión señala que lo va a elaborar¹⁶¹.

Y se entiende que actúe así, ya que su teoría sobre el efecto de cierre de mercado y el perjuicio causado a su competidor por los descuentos de *Intel* sólo se sostiene si la Comisión es capaz de demostrar que dichos descuentos condicionados tienen el efecto de expulsar del mercado –o impedir la entrada a competidores tan eficientes como la propia compañía *Intel*¹⁶².

El apartado dedicado a analizar el test (4.2.3 *As efficient competitor analysis*) es el más extenso de toda la Decisión ocupando casi un tercio del texto con 1.570 párrafos en 150 hojas. Sin embargo, pese a su longitud el test está mal realizado según el criterio del Profesor GERADIN¹⁶³. Principalmente es consecuencia de la delimitación incorrecta de la parte flexible (*contestable share*) de la demanda, es decir, de la cantidad de las necesidades de compra de un cliente que puede cambiarse, siendo realista, hacia un nuevo competidor en un periodo dado. Como *Intel* es una marca *must stock* con una alta demanda entre los consumidores finales, la Comisión consideró que sólo un 10% de las ventas podrían corresponder a la parte flexible. Sin embargo, cuando se fijan estas cifras porcentuales es casi imposible para cualquier empresa pasar el test y que sus descuentos no sean declarados anticompetitivos. El

¹⁶¹ Considerando 1002 en el que la Comisión afirma: “que es una forma de determinar si los descuentos de exclusividad causan o pueden causar un cierre de mercado anticompetitivo”.

¹⁶² DIÉZ ESTELLA: “¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario de la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009” en Revista del Derecho de la Competencia y Distribución, N. 7, 2009. El considerando 1612 dice textualmente: “En relación con los descuentos sometidos a condición de la empresa dominante, el hecho de que un descuento pueda ser trasladado por parte de la empresa dominante de la cuota de mercado no-impugnabile a la cuota en la que sí se enfrenta a competencia es lo que le permite cerrar el mercado a competidores tan eficientes como ella, o incluso más eficientes, incluso si el nivel medio de sus precios en conjunto es mayor que el de sus competidores. Esto es perjudicial para la competencia y los consumidores, tanto en el corto como en el largo plazo, en términos de precio, elección e innovación”.

¹⁶³ GERADIN: “The Decision of the Commission...”, cit., págs. 17 y ss.

profesor GERADIN, piensa que la Comisión fijó la parte flexible de forma arbitraria, sin tener haber tenido en cuenta otros factores para obtener un valor más realista y haber podido llevar a cabo el test de forma fiable¹⁶⁴.

Por otra parte, *Intel* también aplicó el test del competidor igualmente eficiente y concluyó que sus rebajas no eran contrarias a la jurisprudencia europea y, por tanto, sus precios no tenían el efecto de cerrar el mercado. Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión contraria, es decir, *“que los pagos de Intel eran capaces de tener o probablemente tuvieran efectos de cierre de mercado, ya que impedirían incluso a un competidor tan eficiente satisfacer las condiciones de los OEMs en sus compras de CPUs x86, o conseguir que MSH vendiera ordenadores con dichos CPUs x86”*¹⁶⁵.

La Comisión también indica que los descuentos y los pagos descritos anteriormente fueron nocivos para los consumidores¹⁶⁶. Al aplicarse acumulativamente sobre los dos niveles en la cadena de distribución (los principales fabricantes de equipos y el principal distribuidor minorista) tenían un efecto especialmente pernicioso sobre el conjunto del mercado de los microprocesadores.

El hecho de que los descuentos ofrecidos por *Intel* fueran totalmente secretos, y se aplicaran desde la primera unidad vendida, con carácter además selectivo y discriminatorio, hace pensar que esos descuentos no fueran ofrecidos con carácter general a sus clientes y que por tanto, no fueran fáciles de trasladar a los consumidores finales en términos de precios más bajos.

¹⁶⁴ Factores relativos, a la presencia de costes de cambio, la calidad del producto y su aceptación en el mercado, o la preferencia de los clientes por una única fuente de abastecimiento.

¹⁶⁵ Considerando 1575.

¹⁶⁶ Considerando 1597.

Después de haber analizado el caso, podemos concluir que la Comisión vuelve a utilizar un enfoque formalista que puede calificarse de *per se*, en vez del nuevo enfoque más “*economicista*” del *Discussion Paper* de 2005 y de la Comunicación del 2009. Quizás por ello la Comisión plasma en la Decisión que la *Comunicación* “*tiene como objetivo establecer las prioridades de aplicación para los asuntos que se tramiten en el futuro, no se aplica a los expedientes que estaban en trámite al momento de publicarse las Directrices, como es este caso*”¹⁶⁷.

Por otra parte, una amplia mayoría de la doctrina cree que la forma en la que se ha realizado la instrucción del expediente y el tipo de documentos en los que la Comisión se basa pueden incitar a pensar que no se ha seguido un comportamiento enteramente objetivo, ecuánime y justo¹⁶⁸.

Las conclusiones de la Comisión acerca del daño de la conducta de *Intel* sobre los competidores y los consumidores son bastantes teóricas y especulativas, ya que no se han demostrado los efectos.

Finalmente, aunque la Comisión no haya respetado ciertos derechos procesales y algunas cuestiones no han sido aclaradas, no hay ninguna duda que los esquemas de descuentos utilizados por *Intel* no tenían un fin lícito.

IV. VALORACIÓN DE LOS TRIBUNALES: CASO MICHELIN

En 2001, la Comisión Europea declaró que la compañía francesa *Michelin* había abusado - vía esquemas de rebajas y descuentos - de su posición dominante en el mercado francés de recambio de neumáticos y recauchutado de vehículos pesados, e

¹⁶⁷ Considerando 916.

¹⁶⁸ DIÉZ ESTELLA: “¿Qué queda del nuevo enfoque...”, *cit.*, pág. 20.

impuso una multa de 19,76 millones de euros¹⁶⁹. Dos años después el Tribunal de primera Instancia confirmó la Decisión de la Comisión íntegramente¹⁷⁰.

El grupo *Michelin* en 1999 tenía una cuota mundial superior al 18% y en la Unión Europea en torno al 32%, la cuál era casi dos veces superior que la de su competidor más próximo *Goodyear*. Además concretamente en el mercado francés ocupaba una posición claramente dominante¹⁷¹.

En la presente Decisión sólo se tratará lo referido al recambio de neumáticos y recauchutado para camiones en el territorio francés debido a que es en este mercado donde se han producido los comportamientos objeto del litigio¹⁷².

Al llevar a cabo el análisis del mercado de referencia, la Comisión, muy acertadamente a nuestro juicio, delimita dos mercados del producto de referencia distintos: el mercado de referencia del neumático de recambio y el mercado de referencia del recauchutado. Esto es porque el recauchutado podría ser un producto complementario y secundario con relación a los neumáticos de recambio gastados los cuales son una materia prima indispensable para el recauchutado¹⁷³. Por otra parte, debido a que las condiciones en el mercado francés son muy diferentes a las de otros mercados de la Unión, se considera Francia como un mercado geográfico relevante, en contra de los argumentos avanzados por *Michelin*¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal de primera Instancia de 30 de Septiembre de 2003, Asunto T-203/01.

¹⁷¹ Considerando 1 de la Decisión. El porcentaje en el mercado francés por confidencialidad no es conocido. Las cuotas de mercado son en total de todas las categorías de neumáticos.

¹⁷² Considerando 19. Para una mayor profundización sobre las clases de neumáticos y técnicas de recauchutado, *vid., in extenso*, considerandos 3 al 18.

¹⁷³ Considerandos 109 al 118.

¹⁷⁴ Considerando 119 a 124. *Michelin* afirmaba que el mercado se había vuelto mundial y que el mercado de recauchutado y de recambio eran uno solo.

Los elementos obtenidos del análisis estructural de los mercados de referencia, bastan por sí solos para demostrar la posición dominante de *Michelin*. La posesión de cuotas de mercado muy importantes, el beneficio de grandes ventajas comparativas y la debilidad de los competidores otorgan a *Michelin* una posición que le permite una independencia de comportamiento característica de la posición dominante¹⁷⁵.

Por otra parte, los distribuidores ven a *Michelin* como un socio obligatorio debido a que sus neumáticos podrían calificarse como producto de *must stock*, ningún minorista puede considerar la eliminación de los productos *Michelin*. Aproximadamente el 60% de todas las ventas de neumáticos para camiones son de esta compañía¹⁷⁶. Además los minoristas tienen muy pocos márgenes de beneficio en la venta de modo que para preservar su competitividad no dudan en participar en la mayoría de programas o convenios que les propone *Michelin*¹⁷⁷.

Tanto la Comisión como los Tribunales declararon abusivas tres prácticas: Las “*condiciones generales de precios en Francia para los minoristas profesionales*”, el “*convenio para el rendimiento óptimo de los neumáticos para vehículos pesados Michelin*”, denominado “*Convenio PRO*” y el “*convenio de cooperación profesional y de asistencia y servicio*”, conocido como “*Club de amigos Michelin*”¹⁷⁸.

Dentro de las “*condiciones generales*” de 1980 a 1986 había tres categorías de descuentos: los “*descuentos cuantitativos*”, la “*prima de servicio*” que englobaba descuentos según la calidad del servicio prestado por el minorista a los usuarios y la “*prima de progreso*” en la que los descuentos se hacían en función de los esfuerzos de

¹⁷⁵ Considerando 196 de la Decisión.

¹⁷⁶ Considerandos 200 a 203.

¹⁷⁷ Considerando 206.

¹⁷⁸ Sentencia párrafo 4 y Decisión considerando 214.

venta de artículos nuevos. Estos descuentos no se obtenían sobre factura sino que el distribuidor los percibía al final del mes de febrero del año siguiente al periodo de referencia. A partir de 1997, *Michelin* modificó las condiciones comerciales que aplicaba a minoristas en las que eliminó las categorías anteriormente mencionadas, por lo que el grueso de los descuentos pagados anteriormente a finales del mes de febrero del año siguiente pasaron a aplicarse sobre factura¹⁷⁹.

Generalmente los descuentos cuantitativos, vinculados únicamente al volumen de compras efectuadas a una empresa en posición de dominio, no producen el efecto de excluir el acceso al mercado de los competidores, prohibidos por el artículo 102 del TFUE. Sin embargo la Comisión y el TPI consideraron que los descuentos por volumen de *Michelin* eran anticompetitivos por, el carácter no equitativo, el carácter de fidelidad y el carácter de compartimentación y exclusión.

El carácter no equitativo¹⁸⁰ del sistema de descuentos podía observarse en las siguientes circunstancias. En primer lugar, el minorista no podía conocer con exactitud el precio de compra final de los neumáticos debido a que los descuentos no se calculaban hasta un año después de la realización de las primeras compras. Circunstancias que generaban incertidumbre y les conducía a minimizar los riesgos realizando mayoritariamente compras a *Michelin*.

En segundo lugar, hasta 1995 los minoristas tuvieron que vender a pérdida los neumáticos, debido a que *Michelin* era un socio obligatorio. Además, en un contexto de competencia no falseada entre los proveedores, es difícil imaginar que los

¹⁷⁹ Sentencia párrafos del 5 al 19. Por otra parte, *Michelin* cambió su política de descuentos debido a la entrada en vigor en Francia de una Ley que prohibía vender productos bajo pérdida.

¹⁸⁰ Considerandos 218 a 225.

minoristas escogieran espontáneamente colocarse en una situación tan arriesgada en el plano comercial.

En tercer lugar, los minoristas se veían en la obligación de aceptar un nuevo compromiso de descuentos antes de ingresar los descuentos obtenidos en el año anterior. Por otra parte, la mayoría de los competidores de *Michelin* abonaban inmediatamente la mayoría de sus bonificaciones.

Y en último lugar, los minoristas tenían que soportar cargas de tesorería por el hecho de tener que revender los neumáticos con pérdida durante un año, de manera que les colocaba en una situación deudora en el plano financiero.

El marcado carácter de fidelidad¹⁸¹ se plasma principalmente en la duración de cada periodo de referencia, el cuál era de un año, y en el hecho de que el descuento se calculara sobre la base de la totalidad del volumen de negocios realizado por el minorista. De modo que la presión sobre el distribuidor aumentaba al final del período de referencia con el fin de lograr la cifra de compras necesaria para obtener la ventaja en cuestión o no sufrir la pérdida previsible para el conjunto del período.

Sobre el carácter de compartimentación¹⁸², los descuentos exclusivamente se aplicaban a las compras realizadas a *Michelin* Francia, de modo que suponía un desincentivo a las compras en el extranjero o a los importadores. Por otra parte, el elevado nivel del baremo de facturación en Francia antes del descuento suponía un desincentivo a las compras en Francia por parte de los extranjeros.

¹⁸¹ Sentencia párrafo 75 y 95. Decisión considerandos 226 a 239.

¹⁸² Considerandos 240 a 247.

Además, el efecto exclusión era especialmente notable respecto a los competidores debido a que *Michelin*, gracias a sus cuotas de mercado, podía hasta cierto punto amortizar el coste de los descuentos.

Después de haber analizado los hechos, los Tribunales declararon que cualquier sistema de fidelidad es contrario al art. 102 del TFUE, con independencia de que sea o no transparente. Además, los descuentos cuantitativos formaban parte de un complejo esquema de descuentos cuyo carácter abusivo en algunos casos es aceptado por *Michelin*. Por lo tanto el TPI corroboró que la Comisión podía declarar, que el sistema de descuentos estaba infringiendo el art. 102¹⁸³.

Después de haber analizado el esquema de rebajas adoptado por *Michelin*, no se duda de que el mencionado esquema pudiera crear inseguridad e incertidumbre en general y en particular respecto del precio medio neto de lo comprado hasta el final del año de referencia.

Sin embargo, la confirmación de la Decisión de la Comisión por el TPI pone en evidencia que para concluir que un sistema de descuentos genera efectos de exclusión potenciales, puede limitarse a probar que se crea una incertidumbre en el cliente, aunque sólo sea en la fase final del periodo de referencia, que pueda conducir a una fidelización ante la empresa dominante¹⁸⁴.

La doctrina de forma mayoritaria cree que tanto la Comisión como el TPI están prohibiendo *per se* cualquier esquema de rebajas de fidelidad llevado a cabo por una

¹⁸³ Sentencia Párrafos 111 a 113.

¹⁸⁴ MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición...*, cit., pág. 318.

empresa dominante¹⁸⁵. Sería más acertado analizar los esquemas desde una perspectiva de *rule of reason*, con la que se podría valorar el grado de exclusión provocado por los esquemas de descuentos en cuestión.

Por otra parte, se ha considerado que no son, en principio, susceptibles de provocar efectos anticompetitivos los descuentos realizados durante un periodo de referencia de menos de tres meses, sin obligación de exclusividad (aunque pueda inducirse a la adquisición de hasta un 50% de los requerimientos a la empresa en posición de dominio¹⁸⁶).

Hay un consenso mayoritario sobre que los descuentos por volumen estandarizados deberían considerarse en principio conformes a la competencia, sin perjuicio de que quepa probar lo contrario¹⁸⁷. Sin embargo, este argumento entra en conflicto con el Caso *Michelin*, en el cual sin ninguna duda es sancionado un esquema de este tipo.

Por último, aunque la cuota de mercado de *Michelin* durante el periodo controvertido disminuyera ligeramente, este hecho no puede ser alegado para descartar la aplicación del Art. 102. Además según los tribunales el descenso de su cuota de mercado hubiera sido aún mayor de no haberse aplicado el esquema de rebajas denunciado mediante la Decisión impugnada¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Sentencia párrafo 65.

¹⁸⁶ Sentencia párrafos 85 a 89.

¹⁸⁷ Sentencia párrafos 90 y 100. Hasta la Sentencia *Michelin II* no habían sido considerados abusivos los descuentos por volumen aunque si los de fidelidad.

¹⁸⁸ Sentencia párrafo 245.

Consideramos, que ni los tribunales ni la Comisión no han hecho ningún esfuerzo real en intentar formular una teoría coherente de por qué los programas de rebajas de *Michelin* tuvieron efectos anticompetitivo.

CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el precio es uno de los instrumentos más importantes dentro del Derecho de la competencia debido a que una política de precios anticompetitiva puede generar efectos muy perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado, como la eliminación de competidores y el cierre de mercado. Sin embargo, una política de precios procompetitiva produce efectos beneficiosos no sólo en el mercado, incrementando el nivel de competencia y de eficiencia, sino en la sociedad que ve aumentando su bienestar.

En segundo lugar, el precio de forma general y en concreto los descuentos, son un elemento clave para la verdadera consecución del mercado común debido a que pueden crear efectos negativos como la compartimentación en el mercado, hecho que ocurrió con los esquemas de descuentos aplicados por *Michelin*. Pero también generan efectos positivos como la homogenización de los precios, imprescindible para la lograr la integración.

En tercer lugar, sería conveniente y necesario crear un “puerto seguro” (*safe harbor*) basado en una norma de sólidos principios económicos que permitiera, tanto a las autoridades como a las empresas en posición dominante, reconocer que rebajas serían abusivas y cuáles no desde una perspectiva *Antitrust*. Por otra parte, la Comisión

CONCLUSIONES

y los Tribunales reiteradamente han supuesto que cualquier esquema de rebajas con una duración superior a tres meses y con una cuota de compra exclusiva superior al 40% aplicados por una empresa en posición de dominio son nocivos; estas condiciones que nunca han sido plasmadas en ninguna norma, ni tampoco analizadas en profundidad en ningún caso.

En cuarto lugar, los diversos test propuestos para analizar los descuentos llevados a cabo por las empresas dominantes presentan muchos fallos de viabilidad de manera que no pueden ser aplicados de forma fiable. En la práctica son difíciles de adaptar al mercado objeto del análisis debido a que se basan en principios muy restrictivos; así que en la mayoría de los casos, los descuentos van a resultar abusivos generando “*falsos positivos*”. Además, generalmente el método de ejecución hace que sea manipulable para obtener los resultados deseados, como ha ocurrido en el caso *Intel*.

En quinto lugar, no es adecuado prohibir de forma absoluta, a *per se*, ninguna categoría de descuento a las empresas dominantes, ya que no hay ningún descuento nocivo *a priori*. Son las empresas, las cuáles en algunas ocasiones los utilizan con fines anticompetitivos. Sería más adecuado analizar los esquemas de rebajas desde una perspectiva de *rule of reason* para valorar en cada caso concreto el grado de exclusión provocado por los esquemas de descuentos e intentar proponer una teoría coherente de por qué un esquema de rebajas en concreto produce efectos anticompetitivos en el mercado.

En sexto lugar, aunque un esquema de rebajas sea anticompetitivo, la Comisión debería siempre respetar los derechos procesales, realizar correctamente la instrucción del expediente, no basarse en argumentos teóricos y especulativos y demostrar de una forma clara y precisa los efectos anticompetitivos. Circunstancias

CONCLUSIONES

que no se produjeron, por ejemplo, en el Caso *Intel*, donde no fueron respetados ciertos derechos.

En séptimo lugar, pese a que la Comisión haya anunciado una modernización de la aplicación del art. 102 del TFUE y haya publicado una Comunicación sobre ello. En las Decisiones sigue utilizando el mismo enfoque formalista, el cuál perfectamente podría calificarse de *per se*, en vez del nuevo enfoque más “*economicista*”.

Finalmente, aunque los descuentos realizados puedan producir efectos anticompetitivos cómo se ha expuesto en el trabajo son más los efectos procompetitivos asociados a las rebajas y los beneficios derivados de la aplicación de los esquemas de descuentos, incluso siendo ejecutados por empresas dominantes, siempre y cuando su fin sea lícito. Por lo tanto, y en consonancia con lo expuesto anteriormente, pensamos que los descuentos deberían ser desde un primer momento permitidos hasta que se demostrara lo contrario.

LISTA DE ABREVIATURAS

AACC	Coste medio evitable
Art.	Artículo
AMD	<i>Advanced Micro Devices</i>
CE	Comunidad europea
CECA	Comunidad Europea del carbón y del acero
Cit.	Citado.
Coord.	Coordinador
CPU	Unidad central de proceso
D.O.	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LRAIC	Coste medio incremental a largo plazo
MSH	<i>Media Saturn Holding</i>
Pág.	Página
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico
OEM	Fabricantes de equipos originales
Ss.	Siguientes
TCE	Tratado Comunidad europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del carbón y del acero
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal de Primera Instancia
Vid.	<i>Vide, véase</i>

BIBLIOGRAFÍA

AHLBORN Y BAILEY: *“Discounts and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison”*, en *European Competition Journal*, vol. 2, 2006.

DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, 2003.

DIÉZ ESTELLA: *“¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario de la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009”* en *Revista del Derecho de la Competencia y Distribución*, N. 7, 2009.

GERADIN: *“The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?”*, October 16, 2009, disponible en SSRN.

GERADIN: *“Price discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case approach”* en *The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 07/05*.

GYSELEN: *“Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?”* en *European Competition Law Annual*, 2003.

FAELLA: *“The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates”* en *Jnl of Competition Law & Economics*, 2008.

HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

KALLAUGHER y SHER: *“Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82”*, en E.C.L.R.

KLEMPERER: *“The competitiveness of markets with switching costs”* en *Rand Journal of Economics*, Vol. 18, N.1, 1987.

LANDE: *“The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision”*, en *GCP Online Magazine for Global Competition Policy*, June 2009.

MANKIW: *Principios de economía*, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ LAGE (Coord.): *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, 2006.

MOCHÓN MORCILLO: *Economía, teoría y política*, Madrid, 2009.

MOTTA: *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004.

NUÑEZ OSORIO: *El abuso anticompetitivo en precios: Rebajas y precios predatorios*, Madrid, 2012.

O'DONOGHUE: *“Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC”* en *European Competition Law, Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*. Hart Publishing.

ORTIZ BAQUERO: *“Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: La aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el Derecho europeo de la competencia”*, en *Revista E-mercatoria*, Vol. 10, No. 1, 2011.

PALAU RAMÍREZ: *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia desleal y la normativa de ordenamiento del comercio*, Madrid, 1998.

PELLISÉ CAPELL: *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LECD)*, Madrid, 2002.

PIGOU: *La economía del bienestar*, Madrid, 1946.

POSNER: *Análisis económico del Derecho*, México, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

RIDYARD: *“Article 82 Price Abuses-Toward a More Economic Approach”*, en *European Competition Law*, Annual 2003.

SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, Madrid, 2006

TIROLE: *Teoría de la Organización Industrial*, Madrid, 1990

VEGA MOCOROA (Coord.): *La integración económica europea: Curso básico*, Valladolid, 1998.

VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Derecho europeo de la competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*, Valladolid, 2005.

VELASCO SAN PEDRO (Coord.): *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006.

WHISH: *Competition law*, Butterworths, 2003.

ZOLA: *El paraíso de las Damas*, Barcelona, 1999.

NORMATIVA

Versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 115/49 de 9.05.2008.

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 81 y 82 del TCE (actuales 101 y 102 del TFUE), L 1/1 de 4.01.2003.

Reglamento (CE) Nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de Concentraciones"), L 24/1 de 29.01.2004.

Comunicación de 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., DOUE C 45/7 de 24.02.2009.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DOCE C 372/5 de 9.12.1997.

JURISPRUDENCIA

Intel, Decisión de la Comisión de 13 de Mayo de 2009, Asunto COMP/C-3/37.990, D(2009) 3726final de 13.05.2009.

Michelin, Sentencia del Tribunal de primera Instancia de 30 de Septiembre de 2003, Asunto T-203/01. DOUE C 304/24 de 13.12.2003.

Michelin, Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001.

Michelin, Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1981 (IV/29.491), DOCE. (1981) L 353/33.

Hoffmann-La Roche, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76, (1979) E.C.R.

United Brands, Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 14 de febrero de 1978, Caso 27/76, (1978) E.C.R.

FUENTES EN LÍNEA

Web de Comisión Europea

COMISIÓN EUROPEA: *EU Competition Law Rules Applicable to Antitrust Enforcement - General Rules*, Vol. 1, Bruselas, 2011, disponible en:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses,

diciembre de 2005, disponible en

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

Web de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico.

OCDE: *Loyalty and fidelity Discounts and rebates*, 2002, pág. 20. Disponible en:

<http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>

