



FACULTAD DE DERECHO

**LOS DESCUENTOS EXCLUSIVOS:
EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA
LUZ DEL CASO INTEL**

Autor: Marta Álvarez Núñez

4º E-1

Derecho de la Competencia

Tutor: D. Marcos Araujo

Resumen y palabras clave

RESUMEN

El abuso de la posición dominante es un supuesto recurrente en los pronunciamientos de los tribunales europeos. Especialmente, en los últimos años, ha resultado problemático el establecimiento de diferentes sistemas de descuentos por empresas dominantes, con diferentes efectos en el mercado de referencia.

Este trabajo busca analizar la evolución jurisprudencial del tratamiento de los descuentos exclusivos como abusos por el objeto, y posteriormente, identificar cuales son las novedades que supone la reciente sentencia del caso Intel.

Hasta hace pocos años, el derecho de la competencia europeo rechazaba la influencia de los datos económicos en los pronunciamientos judiciales. En la actualidad, la casi unánime opinión doctrinal acerca de la naturaleza de los descuentos, reclama una aproximación de los criterios adoptados por los tribunales europeos a las teorías económicas predominantes.

Palabras clave: descuentos exclusivos, abuso de la posición dominante, art. 102 TFUE, restricciones por objeto, restricciones por efecto, circunstancias del caso, naturaleza restrictiva

ABSTRACT

The abuse of the dominant position is a recurrent assumption in the pronouncements of European courts. Especially, in recent years, the establishment of different discount systems by dominant companies has been problematic, with different effects on the reference market.

This paper seeks to analyze the jurisprudential evolution of the treatment of exclusive discounts as abuses by the object, and later, to identify which are the novelties that supposes the recent sentence of the Intel case.

Until a few years ago, European competition law rejected the influence of economic data on judicial pronouncements. At present, the almost unanimous doctrinal opinion about the nature of discounts calls for an approximation of the criteria adopted by the European courts to the prevailing economic theories.

Keywords: exclusive discounts, abuse of dominant position, art. 102 TFEU, restrictions by object, restrictions by effect, circumstances of the case, restrictive nature

Índice

<i>Resumen y palabras clave</i>	2
<i>Índice</i>	3
1. LISTADO DE ABREVIATURAS	5
2. INTRODUCCIÓN	8
3. CONCESIÓN DE DESCUENTOS COMO SUPUESTO DE ABUSOS	9
3.1. FUNDAMENTO TEÓRICO Y LEGAL	9
3.2. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE DESCUENTOS DE FIDELIDAD EN LA SENTENCIA HOFFMANN-LA ROCHE	12
4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NATURALEZA DE LOS SISTEMAS DE DESCUENTOS	15
4.1. PRIMERA APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA	15
4.1.1. Los descuentos cuantitativos	16
4.1.2. Los descuentos que incluyen un mecanismo relacionado con la obtención de fidelidad	17
4.1.3. Los descuentos de fidelidad	19
4.1.4. Problemática entorno a la configuración de los descuentos exclusivos como prohibiciones cuasi per se	21
4.2. LA INCERTIDUMBRE CREADA EN LOS DIVERSOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS	24
4.2.1. La Comisión Europea	27
4.2.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	31
5. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TJUE - EL CASO INTEL	37
5.1. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN IMPUGNADA POR LA SENTENCIA C-413/14	37
5.1.1. La Decisión de la Comisión del 13 de mayo de 2009	37
5.1.2. Sentencia del Tribunal General en el asunto t-286/09	38
5.2. RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO C-413/14P	42

6. POTENCIALES EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL CASO INTEL	46
6.1. NECESIDAD DE DEMOSTRAR CAPACIDAD DE RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO.....	48
6.2. EXISTENCIA DE UNA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA POR PARTE DEL OPERADOR DOMINANTE	50
6.3. LA VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE ELIMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DE UN RIVAL TAN EFICAZ COMO EL OPERADOR DOMINANTE PARA LA CONSIDERACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO	52
7. CONCLUSIONES.....	57
8. BIBLIOGRAFÍA.....	58
8.1. LEGISLACIÓN.....	58
8.2. JURISPRUDENCIA.....	58
8.2.1. <i>TJUE</i>	58
8.2.2. <i>TG</i>	60
8.2.3. <i>Comisión</i>	61
8.3. OBRAS DOCTRINALES.....	62
9. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA	67

1. LISTADO DE ABREVIATURAS

<i>Abreviatura</i>	<i>Correspondencia</i>
AAC	Average avoidable costs, promedio de costos evitables
Acuerdo EEE	Acuerdo Del Espacio Económico Europeo
AMD	Advanced Micro Devices
Art./arts.	Artículo/artículos
ATC	Average total cost, promedio de costos totales
AVC	Average variable costs, promedio evitable de costos
CAP	Customer Authorized Price
Caso British Airways	Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, British Airways PLC. Contra Comisión de las Comunidades Europeas y Virgin Atlantic Airways Ltd '
Caso Delimitis	Sentencia del Tribunal de Justicia del 28 de febrero de 1991 en el asunto C-234/89 Delimitis contra Henninger Bräu
Caso Hoffmann-La Roche	Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & C. AG. Contra Comisión de las Comunidades Europeas
Caso Michelin I	Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 322/81, Michelin contra Comisión, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión
Caso Michelin II	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003. Caso T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas
Caso Tomra	Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de abril de 2015, asunto C-549/10 P, Tomra Systems y otros contra Comisión Europea
CE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
Comisión	Comisión Europea
Comunicación	Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación

	del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes
CPU	Central Processing Units
Discussion Paper	DG Discussion Paper on the application of the Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses
<i>e.g.</i>	exempli gratia, por ejemplo
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
EEUU	Estados Unidos de América
Guidance	Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ, 2009/ C 45/02
HP	Hewlett-Packard
Intel	Intel Corporation Inc.
KLM	KLM Royal Dutch Airlines
LRAIC	Long-run incremental cost
Michelin	NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin
NBIM	Norges Bank Investment Management
NEC	NEC Corporation
MSH	Media-Saturn-Holding GmbH
OEM	Original Equipment Manufacturer
OEM	Original Equipment Manufacturer
p./pág./págs.	Página/páginas
<i>p.ej.</i>	Por ejemplo
<i>per se</i>	Por sí mismo
Qantas	Qantas Airlines Limited
Segundo Circuito	Segundo Circuito de Cortes de Apelaciones de Estados Unidos
ss.	siguientes

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal Primera Instancia
UE	Unión Europea
v.	versus, contra
v. <i>gr.</i>	verbi gratia, verbigracia
<i>vid.</i>	vide, véase
Virgin	Virgin Atlantic Airways

2. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Caso Intel ha supuesto un cambio en la concepción formalista del TJUE de los descuentos por exclusividad, aplicando a su naturaleza una aproximación económica.

Varios autores¹ consideraron esta sentencia como una modificación del TJUE del criterio de valoración de los requisitos para poder considerar la aplicación de descuentos por fidelidad por parte una empresa en situación dominante un abuso de la dicha posición. Sin embargo, este trabajo pretende analizar la verdadera trascendencia de esta sentencia. En cualquier caso, es patente que en la jurisprudencia del TJUE hay un cambio. Y esta modificación de criterio del TJUE no es, en absoluta, cuestión baladí. Especialmente por dos motivos:

En primer lugar, porque en el análisis jurídico realizado por los tribunales europeos en casos como el Caso Intel y el Caso Hoffmann-LaRoche, cabe una interpretación desde la cual se entienden las premisas que sustentan cada uno de los casos como mutuamente excluyentes. Así mismo, el TJUE en los últimos años en sus diversos pronunciamientos ha optado por una postura en ocasiones poco justificada. Esta problemática implica que *de facto* en los siguientes pronunciamientos, debería el tribunal optar por una u otra concepción, pero no debería mantenerse en el limbo en el cual ha estado en los últimos años.

Y en segundo lugar, por las posibles implicaciones que tendrá este cambio de concepción es casos que están siendo actualmente juzgados, como el caso Qualcomm². Teniendo en cuenta el aumento de procedimientos realizados por la Comisión contra los grandes gigantes informáticos, la relevancia es mayúscula.

Lo anterior aconseja analizar esta sentencia con el objetivo de tratar de entender cual ha sido el cambio y que implicaciones tendrá el mismo para las empresas en posición dominante.

¹ *p.eg.* MCCARTHY, A., “The Intel Case – A significant development in the approach to abuse of dominance under EU Competition law A&L Goodbody”, *Lexology*, 27 septiembre 2017 (disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0bc856aa-025c-4c9b-82f7-55625daeb677>) y “Intel Case – Facts do matter!”, *Dentons*, 7 de septiembre de 2017 (disponible en <https://www.dentons.com/en/insights/alerts/2017/september/7/the-intel-case>)

² Sentencia no publicada del Tribunal General, caso T-771/17, Qualcomm y Qualcomm Europa contra Comisión (Documentación del caso disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-371/17&language=EN>)

A tal fin, en el presente trabajo, apuntaremos, con referencia a la jurisprudencia y doctrina, el significado del concepto “abuso de la posición dominante” y dentro de esta figura, el rol que cumplen los denominados como “descuentos exclusivos” dentro del esquema completo de descuentos que pueden ser aplicados por las empresas. Todo ello, con el objetivo de comprobar la evolución jurisprudencial que han sufrido ambos conceptos en los últimos años, y en última instancia, comprender la justificación esgrimida por el TJUE en la anulación de la sentencia del TG. Para ello, tomaremos en este trabajo como base, en gran medida, la jurisprudencia anterior de ambos tribunales.

Por último, analizaremos la decisión de la Comisión, la sentencia del TG y la sentencia del TJUE sobre el asunto Intel, contraponiendo los argumentos esgrimidos por las distintas instituciones europeas.

Son dos, por tanto, los objetivos de este trabajo: (i) comprobar la evolución jurisprudencial del TJUE sobre los conceptos anteriormente mencionados y (ii) analizar el trascendencia de la visión dada por el TJUE sobre los descuentos exclusivos en el caso Intel.

3. CONCESIÓN DE DESCUENTOS COMO SUPUESTO DE ABUSOS

3.1. Fundamento teórico y legal

El art. 82 CE establece que:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la **explotación abusiva**, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Es decir, solo el abuso o explotación abusiva de la posición dominante, y no la posición en sí, está prohibida por el derecho europeo. Sin embargo, podemos comprobar que la redacción de este artículo es bastante ambigua, pues no contiene definición alguna sobre que es la posición dominante o que es la explotación abusiva de dicha posición. Por ello, este artículo ha sido criticado por falta de claridad, rigor, y actualización respecto a los

nuevos modelos económicos vigentes hoy en día³. La cuestión es que para poder determinar los requisitos de aplicación de este artículo, debemos intentar interpretar el mismo. Esencialmente, entender su objeto y finalidad. Y podemos afirmar, que parte de la problemática que vamos a tratar surge de esta falta de concreción, que deriva en múltiples interpretaciones posibles, siendo conscientes de que incluso muchas de ellas posiblemente escapen objetivo que el legislador europeo tenía a la hora de regular estas conductas.

Para empezar, es necesario realizar una aproximación al significado de posición dominante de una empresa en un mercado de referencia⁴. No existe en la legislación europea referencia alguna a los requisitos para considerar a una empresa como dominante. De esta tarea de definición se ha encargado el TJUE. Los primeros pasos para la delimitación del concepto se dio en el caso Hoffman-La Roche, siendo complementado por diversas sentencias en los años posteriores. Así, el TJUE define como posición dominante:

La que se refiere el artículo 102 TFUE atañe a la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores⁵.

En segundo lugar, el concepto de abuso de esta posición dominante, a falta también, de una definición legal, ha sido configurado por la jurisprudencia del TJUE, definiéndose como:

Un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el

³ Temple Lang, J., “Anticompetitive Non-Pricing Abuses Under European and National Antitrust Law,” *Fordham Corporate Law Institute*, 2003, pág. 235

⁴ Similar problemática de definición ha surgido con el concepto de mercado de referencia. A tales efectos se publicó la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria (97/C 372/03), Diario Oficial nº C 372 de 09/12/1997 p. 005-0013

⁵ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Roche & C. Ag. contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [38] y Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, Deutsche Telekom contra Comisión, apartado [170]

mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.⁶ (Caso Hoffmann-La Roche)

Por consiguiente, aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí supone que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.⁷ (Caso Irish Sugar) Sin embargo, estas definiciones, por su poca concreción, dejan un importante espacio para la libertad de interpretación, con los consecuentes problemas que vamos a tratar en este trabajo.

Dentro de la posición dominante, unas conductas que genera gran controversia son las rebajas o descuentos, que es una forma de promoción de las ventas, utilizada por las empresas inicialmente como incentivo o suplemento, que se basan en la reducción del precio.

Así, las rebajas exclusivas, también denominadas descuentos por fidelidad, son utilizadas en todo tipo de mercados, concebidas como un beneficio al consumidor.

Si encuadramos esta conducta en el ámbito del art. 82 CE, lo que ocurre es que cuando estas rebajas son aplicadas por compañías que ostentan una posición dominante en el mercado, pueden ser calificadas como un abuso de la posición dominante sancionada por el art 101 y 102 TFUE.⁸

Esto se debe a que estas conductas se relacionan con la exigencia de una especial responsabilidad a las empresas en posición dominante, construcción jurisprudencial de los tribunales europeos⁹. Según la cual, los operadores dominantes tienen la responsabilidad de actuar de tal modo que no se produzca una distorsión en la competencia. Estas empresas, debido a su rol en el mercado de referencia, al aplicar estos descuentos generan un riesgo de exclusión de rivales eficientes, porque se evita que el adquirente acuda al rival, aunque no sea un objetivo de la conducta, puede producirse indirectamente. Por ello, la exclusividad se permite generalmente en derecho de la

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Roche & C. Ag. contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [91]

⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, Irish Sugar contra Comisión, apartado [5]

⁸ Freshfields Bruckhaus Deringer, “Intel in the Court of Justice”, Lexology, 7 de septiembre de 2017 (disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0458ce04-1380-4f2c-be27-3f7ff05b81e0>, última consulta 10/02/018)

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, Europemballage Corporation y Continental Can., Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 abril de 1993, asunto T-65/89, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión o Sentencia del Tribunal de Justicia de de 17 de julio de 1998, asunto T-111/96, TPI ITT Promedia contra Comisión

competencia, pero no si la conducta de exclusividad parte de una empresas en posición dominante.

Son numerosas las resoluciones en los que la Comisión y el Tribunal de Justicia clasifican los descuentos en tres grupos: (i) cuantitativos, (ii) descuentos condicionales a una compra exclusiva o casi exclusiva, (iii) y una tercera categoría que incluye el resto de tipos de descuentos.¹⁰ En el presente trabajo, haremos referencia a la evolución jurisprudencial de la naturaleza de las tres categoría con especial énfasis en la segunda, las mencionadas rebajas exclusivas.

Estas, también denominados descuentos condicionales, rebajas exclusivas o descuentos por fidelidad o *fidelity rebates*, se configuran como una forma particular de precio no lineal en los cuales el precio por unidad de producto disminuye cuando las compras de los clientes alcanzan un umbral de compras mínimo, específico para cada cliente. Generalmente, la elección de la forma particular de umbral está determinada por los costes relativos y los beneficios asociados a cada tipo de umbral¹¹. La Comisión Europea los definió como aquellos que:

Se conceden a los clientes para recompensarlos por una determinada pauta de conducta de compra. Habitualmente, un descuento condicional consiste en que, si las compras del cliente durante un determinado periodo de referencia superan un cierto umbral, se les concede un descuento, ya sea sobre todas las compras (descuento retroactivo) o únicamente sobre aquellas que superan el umbral (descuento sobre compras incrementales).¹²

3.2. Construcción jurisprudencial del concepto de descuentos de fidelidad en la Sentencia Hoffmann-La Roche

¹⁰ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Comisión*, apartados [71 a 73] y Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, *British Airways contra Comisión*, apartados [62, 63, 65, 67 y 68]

¹¹ NÚÑEZ OSORIO, M. I., “El abuso anticompetitivo en precios: rebajas y precios predatorios”, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2012, pág. 251

¹² Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Diario Oficial nº C 45/7 de 24/02/2009 p. 7-20

La sentencia Hoffman-La Roche¹³ es un de los primeros pronunciamientos del TJUE en los que el Tribunal evaluaba si un determinado descuento se trataba de un descuento por fidelidad, y si estos suponen un abuso de la posición dominante. Así, esta es la primera sentencia en la cual se diferencia entre los distintos tipos de descuentos, y se le aplica a cada uno de ellos una interpretación sobre si su naturaleza es abusiva o no.

En los antecedentes a dicha sentencia, en la Decisión de la Comisión del caso, esta califica como descuentos por fidelidad los contratos que la empresa celebró con compradores mediante los cuales se comprometían a adquirir de los primeros exclusivamente la totalidad o la mayor parte de los productos, o se les ofrecía determinadas bonificaciones a cambio de sus adquisiciones¹⁴.

Posteriormente en la sentencia, para analizar la tipología de los descuentos aplicados, distingue el TJUE entre los descuentos con porcentaje uniforme y con porcentaje creciente.

Respecto a los primeros, el Tribunal rechaza la tesis de que se traten de descuentos cuantitativos, en cuanto no tienen relación alguna con el volumen de ventas adquirido y en muchos de los contratos se adopta en contrapartida un acuerdo de adquisición en exclusividad. Tampoco podrían ser considerados descuentos de lanzamiento en tanto no existe diferenciación entre el precio inicial de venta y el precio fijado en condiciones generales.

Respecto a los segundos, son calificados por el tribunal como una forma especial de descuentos de fidelidad. Estos consisten en conceder un margen de libertad al comprador, en cuanto solo se obliga a la adquisición de la mayor parte de los productos que necesite a Hoffman- La Roche. Pero al mismo tiempo se realiza una estimación de las necesidades y una concesión de descuentos progresivos en función del porcentaje de necesidades que cubran con Roche. Por tanto, no pueden ser considerados como descuentos cuantitativos o por volumen de ventas. Así, remarca el Tribunal que la principal diferencia con los descuentos cuantitativos es que en el caso de los descuentos de fidelidad, estos no dependen de cantidades objetivas y aplicables a cualquier comprador.¹⁵

¹³ Decisión 76/654/CEE de la Comisión, de 9 de junio de 1976 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 96/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas

¹⁴ Cit. en nota (6) supra, apartado [80]

¹⁵ Cit. en nota (6) supra, desde apartado [92] a apartado [101]

El TJUE considera que los descuentos aplicados por la empresa Hoffman-La Roche tratan de impedir que los clientes se abastezcan de competidores así como la aplicación de condiciones distintas para prestaciones equivalentes. Llegando a la conclusión de que si estas prácticas son realizadas por una empresa dominante originan una competencia falseada.¹⁶

Es fundamental en este punto entender que las conclusiones a las que llega el Tribunal son en todo caso presunciones sobre los efectos anticompetitivos. Es decir, en ningún momento se prueba que la conducta hay falseado la competencia o dañado la posibilidad de elección. Simplemente asume el Tribunal que la naturaleza de este tipo de descuentos solo es compatible con el objetivo de producir un efecto anticompetitivo en el mercado de referencia.

A partir de este caso, son numerosas las sentencias que siguen el criterio establecido por el TJUE, tanto a nivel nacional como a nivel internacional¹⁷. A través de la diversa y reiterada jurisprudencia del TJUE, configuran estos descuentos como una conducta reprochable. Del mismo modo, el Tribunal General¹⁸, apoyándose en una cita literal de la sentencia Hoffmann-La Roche, señala que son estos considerados por la jurisprudencia como una restricción por el objeto. En otras palabras, que se presume su efecto dañino, en cuanto se establece que no es necesario analizar si verdaderamente poseen una potencial capacidad para restringir la competencia, ni ser necesario el análisis de los aspectos económicos y circunstancias que rodeen el concreto caso.

Es otras palabras, tanto el TJUE como el TG realizan un análisis formalista de los descuentos exclusivos, que se basa en presunciones legales, evitando el análisis del contexto jurídico y económico en el cual se producen y estableciendo la regla de que estos son, por su propia naturaleza, abusivos.

¹⁶ Cit. en nota (6) supra, apartado [90]

¹⁷ *Vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, asunto C-23/14, Post Danmark A/S contra Konkrreraceradet; Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, British Airways PLC. Contra Comisión de las Comunidades Europeas y Virgin Atlantic Airways Ltd.; Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de abril de 2015, asunto C-549/10 P, Tomra Systems y otros contra Comisión Europea.

¹⁸ Sentencia del Tribunal General del 12 de junio de 2014, asunto T-286/09, Intel Corp. contra Comisión Europea, apartado [139]

4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NATURALEZA DE LOS SISTEMAS DE DESCUENTOS

4.1. Primera aproximación a su naturaleza jurídica

En base a las sentencias de los tribunales europeos en procedimientos de infracción del art. 101 TFUE, podemos diferenciar dos grandes categorías.

Por un lado, aquellos acuerdos cuyo objeto es restringir la competencia, las restricciones por objeto, y por otro, acuerdos que tienen efectos restrictivos, las restricciones por efecto¹⁹.

La primera categoría está compuesta por aquellas conductas que por su propia naturaleza debemos considerar abusivas. Es decir, en caso de que la conducta realizada suponga una restricción por objeto, “no es necesario demostrar la existencia de efectos reales en la restricción de la competencia”²⁰. Esas conductas son consideradas abusivas aún existiendo justificación o prueba de que los competidores pueden continuar en el mercado bajo las mismas condiciones. Así se configuran, según reiterada jurisprudencia del TJUE y los reglamentos de exención, directrices y comunicaciones de la Comisión, el *tying*²¹, la fijación de precios, el reparto de mercados y clientes²² o los descuentos exclusivos o por fidelidad²³.

Por otro lado, la segunda categoría está formada por las restricciones por efecto, que son aquellas conductas no consideradas intrínsecamente como abusivas, es decir, no hay presunción de efectos anticompetitivos probables²⁴. Son las conductas que para poder ser calificarlas como abusivas requieren un exhaustivo análisis de los efectos que producen

¹⁹ BOURGEOIS, J. y WAELBROECK, D., “Theories of Harm in European Competition Law: A progress Report – Ten years of affects-based approach in EU Competition Law”, *Bruylant*, 22 de febrero de 2012, páginas 185 a 209

²⁰ Código de Derecho de la Competencia, pág. 581, apartado [20]

²¹ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1004, asunto C-53/92 P, Hilti AG contra Comisión de las Comunidades Europeas y Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94 P, Tetra Park International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas

²² Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los acuerdos de cooperación horizontal, Diario Oficial C-11 de 14 de enero de 2011, apartado [25] y Reglamento n. 2658 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85, art. 5

²³ *Vid.* Cit. en nota (6) supra, apartado [89]

²⁴ Código de Derecho de la Competencia, pág. 282, apartado [24]

en el mercado en el que son aplicadas. Así ocurre con las denominadas “margin squeeze”, conductas consistentes en estrechamiento del margen de beneficios²⁵.

Podríamos entender, al igual que la doctrina más reciente²⁶, que del mismo modo que hay restricciones por objeto y por efecto en los procedimientos de infracción del art. 101 TFUE, esta doble clasificación sería extrapolable a las conductas de infracción del art. 102 TFUE. Así, podríamos diferenciar entre los abusos por el objeto, *p.eg.* los descuentos por fidelidad, y por otro lado, los abusos por los efectos, *p.eg.* los descuentos por volumen no inicialmente dirigidos a fidelizar pero que producen este efecto. Por ello, para analizar de modo extenso la diferenciación en la tipología de descuentos utilizaremos como referencia casos de infracción tanto del art. 101 TFUE como del art. 102 TFUE.

En este punto realizaremos un análisis de las primeras aproximaciones jurisprudenciales realizadas por los tribunales europeos sobre la naturaleza de los diferentes tipos de descuentos, es decir, si estos son restricciones por objeto o restricciones por efecto.

4.1.1. Los descuentos cuantitativos

Los descuentos cuantitativos son aquellos que se vinculan directamente con el volumen de compras efectuadas a una empresa. En otras palabras, en esta tipología los descuentos aplicados al comprador se relacionan únicamente con el volumen de compras que este realiza al vendedor. En principio esta tipología no supone una conducta abusiva si es realizada por un operador dominante, a diferencia de los descuentos de fidelidad, que mediante la concesión de ventajas buscan impedir que los clientes se abastezcan en otros competidores, lo cual supone una infracción del art. 82 CE²⁷.

De hecho, diversa jurisprudencia, procedente tanto del TJUE como del TG, considera que los sistemas de descuento cuantitativos, a diferencia de los descuentos exclusivos, no

²⁵ Resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014

²⁶ En este sentido se pronuncia ALFARO, J. y OSTERUD, E.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-23/14, Post Danmark A/S y Konkurrenceradet, apartado [27], Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, apartado [71] y Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 549/10 P, Tomra Systems y otros/Comisión, apartado [70]

producen el efecto de excluir a competidores del mercado²⁸, e incluso puede provocar que los clientes puedan disfrutar de una tarifa más favorable.²⁹

La jurisprudencia así establece que los descuentos cuantitativos para no ser considerados conductas restrictivas de la competencia deben cumplir, entre otros, los siguientes requisitos: estar exclusivamente vinculados con el volumen de compra y concederse por encargo individual, correspondiendo así el ahorro de costes conseguido por el proveedor.³⁰

Especial relevancia respecto a los descuentos de fidelidad tienen este tipo de descuentos, por que en muchas ocasiones, determinados modelos de descuentos exclusivos pueden ser fácilmente confundibles, por el sistema de porcentajes aplicado, con los descuentos cuantitativos (*v.eg.* descuentos con porcentaje creciente, en sentido acumulativo por tramos, fueron considerados en el caso Michelin I como descuentos de efecto fidelizador, reconociendo la posible confusión con los descuentos cuantitativos³¹).

De este modo, desde los primeros pronunciamientos de los tribunales europeos sobre los descuentos cuantitativos se requería que para determinar si estos eran o no abusivos, se realizara un análisis de las circunstancias del caso. Es decir, son este tipo de sistema de descuentos una restricción por efecto, por lo que requiere su calificación como abusivos prueba de los efectos que producen en el mercado de referencia.

4.1.2. Los descuentos que incluyen un mecanismo relacionado con la obtención de fidelidad

Por otro lado, el TG diferencia los descuentos exclusivos y los cuantitativos de los sistemas de rebajas que se encuadran en una tercera categoría, una especie de “*cajón de sastre*”, p.ej., incluía en esta categoría el TG en el Caso Intel los descuentos que tienen

²⁸ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin* contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [71] y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2012, asunto C-2014/97, *Portugal* contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [50]

²⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, del 21 de febrero de 1989, asunto C-2014/97, *Portugal* contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [106]

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-23/14, *Post Danmark A/S* y *Konkurrenceradet*, apartado [28] y sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, *British Airways* contra Comisión, apartado (65)

³¹ Cit. en nota (6) *supra*, apartado [93 y ss.]

un efecto de fidelización, sin estar directamente vinculados a una condición de abastecimiento exclusivo³².

A este respecto, resulta la sentencia del caso Michelin I especialmente relevante, pues el sistema de descuentos aplicado por la empresa en posición dominante, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin, no constituyen descuentos relacionados exclusivamente con el volumen de ventas ni descuentos por fidelidad puesto que no se establecía a los clientes compromiso de exclusividad alguno³³.

Es tan amplia esta categoría, que en realidad, sea cual sea la configuración concreta del sistema de descuentos aplicados, en caso de estar relacionados con la lealtad y no con las eficiencias o mejora de los rendimientos, la conducta en cuestión debe ser considerada como una conducta abusiva. Y por tanto, ilegal³⁴, pero la cuestión principal es que se requiere valorar el resto de circunstancias del caso para realizar dicha estimación.

De este modo, en el supuesto de que una empresa en posición dominante aplique descuentos que no se pueden calificar como descuentos por exclusividad, a pesar de producir un efecto de fidelización, para determinar si su conducta supone un abuso de su posición, se requiere un análisis de todas las circunstancias. Así se pronunciaba la sentencia del caso recién mencionado, el caso Michelin I, en los fundamentos 72 y 73:

72. Por lo que respecta al sistema objeto de litigio en el presente caso, caracterizado por la utilización de objetivos de ventas, procede observar que dicho sistema no constituye un simple descuento por volumen relacionado únicamente con el volumen de las compras efectuadas [...] Por otra parte, el sistema objeto de litigio no suponía, por parte de los revendedores, ningún compromiso de exclusividad o de cobertura de una determinada proporción de sus necesidades con neumáticos de NBIM, lo que lo distingue de los descuentos por fidelidad.

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 en el mismo sentido la sentencia del caso British Airways en el fundamento 67:

A fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición aplicando un sistema , 18de descuentos como el descrito en el apartado

³² Cit. en nota (6) supra, apartado [78]

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [72]

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin v Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [240] y Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, British Airways PLC. Contra Comisión de las Comunidades Europeas y Virgin Atlantic Airways Ltd.

65 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ha establecido que procede **apreciar el conjunto de circunstancias**, 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 terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 73).”

Por tanto, estamos de nuevo ante una restricción por efecto. De hecho, los tribunales establecen que son tres los requisitos que debe cumplir un descuento aplicado por una empresa en posición dominante para ser considerado un abuso de dicha posición en el caso de que sea un descuento de la tercera categoría: (i) no existe contraprestación económica que justifique la ventaja concedida, (ii) limita o priva al comprador la posibilidad de elección e (iii) impida el acceso al mercado de competidores.

4.1.3. Los descuentos de fidelidad

El primer pronunciamiento sobre la naturaleza de los descuentos exclusivos del TJUE, como mencionábamos anteriormente, lo encontramos en el Caso Hoffmann-LaRoche, en el cual el Tribunal califica estos descuentos como abusivos en el sentido del art. 102 TFUE.³⁵ En esta sentencia, el Tribunal establece que en la aplicación de un sistema de descuentos de fidelidad se producen, en cualquier caso, tres efectos: (i) tienen como objetivo evitar que os clientes acudan al competidor, (ii) aplican condiciones diferentes a prestaciones equivalentes, y (iii) genera competencia no basada en prestaciones.

De este modo, y bajo estas tres premisas, concluye que estas prácticas deben ser siempre consideradas abusivas, pues producen una competencia falseada.

Así considera el TJUE que las obligaciones exclusivas, sean aplicadas de modo directo, o de modo indirecto, “no están basadas en una transacción económica que justifique la prueba o beneficio, pero están diseñadas para privar al comprador o para restringir su posible elección de proveedor y denegar a otros proveedores el acceso al mercado”³⁶.

³⁵ Cit. en nota (6) supra, apartado [89]

³⁶ Cit. en nota (6) supra, apartado [90]

Por tanto, lo que hace la justicia europea es aplicar a los descuentos exclusivos una presunción de que en todo caso, el uso de estas prácticas, implica un objetivo anticompetitivo si son aplicadas por operadores dominantes, ya que no puede existir objetivo diferente que la exclusión de rivales del mercado. En otras palabras, los descuentos por fidelidad, están prohibidos en base al art. 102 TFUE si quien los aplica es una empresa en posición dominante.³⁷

Mientras que en las categorías expuestas en los dos puntos anteriores se establecía que era necesario evaluar las circunstancias y efectos de los descuentos, es decir, eran restricciones por efecto, respecto a los descuentos exclusivos existe una presunción de que en caso de ser adoptados por una empresa en situación dominante estos deben ser considerados como abusivos, en otras palabras, restricciones por objeto. Para ello, el TJUE como el TG establecen como conclusión que no es necesaria prueba alguna de la existencia de un efecto en el mercado en base al art. 102 TFUE³⁸.

Debido a esta circunstancia resulta fundamental diferenciar entre los tres tipos de categorías, pues las reglas de valoración de las mismas son muy diferentes. En este sentido, los tribunales europeos fueron estableciendo las diferencias entre unos y otros.

En primer lugar, respecto a los descuentos cuantitativos y los descuentos de fidelidad. Los segundos, a diferencia que los primeros, (i) no están basados en ninguna contraprestación económica que los justifique e (ii) impiden el abastecimiento de los clientes acudiendo a sus competidores³⁹. Y respecto a los descuentos de la tercera categoría en comparación con los descuentos cuantitativos, los primeros, a diferencia de los segundos, no son simples descuentos por volumen relacionado únicamente con el volumen de las compras efectuadas. Respecto a la comparativa con los descuentos por

³⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, asunto T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Comisión de las Comunidades Europeas*, apartado [309]

³⁸ Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010, asunto T-155/06, *Tomra Systems y otros contra Comisión Europea*, apartados [231 a 242], confirmado en apelación en la Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de abril de 2015, asunto C-549/10 P, *Tomra Systems y otros contra Comisión Europea* apartados [42 y 46] y cit. en nota (18) supra, apartado [116 a 120]

³⁹ *Vid.* Cit. en nota (6) supra, apartado (90), Cit. en nota (33) supra, apartado (85), Cit. en nota (7) supra, apartado (114) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2012, asunto C-2014/97, *Portugal contra Comisión de las Comunidades Europeas*, apartado (52)

fidelidad, que el sistema no supone para los clientes ningún compromiso de exclusividad o de cobertura de una determinada proporción de sus necesidades⁴⁰.

En conclusión, a la aplicación de descuentos exclusivos se aplica una regla que los convierte en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia, en conducta abusiva si son aplicados por una empresa en posición de dominio. Estamos por tanto, según los tribunales europeos, ante una restricción por el objeto.

4.1.4. Problemática entorno a la configuración de los descuentos exclusivos como prohibiciones cuasi per se

La cuestión es que la configuración de los descuentos por fidelidad prácticamente como prohibiciones por su propia naturaleza, plantea una serie de problemas de difícil justificación.

Por un lado, recordemos que el TJUE se basa en tres ideas a la hora de realizar la presunción de que los descuentos exclusivos aplicados por un operador dominante son abusivos: (i) tienen como objetivo evitar que los clientes acudan al competidor, (ii) aplican condiciones diferentes a prestaciones equivalentes, y (iii) genera competencia no basada en prestaciones⁴¹.

Respecto a la primera premisa, que el único objetivo posible de estas conductas es evitar que los consumidores o clientes acudan al competidor. El hecho es que en determinados casos, en los que el TJUE calificó las conductas como abusivas, los competidores aumentaron su cuota de mercado a costa de la cuota de la empresa dominante.

Por ejemplo, en el caso *British Airways*, en el cual la Comisión sancionó a la compañía aérea por comportamiento abusivo entre los años 1992 y 1998⁴². En el mismo periodo, y en base a los datos de la propia Comisión, *British Airways* perdió un 6,6% de cuota de mercado, *Virgin*, la demandante en el caso, aumentó su cuota un 2,7%, *KLM* aumentó un 1,3% y *Qantas* en el año 1996 duplicó su cuota.

⁴⁰ Cit. en nota (33) supra, apartado [72]

⁴¹ Cit. en nota (6) supra, apartado [89]

⁴² Decisión de la Comisión de 14 de julio de 1999 en relación al procedimiento del art. 82 EC (IV/D-2/34.780 – *Virgin/British Airways*)

Es decir, queda probado que las competidoras de la empresa en posición dominante no se vieron excluidas del mercado por la conducta adoptada por dicha empresa. Una situación similar sucedió en el caso Michelin II, en el que las empresas competidoras del operador dominante ampliaron su cuota de mercado en los años en los que la conducta abusiva fue aplicada⁴³.

Este hecho rompe con la premisa utilizadas por el TJUE, puesto que en caso de existir en determinadas circunstancias competidores que no se ven perjudicados por la adopción de estas conductas, no cabe afirmar que siempre producen estas un efecto anticompetitivo.

O en otras palabras, los descuentos por exclusividad no necesariamente conllevan la exclusión de los competidores del mercado.

La segunda premisa es que aplican condiciones diferentes a prestaciones equivalentes. Sin embargo, esto es una presunción realizada por los Tribunales. Existe controversia en la doctrina sobre si la aplicación de condiciones desiguales supone una restricción a la libre competencia⁴⁴. CABANELLAS defendía que sí supone una restricción, así expresaba:

“La discriminación en materia de precios o en relación con otros elementos supone que aquellos no reflejan adecuadamente los costos involucrados en la oferta de los bienes o servicios respecto de los cuales se discrimina. Tal discriminación permite, asimismo, instrumentar maniobras anticompetitivas de mayores dimensiones e importancia, al obstaculizar las operaciones de las partes que son víctimas de condiciones diferenciales perjudiciales.”⁴⁵

Sin embargo, parte de la doctrina defiende también la posición contraria. La aplicación de condiciones desiguales es en general una conducta admisible y normal en el mercado, solo prohibida en el caso de operadores dominantes en caso de producir una distorsión de la competencia en el mercado de referencia.⁴⁶

⁴³ Cit. en nota (37) supra

⁴⁴ Flint, P., “Tratado de defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L.”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002, pág. 660

⁴⁵ Cabanellas, G., “Diccionario de Derecho Usual”, Editorial I Iaeliasta, Buenos Aires. Tomo II, s/f, p.220

⁴⁶ HILDEBRAND, D., “Applying Dissimilar Conditions to Equivalent Transactions”, *The role of economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Arbitration, 1998, p. 58

Pero en muchos casos juzgados por los Tribunales, la empresa dominante alegó que el marco en el que se movían los distintos porcentajes de descuentos aplicados a los clientes era tan pequeño, que esta diferencia no se traducían en una verdadera desventaja competitiva. Pero en ninguno de los casos se tuvo en cuenta estos datos por parte de los tribunales, pues la presunción aplicada lo hacía innecesario⁴⁷.

Una tercera premisa era que no existe contraprestación que justifique la ventaja y por tanto genera una competencia no basada en prestaciones, y que su propia naturaleza provoca que restrinjan la posibilidad de elección del comprador. Este es el verdadero punto esencial.

Este es el criterio relevante: por su propia naturaleza, el descuento de fidelidad tiene como objetivo dificultar que el comprador se abastezca de rivales, y no tiene otra finalidad. Por tanto, la finalidad es anticompetitiva. Pero que consiga o no ese efecto depende de muchos factores, incluidas las rebajas extraordinarias de precios que pueden hacer los rivales del dominante, lo que los debilita a medio plazo frente a éste.

Como ha sido antes expuesto, no siempre estos descuentos tiene como resultado la exclusión del mercado de los competidores de la empresa en posición dominante. Por tanto, puede ocurrir que en cuanto tanto el operador dominante como los competidores de este permanecen el mercado, aunque las condiciones de este varíen, no exista una reducción o eliminación que afecte a la posibilidad de elección del cliente. Otra cuestión es que opte por un proveedor u otro en función de la rentabilidad que le otorgue, pero en cualquier caso, en ello se basa la competencia.

Y por último, la problemática en relación a aquellos sistemas que sin poder ser calificados como descuentos por fidelidad presentan elementos muy afines a ellos. Mientras que a los segundos se les somete a el criterio de valoración de todas las circunstancias, a las primeras se les somete a una regla objetiva, carente de valoración según el caso, tal y como es considerarlas siempre una conducta anticompetitiva. La cuestión es que no existe entre ambos sistemas de descuento diferencias sustanciales que

⁴⁷ Cit. en nota (37) supra, apartado [68]

justifiquen esta diferencia de criterio a la hora de establecer si una conducta es o no anticompetitiva.

La conclusión a la que hemos llegado al respecto es que teniendo en cuenta que demostrar los efectos de una determinada conducta en el mercado europeo es un requisito que debe ser probado en la mayor parte de las conductas reguladas por el Derecho de la Competencia de la UE no parece que sea lógico apartarse de este criterio respecto al art. 102 TFUE. Sin embargo, esta conclusión es también discutible. Del mismo modo que en el art. 101 TFUE existen restricciones por el objeto, cómo en el caso de los cárteles, la existencia de estas prohibiciones respecto al art. 102 TFUE también tiene su justificación. Las conductas prohibidas *per se* tienen sus beneficios, como es la predictibilidad y la facilidad de identificación y sanción, a veces requerido según la magnitud del caso.

4.2. La incertidumbre creada en los diversos pronunciamientos de las instituciones europeas

El TJUE, como se ha expuesto, consideró desde la sentencia Hoffmann-LaRoche que la concesión de descuentos por fidelidad, o descuentos de exclusividad, para estimular al comprador a abastecerse exclusivamente en la empresa en posición dominante es incompatible con una competencia no falseada en el mercado común⁴⁸.

A pesar de cómo hemos visto, la premisa de que los descuentos de exclusividad considerados abusivos sin valoración de las circunstancias resulta discutible, la mayor controversia sobre su naturaleza surge de que nunca un tribunal europeo trató de ahondar en estas cuestiones. Los tribunales simplemente reiteraban una y otra vez lo anteriormente expuesto, que convertían a los descuentos por fidelidad en abusivos por su propia naturaleza. Sin embargo, diversos pronunciamientos del TJUE parecían realizar una construcción diferente acerca de dicha naturaleza, aproximando estos descuentos al resto de tipos, y por tanto siendo considerados restricciones por efecto.

⁴⁸ Cit. en nota (6) supra, apartado [90]

Ello desembocó en la diferencia en las premisas sobre las cuales el TG y el TJUE construyen la regla de la anti competitividad. Así, tal y como hemos expuesto anteriormente, por ejemplo, en los casos Michelin II y British Airways, los competidores aumentaron sus cuotas de mercado. Paradójico cuando los Tribunales europeos realizaban la presunción de que estas conductas siempre iban dirigidas a excluir a los competidores de la empresa dominante del mercado. Pero aún resultando paradójico, no podemos olvidar el sentido de esta visión. La prueba de efectos plantea muchísimas dificultades intrínsecas a la misma. Entre ellas, y primordialmente, identificar la conducta y aislar los efectos de esta excluyendo otros efectos accesorios derivados de otras conductas para realizar una evaluación individual.

Tenemos que tener en cuenta que en el contexto de la época comenzaba a haber un aproximación de las instituciones europeas en el contexto del derecho de la Unión Europea a teorías económicas dominantes⁴⁹. Prueba de ello serían las tres decisiones de la Comisión Europea anuladas por el hoy Tribunal General, denominado en la época Tribunal de Primera Instancia, en materia de control de concentraciones por considerar que tomaban como base un análisis económico erróneo⁵⁰.

Mientras tanto, la doctrina en esos años avanzaba en la línea de justificación sobre como los descuentos exclusivos si pueden producir una distorsión de la competencia, pero que esta no debe presumirse. Esto se debe a que las diferentes formas de descuentos podían tener efectos beneficiosos en la economía, y de este modo, la ley debía adaptarse a los mismos permitiendo que fueran probados⁵¹.

⁴⁹ Vid. ELGAR, E., “The goals of Competition law”, e. Zimmer, D., 2012 y ELGAR, E. “Competition Policy and the Economic Approach”, e. Drexler, J., Kerber, W., y Podzun, J., 2011

⁵⁰ Sentencia Tribunal de Primera Instancia de 6 junio de 2002, asunto T-342/99, Airtours plc contra Comisión de las Comunidades Europeas; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 octubre de 2002, asunto T-310/01, Schneider Electric v Comisión y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 marzo de 1999, asunto T-102/96, Gencor contra Comisión, posteriormente, *p.eg.* Decisión C(2013) 431 de la Comisión de 30 de enero de 2013, por la que se declara una operación de concentración incompatible con el mercado interior y el funcionamiento de Acuerdo EEE (Asunto comp//mm.66570 – UPS/TTNT Express), anulada por la Sentencia del Tribunal General, caso T-194/13, United Parcel Service, Inc. contra Comisión

⁵¹ SHER, B., and KALLAUGER, J., “Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82”, 2004, pág. 263

Paralelamente, el estándar de los tribunales de otros países se alejaba del europeo. En este sentido, los Tribunales estadounidenses también conocieron de la controversia entre Virgin y British Airways, y prácticamente bajo los mismo hechos, fue aplicada la conocida como *rule of reason*, que implica el análisis de las circunstancias que rodeaban el caso y los efectos en la competencia. Mientras la justicia europea consideró que el incremento o disminución de la cuota de mercado resultaba irrelevante por ser los descuentos siempre abusivos al ser aplicados por un operador dominante, la justicia estadounidense consideró que las conductas de British Airways no provocaron ningún efecto anti competitivo. Así, el Segundo Circuito en EEUU consideró citando a P. E. AAREDA & H. HOVENKAMP:

“Declarar que las prácticas comerciales presumiblemente no deben considerarse como un intento de monopolizar cuando “las prácticas han estado en curso durante varios años y los rivales han logrado obtener ganancias, se ha producido una nueva entrada y sus cuotas de mercado agregadas son estables””⁵²

Podemos decir que fueron entonces numerosas las voces críticas frente a la construcción jurisprudencial realizada por los tribunales europeos de los descuentos exclusivos como una cuasi prohibición *per se*, en este sentido se manifestó el EAGPC⁵³, y un amplio sector doctrinal, por considerarlo legalista y formalista.⁵⁴ Se reclama, aún hoy en día, que la justicia europea debe tener en cuenta diferentes circunstancias económicas, especialmente las del propio mercado en el que la conducta se llevaba acabo.⁵⁵

El debate de fondo tras la discusión sobre si los descuentos exclusivos son siempre abusivos o deben ser analizados en el contexto del caso es si el análisis legal debe ir de la mano del análisis económico. Es decir, si deben los Tribunales tener en cuenta diferentes evidencias económicas a la hora de aplicar la ley.

⁵² United States Court of Appeals, Second Circuit, July 24, 2001 – Virgin Atlantic Airways Limited v. British Airways PLC, f. 3d 236 citando a IIIA Areeda, P.E y Hovenkamp, H., Antitrust Law, 1996, pág. 807

⁵³ Report by the EAGCP, “An Economic Approach to Article 82”, 2005

⁵⁴ TEMPLE LANG, J., “Anticompetitive Non-Pricing Abuses Under European and National Antitrust Law,” *Fordham Corporate Law Institute*, 2003

⁵⁵ Tribunal Galego de Defensa da Competencia, “Economía y defensa de la competencia”

Los tribunales europeos tradicionalmente se han negado a entrar en valoraciones económicas, como en los casos *Deutsche Telekom*⁵⁶, *Krupp Hoesch Stahl*⁵⁷ o *Deree*⁵⁸. En este sentido se pronunciaba:

El control que ejerce (el juez comunitario) sobre valoraciones económicas complejas hechas por la Comisión se limita necesariamente a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder.

Sin embargo quizá estemos en la antesala de un cambio de paradigma. En cualquier caso, podemos afirmar que los tribunales europeos se caracterizan por la rigidez y un enfoque quizá demasiado formalista, pero en los años precedentes a la sentencia del caso *Intel* es notable una tímida modificación tanto en la jurisprudencia de los Tribunales Europeos como en las directrices de la Comisión, que provocan que sus posteriores decisiones y resoluciones caigan, de vez en cuando, en criterios contradictorios.

4.2.1. La Comisión Europea

Conscientes de la problemática entorno a estos conceptos, y la importante inseguridad jurídica que giraba entorno a las políticas de descuentos, en el año 2005 la Comisión publica el *DG Discussion Paper on the application of the Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (December 2005)*. En mencionado documento, el apartado 7º trata de abordar la polémica entorno a la calificación de los descuentos como abusivos si son aplicados por un operador dominante, realizando una cuádruple distinción (i) descuentos sobre pedidos individuales, (ii) descuentos en función de determinadas prestaciones, (iii) descuentos sobre futuras compras una vez se supera un determinado umbral, y (iv) descuentos sobre compras ya realizadas una vez se rebasa un determinado umbral. La Comisión establece para cada uno de ellos una serie criterios que deben ser valorados para determinar si estamos o no ante una conducta que produce un efecto anticompetitivo.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom* contra Comisión, apartado [55]

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, asunto C-195/99 P, *Krupp Hoesch Stahl AG v Comisión de las Comunidades Europeas*, apartado [2]

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, *John Deere* contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [34]

Sin embargo, este documento es demasiado genérico y poco aplicable. Pero si resulta especialmente relevante el reconocimiento por parte de la Comisión del *as efficient competitor test* (AECT o AEC Test) para determinar si una conducta es o no abusiva.

Quizá por ello, tan solo cuatro años más tarde, en el año 2009, la Comisión Europea publica la *Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (“La Comunicación”) en la cual trata de establecer los criterios que deben regir la actuación de la Comisión en cuanto a la valoración de si una conducta realizada por una empresa en posición dominante debe o no considerarse abusiva.

Dedica parte de sus indicaciones a los descuentos condicionales, supuesto que hoy nos ocupa. Así en los párrafos 40 y siguientes, establece los criterios para valorar si existe un cierre del mercado provocado por la adopción de estos descuentos por una empresa en posición dominante. Para ello, la Comisión deberá:

Calcular el precio que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda (la “gama de referencia”) a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendrá que igualar no es el precio medio de la empresa dominante, sino el precio normal (de catálogo) menos el descuento que pierde por cambiar, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el periodo de referencia. La Comisión tendrá en cuenta el margen de error que puede ser fruto de las incertidumbres inherentes a este tipo de análisis.

La Comisión para realizar esta valoración introduce dos puntos de referencia para establecer el costo apropiado, por un lado los costos evitables promedio (AAC) y por otro lado, los costos incrementales a largo plazo (LRAIC). La valoración conjunta de estos dos elementos da lugar al denominado como *as efficient competitor test* (AECT o AEC Test).

Y bajo estos estándares establece tres supuestos. En primer lugar:

Mientras el precio efectivo se mantenga regularmente por encima del LRAIC de la empresa dominante, un **competidor** con igual grado de eficiencia **podrá normalmente**

competir de forma rentable a pesar de descuento. En estas circunstancias el descuento no suele poder producir un cierre anticompetitivo.⁵⁹

Y en segundo lugar:

Cuando el precio efectivo es inferior al AAC, por lo general el sistema de descuento **puede producir un cierre** incluso para los competidores eficientes.⁶⁰

En tercer lugar:

Cuando el precio efectivo esté entre el AAC y el LRAIC, la Comisión investigará si otros factores llevan a concluir que es probable que la entrada o la expansión de competidores con igual grado de eficiencia se vea afectada,⁶¹

Es decir, tanto en 2004 como el 2009 la Comisión establece la necesidad de evaluar distintas circunstancias del caso para poder determinar si una conducta es o no anticompetitiva.

E incluso va un paso más allá, destaca la relevancia de este análisis explicando como un competidor con igual grado de eficiencia podrá normalmente competir de forma rentable a pesar de descuento. Y como por tanto, es poco probable que si los rivales son igual de eficientes la conducta deba calificarse como productora de una distorsión en el mercado.

Siendo cierto que en en el *Discussion paper* no hace referencia a los descuentos exclusivos de manera expresa, se hace referencia de modo abstracto en el mismo de “descuentos y marca propia”. Pero en la Comunicación si se habla concretamente de este sistema de descuento, así, en el apartado IV, “*Formas concretas de abuso*”, el apartado A se dedica a los acuerdos exclusivos.

La cuestión es, por tanto, que parece la Comisión cambiar de criterio respecto al mantenido en casos anteriores en los que existía una política de descuentos exclusivos establecida por un operador económico dominante, determinando ahora que la conducta

⁵⁹ Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a ala conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, apartado [43]

⁶⁰ Cit. en nota (59) supra, apartado [44]

⁶¹ Cit. en nota (59) supra, apartado [44]

debe evaluarse en función de las condiciones mercado en el cual era aplicada⁶². O quizá simplemente reconocía la administración europea que dificultad de defender, ante la evidencia de la realidad, que siempre tenían estas medidas como objetivo falsear la competencia.

En conclusión, si es cierto que por parte de la Comisión existe un cambio en la configuración de los descuentos exclusivos en el plano teórico. A pesar de ello, en la Decisión del caso Intel, cuando la *Guidance* y la Comunicación ya habían sido publicadas, la Comisión ratificaba el criterio de los tribunales, apoyándose en su jurisprudencia y aplicando, por tanto, un razonamiento que le permitía considerar la conducta como abusiva por su propia naturaleza. Así afirma:

Es jurisprudencia reiterada que una violación del artículo 82 del Tratado también puede ser consecuencia del objeto anticompetitivo de las prácticas llevadas a cabo por una empresa dominante. 2096 Como se demuestra en la presente Decisión, se aplican restricciones evidentes, es decir, se paga a los fabricantes de equipos originales (OEM) para que retrasen o no el lanzamiento de computadoras que incorporen los competidores x86.

Pero la propia Comisión trata de justificar ya en la publicación de la Comunicación, a sabiendas que muy pronto iban a ser publicados los resultados de la investigación a Intel, en este sentido en el punto n. 916 establece que:

Tiene (la Comunicación) 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.

Parece ser que la Comisión prefirió asegurar la multa a Intel que cumplir con su propia directiva, justificándose con un aspecto temporal, pero cuando el test AEC ya estaba hecho, no tiene mucho sentido que siguiera la Comisión hablando de los descuentos de exclusividad como restricciones por el objeto.

Sin embargo, en el siguiente caso tras Intel sobre descuentos exclusivos, el caso Qualcomm, podemos comprobar que se han aplicado las nuevas directrices. A pesar de

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG

que la Decisión todavía no ha sido publicada, en el comunicado de prensa emitido por la Comisión ya se establece una presunción muy diferente a la de casos anteriores. Así se afirma que:

La conducta de Qualcomm **tuvo un efecto** en el mercado de chips de banda base de LTE en general; y Qualcomm **no demostró** que la condición de exclusividad generó eficiencias, lo que podría haber justificado las prácticas de Qualcomm. La Comisión también evaluó y rechazó una prueba de "precio-costo" presentada por Qualcomm. La Comisión concluyó que los resultados de esta prueba no respaldaron la afirmación de Qualcomm de que sus pagos de exclusividad no podían tener efectos anticompetitivos.

Por tanto, podemos concluir que aunque quizá hubo motivaciones externas para no aplicar el criterio establecido en las Comunicaciones en el caso Intel, parece existir un verdadero cambio en la valoración que realiza la Comisión a la hora de establecer si un determinado sistema de descuentos es o no abusivo. Es decir, aplica ahora el criterio de que estos son restricciones por el efecto.

4.2.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A diferencia de la Comisión, hasta el caso Intel el criterio del TJUE no parece haber cambiado respecto a la configuración de los descuentos por exclusividad. Sin embargo, existen en sus diferentes pronunciamientos contradicciones de difícil justificación. Para comprobarlas, realizaremos un seguimiento a la evolución del tratamiento jurisprudencial de este concepto.

En la jurisprudencia del TJUE podemos comprobar la existencia de un patrón de análisis. De este modo, el Tribunal siempre comienza estableciendo en que categoría de descuento cabe enmarcar la conducta controvertida, y según cual sea esta, establece las consecuencias oportunas. Este mismo patrón lo repetiremos a la hora de analizar la diferente jurisprudencia del TJUE.

En el año 1975⁶³, en una de las primeras sentencias en la que se planteaba la legalidad de determinadas políticas de descuento aplicadas por operadores económicos, es cierto que no se realiza un verdadero análisis de a que categoría pertenecen los descuentos

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 diciembre 1976, asunto C-40/73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unike" UA y otros v Comisión de las Comunidades Europeas

aplicados por la empresa. Sin embargo se establece que en cuanto no existe una vinculación de los descuentos con el volumen de ventas, estos deben ser calificados como “descuentos por fidelidad”, es decir, *de facto* se realiza una clasificación del descuento. Posteriormente, realiza el Tribunal una presunción de que estos siempre tienen como objetivo evitar el abastecimiento del cliente de sus competidores, y resultan incompatibles con el art. 102 TFUE⁶⁴. La misma línea jurisprudencial sigue en el ya explicado caso Hoffmann-La Roche.

Ratifica el criterio el TJUE en el caso Michelin I, en el año 1983, en la cual el Tribunal analiza, ahora sí, que tipo de descuento se trata, encuadrándolo dentro de la segunda categoría, en cuanto el descuento no posee una vinculación directa con el volumen de ventas, pero tampoco establece de modo directo una cláusula de exclusividad. Resulta relevante como a pesar de que el caso versa sobre un tipo de descuentos diferentes, el TJUE reitera que los denominados descuentos por fidelidad suponen un abuso a efectos del art. 102 TFUE⁶⁵.

Bajo esta sentencia se asienta un precedente que seguirán todas las sentencias del TJUE sobre esta materia, y es que previamente a determinar si la conducta es o no abusiva, es necesario especificar que tipo de descuentos son los controvertidos.

Es la sentencia del caso Delimitis, aún no siendo un caso de infracción del art. 102 TFUE, el Tribunal comienza a esbozar en sus líneas de justificación que las condiciones de exclusividad pueden tener efectos beneficiosos para la competencia, por lo determinar si la conducta es abusiva requiere evaluar los efectos en el mercado⁶⁶. En concreto, el TJUE en el fundamento 14 establece:

14. En la sentencia de 12 de diciembre de 1967, Brasserie de Haecht (23/67, Rec. p. 525), este Tribunal de Justicia declaró que, para determinar los efectos de un acuerdo de este tipo, es preciso **tener en cuenta el contexto económico y jurídico en el que este se sitúa** y en el que, junto con otros, puede producir un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia. Asimismo, resulta de esta sentencia que el efecto acumulativo producido por varios acuerdos similares es un elemento entre otros que permiten saber si, mediante una posible alteración del juego de la competencia, el comercio entre Estados miembros puede resultar afectado.

⁶⁴ Cit. en nota (63) supra, apartado [518 y ss.], hace referencia al antiguo art. 86 CE.

⁶⁵ Cit. en nota (33) supra, apartado [71] respecto al ya eliminado art. 86 CE

⁶⁶ Cit. en nota (62) supra, apartado [14 a 27]

Pero tenemos que tener en cuenta que este caso era un procedimiento de infracción del art. 101 TFUE, campo en el que la exclusividad está generalmente admitida. En este caso no resultaba controvertido un determinado sistema de descuentos, sino que era un contrato de exclusividad. Sin embargo, las similitudes con los descuentos exclusivos hace que podamos trazar un cierto paralelismo, siempre teniendo en cuenta que la exclusividad no es un problema de acuerdos, si no de abuso de una determinada posición.

A pesar de ello, en posteriores sentencias explica el Tribunal que siendo cierto este efecto beneficioso, rechaza que estas consideraciones puedan aplicarse a un mercado en el que existe un operador económico dominante, puesto que en estos la competencia ya está restringida por la existencia de este operador⁶⁷.

Sin embargo, en base a esta presunción realizada por el TJUE, parece condición necesaria probar que la competencia ya está restringida en dicho mercado, lo cual requeriría en cualquier escenario, un análisis de las circunstancias del caso.

En 1993 surge una cuestión que parece poner en jaque la presunción de ilegalidad de los descuentos. En el caso BPB Industries⁶⁸, la empresa alega que su política de descuentos era una respuesta a una amenaza y tenían como objetivo proteger los intereses legítimos de la empresa⁶⁹. Reconoce el Tribunal entonces que a una empresa en posición dominante no se le puede despojar de su derecho a proteger sus intereses comerciales si estos son atacados⁷⁰. Sin embargo, el TG concluye que debido a la naturaleza de los descuentos, la conducta tiende a eliminar la competencia del mercado.⁷¹

Prácticamente, el Tribunal a pesar de estar ante una evidencia fáctica de que la intención de la empresa dominante no era expulsar, si no sobrevivir ante las adquisiciones mediante importaciones que se realizaban a precios mas bajos, decide obviar la información y afirma que en cualquier caso el objetivo es expulsar a los competidores del mercado.

⁶⁷ *Vid.* Sentencias de Tribunal de Justicia de 3 de noviembre de 1995, caso C-310/93 P, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión, apartado (11) y Conclusiones del Abogado General Sr. P. Léger, del 13 de diciembre de 1994, asunto C-310/93P, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión, apartado [42 a 45]

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 abril de 1993, caso T-65/89, BPB Industries PLC y British Gypsum Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas

⁶⁹ Cit. en nota (67) at supra, apartado [107]

⁷⁰ Cit. en nota (67) at supra, apartado [118]

⁷¹ Cit. en nota (67) at supra, apartado [119]

Posteriormente, en el año 2003, en el Caso Michelin II, reitera el TJUE, en la misma línea jurisprudencial, el criterio que convierte a los descuentos exclusionarios o de fidelidad, en la práctica, en prohibiciones por su propia naturaleza⁷².

Sin embargo, es necesario destacar que en este caso reconoce el TJUE que la no aplicación de las rebajas podría haber provocado un mayor descenso de la cuota de mercado que poseía Michelin⁷³. Es decir, el TJUE aceptaba que la motivación en la aplicación de estos descuentos no tiene siempre que basarse en un intento de excluir a los competidores, cuestión que rompe con una de las premisas básicas para establecer la regla de presunción de ilegalidad de los descuentos exclusivos. Pero también podemos verlo desde otra perspectiva, puede ocurrir que la empresa trate de moderar la caída de cuota mediante técnicas de fidelización. Es decir, no pierde cuota de mercado a pesar de tener un producto inferior, y que puede tener como consecuencia la exclusión de rivales eficientes.

Es también en el año 2003 cuando en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del caso Van der Bergh Foods⁷⁴, cuando comienza a intuirse un importante cambio en el criterio, hasta ahora inamovible, del TJUE. Así en el fundamento 159 establece el Tribunal:

79. [...] En efecto, las actividades comerciales que contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos y que tienen un efecto saludable sobre el juego de la competencia en un mercado en equilibrio **pueden** restringir dicho juego cuando las lleva a cabo una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado pertinente [...].

Y seguidamente, en el fundamento 160⁷⁵ de esta misma sentencia:

160. El hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado **vincule de facto al 40 % de los puntos de venta del mercado** de referencia —aunque sea a petición de éstos— mediante una cláusula de exclusiva, que opera en realidad como una exclusiva impuesta a dichos puntos de venta, constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.

⁷² Cit. en nota (37) at supra, apartado [56]

⁷³ Cit. en nota (37) at supra, apartado [245]

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 octubre de 2003, asunto T-65/98, Van der Bergh Foods contra Comisión

⁷⁵ Cit. en nota (74) at supra, apartado [159 y 160]

Es cierto que el Tribunal no hace en ningún momento referencia a la necesidad de evaluar las circunstancias relativas al caso para evaluar si los descuentos exclusivos aplicados por la empresa Van der Bergh Foods son o no un abuso en el sentido del art. 86 CE. Sin embargo, por primera vez no afirma de modo contundente que los descuentos exclusivos son siempre abusivos. Si no que mediante la utilización del “*pueden*” parece abrir la puerta a la posibilidad de que puede darse el supuesto de que a pesar de que estos descuentos sean aplicados por una empresa que sea un operador económico dominante, no restrinjan efectivamente la competencia en el mercado de referencia. E incluso, entra a valorar en el fundamento 160 cual es el porcentaje de mercado que cierra la empresa dominante, es decir, *de facto*, parece establecer que los descuentos producen un efecto anticompetitivo debido a que afectan a gran parte del mercado, en concreto, a más del 40%.

No será hasta el año 2012, con la sentencia que resuelve el recurso de casación en el caso Tomra Systems, cuando comienza a haber una verdadera modificación en el criterio del TJUE. Los descuentos aplicados por la empresa son calificados como descuentos de exclusividad, segunda categoría, y descuentos retroactivos, estos últimos encajarían en la tercera categoría. En esta sentencia el TJUE reitera en base a su propia jurisprudencia, en concreto a los casos Hoffman-LaRoche y Michelin I, la regla ya mencionada, que establece que un sistema de descuentos de fidelidad sujeto a la condición de que el cliente se abastezca en lo que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus necesidades aplicado por una empresa en posición dominante supone un abuso de su posición⁷⁶. Sin embargo, concreta en el fundamento 71 que:

En relación con ello, **es preciso 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, o reforzar la posición dominante mediante la distorsión de la competencia.

Por tanto, el TJUE establece una regla de apreciación del conjunto de las circunstancias para la valoración de los supuestos de anti competitividad de los

⁷⁶ Cit. en nota (38) at supra, apartado [70]

descuentos. Sin embargo, cabe la duda razonable de si el Tribunal quería hacer referencia de modo exclusivo a los descuentos retroactivos, y por tanto, no modificar su criterio. O si por el contrario, buscaba establecer una regla genérica aplicable a todo tipo de sistema de descuentos.

Dos años después, en el año 2015 el TJUE dicta sentencia en el caso *Post Danmark II*. En dicho caso el sistema de descuentos aplicado versa sobre descuentos de la tercera categoría, aquellos que contienen un mecanismo que logra de modo indirecto un efecto de fidelidad. Sin embargo, y apoyándose en su propia jurisprudencia, vuelve a su anterior criterio y ratifica que los descuentos por fidelidad o exclusivos constituyen un abuso en el sentido del art. 82 CE⁷⁷.

De este modo podemos decir que parece existir en determinadas sentencias indicios de modificación del criterio adoptado por el TJUE respecto a la naturaleza de los descuentos exclusivos. En cualquier caso, lo único que podemos afirmar es que las diversas sentencias nos llevarían a afirmar que el criterio del TJUE es en determinados casos ambiguo, pues el estándar establecido en la sentencia del caso *Delimitis*⁷⁸ y la regla derivada de la sentencia del caso *Hoffmann-La Roche*⁷⁹ resultan incompatibles. Tensión que se ha evidenciado en otros casos tratados por el TJUE⁸⁰. Pero por otro lado, tenemos que tener en cuenta que estos dos casos eran procedimientos de infracción de artículos diferentes. Pero en definitiva, en determinadas ocasiones podríamos incluso referirnos a él criterio de los tribunales europeos como un criterio contradictorio y contrario al principio de seguridad jurídica, principio de vital importancia en la legislación europea⁸¹.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, asunto C-23/14, *Post Danmark A/S* contra *Konkrreneradet*, apartado [27]

⁷⁸ Cit. en nota at supra (62), apartados [4 al 27]

⁷⁹ Cit. en nota at supra (6)

⁸⁰ Cit. en nota at supra (18), apartados [89 al 92]

⁸¹ Ugartemedia Eceizabarrena, J.I., “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, *Cuadernos de Derecho Público*, número monográfico sobre “Seguridad jurídica y aplicación del Derecho”, 28, 2006, págs. 17 a 54

5. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TJUE - EL CASO INTEL

El 6 de septiembre de 2017 la Gran Sala del Tribunal de Justicia dictaba una sentencia histórica⁸². En ella, anulaba la mayor multa impuesta en la Unión Europea en el ámbito de la competencia hasta entonces, 1.060 millones de euros a Intel Corporation Inc. (“Intel”), ordenando devolver el asunto al Tribunal General de la Unión Europea.

5.1. Antecedentes de la decisión impugnada por la sentencia C-413/14

5.1.1. La Decisión de la Comisión del 13 de mayo de 2009

El caso objeto de este trabajo, el Caso Intel, comenzó en 2009 con la Decisión de la Comisión Europea contra Intel⁸³ en la cual condena a la empresa por abuso de su posición dominante en el mercado.

La Comisión considera en dicha decisión probados que las actuaciones realizadas por Intel respecto a las empresas Dell, HP, NEC, Lenovo, NSH, Acer y Lenovo constituyen un abuso de la posición dominante de conformidad con el artículo 82 del CE y con el artículo 54 del Acuerdo EEE⁸⁴, al aplicar una estrategia destinada a excluir a sus competidores del mercado de CPU x86.

Las CPUs, *Central Processing Units*, x86 son microprocesadores, dispositivos que interpretan y ejecutan determinadas instrucciones⁸⁵. Podríamos decir, simplemente, que son el cerebro del ordenador. Tanto Intel como Advanced Micro Devices (“AMD”), podrían considerarse las dos únicas son empresas fabricantes de estas CPUs, dirigidas a distintos segmentos de la industria de las computadoras⁸⁶.

La Decisión de la Comisión, antes mencionada, considera probado en los apartados 150 a 164, como la empresa AMD a través de distintas mejoras, logra desarrollar sus

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, asunto C-413/14 P, Intel Corp. Inc. contra Comisión Europea – Recurso de casación

⁸³ Decisión de la Comisión del 13 de junio de 2009, asunto COMP/C-3/37.990 Intel

⁸⁴ Cit. en nota at supra (82) apartado (36)

⁸⁵ Microsoft Computer Dictionary, Redmons, 5th edition, USA, p.132 – Traducción propia

⁸⁶ Cit. en nota (18) supra, apartado [120]

CPUs x86 que le permite superar, o al menos competir, en calidad las producidas por Intel entre 1997 y 2007.

De modo coetáneo, Intel adopta una serie de acuerdos con diversas empresas estableciendo una política de precios y de descuentos con respecto a los *Original Equipment Manufacturer* (“OEM”). En la cual se especificaba que aplicaba el denominado *Customer Authorized Price* (“CAP”) en el que vende la gran mayoría de sus microprocesadores. Posteriormente Intel especifica que, en parte, debido a la existencia de competidores. Explicando como es una práctica habitual que los OEM intenten negociar descuentos de los niveles CAP⁸⁷.

La Comisión resume la política de Intel en la adopción de dos tipos de conductas, las primeras de ellas descuentos condicionales, consistentes en la concesión de descuentos a cuatro fabricantes de equipos informáticos subordinada esta a la adquisición de la totalidad o casi la totalidad de sus necesidades de CPU x86 a Intel. Y las segundas, consistentes en pagos a determinados fabricantes que limitaban la comercialización de equipos informáticos que contenían CPUs x86 producidas por AMD, su principal competidor. las denominadas como “restricciones manifiestas”, nos centraremos por la relevancia en este trabajo en las primeras. Esta consiste en descuentos por fidelidad concedidos a Dell, Lenovo, HP y NEC, así como pagos a MSH condicionados a la venta exclusiva de sus microprocesadores.

Así, la Comisión analiza como estos descuentos y pagos tenían como objeto lograr la fidelidad de los OEM así como de MSH, provocando que sus competidores no tuvieran igual capacidad de acceder al mercado.

Concluye la Comisión que dicho comportamiento supone un abuso de la posición dominante ex art. 102 TFUE, y que cada uno de los acuerdos concertados por Intel con las distintas empresas, suponen un abuso que iba dirigido a excluir a AMD del mercado.

5.1.2. Sentencia del Tribunal General en el asunto t-286/09

⁸⁷ Intel submission of 2 March 2005, pág. 3

En el año 2014, el Tribunal General⁸⁸ dicta sentencia desestimando el recuso interpuesto por Intel. La sanción interpuesta por la Comisión a la compañía es confirmada por el Tribunal, confirmando que este tipo de descuentos se configuran como descuentos por exclusividad.

En la sentencia, el Tribunal reiterando la jurisprudencia de los tribunales europeos realiza la triple distinción de sistemas de descuentos, los descuentos de cantidad, descuentos por exclusividad y descuentos que contienen un mecanismo que puede inducir a garantizar la fidelidad. Afirma el TG que el segundo tipo es incompatible con una competencia no falseada en el mercado interior, ya que están ligados a que el cliente adquiera la totalidad o casi la totalidad de sus necesidades a la empresa en posición dominante⁸⁹. Niega por tanto el Tribunal que requieran estos descuentos valoración alguna para determinar si son abusivos o no. En concreto dice el Tribunal en el fundamento 85:

"[Ese]enfoque puede justificarse por el hecho de que los descuentos por exclusividad concedidos por una empresa en posición dominante son, por su propia naturaleza, capaces de restringir la competencia".

Y los diferencia del tercer tipo, que está formado por aquellos descuentos no directamente vinculados a la exclusividad. Reconoce en este punto el TG que requieren estos descuentos valoración del conjunto de las circunstancias para determinar si producen un efecto restrictivo de la competencia⁹⁰.

En base a las características de los descuentos aplicados por Intel, el TG concluye que estos deben enmarcarse en la segunda categoría, es decir, descuentos exclusivos. Negando por tanto a la recurrente el realizar una valoración del conjunto de las circunstancias para verificar si era la conducta de Intel susceptible de restringir la competencia⁹¹.

⁸⁸ Cit. en nota (18) at supra

⁸⁹ *Vid.* Cit. en nota (18) supra, apartados [76 y 77], Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & C. AG. Contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartado [71 y 90] y Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2012, en el asunto C-549/10 P, Tomra Systems y otros contra Comisión apartados [82 y 209].

⁹⁰ Cit. en nota (18) supra, apartados [78 y 82]

⁹¹ Cit. en nota (18) supra, apartados [79 y 80]

De este modo, sostiene el Tribunal que los descuentos por exclusividad constituían *per se* una situación de abuso de la posición dominante. Dichas actuaciones, son para el Tribunal susceptibles de sanción en cuanto tenían como objetivo expulsar del mercado a los competidores directos de esta, en especial, AMD.

Especialmente polémico es la presunción establecida en el fundamento 89 por el TG:

Aunque las condiciones de exclusividad pueden, en principio, tener efectos beneficiosos para la competencia, de modo que en una situación normal en un mercado competitivo, es necesario evaluar sus efectos en el mercado en su contexto específico⁹² estas consideraciones **no pueden aceptarse** en el caso de un mercado en el que, precisamente debido a la posición dominante de uno de los operadores económicos, la competencia ya está restringida⁹³⁹⁴.

Por tanto, el Tribunal niega la posibilidad de reconocer los efectos beneficiosos de esa conducta en el mercado de los microprocesadores. Extremo absolutamente contradictorio con lo establecido en el fundamento 94 de la misma sentencia:

Por último, cabe señalar que la empresa dominante **puede justificar** el uso de un sistema de descuentos de exclusividad, en particular, demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que el posible efecto de cierre del mercado que provoca puede contrapesarse, incluso compensarse, con ventajas en términos de eficiencia que también benefician a los consumidores^{95 96}

Es decir, el TG acepta que una empresa en posición dominante puede demostrar que su conducta es objetiva, es decir, que es necesaria o produce determinadas eficiencias beneficiosas para los consumidores. Pero rechaza entrar a valorar si la conducta de Intel era objetiva porque no alegó nada al respecto. En cualquier caso, los dos puntos resultan

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia del 28 de febrero de 1991 en el asunto C-234/89 Delimitis contra Henninger Bräu, apartados [14 a 27]

⁹³ *Vid.*, a tal efecto, las Sentencias del Tribunal de Justicia del 3 de noviembre de 1995, en el asunto C-310/93 P, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión, apartado [11], y las Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto C-310/93 P, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión, apartados [42 a 45]

⁹⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia del 3 de noviembre de 1995, en el asunto C-310/93 P, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión, apartados [14 a 27]

⁹⁵ Cit. en nota (6) *supra*, apartado [71 y 90]; Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, British Airways contra Comisión, apartados [74, 85 y 86] y Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2012, caso C-209/10, Post Danmark A/S contra Konkurrencerådet, apartados [40 y 41]

⁹⁶ Cit. en nota (18) *supra*, apartados [794]

absolutamente incompatibles, pues si la conducta es siempre restrictiva de la competencia, no podría en ningún caso ser justificable.

En concreto, dice el Tribunal que ya la Comisión recalca que este tipo de descuentos suponen, independientemente de las circunstancias, una restricción de la competencia, Y que la Comisión no está obligada a demostrar la capacidad de cierre del mercado de los descuentos exclusivos caso por caso. En este sentido, en el fundamento 145 se establece que “para establecer un potencial efecto anticompetitivo, **es suficiente** con demostrar la existencia de un mecanismo de lealtad”

Especial relevancia de este aspecto, pues al afirmar el TG que basta simplemente con la existencia de un mecanismo que provoque un efecto de lealtad en el cliente ya estaremos en un efecto anticompetitivo, y por tanto, la conducta será abusiva. Algo lógico en el modelo intelectual de restricción por el objeto, que descarta valorar posibles efectos, incluidos los beneficiosos, y que como veremos es precisamente lo que corregirá el TJUE.

Esta presunción tira por tierra la jurisprudencia asentada del TJUE respecto a los descuentos pertenecientes a la tercera categoría, aquellos que no estableciendo un pacto de exclusividad con el cliente, generan un cierto efecto de lealtad. Hasta el momento, como hemos visto, el TJUE requería para determinar si estas conductas resultaban abusivas o no el análisis de las circunstancias del caso y los efectos que la conducta producía en el mercado. Es decir, no solo mantiene la línea jurisprudencial formalista del TJUE respecto a los descuentos exclusivos, sino que la sentencia permite una igual interpretación formalista respecto a los descuentos de la tercera categoría, hasta ahora considerados restricciones por efecto y no por objeto.

Pero afirma que incluso tras la realización de la AECT, la Comisión concluye que ante un competidor igual de eficiente que Intel, también hubiera resultado la conducta anticompetitiva. Y rechaza bajo esta premisa entrar al análisis de las alegaciones de la recurrente que ponían en tela de juicio la validez de las conclusiones de la Comisión.

En conclusión, y afectos de este trabajo, es de vital relevancia que el TG no examina la capacidad de los descuentos para restringir la competencia, simplemente analiza si son o no descuentos exclusivos, para posteriormente al afirmar que lo son, declarar que su

aplicación por parte de Intel, supone *de facto*, un abuso de la posición dominante. En este sentido, el TG afirma que los descuentos por exclusividad son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada en mercado interior⁹⁷.

En la práctica, esta sentencia supone que el TG no solo se alejaba de los primeros pasos dados en dirección de aplicar el estándar de la *rule of reason* a los descuentos por exclusividad, sino que tajantemente se reiteraba en convertirlos en una prohibición per se al confirmar la Decisión de la Comisión que condena a Intel por infracción del art. 102 TFUE mediante la adopción de un sistema de descuentos por exclusividad, confirmando la visión formalista establecida por anterior jurisprudencia del TJUE.

Este pronunciamiento era el primero de un tribunal europeo sobre políticas de descuento emitida tras la Comunicación de la Comisión del año 2009. Pero el TG decide alejarse del planteamiento de la comisión y seguir en la anterior línea jurisprudencial de los tribunales europeos.

Fueron numerosas las voces críticas contra esta sentencia, pues se consideró como un paso atrás en la modernización del derecho de la competencia de la Unión Europea, hacia la cual se estaba caminando mediante una mayor aproximación basada en el análisis del mercado⁹⁸.

5.2. Recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-413/14P

Ante la desestimación de las pretensiones de Intel por el TG, esta interpone un recurso de casación ante el TJUE. El recurso es estimado en una sentencia calificada como histórica por las implicaciones que supone, como analizaremos de modo posterior, un cambio en la jurisprudencia consolidada del TJUE.

⁹⁷ Cit. en nota (18) supra, apartados [77]

⁹⁸ AKMAN, P., “The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches”, *European Competition Journal*, vol. 8 – Issue 2, 2012

Para este trabajo, nos centraremos de modo exclusivo en el primer motivo de casación, en el cual Intel alega que TG incurre en error de derecho al no tomar en consideración la totalidad de las circunstancias a la hora de valorar los descuentos exclusivos.

Intel afirma que en análisis de las circunstancias incluye el estudio de: (i) el porcentaje de mercado cubierto por los descuentos controvertidos, (ii) la duración de las prácticas criticadas, (iii) la existencia de cierre del mercado a la competencia y (iv) la pertinencia del AECT⁹⁹.

Ya en este sentido se había pronunciado la sentencia en el caso Tomra¹⁰⁰, que establecía como necesario probar que (i) se privaba al comprador de elección, (ii) que limitaba su posibilidad de elección, (iii) que impedía el acceso al mercado de competidores y (iv) que se reforzaba la posición dominante distorsionando la competencia.

En el caso Tomra¹⁰¹ la controversia surgía de unos determinados descuentos retroactivos, es decir, de la tercera categoría. La cuestión al respecto, es que tras la sentencia hubo académicos que la interpretaron como una nueva regla de valoración establecida por el TJUE extensible a todo tipo de descuentos, es decir, también aplicable a los descuentos exclusivos, y no solo a los descuentos de la tercera categoría. La problemática surge debido a que la vaguedad del artículo 102 TFUE y 82 CE, y del fundamento 70 y 71 en el cual se basa esta presunción, no se especifica a que categorías es necesario aplicar estos criterios de valoración.

De este modo, podría argumentarse que el caso Tomra ya suponía un avance a una mayor aproximación económica, pero esta interpretación ha sido rechazada por parte de la doctrina¹⁰², que entiende esta sentencia como un paso atrás y un regreso a la aproximación formalista.

En cualquier caso, como veremos, parece que la sentencia del caso Intel es la primera en la cual se puede ver una aplicación práctica de la *Guidance* de la Comisión, tras las

⁹⁹ Cit. en nota (82) at supra, apartados [116 a 119]

¹⁰⁰ Cit. en nota (38) at supra, apartados [70 y]

¹⁰¹ Cit. en nota (38)

¹⁰² USAI, A., “The Intel case: Between Tomra Systems ASA, the Commission’s Guidance on Enforcement Priorities, and the Alleged Infringement of Procedural Requirements – No Fat Left on the Bone” – (disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/theintelcase.pdf>)

sentencias de los casos Post Denmark II y el caso Tomra, en los cuales se continuaba con el criterio formalista. Dicha *Guidance* establecía:

En opinión de la Comisión, para evaluar el efecto de fidelización de un descuento lo pertinente no es simplemente el efecto sobre la competencia [...] si no el efecto de cierre que produce el sistema de descuento sobre los competidores (reales o potenciales) del proveedor dominante.¹⁰³

Es decir, la Comisión aceptaba que es necesario evaluar el efecto que posee el sistema de descuento para comprobar si este producía un efecto anti competitivo o no.

Comienza recordando el Tribunal que el artículo 102 del TFUE no pretende proteger a empresas menos eficaces que la dominante, ni evitar la posición dominante de una empresa en el mercado¹⁰⁴. Así mismo, reafirma la obligación de la empresa en posición dominante de no perjudicar la competencia ni falsearla¹⁰⁵.

A priori, parece que el TJUE va a confirmar los precedentes jurisprudenciales que configuran a los descuentos exclusivos como prohibiciones *per se*. Sin embargo el tribunal especifica la necesidad de precisar la jurisprudencia, especialmente en aquellos casos en los que la empresa en posición dominante haya probado que su conducta no podía restringir la competencia ni expulsó a los competidores del mercado. El TJUE, en el punto esencial de esta sentencia, determina que la Comisión está obligada a analizar (i) importancia de la posición dominante de la empresa en el mercado de referencia, (ii) el porcentaje de mercado cubierto por la práctica, (iii) condiciones y modalidades de concesión de los descuentos, duración e importe, (iv) existencia de estrategia para expulsar a competidores del mercado igual de eficaces y (v) capacidad de expulsión del mercado¹⁰⁶.

Establece el Tribunal bajo una condición, que la empresa dominante debe probar que su conducta ser que la conducta no alteró la competencia ni expulsó a sus competidores¹⁰⁷. Y por otro lado, justifica esta necesidad el TJUE incluso en aquellos casos en los que la

¹⁰³ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, apartado (40)

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2012, caso C-209/10, Post Danmark A/S contra Konkurrencerådet, apartado [21]

¹⁰⁵ Cit. en nota (82) supra, apartado [135]

¹⁰⁶ Cit. en nota (82) supra, apartado [139 y 140]

¹⁰⁷ Cit. en nota (82) supra, apartado [138]

conducta produjese una exclusión de un competidor, siendo este menos eficiente que aquel que realiza la conducta, porque sería el propio consumidor el que se viera beneficiado en términos de eficiencia¹⁰⁸.

De este modo, esta sentencia sienta un precedente sobre el nivel de análisis requerido a la Comisión a la hora de evaluar la existencia de una situación de abuso de la posición de dominio, que hasta ahora se limitaba a determinar la importancia de la posición dominante y el porcentaje de mercado cubierto por la práctica criticada, condiciones y modalidades de que se trata duración y su importe.¹⁰⁹ Así, el Tribunal de Justicia también exige que se pruebe por parte de la Comisión que la conducta analizada iba dirigida a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces.

Resulta muy curioso que los puntos que deben ser probados por la Comisión son establecidos por el TJUE por analogía con los establecidos en el caso *Post Danmark II*¹¹⁰ un caso en el cual los descuentos controvertidos son clasificados por el propio TJUE como descuentos de la tercera categoría, es decir, aquellos que sin ser descuentos por volumen no contienen tampoco un acuerdo de exclusividad aunque si producen un cierto efecto de fidelidad. Y decimos que resulta curioso por que como hemos visto en el apartado 4.2.2 el Tribunal una y otra vez en numerosísimos casos hacía esta distinción negándose a aplicar la regla de la valoración, que si aplicaba a los descuentos de la tercera categoría, a los descuentos de exclusividad.

Crítica el TJUE que el TG en la sentencia recurrida se negó a evaluar los diferentes argumentos esgrimidos por Intel sobre la expulsión de un competidor del mercado, y del mismo modo, deberá referirse al AECT realizado por la Comisión, estableciendo que está este tribunal obligado a examinar la totalidad de las alegaciones formuladas por Intel al test¹¹¹.

Por tanto, el TJUE devuelve el asunto al TG y este, al conocer de nuevo el caso, deberá tener en cuenta los argumentos de Intel, y bajo los hechos fácticos y económicos, analizar

¹⁰⁸ Cit. en nota (82) supra, apartado [140]

¹⁰⁹ Cit. en nota (82) supra, apartado [139]

¹¹⁰ Cit. en nota (77) supra, apartado [29]

¹¹¹ Cit. en nota (82) supra, apartado [144]

cual es el efecto en la competencia. Es decir, la regla de valoración de las circunstancias, debería ser aplicado por el TG en sucesivas decisiones y en particular, en el caso Intel cuando sea de nuevo juzgado.

En conclusión, esta sentencia implica un cambio de enfoque del TJUE respecto a los descuentos por exclusividad. Que siendo desde 1979¹¹² consideradas restricciones de la competencia por el objeto, y automáticamente como un abuso de la posición dominante. requiere ahora analizar cuales serán los efectos en el mercado. En otras palabras, se requerirá evidencia que pruebe que el efecto de la conducta en cuestión fue excluir del mercado a competidores igualmente eficaces que la empresa dominante.

Implica *de facto* una victoria para los defensores de que el análisis sobre el efecto anticompetitivo de los descuentos debe realizarse sobre la base de un punto de vista económico.

6. POTENCIALES EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL CASO INTEL

La sentencia del TJUE es mucho más breve de lo que cabría esperar, teniendo en cuenta el cambio de jurisprudencia que implica, probablemente debería haber realizado el Tribunal una mayor reflexión sobre el porque y la justificación del cambio de jurisprudencia, aún siendo habitual que las sentencias que fijan principios que están sean breves.

Sin embargo, a pesar de lo escueta que es esta, y a la espera del nuevo pronunciamiento del TG, podemos predecir una serie de potenciales efectos y problemas que pueden surgir si tanto TJUE como TG mantienen esta nueva visión en sucesivos pronunciamientos sobre esquemas de descuentos.

Lo primero que tenemos que tener en cuenta, es que esta sentencia es una aproximación a considerar los descuentos exclusivo una restricción por efecto. Y decimos

¹¹² Decisión 76/654/CEE de la Comisión, de 9 de junio de 1976 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 96/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas

aproximación porque realmente el principio por el cual deben ser considerados abusivos continúa vigente. El TJUE así ratifica que:

Para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores, aunque sea a petición de estos, mediante la obligación o la promesa de abastecerse exclusivamente en dicha empresa para la totalidad o para gran parte de sus necesidades **constituye una explotación abusiva** de una posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más como si es la contrapartida de la concesión de descuentos. **Lo mismo puede decirse** cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, es decir, de descuentos sujetos a la condición de que el cliente se abastezca exclusivamente en la empresa en posición dominante para la totalidad o para gran parte de sus necesidad, cualquiera que sea, por lo demás, el importe de sus compras¹¹³.

Por tanto no podemos hablar realmente de un cambio absoluto y total en la jurisprudencia del TJUE. Sin embargo realiza una apreciación que tiene vital importancia. Esta apreciación consiste en que en aquellos casos en los que la empresa dominante pruebe que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni expulsar del mercado a los competidores, deberán ser valoradas estas alegaciones por la Comisión y el TG¹¹⁴.

Así, con el objetivo de comprender que las implicaciones de la anulación de la sentencia del TG por parte del TJUE, en primer lugar, es necesario comprender qué es un análisis basado en los efectos.

Supondrá esta sentencia sin duda un referente ineludible para otros procedimientos aún pendientes, como el caso Google. Respecto al servicio publicitario AdSense¹¹⁵. Y puede convertirse también en un referente para muchos otros casos de abuso de la posición dominante en los cuales determinadas conductas siguen siendo consideradas restricciones por objeto y siguen siendo castigadas sin prueba de los reales o potenciales efectos en el mercado.

¹¹³ Cit. en nota (82) supra, apartado [137]

¹¹⁴ Cit. en nota (82) supra, apartado [130 y ss]

¹¹⁵ Nota de prensa Comisión Europea, caso 40411 - Google Search – AdSense - (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm)

En cualquier caso, dos son las conclusiones básicas que podemos deducir de esta sentencia:

i) En primer lugar, que las rebajas de exclusividad aplicadas por empresas dominantes no pueden considerarse como restrictivas de la competencia por su propia naturaleza. De este modo, se requiere que la autoridad europea competente pruebe en el procedimiento de infracción del art. 102 TFUE que la conducta era susceptible de producir efectos anti competitivos en el mercado de referencia.

ii) En segundo lugar, que las empresas en posición pueden, y deben, justificar, ante las autoridades europeas de la competencia en los procedimientos sancionadores por aplicación de descuentos exclusivos, que las conductas adoptadas eran objetivas probando que creían eficiencias que compensaban potenciales efectos restrictivos.

Procederemos a analizar las consecuencias que tendrá en los procedimientos los dos elementos probatorios que el TJUE establece como necesarios para calificar una conducta consistente en la aplicación de un determinado sistema de descuentos como abusiva.

6.1. Necesidad de demostrar capacidad de restricción de la competencia en el mercado

Explicábamos anteriormente como el TJUE a pesar de sus precisiones, mantenía el principio de que los descuentos exclusivos son abusivos. Y se añade a esta precisión un elemento importante, y es que el tribunal añade la necesidad de analizar la capacidad de expulsión de mercado para apreciar si el sistema de descuentos puede estar objetivamente justificado.

Es necesario por tanto interpretar que es la capacidad de restricción de la competencia, que significa la palabra capacidad y las implicaciones de la misma.

Es destacable que el Tribunal no habla de probabilidad de expulsión, si no que hace referencia a la capacidad de expulsión de la conducta. Siendo ambas palabras sinónimos, la diferenciación de términos es fundamental, puesto que es la barrera diferenciadora entre las restricciones por objeto y las restricciones por efecto. A. USAI explica que una conducta anti competitiva sea “capaz” de producir efectos anti competitivos, no es necesario que sea “probable” que los produzca, pero si al revés. Así, utilizaba una

metáfora para distinguir ambos términos: si a alguien le dicen que su avión es capaz de estrellarse, probablemente lo cogerá, pues sabe que puede estrellarse. Sin embargo si le dicen que es probable que se estrelle, probablemente no lo cogerá. Con ello, lo que se quiere decir es que mientras que la capacidad es el estándar requerido en las restricciones por efecto, pues es necesario una probabilidad de que ocurra, mientras que en las restricciones por objeto, se requiere mera capacidad.

En la Conclusiones del Abogado General Wahl¹¹⁶ especifica en el fundamento 117:

La apreciación de la capacidad tiene por el objeto establece que si la conducta reprochada tiene, con toda probabilidad, un efecto de exclusión contrario a la competencia. Por esa razón, la probabilidad debe ser considerablemente más que la mera posibilidad de que un determinado comportamiento pueda restringir la competencia.

Por lo que los requisitos probatorios son muchísimo menores en el caso de tener que demostrar solo la capacidad de que la conducta tenga un efecto anti competitivo. Es decir, basta con probar que los efectos anti competitivos son plausibles. Es este caso serviría como evidencia el caso Bananas, en dicho caso existió un intercambio de información, que pudo no afectar a la competencia. Sin embargo, el tribunal entendió que el efecto final no era importante y bastaba con la capacidad de la conducta de producir el efecto. Por tanto, era la conducta restrictiva por objeto en base al art. 101 TFUE.

En segundo lugar, cabe precisar que significa que una conducta tenga efectos anticompetitivos en base al art. 102 TFUE. La incertidumbre proviene, probablemente de que este artículo, paradójicamente, no hace referencia alguna a los efectos anticompetitivos. La comisión por ejemplo, en la Decisión del Caso Intel utiliza como base elementos cuantitativos y cualitativos a los que no tenemos acceso, pues la versión publicada los ha suprimido por motivos de confidencialidad. En las Conclusiones del Abogado General Wahl se resume en determinar, sobre la conducta controvertida:

- i) Probabilidad/capacidad: punto que hemos expuesto anteriormente
- ii) Cobertura de la práctica¹¹⁷: Hace referencia al alcance del mercado. Afirma que se admite, con carácter general, que la probabilidad de efectos negativos sobre la

¹¹⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Nil Wahl, del 20 de octubre de 2016, asunto C-413/14 P, Intel Corporation Inc. contra Comisión

¹¹⁷ Cit. en nota (116) supra, apartado [137 a 146]

competencia es directamente proporcional a la parte del mercado que vincula. Ahora bien, este no es un ejercicio aritmético, por tanto un determinado porcentaje puede o no tener efectos anticompetitivos. Por ello, hay que valorar el conjunto de las circunstancias.

iii) Duración¹¹⁸: la duración no determina concluyentemente el efecto anticompetitivo, puesto que acuerdos de corta duración pueden provocar también este efecto. De este modo, se requiere realizar más apreciaciones al respecto.

iv) Desempeño en el mercado del competidor y disminución de los precios¹¹⁹: Respecto a la exclusión de competidores del mercado, los tribunales no son claros sobre si es prueba de los efectos anticompetitivos. Así, del mismo modo que la cobertura y la duración, no resulta concluyente este punto, puesto que el competidor puede ver disminuida su cuota de mercado por su propio comportamiento.

v) Prueba AEC: punto que trataremos en el apartado 5.2.3

En conclusión, es difícil concluir de un modo claro que implica probar que se producen efectos anticompetitivos. Desde un punto de vista práctico, son cinco los puntos que tratan de configurar la capacidad de restricción, sin embargo, en la práctica, son dos los relevantes, la probabilidad o capacidad y la prueba AEC.

6.2. Existencia de una justificación objetiva por parte del operador dominante

En el supuesto de darse este efecto anti competitivo, reconoce el TJUE en la sentencia Intel que existiría posibilidad de justificación objetiva de la conducta por parte de la empresa dominante, que exoneraría a la conducta de su carácter abusivo.

En el recurso ante el TG, Intel trató de justificar sus sistemas de descuentos mediante dos argumentos, en primer lugar que trataba de responder a la competencia de precios de sus rivales, y en segundo lugar, que el sistema de descuento de cada OEM era necesario para lograr eficiencias en la industria de las CPUs. Así, explica Intel cuatro tipos de

¹¹⁸ Cit. en nota (116) supra, apartado [147 a 157]

¹¹⁹ Cit. en nota (116) supra, apartado [158 a 160]

eficiencias: precios más bajos, economías de escala, ahorros de coste y eficiencias en la producción e intercambio de riesgos.¹²⁰

Es decir, Intel trataba de probar la justificación que, en base a lo establecido posteriormente por el TJUE, exoneraría su conducta, que existían efectos pro competitivos de los descuentos que compensan los potenciales efectos anticompetitivos.

Pero anteriormente el TG se pronunciaba en este sentido:

Para justificar las rebajas condicionales, Intel debería haber mostrado que hay una eficiencia, que la conducta es capaz de lograr una meta legítima, y que no tiene una alternativa igual de efectiva para lograr esa meta legítima que sea menos restrictiva o que produzca un menor efecto de exclusión y finalmente que la conducta es proporcional, en el sentido que el objetivo legítimo perseguido por Intel debería pesar mas que el efecto de exclusión.¹²¹

Por tanto acepta el TG que podría existir justificación objetiva. Sin embargo, no entra a valorar las justificaciones dadas por Intel, pues entiende que al probar que los descuentos exclusivos son aplicados por un operador dominante, la conducta por su propia naturaleza es restrictiva.

Este punto, es principalmente el cambio que asienta el TJUE. Pues dice que en caso de existir alegaciones por parte del operador dominante, estas deben ser estudiadas.

Cabe preguntarse también sobre quién recaería este deber de justificación. Según el TJUE, tal justificación objetiva recaería sobre la Comisión, que deberá probar que no existe para probar esta capacidad de expulsión sobre competidores igualmente eficaces.

Sin embargo, anteriormente determina el Tribunal que solo podría considerarse la totalidad de las circunstancias cuando la empresa investigada durante el procedimiento pruebe que existía una justificación. Tal y como alega Intel¹²² podríamos decir que entonces, la carga de la prueba realmente recae sobre la empresa. Es decir, estaríamos ante una inversión de la carga de la prueba de dudosa justificación.

El requisito establecido por el TJUE de que la empresa sea proactiva en el procedimiento para su justificación provoca que no sea la Comisión quien tenga que probar que existía una justificación, sino que la empresa tenga que hacerlo.

¹²⁰ Cit. en nota (18) supra, apartado [1617 a 1640]

¹²¹ Cit. en nota (18) supra, apartado [1624]

¹²² Cit. en nota (82) supra, apartado [112]

Principalmente, la dudosa justificación existe por la dificultad que tiene una empresa, independientemente de que sea dominante o no, para conocer los datos completos del mercado, como funcionan sus competidores, o el grado de eficiencia de estos. Es decir, si reclamamos prácticamente a las empresas que practiquen el test AEC, deberían tener al menos acceso a los datos necesarios para ello.

En cualquier caso, la estimación de que si la empresa no trata de probarlo en el procedimiento ante la Comisión, precluye su oportunidad de hacer alegaciones, volviendo a la regla de la prohibición *per se*, carece de sentido. Principalmente esto se debe a que mantener la regla *per se* para determinados casos y eliminarla para otros, tratándose de la misma conducta, debería justificarse de algún modo. Extremo que en ningún punto de la sentencia se realiza.

6.3. La validez del principio de eliminación de la competencia de un rival tan eficaz como el operador dominante para la consideración de una situación de abuso de la posición de dominio

Una de las principales alegaciones de Intel a la hora de solicitar al TJUE la anulación de la sentencia del TG es que este tribunal no entró a valorar el método utilizado por la Comisión en la realización del test AEC. Y es que, aun alegando la Comisión que en casos de conductas consistentes en descuentos exclusivos no era necesario probar el daño, realizó el test AEC, en línea con lo establecido en su *Guidance*. Sin embargo es cierto que desde la publicación de esta *Guidance* la Comisión incluye siempre en sus decisiones el Test AEC.

En primer lugar, resulta conflictivo la interpretación que debemos dar a si resulta obligatorio o no para la Comisión realizar el test AEC. Podríamos interpretarlo como que para el TJUE el test AEC tiene vital importancia, y resulta decisivo para evaluar si una conducta supone una infracción del art. 102 TFUE, y por tanto, debe practicarse¹²³. Pero por otro lado podríamos interpretar la sentencia en términos de que el TJUE deja este

¹²³ Cit. en nota (82) supra, apartado [133, 134, 136, 139 y 140]

punto a elección de la Comisión. Es decir, el tribunal dice que hay que analizar el test porque la Comisión decidió basarse en la prueba¹²⁴.

En cualquier caso, el Tribunal si asienta la obligación de revisión que recae sobre el TG. Así en este sentido, no puede el Tribunal negarse a valorar ni, por un lado, las pruebas sobre el impacto real de los descuentos en el mercado de referencia, ni por otro lado, las alegaciones realizadas por las partes sobre la metodología aplicada en la realización del AECT.

Desde la creación de la figura del abuso de la posición dominante, muchas conductas requerían prueba de su efecto en el mercado. Para ello las instituciones europeas crearon en el caso Akzo¹²⁵, primer caso del TJUE sobre precios predatorios, un examen de dos fases con objetivo similar al test AEC, pero aplicado a los precios predatorios, denominado el Test Akzo.

Este consistía en, en primer lugar, evaluar si los precios del producto eran inferiores al coste variable medio (AVC) y en ese supuesto, los precios serían considerados como abusivos. Pero en caso de que fueran superiores al AVC, pero inferiores al coste total medio (ATC), se requería, en segundo lugar, probar la intencionalidad de la conducta¹²⁶.

En la *Guidance* de la Comisión, se introduce el principio de competidor igual de eficiente en este sentido:

Normalmente solo intervendrá si el comportamiento en cuestión ya ha sido o puede obstaculizar la competencia de los competidores, que es tan eficiente como la empresa dominante¹²⁷

¹²⁴ Cit. en nota (82) supra, apartado [141 a 147]

¹²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 julio de 1991, asunto C-62/86, AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. En este caso la Comisión determinó que existía abuso de la posición dominante porque AKZO vendía sus productos por encima del coste variable medio pero por debajo del coste total medio, para disuadir que su competidor en el mercado de la harina entrara en el mercado, más lucrativo, del plástico

¹²⁶ CREUS, A., “Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)”, *DLA Piper Rudnick Gray Cary*, págs. 277 y 278

¹²⁷ Cit. en nota (103) supra, apartado [23]

Y completa su enfoque del análisis del test Azko explicando el efecto que tiene sobre un operador igualmente eficiente¹²⁸.

Es decir, la prueba AEC o AECT o el test Azko, que buscaban probar los efectos en operador igualmente eficaces que el operador dominante son cada vez más utilizados por las instituciones europeas para probar el efecto anti competitivo de determinadas prácticas, *e.g* en los casos Azko y Post Danmark I, por precios predatorios o en los casos Deutsche Telekom y Telia Sonera por *margin squeeze*. El paso de un tipo de test a otro, es que el test Azko no era válido para determinadas conductas. El motivo principal es que la principal característica de muchas de ellas es que e son prolongadas en el tiempo, *v. eg.* en el caso Michelin I, la conducta consistente en la aplicación de determinados descuentos se extendió desde 1975 hasta 1983¹²⁹.

Sin embargo no siempre el principio de validez del operador igualmente eficiente ha sido aceptado. Fue en el caso Post Danmark I¹³⁰, cuando reconoce el TJUE que el AECT puede ser en principio un “proxy” relevante en los casos de rebajas bajo el art. 102 del TFUE. Pero no abandona el Tribunal su posición de negativa contra el AECT. En primer lugar por los defectos que puede tener el propio test, y en segundo lugar, por los desafíos prácticos de la prueba.

El TJUE, en este sentido, ha establecido que no obliga la ley a realizar el test, *v. eg.* caso Tomra, aunque ha reconocido que es una herramienta útil para probar los efectos anticompetitivos o en el mismo sentido en el caso Post Danmark II.

Sobre el pronunciamiento del TJUE en el caso Intel existen varias interpretaciones, pues aún no estableciendo explícitamente el deber de la Comisión de practicar el test, si acepta que deben ser probadas por estas determinados elementos que en la práctica requerirían llevar acabo el test AEC.

La cuestión principal es que este test, creado especialmente para los precios predatorios, con las recientes sentencias, amplía su ámbito de aplicación a los sistemas de descuentos.

¹²⁸ Cit. en nota (103) supra, apartado [26], la Comisión ya no habla de AAV, sino que sustituye este concepto por AVC y LRAIC

¹²⁹ Cit. en nota (33) supra, apartado [3]

¹³⁰ Cit. en nota (104) supra, apartado [58 y 61]

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el test AEC se enfrenta a muchas críticas, por ejemplo, que que en algunos casos no se dispone de datos confiables o que la prueba por si sola no es suficiente para establecer los efectos anticompetitivos porque los precios requieren combinar los resultados del test AEC con indicaciones sobre el impacto en la proporción de ventas¹³¹. Lo que viene a afirmar es que la prueba AEC es solo una herramienta que debe ser integrada, pero a la que no se le debe conceder la totalidad de la carga de la prueba de la anti competitividad¹³².

Resulta necesario en este punto analizar las consecuencias de la aplicación de la prueba AEC. Incluso eliminando el riesgo de falsos positivos y falsos negativos, surge una problemática respecto a la prueba. Las causas por las cuales un competidor puede ser menos eficiente no solo tiene que ver con la productividad del mismo. Por ejemplo, puede deberse a estar iniciándose en el mercado de referencia. De tal modo, que la entrada en el mercado, que puede ser ya difícil por las barreras existentes de modo natural, puede verse agravado por conductas abusivas como la aplicación de descuentos de fidelidad. Es decir, a pesar de producir un efecto de distorsión de la competencia, la prueba daría negativo por la situación del competidor, y la conducta no merecería repulsa.

M. MANDORFF y J. SAHL¹³³, de la Autoridad Sueca de la Competencia, especifican el principal problema de esta prueba: compatibilizar los falsos negativos y los falsos positivos con la seguridad jurídica.

Respecto a los falsos negativos, a pesar de que los rivales sean menos eficientes, son varios los autores¹³⁴ que especifican como puede ocurrir que la eficiencia económica y el bienestar del consumidor se pueden ver beneficiados por la existencia de estos operadores. Es decir, el mercado de referencia para garantizar la competitividad no siempre tiene que estar formada por operadores igual de eficientes. Puede ocurrir esto,

¹³¹ MASKE, C., “Competition Policy and the Digital Single Market in the Wake of Brexit: Is Geoblocking Always as Evil as Most Consumers Believe?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5, Issue 8, 15 agosto de 2016, págs. 509 y 510

¹³² Cit. en nota (103) supra, apartado [25]

¹³³ MANDORFF, M. Y SAHL, J., “The role of the “equally efficient competitor” in the assessment of abuse of dominance”, *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*, Working Paper 2013:1

¹³⁴ Departamento de Justicia de US, “Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of Sherman Act, 2008, pág. 44 y O’Donoghue and AJ Padilla, “The law and economics of art. 82 EC”, *Hart Publishing*, p. 189

por ejemplo, con aquellas empresas que acaban de entrar en un mercado y aún no han alcanzado un alto grado de eficiencia.

Sobre los falsos positivos, en muchas ocasiones las empresas dominantes bajan sus precios para entrar en un determinado mercado. Esto lo que provoca es que se “falseen” los datos a la hora de aplicar el test AEC, pues el AAC y LRAIC de la empresa dominante tendrán valores mucho más bajos que los valores reales. Lo explica WJ BAUMOL¹³⁵ cuando muestra que el valor del test AEC puede coincidir con el sacrificio de los beneficios si se utiliza como medida el AAC. Así, la única solución al problema sería no tener en cuenta esos precios bajos en el test AEC, con la consiguiente dificultad práctica que ello conllevaría.

Una una de las principales ventajas que posee este test es que permite evaluar una conducta bajo una base objetiva. Sin embargo, aplicado a las rebajas, requiere analizar la estructura del mercado para calcular los precios efectivos, y por tanto, introduciendo una importante incertidumbre¹³⁶.

Sin embargo, independientemente de los pros y contras del test AEC, bajo las directrices que parece seguir la Comisión que le lleva a implantarlo en los casos de abuso de la competencia, y la obligación del TJUE a que el TG evalúe como ha sido esta realizada, conllevan una importante consecuencia, ya en los casos AKZO y Post Danmark I los Tribunales establecían que una práctica no podía tener efectos de exclusión si no requería que los rivales igualmente eficientes vendieran a precio por debajo de costo, para tipos de descuento de la tercera categoría. Ahora aplica el TJUE esta misma regla a los descuentos exclusivos y así, si la conducta no obliga a los competidores a vender a precios inferiores al precio de coste, serán, en principio, los descuentos compatibles con el art. 102 TFUE.

¹³⁵ BAUMOL, W.J., “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 39, número 1, abril 1996

¹³⁶ O'DONOHUE y PADILLA, “The law and economics of art. 82 EC”, *Hart Publishing*, págs. 389 y 393

7. CONCLUSIONES

Para concluir, cabe analizar en que reside este pequeño paso en la dirección de una mayor aproximación del derecho de la competencia a las teorías económicas contemporáneas. Así parte de la doctrina entiende que el objetivo del art. 102 TFUE no debe ser la protección de los competidores, si no la protección de la competencia y el bienestar del consumidor. En conclusión, que las empresas compitan por sus propios méritos¹³⁷.

Primordialmente, el TJUE en el caso Intel, acepta la posibilidad de que el operador dominante pruebe que su conducta era objetiva en base a dos elementos, bien que exista un beneficio para el consumidor, o bien que genere determinadas eficiencias que justifiquen la distorsión de la competencia.¹³⁸

Esencial resulta el posible beneficio al consumidor. DURKIN, S., utiliza para ello la prueba de atribución que calcula los beneficios de un proveedor, calculados mediante lo que gana en ventas de unidades en competencia menos las ganancias que perdió al dar descuentos en ventas de unidades no en competencia. Es decir, elabora un modelo mediante el cual es posible elaborar una estrategia de descuentos en la cual no se expulse a los competidores del mercado.

Podemos decir, por tanto, que parece lógico que si es posible el beneficio al consumidor, la conducta no debe ser abusiva por su propia naturaleza. Esta permite a las empresas configurar diferentes modelos de política de descuentos, mediante la prueba de atribución, que le permitiría lograr los beneficios que tienen este tipo de descuentos, como la obtención de lealtad, no distorsionando el mercado.

En conclusión, los beneficios al consumidor serían posibles. De tal modo que parece lógico el paso adelante dado por el TJUE en el caso Intel. Sin embargo, es cierto que razones de predictibilidad e identificación de las conductas, hacen recomendable

¹³⁷ El concepto “competencia por méritos” es definido en Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, Deutsche Telekom contra Comisión, apartado [91] y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 septiembre de 2007, asunto T-201/04, Microsoft contra Comisión, apartado [1070]

¹³⁸ Cit. en nota (82) at supra, apartado (140)

considerares los descuentos de fidelidad abusivos por su propia naturaleza. Hay que tener en cuenta que muchas de estas conductas se esconden bajo complejos entramados contractuales difíciles de identificar. En conclusión, ambas opciones parecen razonables. De momento, parece que la última batalla la han ganado las teorías económicas.

8. BIBLIOGRAFÍA

8.1.Legislación

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria (97/C 372/03), Diario Oficial nº C 372 de 09/12/1997 p.005-0013

Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Diario Oficial nº C 45/7 de 24/02/2009 p.7-20

Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los acuerdos de cooperación horizontal, Diario Oficial C-11 de 14 de enero de 2011

Reglamento n. 2658 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85, art. 5

8.2. Jurisprudencia

8.2.1. TJUE

Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 abril de 1993, asunto T-65/89, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Roche & C. Ag. contra Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94 P, Tetra Park International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, Deutsche Telekom contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, Deutsche Telekom contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, British Airways contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 diciembre 1976, asunto C-40/73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities

Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1004, asunto C-53/92 P, Hilti AG contra Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, asunto C-195/99 P, Krupp Hoesch Stahl AG v Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, Europemballage Corporation y Continental Can

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, John Deere contra Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 julio de 1991, asunto C-62/86, AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, asunto C-23/14 P, Post Danmark A/S contra Konkrreraceradet

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2012, asunto C-2014/97, Portugal contra Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Comisión

Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de abril de 2015, asunto C-549/10 P, Tomra Systems y otros contra Comisión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG

Sentencias de Tribunal de Justicia de 3 de noviembre de 1995, asunto C-310/93 P, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión

8.2.2. *TG*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 abril de 1993, asunto T-65/89, BPB Industries PLC y British Gypsum Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 septiembre de 2007, asunto T-201/04, Microsoft contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 octubre de 2002, asunto T-310/01, Schneider Electric v Comisión

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 octubre de 2003, asunto T-65/98, Van der Bergh Foods contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 marzo de 1999, asunto T-102/96, Gencor contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, asunto T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin v Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, Irish Sugar contra Comisión

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, asunto T-111/96, TPI ITT Promedia contra Comisión

Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010, asunto T-155/06, Tomra Systems y otros contra Comisión Europea

Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2014, asunto T-286/09, Intel Corp. contra Comisión Europea

Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2017, asunto T-194/13, United Parcel Service, Inc. contra Comisión

Sentencia no publicada del Tribunal General, asunto T-771/17, Qualcomm y Qualcomm Europa contra Comisión

Sentencia Tribunal de Justicia de 6 junio de 2002, asunto T-342/99, Airtours plc contra Comisión de las Comunidades Europeas

8.2.3. Comisión

Decisión C(2013)431 de la Comisión de 30 de enero de 2013, por la que se declara una operación de concentración incompatible con el mercado interior y el funcionamiento de Acuerdo EEE(ASUNTO COMP//MM.66570 – UPS/TTNT Express)

Decisión de la Comisión de 14 de julio de 1999 en relación al procedimiento del art. 82 EC (IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways)

Procedimiento de la comisión contra Google Adsense disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm

8.2.4. Otros

Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, del 21 de febrero de 1989, asunto C-2014/97, Portugal contra Comisión de las Comunidades Europeas

Conclusiones del Abogado General Sr. Nil Wahl, del 20 de octubre de 2016, asunto C-413/14 P, Intel Corporation Inc. contra Comisión

Conclusiones del Abogado General Sr. P. Léger, del 13 de diciembre de 1994, asunto C-310/93P, BPB Industries y British Gypsum contra Comisión

Resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014 en relación al procedimiento del art. 82 EC Hoffman-La Roche

United States Court of Appeals, Second Circuit, July 24, 2001 – Virgin Atlantic Airways Limited v. British Airways PLC, f. 3d 236

8.3.Obras doctrinales

ALLIBERT, B., BARTH, G., BÖSZE, B., HÖDLMAYR, C., KAMINSKI, D. y SCHOLZ, M., “Commission finds abuse of dominance in the Intel case”, *Competition*

Policy Newsletter, n. 3, 2009 (disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_3_5.pdf)

“Intel Case – Facts do matter!”, *Dentons*, 7 de septiembre de 2017 (disponible en <https://www.dentons.com/en/insights/alerts/2017/september/7/the-intel-case>)

SHER, B. and KALLAUGHER, J., “Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82”, (2004) 25 E.C.L.R. pág. 263 (disponible en https://www.researchgate.net/publication/265231371_Rebates_Revisited_Anti-Competitive_Effects_and_Exclusionary_Abuse_Under_Article_82_1)

BAUMOL, W.J., “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 39, número 1, abril 1996

BOURGEOIS, J. y WAELBROECK, D., “Theories of Harm in European Competition Law: A progress Report – Ten years of affects-based approach in EU Competition Law”, *Bruylant*, 22 de febrero de 2012, páginas 185 a 209

CABANELLAS, G., “Diccionario de Derecho Usual”, Editorial I Iaeliasta, Buenos Aires. Tomo II, s/f, p.220

Código de Derecho de la Competencia, pág. 581 y 282

CREUS, A., “Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)”, DLA Piper Rudnick Gray Cary, págs. 277 y 278 (disponible en https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE006-010_Precios_predatorios-Creus.pdf)

Departamento de Justicia de US, “Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of Sherman Act, 2008, pág. 44

DÍEZ ESTELLA, F., “Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?”, *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, n. 242, mayo 2006

EE&MC, “As-efficient-competitor test” (disponible en <http://www.ee-mc.com/tools/dominance-abuse/as-efficient-competitor-test.html>)

ELGAR, E. “Competition Policy and the Economic Approach”, edited by Josef Drexl, Wolfgang Kerber and Rupprecht Podzun 2011

ELGAR, E., “*The goals of Competition law*”, edited by Zimmer, D., 2012

FLINT, P., “Tratado de defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L.”, *Pontificia Universidad Católica del Perú*, Fondo Editorial, 2002, pág. 660

FLIØJSTRUP JESSEN, A., “Exploring Restrictions by Object within Article 102 TFEU; Rethinking the latest Case Law with an Emphasis on Intel”

FOX, E. M., “What is the harm to Competition? Exclusionary practices and anti-competitive effect” *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2012

Freshfields Bruckhaus Deringer, “Intel in the Court of Justice”, Lexology, 7 de septiembre de 2017 (disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0458ce04-1380-4f2c-be27-3f7ff05b81e0>, última consulta 10/02/018)

GERANDIN, D., “Loyalty Rebates after Intel: time for the European Court of Justice to overrule Hoffman-La Roche”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 11, Forthcoming 2015 (disponible en https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1515.pdf)

GILES, I. y MONDRALL, J., “Major victory for Intel as CJEU sends case back to General Court for re-examination”, *Kluwer Competition Law*, 12 de septiembre de 2017 (disponible en <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/09/12/major-victory-intel-cjeu-sends-case-back-general-court-re-examination/>)

Global Competition Law Center, “GCLC Research Papers on Article 82 EC”, julio 2005

Guías Jurídicas, “Posición de dominio”, *Wolters Kluwer* (disponible en http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM1MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAMbgi2TUAAAA=WKE)

GYSELE, L., “Rebates: Competition on the merits or exclusionary practice?”, *8th EU Competition Law and Policy Workshop – What is an Abuse of a Dominant Position? European University Institute*, junio 2003

IBÁÑEZ COLOMO, P., “Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy”, *Society and Economy Working Papers 29/2014 London School of Economics and Political Science* (disponible en http://eprints.lse.ac.uk/60585/1/WPS2014-29_Colomo.pdf)

KADAR, M., “The meaning of “anticompetitive effects” under art. 102 TFEU”, *CPI Antitrust Chronicle*, marzo 2016

LOVDAHL GORMSEN, L., “Are anti-competitive effects necessary for an analysis under Article 102 TFEU?”, *World Competition law and Economics Review*, Issue 2, 2013 páginas 223 a 245

MAJUMDAR, A., “Exclusionary abuse II: An introduction to rebates, margin squeeze and refusal to supply”, *RBB Economics*, 6 de octubre de 2017

MANDORFF, M. Y SAHL, J., “The role of the “equally efficient competitor” in the assessment of abuse of dominance”, *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*, Working Paper 2013:1

MASKE, C., “Competition Policy and the Digital Single Market in the Wake of Brexit: Is Geoblocking Always as Evil as Most Consumers Believe?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5, Issue 8, 15 agosto de 2016, págs. 509 y 510 (disponible en <https://academic.oup.com/jeclap/article/7/8/509/2194481>)

MCCARTHY, A., “The Intel Case – A significant development in the approach to abuse of dominance under EU Competition law A&L Goodbody”, *Lexology*, 27 septiembre 2017 (disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0bc856aa-025c-4c9b-82f7-55625daeb677>)

NÚÑEZ OSORIO, M. I., “El abuso anticompetitivo en precios: rebajas y precios predatorios”, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2012, p. 245 y 251

O’DONOGHUE and AJ PADILLA, “The law and economics of art. 82 EC”, *Hart Publishing*

Report by the EAGCP, “An Economic Approach to Article 82”, 2005

ROUSSEVA, E., “The concept of “Objective Justification” of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?”, *The Competition Law Review*, vol. 2, issue 2, Marzo 2006

TEMPLE LANG, J., “Anticompetitive Non-Pricing Abuses Under European and National Antitrust Law,” *Fordham Corporate Law Institute*, 2003, pág. 235 (disponible en <http://www.jurispub.com/Anticompetitive-Non-Pricing-Abuses-Under-European-and-National-Antitrust-Law-Chapter-14-Interna.html>)

Tribunal Galego de Defensa da Competencia, “Economía y defensa de la competencia” (disponible en http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/tgdc/economia_defensa_competencia.pdf)

UGARTEMEDIA ECEIZABARRENA, J.I., “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, *Cuadernos de Derecho Público* (número monográfico sobre “Seguridad jurídica y aplicación del Derecho), 28, 2006, págs., 17 a 54

USAI, A., “The Intel Case : Between Tomra Systems ASA,, the Commission’s Guidance on Enforcement Priorities , and the Alleged Infringement of Procedural Requirements - No Fat Left on the Bone” (disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/theintelcase.pdf>)

WOUTER, P.J., “The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called “more economic approach” to abuse of dominance”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 37, n. 4, 2014 (disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-judgment-of-the-eu-general-court-in-intel-and-the-so-called-more-economic-approach-to-abuse-of-dominance/>)

9. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal General

Número	Nombre	Citada en página
Asunto 85/76	Hoffman-La Roche	10, 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 36, 39, 40, 46
Asunto 6/72	Europemballage	11
Asunto C-310/93	BPB Industries	33
Asunto C-322/81	Michelin I	12, 16, 17, 19, 20, 21, 32, 54
Asunto C-95/04 P	British Airways	12, 14, 16, 17, 18, 40
Asunto C-23/14 P	Post Danmark II	14, 16, 17, 36, 45
Asunto C-549/10 P	Tomra Systems	14, 16, 20, 35, 39, 43
Asunto C-280/08 P	Deutsche Telekom	10, 27
Asunto C-333/94 P	Tetra Park	15
Asunto C-53/92 P	Hilti AG	15
Asunto C-2014/97	Portugal	17, 20
Asunto C-7/95 P	John Deere	27
Asunto C-195/99 P	Krupp Hoesch Stahl	27
Asunto C-234/89	Delimitis	30, 32, 40
Asunto C-40/73	Suiker Unie	31, 32
Asunto C-413/14 P	Intel	36, 37, 43, 44, 45, 47, 51, 52, 57
Asunto C-310/93 P	BPB Industries	40
Asunto C-209/10	Post Danmark I	40, 44, 54
Asunto C-62/86	AKZO	53
Número	Nombre	Citada en página
Asunto T-111/96	TPI ITT Promedia	11
Asunto T-65/98	Van der Bergh Foods	34
Asunto T-65/89	BPB Industries	11, 33
Asunto T-228/97	Caso Irish Sugar	11, 7

Asunto T-286/09	Caso Intel	14, 20, 36, 37, 39, 40, 41, 50, 51
Asunto T-155/06	Tomra Systems	16
Asunto T-203/01	Michelin II	20, 23, 33, 34
Asunto T-342/99	Airtours	25
Asunto T-310/01	Schneider Electric	25
Asunto T-102/96	Gencor	25