

LOS DESCUENTOS Y SU PROBLEMÁTICA

Javier RUIZ CALZADO*

Abogado. Latham & Watkins, Bruselas.

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación de descuentos por empresas en posición dominante y su valoración desde la perspectiva del art. 82 CE ha generado gran atención desde los primeros casos en que se sancionó un abuso de posición dominante¹. Tras más de treinta años de práctica administrativa la política de la Comisión, confirmada plenamente por los tribunales comunitarios, ha sido consistente y lineal en su limitada evolución, aunque no precisamente exenta de críticas².

* El autor agradece a Júlía SAMSÓ LUCAS, abogado en el mismo despacho, su valiosa colaboración en la realización de este trabajo

¹ Sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663 (en adelante, *Suiker Unie*); de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, Rec. p. 461 (en adelante, *Hoffmann-La Roche*) y de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461 (en adelante, *Michelin I*).

² De la abundante doctrina escrita en los últimos años destacan los artículos siguientes: L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the merits or exclusionary practice?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop *What is an abuse of dominant position?*, European University Institute, junio 2003 (http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_017_en.pdf) (en adelante GYSELEN); J. KALLAUGHER y B. SHER, *Discounts as exclusionary abuse under art. 82: Reflections on Gyselen*; es una revisión de un artículo presentado al Third Meeting of the Competition Law Forum, BIICL, Londres, 10 de septiembre de 2003 (www.gclc.coleurop.be/documents/GCLC%20Research%20P...) (en adelante KALLAUGHER y SHER); J. KALLAUGHER, *Rebates revisi-*

En la etapa actual de reflexión sobre la aplicación del art. 82 CE, esta ponencia identifica aquellos elementos y puntos de vista que se antojan más relevantes en este debate en lo relativo específicamente a los sistemas de descuentos aplicados por una empresa dominante que pueden ser considerados abusivos por tener efectos excluyentes de sus competidores. Si bien, obviamente, determinadas prácticas de descuentos pueden ser abusivas de cara a los clientes o consumidores, en particular los descuentos aplicados de manera discriminatoria, este trabajo no cubre esta modalidad de abuso³. Conviene señalar en todo caso que el TPI ha considerado que cualquier sistema de descuentos de fidelidad aplicado por una empresa que ocupe una posición dominante produce el efecto de obstaculizar el acceso al mercado de los competidores, algo prohibido por el art. 82 CE, con independencia de la cuestión de si el sistema de descuentos es discriminatorio o no⁴.

En el contexto de replanteamiento de la aplicación del art. 82 CE en que nos encontramos, y tras la jornada que dio lugar a esta ponencia, la Comisión publicó a 19 de diciembre de 2005 un Documento de reflexión sobre la aplicación del art. 82 CE a los abusos excluyentes, que abre un periodo de consulta del que resultarán eventualmente unas Líneas Directrices⁵. Un resumen y algunas reflexiones provisionales sobre la propuesta de la Comisión relativos, en particular, a los sistemas de descuentos se incluyen más adelante.

ted: Anticompetitive effects and exclusionary abuse Under art. 82, ECLR 263, 2004 (http://www.lw.com/resource/Publications/pdf/pub872_1.PDF); *id.*, *Rebates Revisited (Again): The continuing art. 82 debate*, Ponencia en el seminario *The Modernisation of art. 82*, del Global Competition Law Center del College of Europe de Brujas, junio 2005 (<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/Paper%20Kallauger.doc>) (en adelante KALLAUGHER); J. PADILLA y D. SLATER, *Rebates as an Abuse of Dominance Under art. 82 EC*, *GCLC Research papers on art. 82 EC*, julio 2005 (en adelante PADILLA y SLATER); G. FEDERICO, *When are rebates exclusionary?*, ECLR, vol. 26, issue 9, septiembre 2005 (en adelante, FEDERICO); D. WAELBROECK, «Michelin II: A Per se rule againts dominant companies», *Journal of Competition Law and Economics*, 149, 2005; X. BOUTIN, *Estimer les effets économiques des remises fidelisantes*, *Conseil de la Concurrence, Documents du Travail du Cellule Economique*, 2005; J. VICKERS, Ponencia en la 31.ª Conferencia de la *European Association for Research in Industrial Economics*, 204.

³ Esta limitación se debe al mayor interés que generan dentro de la problemática de los descuentos aquellos que tienen efectos excluyentes sobre los competidores y a las limitaciones de espacio. Además, conviene indicar que existe un reconocimiento general de que los efectos económicos de una discriminación en los precios, en términos del bienestar de los consumidores, son ambiguos y que en algunos casos la discriminación puede resultar beneficiosa para los consumidores. Por ello, los economistas consideran apropiado centrarse en los efectos excluyentes en el análisis de los descuentos.

⁴ *Vid.* Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003. *Manufacture française des pneumatiques Michelin/Comisión*, T-203/01, Rec. 2003, p. 00000, apartado 65 (en adelante *Michelin II*).

⁵ El “*DG Competition Discussion Paper on the application of art. 82 EC to exclusionary abuses*” está disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html.

2. LOS DESCUENTOS EN LAS PRÁCTICAS COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

A) La práctica comunitaria

a) *La problemática de los descuentos y su trato bajo el art. 82 CE*

Al examinar los sistemas de descuentos aplicados por una empresa dominante, es conocida la tensión que puede aparecer debido a la coexistencia de dos ideas fuerza que se contraponen: por un lado, la idea de que hay que prohibir por abusiva toda relación de exclusividad con sus clientes impuesta (o negociada) por una empresa dominante, lo que incluye obviamente los descuentos por fidelidad explícitos, que tienen efectos excluyentes de los competidores⁶ y, por otro lado, el convencimiento de que los descuentos por volumen o cantidad son intuitivamente buenos para los consumidores y pro-competitivos, y por tanto deben ser admitidos, excepto si esconden un carácter predatorio o discriminatorio⁷. Como ha señalado John KALLAUGHER, un problema casi de teología del art. 82 CE se genera respecto de los descuentos no vinculados a una única transacción, es decir, aquellos —tan habituales— que se calculan considerando globalmente las compras o pedidos efectuados durante un período de referencia determinado expresado en semanas, meses o años (sistema de descuentos denominado en inglés de manera general “*rebate scheme*”). Estos sistemas de descuentos se sitúan en cierto modo a mitad de camino entre ambos posicionamientos. No cabe duda de que un descuento de este tipo, basado en la contabilización retrospectiva de los pedidos totales realizados, tiene elementos cercanos a la idea de descuento por volumen. Pero también es cierto que puede acercarse a la idea de exclusividad si, por el modo en que opera, tiene efectos “fidelizantes” al incitar al cliente a comprar principalmente o mayoritariamente de la empresa dominante que lo ha puesto en práctica⁸. En su política de competencia la Comisión ha apostado claramente por la opción más intervencionista, consistente en fijarse particularmente en los aspectos de fidelización que pueden generar y, en consecuencia, en tratarlos con el rigor aplicado a las relaciones de exclusividad impuestas por una empresa dominante⁹. Quizás debido al impacto negativo sobre los competidores que se les supone, al evaluar estos descuentos la

⁶ Vid. e.g. *Suiker Unie*, apartado 518.

⁷ Vid. e.g. *Michelin I*, apartado 71.

⁸ Vid. KALLAUGHER, p. 2.

⁹ Vid. KALLAUGHER y SHER, pp. 21-22, donde los autores replican al enfoque de la Comisión, plasmado en el artículo de GYSELEN, escrito cuando éste era jefe de unidad en la Dirección General de Competencia.

Comisión viene ignorando por completo sus efectos reales sobre la competencia.

b) *La situación actual: todos los tipos de descuentos pueden ser abusivos, incluso los estandarizados, mientras haya atisbos de fidelización*

De manera general, por la forma en que son tratados por la Comisión, al aplicar el art. 82 CE, se distingue entre tres tipos de descuentos problemáticos: i) los descuentos por fidelidad (*fidelity rebates*), ii) los descuentos por objetivo individualizado (*target rebates*) y iii) los descuentos por volumen o cantidad estandarizados (*volume rebates*).

Descuentos por fidelidad. Son descuentos concedidos más o menos explícitamente a cambio de una exclusividad total o parcial por parte del cliente al adquirir el producto de la empresa dominante, de manera que se prima, no la cuantía o volumen de producto solicitado, sino la máxima proporción de producto requerido por cada cliente¹⁰. Este tipo de descuentos son siempre considerados abusivos y por tanto prohibidos por el art. 82 CE.

Descuentos por objetivo individualizado. Se trata de descuentos sin aparente vinculación a exclusividad alguna, que son aplicados a cada cliente en función de haber alcanzado unos objetivos de compra predeterminados de forma individualizada, que puede basarse en una estimación de sus necesidades pasadas o formularse en términos absolutos, a partir de un control o *monitoring* de las compras realizadas durante un período de referencia determinado. Los descuentos se obtienen cuando se alcanzan los mismos niveles que en el pasado o se superan los objetivos de compra predeterminados. A pesar de la ausencia de exclusividad aparente, se considera que efectos fidelizantes similares se derivan *de facto* del mecanismo de cálculo y aplicación del descuento al buscar que se incremente el nivel de compras de la empresa dominante (descuentos de crecimiento)¹¹. Por ello, se asimilan a los descuentos basados explícitamente sobre una exclusividad total o parcial, y por tanto también se consideran abusivos. Se estima que son abusivos no sólo o principalmente por sus efectos de exclusión, sino también por su carácter discriminatorio, ya que comportan un trato desigual a prestaciones o compras equivalentes en cantidad.

¹⁰ Vid. *Suiker Unie*, apartado 518; *Hoffmann-La Roche*, apartados 89 y 90; y *Michelin I*, apartado 71.

¹¹ Vid. *Michelin II*, apartado 57: «(...) el Tribunal de Justicia ha declarado que un descuento supeditado al cumplimiento de un objetivo de compras vulnera también el art. 82 CE (Sentencia Michelin I)».

Descuentos por volumen estandarizados. Son descuentos que se conceden de forma generalizada a todo el cliente de una empresa dominante que alcance en sus compras durante un período de referencia determinados niveles o umbrales de pedidos iguales para todos. No se conceden por alcanzar niveles de compras individualizados o adaptados a cada cliente en función de sus necesidades pasadas. En el estado actual de la práctica comunitaria, estos descuentos, a pesar de ser estandarizados, serán probablemente considerados abusivos por incitar a la fidelización¹². Sólo parece posible que escapen de la prohibición si se da alguna de las circunstancias siguientes¹³: i) que el período de referencia es muy corto (menos de tres meses, en principio)¹⁴, ii) que el cliente obtiene el descuento sólo sobre las compras incrementales, es decir por encima del umbral generalizado, o si se demuestra a satisfacción de la Comisión que iii) el sistema de descuentos es objetivamente justificado sobre la base de eficiencias económicas derivadas específicamente de la transacción (ahorros resultado del mayor volumen de la transacción).

c) *El estándar de la Comisión al examinar los descuentos: un potencial efecto de exclusión sin justificación objetiva suficiente*

Como se ha dicho desde sus filas¹⁵, la Comisión aplica un test basado en dos estadios, y en un salto en la carga de la prueba al pasar del primero al segundo: 1) primero, corresponde a la Comisión identificar si del sistema de descuentos adoptado por la empresa dominante se deriva efecto excluyente potencial (porque incrementa en sus clientes los costes de transición o cambio de suministrador, elevando así artificialmente las

¹² Vid. *Michelin II*, apartado 59: «(...) un sistema de descuentos en el que la cuantía del descuento aumenta en función del volumen de compras no infringe el art. 82 CE, salvo si los criterios y las modalidades de concesión del descuento ponen de manifiesto que el sistema no está basado en ninguna contraprestación económica que lo justifique, sino que pretende, como en el caso de un descuento de fidelidad y por objetivos, impedir el abastecimiento de los clientes acudiendo a sus competidores (...)».

¹³ Nótese, de cara al futuro, que la Comisión, en su *Documento de reflexión sobre la aplicación del art. 82 CE a los abusos excluyentes* de diciembre de 2005, propone un test para analizar los efectos excluyentes que toma en consideración también la cuota de mercado que resulta potencialmente excluida y no solamente si un contrato determinado implica costes de transacción. Vid. Sección 5 para un análisis más detallado de las nuevas propuestas de la Comisión.

¹⁴ Vid. *Michelin II*, apartado 85, y en particular 88: «(...) El sistema de descuentos cuantitativos tiene un efecto de fidelización tanto mayor cuanto más largo sea el período de referencia». Existe un debate económico importante alrededor de la relevancia que la duración del período de referencia tiene en realidad (vid. el artículo de F. MEIER-RIGAUD, *Switching costs in retroactive rebates - what's time got to do with it*, ECLR, vol. 26, 2005). Más que la duración en sí, el aspecto más importante es si al final los otros proveedores pueden efectivamente competir por las compras totales del cliente o si sólo pueden hacerlo por una parte de ellas. En este último caso (e.g. el cliente necesita comprar al menos parte de sus requerimientos a la empresa dominante, como en el caso *Michelin II*), el sistema de descuento puede tener efectos excluyentes aunque el período de referencia sea muy corto.

¹⁵ Vid. GYSELEN, pp. 9-10.

barreras de entrada a sus competidores) y, en caso afirmativo, a continuación, 2) corresponde a la empresa dominante demostrar que, sin embargo, no existe abuso porque tales descuentos tienen justificación objetiva suficiente. Obviamente, este test suscita dos grandes cuestiones: i) ¿qué grado de efectos de exclusión (“*foreclosure*”) debe demostrar la Comisión? y ii) ¿cómo evaluar la suficiencia de la justificación objetiva de la conducta excluyente alegada como defensa de eficiencias?

c)1. La prueba de los efectos excluyentes: con incertidumbre basta

La confirmación por el TPI de la decisión *Michelin II*¹⁶ pone en evidencia que para concluir que un sistema de descuentos genera efectos de exclusión potenciales la Comisión puede limitarse con probar que se crea una incertidumbre en el cliente, aunque sólo sea en la fase final del período de referencia, que puede conducir a una fidelización ante la empresa dominante. La presión creciente en las fases avanzadas del período es lo que cuenta, generada por la incertidumbre, creciente a su vez, sobre si se está cerca o lejos del nivel requerido para obtener el descuento. En esa fase del período, cada decisión de compra a un suministrador distinto del dominante incrementa la incertidumbre¹⁷. La limitación de la libertad de elección del cliente/distribuidor es clave, ya que no se examina más allá¹⁸. En otras palabras, parece que la Comisión puede beneficiarse de la presunción, basada en un vínculo de causa a efecto, de que si el cliente incurre en incertidumbre respecto de los costes

¹⁶ El complejo sistema de descuentos objeto de la *Decisión Michelin II* consistía en unos descuentos cuantitativos que adoptaban la forma de una bonificación anual en porcentaje de la totalidad del volumen de negocios (de neumáticos para camiones, turismos y camionetas) realizado con Michelin Francia por sus distribuidores y clientes. Para poder optar a ellos, bastaba con alcanzar los límites máximos del volumen de negocios previsto en unas parrillas de descuentos predeterminadas. Haciendo abstracción del carácter generalizado del sistema de descuentos, y por tanto de la falta de vínculo entre las compras necesarias para obtener el descuento y el porcentaje de necesidades de producto de cada cliente, la Comisión consideró que debía sancionarlo como abusivo. Basó su conclusión fundamentalmente en la convicción que debe condenarse «*la simple práctica de un descuento cuantitativo realizado por una empresa en posición dominante siempre que supere un plazo razonable de tres meses (lo que ocurre en este caso), puesto que no es equivalente a una política de competencia normal por precios. En efecto, el simple hecho de comprar una cantidad suplementaria insignificante de productos Michelin hace que el minorista se beneficie de un descuento sobre la totalidad del volumen de negocios realizado con Michelin, y es por tanto superior a la justa remuneración marginal, también llamada lineal, de la compra suplementaria, lo que produce evidentemente un fuerte efecto de incentivo a la compra. El Tribunal hace hincapié en el hecho de que los descuentos sólo pueden corresponder a las economías de escala realizadas por la empresa gracias a las compras suplementarias inducidas de los consumidores*» (Considerando 216 de la Decisión). Decisión 2002/405/CE de la Comisión, de 20 de junio de 2001, COMP/E-2/36.041/PO-*Michelin*, DO, L 143, 2002, p. 1.

¹⁷ No se discute que el sistema de descuentos adoptado por Michelin crease inseguridad e incertidumbre en general y en particular respecto del precio medio neto de lo comprado hasta el final del año de referencia.

¹⁸ Vid. Sentencia *Michelin II*, apartado 65.

de cambiar de suministrador en alguna fase del período de referencia, automáticamente se cumple el requisito de posible efecto excluyente de los competidores, único requerido por la jurisprudencia para sancionar el comportamiento como abusivo. Todo ello, sin necesidad de conocer el grado de exclusión provocado por el comportamiento en cuestión ni de entrar a analizar los efectos reales de la conducta sobre la capacidad de desarrollo de los competidores existentes o las posibilidades de entrada de los potenciales¹⁹.

c)2. La inalcanzable justificación objetiva: una contrapartida económica justificada

La posibilidad teórica de una justificación objetiva que desvirtúe el carácter abusivo de la práctica está reconocida ampliamente en la jurisprudencia comunitaria²⁰. Es un hecho, sin embargo, que todos los intentos de hacerla valer han sido hasta hoy en vano: los argumentos fueron siempre rotundamente rechazados o ignorados²¹. La Sentencia *Michelin II* ilustra los límites de esta posibilidad y el carácter meramente teórico de la explicación económica como justificación del comportamiento. El punto de partida es que una empresa dominante «no puede recurrir a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos»²² y que, por tanto, procede examinar si el sistema de descuentos cuantitativos «está basado en una contrapartida económica justificada o, en otros términos, si retribuye las economías de escala obtenidas por la demandante cuando recibe pedidos de gran volumen». «En efecto, si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el proveedor, éste está facultado para hacer que su cliente disfrute de esta reducción mediante una tarifa más favorable»²³. Pero al aplicarla al caso concreto el TPI se mostró muy exigente —o muy superficial— en el examen de la justificación objetiva. En los apartados 108 y 109 de su sentencia afirmó que la argumentación de la demandada sobre

¹⁹ La simulación que realiza FEDERICO en su artículo sobre descuentos excluyentes (*op. cit.*, p. 480) demuestra en términos económicos que el potencial que tenía el esquema de descuentos Michelin II para impedir que los competidores contestasen las ventas de Michelin era reducido.

²⁰ *Vid.*, entre otras, las siguientes sentencias: Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2003, *British Airways plc/Comisión*, T-219/99, Rec. p. II-05917 (en adelante, *British Airways*), apartados 246 y 247; *Michelin II*, apartados 98, 108 y 109; Sentencia del TJCE de 29 de marzo de 2001, *Portugal/Comisión*, C-163/99, Rec. p. I-2613, apartado 52 (en adelante *Portugal/Comisión*).

²¹ Entre los argumentos rechazados destacan el pretender que el descuento fue determinado según la petición del cliente (*Hoffman-La Roche*, apartado 89) y que producía una mejora de la producción y distribución del dominante (*Michelin I*, apartado 85).

²² *Michelin II*, apartado 97, citando la Sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar/Comisión*, T-228/97, Rec. p. II-2969, apartado 111.

²³ Nuestro énfasis. *Vid. Michelin II*, apartado 98, citando las conclusiones del abogado general Mischo en el asunto en el que recayó la Sentencia *Portugal/Comisión*, apartado 106.

la justificación «*por las economías de escala en materia de costes de producción y de distribución*» era demasiado general e insuficiente «*para aportar una justificación económica que permita explicar de manera concreta los porcentajes de descuento aplicados para los diferentes escalones del sistema de descuentos censurado*»²⁴. Ahí acaba el razonamiento del TPI para rechazar las justificaciones económicas alegadas por Michelin. De este razonamiento se desprende que la justificación económica debe basarse en ahorros derivados específicamente de la transacción, del aumento de productos vendidos, es decir, de las compras suplementarias generadas por el descuento²⁵, lo cual puede resultar muy difícil, por no decir imposible²⁶.

Sin embargo, conviene destacar que la literatura económica demuestra que los descuentos por volumen estandarizados pueden resultar eficientes —si no óptimos— incluso en ausencia de economías de escala, pues la eficiencia puede derivarse simplemente del hecho de realizar ventas adicionales o de expandir el mercado²⁷. Además, existe otra categoría importante de eficiencia ignorada en dicho enfoque reduccionista basado en economías de escala, las eficiencias verticales que pueden derivarse de los acuerdos de marca o exclusivos, que son la modalidad más extrema de los descuentos por fidelidad²⁸.

d) *El ambiguo discurso sobre el enfoque per se y la necesidad de un examen caso por caso de la existencia de abuso y de sus efectos*

Ante las críticas generalizadas al formalismo y, en particular, al enfoque *per se* —exento de examen de los efectos de la conducta— bajo el que se vienen sancionando la mayoría de los descuentos, se ha replicado que la Comisión no considera que haya abusos *per se* y que analiza las prácticas siempre en su contexto económico, intentado descubrir cómo

²⁴ Nuestro énfasis. El TPI se refiere para ello a la Sentencia *Portugal/Comisión*, apartado 56.

²⁵ Vid. apartado 101 de la Sentencia, refiriéndose al Considerando 216 de la Decisión de la Comisión donde se dice que «*los descuentos sólo pueden corresponder a las economías de escala realizadas por la empresa gracias a las compras suplementarias inducidas de los consumidores*».

²⁶ Vid. RIDYARD, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under art. 82, an Economic Analysis*, ECLR, 286, 2002. Vid. también PADILLA y SLATER, p. 93, destacando que las dificultades para probar que unos precios menores están justificados por ahorros en los costes son muy significativas, entre otras razones por la compleja tarea de medir los costes y, sobre todo, de atribuirlos a los diversos clientes.

²⁷ Vid. FEDERICO, p. 478.

²⁸ Las posibles eficiencias verticales en sistemas de descuentos son reconocidas por la Comisión en su Documento de reflexión sobre la aplicación del art. 82 CE a los abusos excluyentes (pp. 24-28). Además, de manera más general, las eficiencias verticales son reconocidas en las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (*DO C-291*, 2000, p. 22).

una práctica determinada funciona e interacciona en el mundo real del caso concreto ²⁹.

Es cierto que los propios tribunales comunitarios han exigido un examen caso por caso ³⁰, lo que demuestra que estrictamente hablando no estamos ante una aplicación *per se* de la prohibición. Sin embargo, la jurisprudencia contiene indicaciones claras de que algunos descuentos son *per se* abusivos (por fidelidad explícitos) ³¹. Y si bien cabría argumentar sobre la base de la jurisprudencia más clásica que los descuentos relacionados con el volumen o cantidad no están *per se* prohibidos ³², cuando se trata de descuentos por objetivo individualizados hay una fuerte presunción de que también lo estén ³³ y, en fin, incluso cuando son por volumen generalizados pueden también estarlo, como demuestra *Michelin II*. En todo caso, y con independencia de ese debate, la cuestión importante es si se debería adoptar un enfoque más cercano a una *rule of reason*, consistente en examinar los efectos y sacar balance de los aspectos positivos y negativos de la conducta, antes de sancionarla. La presión para iniciar un cambio al respecto no puede venir de los tribunales comunitarios, quienes en sus sentencias han llegado a afirmar que en materia de art. 82 CE no sólo no se exige tal examen pormenorizado, sino que, en cierta medida, no tendría mucho sentido puesto que, desde la perspectiva del art. 82 CE, el objeto y efecto de la práctica se confunden ³⁴. En cambio, la Comisión, con su propuesta de análisis más económico de los efectos excluyentes de los descuentos, plasmada recientemente en su Documento de reflexión, da un paso adelante hacia un enfoque basado en un verdadero estudio caso por caso y, como se describe más adelante, se sitúa en una posición más favorable a aplicar un tipo de *rule of reason* basada en los efectos económicos del descuento.

²⁹ Vid. GYSELEN, p. 9, párrafo 20, quien enfatiza el hecho de que las denominaciones de los descuentos invitan a confusión y que a pesar de que se intente describir un determinado sistema de descuento como cuantitativo o de volumen, lo que cuenta no es su nombre sino sus efectos reales.

³⁰ Vid. Sentencia *Michelin I*, donde el TJCE explicó que procede «apreciar el conjunto de las circunstancias y, en particular, los criterios y condiciones de concesión del descuento» (apartado 73).

³¹ Según jurisprudencia reiterada un descuento de fidelidad como contrapartida al abastecimiento exclusivo por parte del cliente, es contrario al art. 82, puesto que intenta impedir que los clientes se abastezcan de los productores competidores (vid. *Suiker Unie*, apartado 518; *Hoffmann-La Roche*, apartados 89 y 90, y *Michelin I*, apartado 71).

³² Vid. *Michelin II*, apartados 58 y 59.

³³ Vid. *Michelin II*, apartado 57: «El Tribunal de Justicia ha declarado que un descuento supeditado al cumplimiento de un objetivo de compras vulnera también el art. 82 CE».

³⁴ Vid. *Michelin II*, apartado 241 y, en particular, apartado 258, donde el TPI recuerda que la Comisión no examinó, en la Decisión impugnada, los efectos concretos de las prácticas abusivas, pero afirma claramente que «por lo demás, tampoco estaba obligada a realizar dicho examen (...)».

B) La práctica española

a) *Alineamiento reciente con la práctica comunitaria*

Tras unos asuntos resueltos de forma muy casuística y sin un enfoque sistemático, la práctica española en los últimos años viene alineándose con la visión comunitaria que prioriza la atención sobre el efecto fidelizante de los descuentos. En materia de descuentos con potenciales efectos de exclusión los asuntos más relevantes, resueltos por el TDC, son: *Roca Radiadores*³⁵, *Iberia*³⁶, *Suresa Cit/Correos*³⁷ y *COFAS*³⁸. El primero es una decisión declarando no probada la conducta abusiva, mientras que el resto son decisiones de prohibición.

Una primera constatación a resaltar es que en la práctica española se aprecia un mayor nivel de atención a los efectos de exclusión generados por la conducta en cuestión (y al nivel de prueba aportado) en una resolución que considera no probada el abuso denunciado —como *Roca Radiadores*— que en las resoluciones en que se concluye que sí hay abuso y se sanciona con multas —*Iberia*, *Suresa Cit/Correos* y *COFAS*³⁹—. Tal diferencia de enfoques podría en parte explicarse por la dinámica argumental propia de cada tipo de decisión, claramente marcada por el sentido final —afirmativo o negativo— de la misma. Pero se debe pro-

³⁵ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 28 de septiembre de 1995, *Roca Radiadores* (en adelante *Roca Radiadores*). Se discuten un descuento vinculado a un programa semestral de compras al fabricante por parte de los distribuidores y un premio vinculado a las condiciones de exhibición del producto. El TDC no encuentra pruebas concluyentes y rechaza el abuso. Esta Resolución fue confirmada por Sentencia de 11 de octubre de 2000 de la Audiencia Nacional, *Roca Radiadores* (en adelante *SAN Roca Radiadores*).

³⁶ Resolución del TDC de 1 de abril de 2002, *Iberia* (en adelante *Iberia*). Se discuten descuentos de fidelidad en los sistemas de retribución a las agencias de viajes por la venta de billetes. El TDC considera que ha habido conducta abusiva e impone una multa de 700.000 euros, por tratarse de descuentos por fidelización, que al generar opacidad en las agencias de viajes, provocan un efecto succión, por lo que tienen efectos excluyentes.

³⁷ Resolución del TDC de 20 de junio de 2003, *Suresa/Correos* (en adelante *Suresa/Correos*). Se discuten unos descuentos ofrecidos por Correos a las empresas colaboradoras condicionados a que haya un 10 por 100 de envíos con destino local. El TDC condena por abuso de dominio e impone una multa de 5,4 millones de euros, por considerar que dicha condición genera un efecto excluyente de los competidores.

³⁸ Resolución del TDC de 1 de septiembre de 2000, *COFAS* (en adelante *COFAS*). Se denuncian unos descuentos de fidelidad ofrecidos por la cooperativa de farmacéuticos a las oficinas de farmacia que, según el volumen relativo de adquisiciones sobre su capacidad de compra anual, comprometan un determinado porcentaje a COFAS. El TDC encuentra abuso e impone una multa de 15 millones de pesetas, porque al ser descuentos asociados al potencial total de compras y vinculados a un período de referencia, provocan exclusión de los competidores.

³⁹ En las decisiones de rechazo se otorga gran relevancia a la prueba de los efectos e intención excluyentes del descuento —en realidad, a la ausencia de prueba— no siendo suficiente probar un potencial elemento de fidelización para concluir que ha habido conducta abusiva. En cambio, en las decisiones de prohibición, el TDC se centra en el análisis de los efectos anticompetitivos potenciales del descuento, sobre todo del posible elemento fidelizante, aunque no requiere prueba de los efectos excluyentes.

bablemente también a una evolución en la práctica española de acercamiento a la comunitaria, en la que, como hemos visto, no se requiere ninguna atención particular a los efectos reales de exclusión que los descuentos hayan podido tener. En cuanto al nivel de prueba exigido, lógicamente también es en este tipo de decisiones de rechazo donde el TDC ha hecho más afirmaciones, todas ellas destacando la necesidad de un nivel de prueba muy elevado ⁴⁰.

Los posibles efectos pro-competitivos del descuento, como el aumento de ventas totales en el mercado o los beneficios para el consumidor, no han sido realmente considerados por el TDC en sus resoluciones sancionadoras. No es de extrañar que el único ejemplo donde parece haberse prestado atención a dichos efectos o eficiencias del descuento se haya dado en el asunto *Roca Radiadores*, donde se afirma, aunque de manera lacónica y sin mayores consecuencias en el asunto, que la concesión de un descuento al distribuidor puede favorecer la competencia entre los distribuidores ⁴¹. Por lo que respecta a la justificación objetiva del descuento, en ocasiones el TDC sigue la senda comunitaria que permite —en teoría— justificar las prácticas abusivas únicamente por razones objetivas relacionadas con los costes. Hasta el presente, tampoco en la práctica española se ha aceptado como suficiente una justificación objetiva de un descuento presumido abusivo, si bien sí hay indicios de que, en teoría, justificaciones relacionadas con las eficiencias producidas por el descuento son posibles ⁴².

b) *Disparidad de enfoques en dos asuntos importantes: Roca Radiadores e Iberia*

En el asunto *Roca Radiadores* se discutieron dos descuentos para la compra de productos de cuarto de baño del fabricante, un descuento con porcentaje fijo vinculado a un programa semestral de objetivos de

⁴⁰ Así, en *Roca Radiadores*, el TDC afirma (Considerando quinto) que «...las conductas abusivas han de estar acreditadas por pruebas que excluyan cualquier duda razonable (...)». Se podría decir que hay una presunción de inocencia del denunciado, puesto que toda la carga de la prueba recae sobre el denunciante y el TDC, al exigir pruebas concluyentes, no entra en el análisis de los efectos de los descuentos. Añade en el Considerando séptimo: «(...) el Tribunal, vista la prueba practicada, no tiene la absoluta convicción, por lo que en aplicación del principio favorecedor del acusado en casos dudosos, procede declarar que no se ha probado la existencia de abuso de posición dominante imputable a Roca».

⁴¹ Vid. *Roca Radiadores*, Considerando sexto, donde al motivar la ausencia de abuso el TDC destacó los aspectos positivos del programa de descuentos y entre ellos el hecho de que podía servirle al fabricante a «reducir los costes de producción y almacenamiento y, en definitiva, ajustar su producción a la demanda».

⁴² Vid. *COFAS*, Considerando cuarto: «el objeto del Sistema y el ánimo de COFAS de atraer el mayor número posible de compradores (...)» sería lícito «si ello se consiguiera por métodos transparentes basados en su eficiencia, lo que no es el caso».

compra⁴³ y un premio consistente en un descuento fijo calculado en porcentaje sobre la facturación del producto, vinculado a unas condiciones determinadas de exhibición del producto. El TDC consideró no probado el abuso denunciado. A pesar de que este sistema de descuentos dependía de que el distribuidor alcanzase unos objetivos de compra prefijados para cada semestre de mutuo acuerdo con el fabricante tras una negociación individualizada, el TDC no contempló riesgo alguno de fidelización⁴⁴. Parece poco cuestionable que en la práctica comunitaria un sistema de descuentos de este tipo hubiese sido contemplado desde una perspectiva distinta, y probablemente sancionado. Por otro lado, es interesante el reconocimiento, por lo menos teórico, de determinados efectos pro-competitivos de los descuentos que hace el TDC al referirse a la reducción de costes del fabricante. No parece que se esté refiriendo el TDC directamente a la problemática de la justificación objetiva y a las defensas de eficiencias.

En las decisiones de prohibición posteriores a *Roca Radiadores*⁴⁵, el TDC emprende un análisis más consistente de los hechos y de su elemento fidelizador. Merece la pena detenerse en una de ellas, *Iberia*, por su similitud con la Decisión de la Comisión en el asunto *Virgin/British Airways*, y por constituir quizás el ejemplo más claro de aplicación de la doctrina comunitaria en la práctica española. En este caso se discutían unos descuentos de fidelidad en los sistemas de retribución a las agencias de viajes por la venta de billetes, vinculados a un período de referencia de un año, y estableciendo objetivos individualizados para cada agencia⁴⁶. En primer lugar el TDC analizó el carácter fidelizador del descuento, considerando que puesto que las agencias «normalmente controlan la información sobre vuelos que pueden ponerse a disposi-

⁴³ Este descuento se basaba en un premio de programación, consistente en un descuento con porcentaje fijo sobre la facturación semestral condicionado a que se hubieran cumplido los objetivos de compra de cada grupo de productos para cada semestre, acordado al comienzo de cada año y fijados en los llamados “programas de compras” pactados con cada distribuidor; el porcentaje se reduce a la mitad si el grado de cumplimiento del programa es inferior en menos de un 5 por 100 a lo programado.

⁴⁴ Consideró (Considerando sexto) que «no hay prueba suficiente de que Roca haya utilizado este descuento, bien para evitar que se distribuyeran productos de otras marcas, bien para imponer a los distribuidores (...) la compra de unas cantidades determinadas» y que «la simple existencia del programa de compras no parece en sí nociva, pues permite al fabricante conocer sus previsiones de producción, reducir los costes de producción y almacenamiento y, en definitiva, ajustar su producción a la demanda».

⁴⁵ En su sentencia confirmando esta resolución, la Audiencia Nacional no aporta un razonamiento particularmente coherente, puesto que tras evocar los precedentes comunitarios sobre descuentos, considera que no se dan las circunstancias en el caso concreto por razones ajenas a las que inspiraron dichos precedentes (SAN *Roca Radiadores*, Considerando cuarto).

⁴⁶ La relevancia del análisis se centra en un sistema de retribución en particular, Creciberia. Este incentivo de crecimiento establece objetivos individualizados para cada agencia, retribuyendo de forma progresiva el crecimiento de los ingresos brutos —en relación al año anterior— obtenidos por las agencias.

*ción del cliente, tienen, (...) un fuerte aliciente para encauzar a sus clientes hacia la compañía Iberia lo que puede llevar, incluso, a que silencien las ofertas alternativas de otras compañías»*⁴⁷. Constató un elemento de opacidad en las agencias, que no revelan al cliente las ofertas alternativas, el cual produce un efecto succión, pues «*ejerce presión para que los compradores adquieran lo más posible del fabricante en cuestión*» (Considerando quinto). Concluyó que se daban el elemento fidelizador y los efectos excluyentes del descuento bajo el prisma de la jurisprudencia comunitaria de *Hoffman-La Roche* y *Michelin I*. Rechazó una posible justificación objetiva, constatando que no hay justificación de costes puesto que la reserva de billetes se realiza por transacciones electrónicas⁴⁸. Con esta resolución, el TDC se acercó claramente a la práctica comunitaria, una evolución que es ratificada en los asuntos posteriores de *Suresa/Correos* y en la línea del anterior *COFAS*.

3. LAS CRÍTICAS AL ENFOQUE ACTUAL DE LA PRÁCTICA COMUNITARIA

La práctica comunitaria arriba descrita es objeto de serias críticas centradas en el anacronismo que caracteriza la aplicación formalista de una disposición tan importante como art. 82 CE y en lo erróneo, desde el punto de vista del análisis económico, de algunas de las presunciones imperantes sobre los efectos anticompetitivos de los descuentos de una empresa dominante.

A) Un formalismo que ignora los efectos de los descuentos de manera anacrónica y generando inseguridad jurídica

Como hemos visto, la práctica comunitaria se caracteriza por un enfoque extremadamente formalista en la aplicación del art. 82 CE a los sistemas de descuentos de las empresas dominantes⁴⁹. Este formalismo es claramente contradictorio con los tiempos que corren y, en particular,

⁴⁷ *Iberia*, Considerando cuarto. El TDC añade: «*La prima Creciberia actúa, pues, como un elemento fidelizador que tiende a asegurar que los pasajeros, demandantes de transporte aéreo, sigan contratando con la empresa dominante*».

⁴⁸ *Iberia*, Considerando quinto: «*dadas las características del funcionamiento del mecanismo de reserva de las agencias de viaje, basado en transacciones electrónicas, sin ningún elemento de transporte físico, la comisión Creciberia no puede justificarse sobre la base de que contribuye a la reducción de costes*».

⁴⁹ Por extraño que parezca, la Comisión ha visto consolidada jurisprudencialmente su práctica en materia de descuentos, a pesar de haber obviado completamente en sus análisis cuestiones tan básicas como ¿quiénes son los competidores actuales y potenciales?, ¿cómo les afectaría la necesidad de asumir costes de transición?, ¿qué proporción del mercado se ve excluida? o ¿qué alternativas están disponibles para los competidores para entrar en el mercado? No le ha sido nece-

con el modo en que se abordan los otros pilares de la política de competencia (art. 81 CE y reglamento comunitario de concentraciones), respecto a los cuales la Comisión ha reconocido la necesidad —y ha demostrado la voluntad— de tener en cuenta los efectos económicos de las prácticas y cambios de control de las empresas. En dicho contexto, la persistencia de este enfoque dispar y anacrónico en materia de descuentos genera una gran inseguridad jurídica, debida al mensaje contradictorio que se da respecto de los arts. 81 y 82 CE, y que dificulta enormemente a las empresas dominantes desarrollar la autoevaluación requerida al examinar la legalidad de sus actuaciones y, en particular, de sus políticas de precios.

B) Ignorar los efectos competitivos de un sistema de descuentos al sancionarlo es erróneo y contraproducente

Entre las críticas a la ignorancia de los efectos reales de los descuentos en la aplicación actual del art. 82 CE destacan las de aquellos autores que reivindican que los sistemas de descuentos, incluso los de fidelidad⁵⁰, dependiendo de las características del sistema y del mercado, pueden ser pro-competitivos y redundar en beneficios directos para el consumidor⁵¹.

Como posibles efectos positivos o pro-competitivos de los descuentos, la doctrina económica destaca los siguientes⁵²: i) *reducción de precios*, mediante la competencia entre empresas a través de políticas de descuentos (cuando la empresa dominante decide ofrecer descuentos por lealtad, sus rivales pueden responder de la misma manera, reduciendo así el coste de los compradores en general, que se pueden traducir en

sario a la Comisión avanzar en la cadena y examinar hasta qué punto la vida del competidor se ve dificultada por esa incertidumbre o supuesta fidelidad, es decir, no importa hasta qué punto la conducta se erige en una barrera de entrada. Como se ha puesto de manifiesto en la Sentencia *Michelin II*, la mínima mención a esta cuestión contenida en *Virgin/British Airways* no modifica esta consideración.

⁵⁰ Un Informe de la OCDE sobre los Descuentos y Sistemas de Descuentos por Lealtad y Fidelidad, realizado en 2003, destaca la necesidad de analizar los descuentos por fidelidad caso por caso debido a sus efectos potenciales tanto pro-competitivos como anticompetitivos, dependiendo el efecto final de las características específicas de los descuentos y de los mercados en cuestión (*OECD Report on Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, de 4 de febrero de 2003, en adelante, Informe de la OCDE).

⁵¹ Se ha dicho que prohibir descuentos en tales circunstancias, sin examinar el efecto negativo sobre los consumidores, conlleva, en sí mismo, un efecto negativo para los consumidores en un número indeterminado de casos y que, en consecuencia, es importante analizar los descuentos desde la perspectiva de los efectos que producen. *Vid.* KALLAUGHER y SHER, pp. 2 y 35; PADILLA y SLATER, pp. 89-90; Informe de la OCDE, p. 20; OFT (Office of Fair Trading) Assessment of Conduct, *Draft competition law guidelines for consultation*, abril 2004 (en adelante OFT Guidelines), p. 20.

⁵² *Vid.* PADILLA y SLATER, pp. 84-104, y FEDERICO, p. 478.

precios más bajos para los consumidores finales); ii) *recuperación de costes*, mediante la posible identificación de los minoristas más sensibles hacia las modificaciones de precios y *una mayor eficiencia* gracias a que los descuentos permiten a las empresas que los practican conocer la estructura de costes de sus clientes; iii) *incentivos a los minoristas*, a promocionar el producto de la empresa dominante y, de este modo, reforzar la competencia tanto a nivel horizontal como vertical (*interbrand and intrabrand competition*); iv) *eficiencias verticales estándares*, como la promoción de inversiones para clientes específicos y la reducción de la incidencia de *free-riders*; v) *promoción de la competencia a nivel vertical*, al ofrecer las mismas ventajas de descuentos a PME y a más grandes empresas y así fomentar la competencia a este nivel, y vi) *beneficios cuando el comprador es el consumidor final y no un distribuidor*, como una expansión del producto en el mercado o una competencia más intensa.

En definitiva, ignorar por completo los posibles efectos positivos de los descuentos en circunstancias particulares y en determinados mercados, equivale a correr el riesgo de proteger competidores ineficientes, de inhibir el desarrollo de la competencia vertical y, en última instancia, de condenar a las empresas dominantes por comportamientos que son en realidad pro-competitivos y benefician a los consumidores, es decir, de aplicar el Derecho de la competencia de manera contraproducente, agravando los males que en teoría pretende sanear⁵³.

4. EVALUAR DESCUENTOS CONSIDERANDO SUS EFECTOS ECONÓMICOS

El consenso en la necesidad de evaluar los descuentos considerando sus efectos económicos va acompañado por un reconocimiento generalizado de las dificultades que ello plantea en la práctica. Los problemas prácticos para la autoridad de competencia, la dificultad propia de todo ejercicio de análisis económico de un comportamiento en el mercado⁵⁴ y las delicadas cuestiones de *policy* que se suscitan, justifican sobradamente una profunda reflexión sobre los instrumentos y enfoques que pueden facilitar la implementación de este cambio.

⁵³ Vid. PADILLA y SLATER, pp. 89-90, y KALLAUGHER, pp. 3 y 6.

⁵⁴ Son ampliamente conocidas las dudas y controversias propias que —incluso entre economistas— genera toda interpretación económica de un comportamiento en el mercado, en particular cuando se trata de evaluar sus efectos sobre el bienestar de los consumidores y total.

A) Mejorar la seguridad jurídica: propuestas para presunciones de legalidad y de ilegalidad

No parece realista pretender pasar drásticamente de una situación de ausencia total de análisis de los efectos de los descuentos a otra donde tal examen sea imperativo en todos los casos. No sería ni razonable ni, probablemente, necesario, en la medida en que no parece seriamente discutible que en determinadas situaciones algunos tipos de descuentos sean muy probablemente restrictivos de la competencia y otros sean, a la inversa, inocuos si no pro-competitivos. En consecuencia, establecer algunas presunciones —de legalidad y de ilegalidad— puede ser de gran utilidad tanto para facilitar el *enforcement* razonable como para mejorar sensiblemente el precario nivel de seguridad jurídica existente en la actualidad⁵⁵.

Se ha considerado que no son, en principio, susceptibles de provocar efectos anticompetitivos los *descuentos con períodos de referencia muy cortos* (menos de tres meses), sin obligaciones de exclusividad, aunque induzcan a adquirir hasta el 50 por 100 de sus necesidades del operador dominante⁵⁶. Parece además haber consenso en que los *descuentos por volumen estandarizados* deberían ser presumidos legales, sin perjuicio de que quepa probar lo contrario⁵⁷. Sin embargo, argumentar una presunción de legalidad de los descuentos estandarizados sin distinción entre las diversas modalidades posibles, entraría en conflicto con la Sentencia *Michelin II* del TPI, que claramente sanciona un sistema de este tipo. Por ello, al concebir esta presunción de legalidad, quizás habría que limitarla a los descuentos por volumen estandarizados progresivos aplicados a las compras marginales, que no pueden ser abusivos porque no pueden tener efectos excluyentes significativos, al tratarse simplemente de reducciones de precio aplicadas al último tramo de la demanda del cliente, que no crean ningún aumento de costes de transición a los clientes⁵⁸. Hay precedentes que lo sus-

⁵⁵ Estas presunciones podrían ser establecidas en Líneas Directrices publicadas por la Comisión Europea, como se ha hecho en relación a determinados tipos de acuerdos bajo el art. 81 CE. Sin embargo, como recuerdan con acierto PADILLA y SLATER (p. 98) sería antes preciso disponer de algunos casos pilotos donde la Comisión haya demostrado con análisis económico que los descuentos en cuestión tienen efectos negativos y que tales ejemplos pueden efectivamente ser extrapolados con suficiente seguridad como para constituir el precedente base de una presunción de ilegalidad.

⁵⁶ Vid. PADILLA y SLATER, p. 99, invocando, entre otras, la Sentencia *Michelin II*, apartados 85-89.

⁵⁷ Conviene recordar al respecto que antes de *Michelin II* se venía considerando que los descuentos por volumen no eran abusivos, por tratarse de competencia en los méritos, contrariamente a los descuentos por fidelidad, como recuerda esta Sentencia en su apartado 90 en combinación con el apartado 100.

⁵⁸ Vid. PADILLA y SLATER, p. 99. Proponen esta presunción de legalidad y reconocen la distinción entre este tipo de descuentos y los descuentos por volumen estandarizados progresivos en

tentan⁵⁹. En estos casos, los descuentos incrementales no deberían considerarse como abusivos de entrada siempre y cuando no sean explícitamente predatorios, *i.e.* el precio marginal del producto no debe ser inferior al coste⁶⁰. En cuanto a los *descuentos por objetivo individualizados*, se considera que deberían poder escapar a la tilde de abusivos si son justificados por la empresa dominante de forma fehaciente⁶¹. En fin, obviamente, en el grupo de los descuentos cuya ilegalidad parece poder presumirse entran los *descuentos por fidelidad explícitos o con claros indicios de búsqueda de exclusividad*.

Por otro lado, se ha sugerido que la Comisión debería poder mostrarse más exigente al examinar las políticas de precios y descuentos de las empresas superdominantes (con cuotas de mercado superiores al 65 por 100, y especialmente los antiguos monopolios estatales), en el sentido de exigirle un menor esfuerzo probatorio para concluir que los descuentos fidelizantes de esta categoría de empresas —particularmente si se aplican sobre compras totales— tendrán efectos excluyentes en el mercado⁶².

C) ¿Qué test para evaluar el *foreclosure* (o los efectos de exclusión)?

Pero más importante que las presunciones —que por definición pueden ser rebatidas— es el test que debe aplicarse en cada caso bajo ese deseado nuevo enfoque. ¿Cómo y hasta dónde sería necesario evolucionar desde el test actual?

John KALLAUGHER propone que en contraposición al test actual de potencialidad de efectos excluyentes (potencial riesgo de *foreclosure* sin necesidad de cuantificarlo) se introduzca un test de probabilidad similar al adoptado en materia de art. 81⁶³ y de control de concentraciones,

los que cada incremento en el descuento se retrotrae a la primera unidad (“*roll back*”), descuentos calculados sobre las compras totales y no marginales. Sin embargo, sostienen que los efectos fidelizantes de este segundo tipo de descuento, a la base de la decisión en *Michelin II*, fueron erróneamente considerados, porque la cuestión de si el descuento se calcula sobre el volumen total de las compras o únicamente sobre la compra adicional es tan sólo una cuestión de presentación.

⁵⁹ Vid. *Michelin I*, apartado 70, y *Portugal/Comisión*, apartado 50.

⁶⁰ Como se explica más adelante, en el documento de reflexión recientemente publicado la Comisión establece la presunción de legalidad cuando los descuentos incrementales no son predatorios, es decir, cuando el precio de las unidades adicionales que resulta del descuento no es inferior al coste medio total (Documento de reflexión, p. 52).

⁶¹ Vid. KALLAUGHER y SHER, p. 37.

⁶² Vid. KALLAUGHER, p. 9. En contraste, tratándose de empresas con cuotas de mercado inferiores a esos niveles, se debería requerir de la Comisión el esfuerzo de análisis económico que ahora no despliega para poder concluir que el sistema de descuentos tendrá efectos anticompetitivos.

⁶³ Vid. Líneas Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C 3/02), DOCE C 3, 2001, p. 2, apartado 19: «Sin embargo, muchos

basado en torno a la pregunta: ¿es probable que a corto o medio plazo la conducta tenga efectos anticompetitivos? Para aplicarlo propone la estimación de los efectos económicos previsibles de tal comportamiento (*i.e.* precios más elevados o menores alternativas para los consumidores)? Este enfoque sería además coherente con el que ya se adopta en otros casos de abuso de posición dominante como los precios predatorios⁶⁴. Aplicar este test a un sistema de descuentos requerirá, según quien lo propone, confirmar que se dan determinadas condiciones en el curso de tres estadios de razonamiento sucesivos y cumulativos:

i) En primer lugar, hay que comprobar que los costes de cambio de suministrador (*switching costs*) son sustanciales, lo que es improbable si el período de referencia es de tres meses o menos, si el cliente puede cambiar de suministrador al final del ciclo⁶⁵.

ii) En segundo lugar, hay que determinar si dichos costes generan barreras de entrada significativas (a los potenciales competidores)⁶⁶ o efectos de exclusión importantes (a los actuales competidores) al reducir de manera apreciable sus oportunidades de venta⁶⁷.

iii) En tercer lugar, procede determinar si es “probable” que tales barreras de entrada y efectos de exclusión generen efectos anticompeti-

acuerdos de cooperación no tienen como objeto la restricción de la competencia. Por tanto, es necesario analizar los efectos del acuerdo. Para ello, no basta con que el acuerdo limite la competencia entre las partes. Es necesario también que pueda afectar a la competencia en el mercado en una medida tal que se pueda esperar que produzca efectos de mercado negativos sobre los precios, la producción, la innovación, o la diversidad y calidad de los productos o servicios». Nuestro énfasis.

⁶⁴ En sede de precios predatorios hay que probar que los competidores pueden ser eliminados.

⁶⁵ Al considerar los costes de transición se debe prestar atención a la proximidad del siguiente período de referencia, porque si son períodos cortos, de tres meses o menos, no hay apenas efecto succión porque el competidor del dominante puede esperar al siguiente período para competir, evitando así el efecto 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 (menos de tres meses) no son “apreciables”. Además, en términos económicos, es lógico pensar que los nuevos entrantes descuenten la necesidad de pagar algunos costes de transición para inducir al cambio.

⁶⁶ La “proximidad” de los nuevos entrantes puede ser relevante. Si existen competidores potenciales en otras zonas geográficas, serán normalmente más eficaces y rápidos entrando que los nuevos entrantes en el producto. Los primeros pueden ofrecer producto como ventas incrementales vendidas a coste marginal, con lo que hay espacio para descuentos necesarios para ganar cuota de mercado.

⁶⁷ Independientemente de las presunciones de legalidad o ilegalidad que puedan establecerse, hay elementos fundamentales que deben ser objeto de consideración al examinar los efectos excluyentes de un descuento. Éstos son el nivel de descuento ofrecido y el nivel de ventas “contestables” por el competidor. En efecto, si el nivel de descuento es muy bajo (como en el caso *Michelin*), un competidor podría fácilmente competir aunque se trate de un descuento retroactivo e incluso si éste tiene que “absorber” el coste de competir en las ventas siguientes. [*Vid.* FEDERICO, pp. 478-479, quien formula esta idea bajo el concepto de “*maximum discount*” (descuento máximo)]. Por otro lado, debe calcularse el nivel de “ventas contestables” del competidor, es decir, las ventas del dominante respecto de las cuales el competidor puede luchar, al poder absorber el descuento del dominante. Si éste es elevado, los efectos excluyentes son menos probables. [*Vid.* FEDERICO, p. 479]. La Comisión recoge también estas ideas en su Documento de reflexión, pp. 47-48].

tivos: es decir, precios más altos y oferta más reducida o de menor calidad. No bastaría con que se acentúen las diferencias en cuota de mercado de los competidores. Hay que examinar los efectos probables de un sistema de precios en el contexto del mercado afectado⁶⁸.

PADILLA y SLATER parecen alinearse en la idea de que demostrar la probabilidad de efectos (efectos potenciales probables) debería exigirse para prohibir un sistema de descuentos determinado. Un test basado en efectos meramente hipotéticos no sería admisible. Una cuestión interesante en este test de la probabilidad es que, sin perjuicio de que se aplicaría obviamente a situaciones de mercado ya existentes (a diferencia de lo que ocurre en control de concentraciones), se exigiría una cierta predicción de futuro⁶⁹, en cierto modo en línea con el examen prospectivo característico de la aplicación del reglamento comunitario de concentraciones, por lo que cuestiones como el estándar de prueba y el control judicial posterior adquirirían sin duda protagonismo.

D) Sobre la justificación objetiva

Como hemos visto, la cuestión de la justificación objetiva de un esquema de descuentos que parece abusivo es un terreno aún por explorar, lleno de interrogantes: ¿qué nivel de prueba debe satisfacer la empresa dominante que alega justificación objetiva o que plantea una defensa de eficiencias?, ¿cuál es el test apropiado en materia de justificaciones objetivas empresariales?, ¿cómo interaccionan el daño competitivo y la justificación objetiva?, ¿deben los descuentos producir ahorros que superen el daño competitivo para que sean admisibles?, ¿se debe probar además que para lograr tales ahorros la conducta es indispensable?

Desde la Comisión se ha considerado que deben probarse tres cosas: i) que con la práctica en cuestión se generan las eficiencias invocadas; ii) que éstas son mesurables y verificables, y iii) que se supera un test de proporcionalidad de la conducta controvertida (necesidad en toda su dimensión para asegurar las eficiencias pretendidas)⁷⁰.

Otros han replicado que la Comisión adopta un enfoque muy restrictivo, basado en una lejanía de la realidad comercial. Se ignora que hay descuentos aceptados generalmente que no están vinculados de

⁶⁸ La Decisión de la Comisión *Deutsche Post* 2001/892, OJ L 331, 2001, p. 40, demuestra que el examen económico puede hacerse, aunque no sea fácil.

⁶⁹ Vid. PADILLA y SLATER, p. 97.

⁷⁰ Vid. GYSELEN, pp. 10-11. El autor admite que, en todo caso, una cuestión particularmente difícil en este ejercicio es determinar los parámetros a aplicar en la evaluación de proporcionalidad, y que podría bastar con exigir que haya proporcionalidad entre la dimensión de las eficiencias y la magnitud del efecto excluyente sobre competidores.

manera específica a la transacción, como los descuentos por volumen. En efecto, incluso en un mercado altamente competitivo se van a producir descuentos por volumen, puesto que cualquier venta adicional que cubra los costes marginales contribuye a sufragar los costes fijos y es rentable. Está claro que las economías de escala o de producción son aceptables si demostradas, pero hay otras economías posibles que valdrían incluso en descuentos por objetivo en determinadas circunstancias ⁷¹.

En cualquier caso, lo que parece incuestionable es que debería haber un equilibrio entre la magnitud del efecto excluyente potencial probado y la magnitud del beneficio empresarial o de las eficiencias que la empresa dominante debe probar. A mayor seriedad en el despliegue argumental en un lado, mayor seriedad debe exigirse también en otro. Obviamente, la búsqueda de tal equilibrio sólo prosperará si se ha examinado a fondo el daño competitivo que debe compararse con las eficiencias.

5. EL NUEVO ANÁLISIS ECONÓMICO PROPUESTO POR LA COMISIÓN

La Comisión Europea publicó el pasado 19 de diciembre un documento de reflexión sobre la aplicación del art. 82 CE a los abusos excluyentes ⁷². Esta publicación supone el paso previo a la apertura de un período de consulta pública que resultará eventualmente en unas líneas directrices de la Comisión, y responde a la necesidad de cambio que se viene pidiendo desde muchos frentes, en la línea de las reformas realizadas en los últimos años en la aplicación del art. 81 CE y del Reglamento comunitario de concentraciones. Este documento de reflexión pretende proporcionar un marco para el análisis de los abusos excluyentes en base a un enfoque más económico y propone una metodología para la evaluación de las prácticas abusivas más corrientes con efectos excluyentes, *inter alia* los descuentos y sistemas de descuentos. En su propuesta de análisis de los descuentos y de los sistemas de descuentos, la Comisión hace en primer lugar una evaluación general y, seguidamente, divide los tipos de descuentos en condicionales e incondicionales. También aporta ejemplos de las posibles defensas de las empresas dominantes, sea en forma de justificación objetiva o de eficiencias.

⁷¹ Por ejemplo, en el asunto *Michelin*, si los descuentos por objetivo se aplicasen no a mayoristas de neumáticos sino a concesionarios de coches, que se dedican principalmente a otras cosas (menos del 5 por 100 de su negocio sería la venta de neumáticos); el efecto principal no sería fidelizante sino de incrementar las ventas y por tanto mejorar la distribución del producto, y por tanto a los consumidores.

⁷² *Vid. supra* núm. 5.

A) Los descuentos en el Documento de reflexión de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 CE a los abusos excluyentes

a) *Evaluación general de los sistemas de descuentos*

La Comisión considera que la evaluación general debe llevarse a cabo sobre la base de los efectos excluyentes reales y potenciales del descuento, que se derivan de sus efectos fidelizantes. Es relevante también la incidencia del descuento en el mercado, que es lo mismo que la parte de mercado “ligada/controlada” por la empresa dominante [*i.e.* la parte o cuota de mercado vendida por ésta bajo el sistema de descuentos (*tied market share*)]. Los efectos negativos potenciales generalmente dependerán del tamaño del “*tied market share*”. La Comisión también tendrá en cuenta si hay economías de escala, efectos de red o efectos derivados de la necesaria curva de aprendizaje “*learning curve effects*”, en cuyo caso será difícil que se concluya la existencia de un abuso, incluso si las partes de mercado son elevadas.

El Documento de reflexión distingue entre descuentos condicionales y descuentos incondicionales. Los descuentos condicionales se conceden a los clientes en función —y en recompensa— de los modos o comportamientos de adquisición practicados (cantidades compradas en el pasado, porcentaje de necesidades totales comprado a la empresa dominante en un período de tiempo en el pasado reciente, etc.). Se consideran incondicionales aquellos descuentos que se conceden a un tipo o grupo de clientes y no a otros, es decir, aquellos que diferencian el precio de adquisición entre unos clientes y otros. Además, se aplican a todas sus compras, incondicionalmente, es decir, con independencia de su comportamiento de adquisición de los productos del dominante.

b) *Sistemas de descuentos condicionales*

Dentro de los descuentos condicionales, la Comisión divide su análisis en descuentos sobre la cantidad total de compras y descuentos sobre las compras incrementales por encima del umbral.

Descuentos condicionales sobre la cantidad total de compras. Para la evaluación de los efectos excluyentes es necesario determinar primeramente el efecto fidelizante del descuento, que sólo tendrá lugar si el umbral de compras al que se aplica se sitúa por encima del nivel que el comprador compraría de la empresa dominante en ausencia del descuento.

Para establecer el efecto fidelizante, la Comisión propone un cálculo basado en las cantidades comercialmente viables (“*commercially viable*”).

amounts”) o cuotas de pedidos viables de clientes individuales (“*viable shares of individual customer’s requirements*”) que los competidores actuales o potenciales podrían suministrar al cliente de la empresa dominante. Para comprobar si el descuento impide a los competidores suministrar estas cantidades comercialmente viables, la Comisión calculará el precio efectivo que tendría la cantidad comercialmente viable si el cliente la comprara a la empresa dominante beneficiándose del descuento. Si el precio efectivo está por debajo del coste medio total de la empresa dominante, el efecto fidelizante es mayor porque es muy difícil que el competidor pueda competir con la empresa dominante. Seguidamente, la Comisión intentará calcular la “cuota requerida” (“*required share*”), *i.e.* cómo de grande debería ser la cuota de pedidos del cliente que el competidor debe capturar para que el precio efectivo sea superior —o igual— que el coste medio total de la dominante. Si las cuotas que el cliente compra efectivamente de los competidores existentes son inferiores a la cuota requerida, es probable que se dé un efecto excluyente. Si son superiores, el efecto excluyente es poco probable.

Si no es claro el efecto excluyente del cálculo anterior, la Comisión evaluará la cuota comercialmente viable que un competidor eficiente o potencial puede suministrar razonablemente y la comparará con la cuota requerida. Si la cuota requerida es mayor que la cuota comercialmente viable, es probable que el descuento tenga efectos excluyentes. Para calcular la cuota comercialmente viable hay que tomar en cuenta el contexto del mercado y del sector en concreto. La Comisión evaluará especialmente si el descuento obstaculiza la entrada de competidores potenciales, sobre la asunción que éstos entrarían al mercado a una escala mínimamente eficiente.

Para la Comisión es importante el tipo de umbral para determinar el efecto fidelizante. Un porcentaje sobre el total o un descuento por volumen individualizado tienen el mayor efecto fidelizante. En este caso, la Comisión normalmente presumirá que el umbral está fijado para evitar que los clientes cambien y compren del competidor.

Si se trata de un descuento por volumen estandarizado, es menos probable que se dé un efecto fidelizante, aunque si se establece que el umbral persigue un objetivo concreto (la mayoría de los clientes compran más o menos la misma cantidad cerca del umbral, o pueden clasificarse en un número limitado de grupos a los que corresponde una tabla de descuentos), la Comisión presumirá que el umbral está fijado para evitar que los clientes cambien y compren del competidor (efecto excluyente).

La duración del período de referencia puede tener un impacto en el grado de incertidumbre del cliente, aunque en la mayoría de casos no

minimiza el efecto fidelizante, sólo en caso de que éste sea tan corto que las cantidades requeridas por el cliente, al ser necesariamente pequeñas, puedan ser suministradas por otros competidores.

La presunción de abuso puede ser contestada por la dominante, demostrando que el descuento no tiene ni tendrá efectos excluyentes si, por ejemplo, los objetivos de volumen individualizados o estandarizados están fijados a un nivel particularmente bajo comparado con las compras totales del dominante por parte del cliente, de manera que éste puede comprar de otros proveedores sin perder el descuento. También puede demostrar que la entrada o expansión de competidores no está en realidad limitada a la cantidad establecida por la Comisión como la cuota comercialmente viable.

Descuentos condicionales sobre compras incrementales por encima del umbral. En este tipo de descuentos, la empresa dominante tenderá a fijar el umbral del descuento al nivel al que el comprador compraría igualmente aunque no existiese el descuento, porque así se le induce a comprar unidades de más para beneficiarse del descuento.

El efecto fidelizante depende del grado de porcentaje de los requerimientos totales del comprador, pero se da también en caso de un descuento por objetivo de volumen individualizado o incluso en caso de una tabla de descuentos. En estos casos, la Comisión concluirá que el descuento constituye un abuso sólo si el precio resultante para las compras incrementales es un precio predatorio, *i.e.* si no cubre el coste medio total.

En caso de tratarse de un descuento por objetivo de volumen estandarizado, la Comisión presumirá que no se da efecto fidelizante y por lo tanto tampoco abuso, salvo si se dan las circunstancias para concluir que existen precios predatorios. Igualmente, si, en la práctica, tal descuento funciona como un descuento por volumen individualizado, la Comisión presumirá que se da un efecto fidelizante si el precio resultante está por debajo del coste medio total, aunque es una presunción contestable.

c) *Descuentos incondicionales*

Los descuentos incondicionales pueden tener efectos excluyentes en caso de que, por ejemplo, se ofrezcan sólo a clientes que pueden cambiar más fácilmente a proveedores extranjeros porque están situados en regiones fronterizas. La Comisión aplicará las mismas orientaciones que para los precios predatorios: si el precio final está por debajo del coste medio total, se presumirá que existe precio predatorio pero será una pre-

sunción contestable. La Comisión tendrá en cuenta el elemento de selectividad de los clientes beneficiarios del descuento.

d) Las defensas posibles: justificaciones objetivas y eficiencias

La Comisión admite la posibilidad de alegar justificaciones objetivas de los descuentos potencialmente excluyentes, pero deben basarse en una necesidad objetiva (*objective necessity defence*), por factores externos a la empresa y comunes a todas las empresas del mercado.

En relación a la defensa basada en eficiencias, la empresa dominante debe demostrar que se cumplen cuatro condiciones, inspiradas directamente en las condiciones de exención previstas en el apartado 3 del art. 81 CE. El Documento de reflexión considera, en esa línea, que por eficiencias se entiende la contribución a la mejora de la producción o distribución de los productos y servicios o el fomento del progreso técnico o económico, como por ejemplo ocurre cuando se mejora la calidad de los productos o se obtienen reducciones o ahorros específicos en los costes. Así, la empresa que invoque eficiencias deberá demostrar que: 1) las eficiencias se hayan dado sea probable que se den como consecuencia de la conducta en cuestión, 2) que la conducta —o sistema de descuentos— sea indispensable para alcanzar las eficiencias, 3) que éstas conlleven un beneficio para los consumidores, y 4) que no se elimine la competencia de una parte sustancial de los productos afectados.

Para los descuentos en particular, la Comisión aporta algunos ejemplos de eficiencias admitidas como posibles defensas, como el ahorro de costes relacionados con el tamaño de la transacción individual o con el tamaño de las compras totales realizadas por el cliente. También se acepta un sistema de descuento que es indispensable para incitar a los clientes a comprar y revender un volumen superior y evitar una doble marginalización, aunque sólo si se trata de un descuento sobre las compras incrementales y no sobre todas las compras. Otro ejemplo admisible sería, según la Comisión, cuando el sistema de descuento es indispensable para incentivar al proveedor dominante a realizar inversiones específicas para determinadas relaciones, es decir, para poder proveer a un cliente en particular.

B) El documento de reflexión de la Comisión aporta un enfoque más económico al análisis de los descuentos

El análisis propuesto por la Comisión da un paso adelante en la aplicación de un enfoque económico al abuso de posición dominante, pero se mantiene consistente con la jurisprudencia de los tribunales comuni-

tarios. Si bien es claro que aplica un examen caso por caso, fijándose en los efectos excluyentes reales y potenciales de los descuentos, parece que el centro de su análisis sigue siendo el efecto fidelizante, en base al cual establece determinadas presunciones según el tipo de descuento. Éstas serán más contestables por la empresa dominante en base a justificaciones objetivas o defensas de eficiencias que en la actualidad, pero la Comisión seguirá mostrándose exigente.

Es un gran avance dar claramente la bienvenida al análisis económico para determinar el efecto fidelizante, puesto que aporta más seguridad jurídica para todos los actores del mercado. La novedad es que no sólo toma en cuenta la estructura del descuento en sí, sino también cómo el descuento puede afectar a los competidores actuales y potenciales y a su capacidad de entrar en el mercado. Sin embargo, está por ver cómo quedarán fijadas estas reflexiones en el texto final, y, sobre todo, cómo serán aplicadas en la práctica.

La intención de la Comisión es elaborar unas Líneas Directrices sobre la aplicación del art. 82 CE a los abusos excluyentes. El período de consultación pública acababa de comenzar, por lo que la forma definitiva de las Líneas Directrices queda todavía lejos.

6. COMENTARIOS FINALES

En *Michelin II* la demandante alegó que cualquier descuento tiene un efecto de fidelización de los compradores, puesto que les incita a aumentar sus compras a quien ofrece el descuento. Sostuvo que, para declarar la existencia de una infracción del art. 82 CE, la Comisión debe demostrar que los descuentos pueden menoscabar, con el tiempo, la estructura competitiva del mercado y permitir, en definitiva, que se abuse del consumidor. El TPI admitió que la Comisión no hizo esa demostración, pero confirmó la decisión impugnada por el efecto de fidelización de clientes. No ha habido recurso de casación de esta sentencia. Sí lo ha habido en el asunto *Virgin/British Airways*, que sigue un enfoque muy similar al de *Michelin II*. Ante el TJCE la Comisión sostiene y defiende las tesis descritas y comentadas en esta ponencia, cuestionadas abiertamente por los demandantes en casación.

Esta es la realidad que, hoy por hoy, rige la problemática de los descuentos y de la que hay que partir al considerar el anunciado cambio en la política de competencia de la Comisión en materia de abusos de posición dominante. En la práctica española, tras un paulatino alineamiento, el panorama actual no parece distinguirse demasiado, aunque obviamente es de esperar evolucionará con los cambios que se avecinan a nivel comunitario.

Nadie duda de que hay que evolucionar hacia un mayor examen de los efectos de los descuentos, como de las otras conductas de empresas dominantes, y que para ello el análisis económico debe jugar un papel creciente. El Documento de reflexión de la Comisión publicado recientemente da un claro paso adelante en esa dirección. Es particularmente atractiva la posibilidad de que en un futuro la Comisión, no sólo examine el alcance del efecto de exclusión sobre los competidores, sino que considere además hasta qué punto es probable que tales barreras de entrada y efectos de exclusión generen efectos anticompetitivos que dañen al consumidor. Pero habrá que ser realistas al estimar la probabilidad, intensidad y velocidad de este proceso de cambio. Y recordar dos factores que se antojan esenciales al respecto: por un lado, todo cambio que se produzca significará abandonar en mayor o menor medida un pensamiento —y un hábito— de la Comisión anclado en los orígenes de la política de competencia comunitaria, aplicado consistentemente durante muchos años y completamente confirmado por los Tribunales de Luxemburgo desde el principio. Por otro lado, incluso los economistas coinciden en las dificultades prácticas y teóricas de llevar a cabo en cada caso concreto la demostración de los efectos económicos de un sistema de descuentos determinado, tanto al examinar los efectos excluyentes como al intentar demostrar las eficiencias. Estos pilares de referencia, junto a la necesidad de poner en práctica políticas razonables y administrables por la autoridades de competencia, deberán tenerse muy en cuenta en este proceso de cambio si se quiere reconciliar los dos intereses en presencia: administrabilidad de la política de competencia, y previsibilidad y razonabilidad económica en las reglas a respetar en las políticas de precios.