

MARÍA DE LA LUZ DOMPER R¹ 2

Resumen

Este trabajo analiza, desde una perspectiva económica, los distintos tipos de descuentos que las empresas proveedoras ofrecen a sus distribuidores y los efectos que ellos pueden tener en materia de libre competencia.

Además, recoge parte de la jurisprudencia existente, lo que da un indicio de cómo ha fallado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Chile y de la experiencia internacional en la materia.

Palabras clave: Descuentos, prácticas exclusorias, test del competidor tan eficiente, fidelización.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza los diversos tipos de descuentos que los proveedores ofrecen a sus distribuidores y sus efectos en la libre competencia, específicamente, los descuentos incrementales por volumen y los descuentos incrementales retroactivos o condicionados.

Para evaluar el impacto de los descuentos en la libre competencia, se ponderan una serie de eficiencias, a las cuales se asocia con los eventuales riesgos de cierre de mercado que podrían producir. Estos riesgos de cierre de mercado se analizan como una estrategia de venta atada, y se intenta determinar si existe espacio para trasladar el poder de mercado de la parte no contestable de la demanda, a la parte contestable, más que analizar el impacto que tienen los descuentos condicionales o retroactivos en los precios de las unidades marginales. Este análisis preliminar coincide con el realizado en la Unión Europea, que aplica un test de competidor eficiente, para evaluar si los descuentos entregados podrían ser efectuados por otra empresa que opere con la misma función de costos.

* Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva del autor sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen, en modo alguno, la posición de los órganos resolutivos y otras áreas de la institución.

¹ María de la Luz Domper Rodríguez es Ingeniero Comercial, con mención en Economía, de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Máster en Macroeconomía Aplicada, de ese mismo plantel. Desde mediados de mayo del 2012, es Ministra Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile.

² Se agradece la colaboración y los comentarios de David Peña, Andrés Fuchs y Álvaro Vives.

En una segunda parte, se analiza la jurisprudencia en esta materia, incluyendo los casos de Tomra e Intel, en la Comisión Europea y el caso de Fósforos en Chile.

II. TIPOS DE DESCUENTOS³

Los descuentos se pueden definir, según la base utilizada para determinarlos, en términos absolutos o proporcionales y pueden ser de aplicación estándar o bien, individualizados. Es así como existen:

- **Descuentos absolutos:** El descuento se aplica sobre un determinado número absoluto de unidades, por ejemplo: “el descuento se aplica por cien unidades compradas”. Estos descuentos pueden ser estándar o individualizados. En el primer caso, es el mismo descuento para todos los clientes. En el segundo caso, se define un descuento absoluto para cada cliente, por ejemplo: “El descuento se aplica al cliente A, por cien unidades compradas y al cliente B, por cincuenta unidades compradas”.
- **Descuentos proporcionales o porcentuales:** Estos descuentos se definen en términos de un porcentaje, por ejemplo: “un 5% de descuento”; o “un 10% de descuento”. También pueden ser estandarizados o individualizados, dependiendo de la aplicación a todos los clientes por igual, o si cada cliente tiene un trato especial. El descuento proporcional también puede definirse como un porcentaje de crecimiento respecto de las compras del año anterior o de la última compra, por ejemplo: “un x% de descuento, si las ventas son superiores a las del año anterior” o bien “superiores en un y% a las del año anterior”.

Adicionalmente, en la literatura económica es posible distinguir distintos tipos de descuentos, los que se caracterizan por su nivel de aplicabilidad, es decir, a qué unidades compradas se les aplica el descuento. Es así como existen descuentos promedio, los que se aplican a todas las unidades compradas, o descuentos marginales, los que se aplican a las unidades adicionales compradas sobre cierto umbral.

- **Descuento promedio:** Se aplica a todas las unidades compradas, por ejemplo: “toda esta mercadería tiene un 10% de descuento”, o “lleve dos unidades iguales, por el precio de una”.
- **Descuento incremental o marginal:** El descuento aplica a las unidades adicionales una vez alcanzada una determinada meta. Por ejemplo, “lleve la segunda unidad de este bien a un peso”; “el precio por las primeras cien unidades es de \$ 1 000 cada una, pero si compra más de cien unidades, las unidades compradas,

³ Véase OECD (2008).

sobre esa meta, tendrán un precio de \$ 800. Si compra más de doscientas unidades, el precio de cada unidad adicional baja a \$ 600”.

- **Conditional rebates o descuento incremental retroactivo:** El descuento incremental condicionado o retroactivo aplica a todas las unidades, una vez alcanzada una determinada meta. Por ejemplo, “el precio por las primeras cien unidades es de \$1 000 cada uno, pero si compra más de 100 unidades y menos de 200, todas las unidades compradas tendrán un precio de \$800. Si compra más de doscientas unidades, el precio de todas las unidades compradas baja a \$600”. Esta meta también puede definirse en términos porcentuales, por ejemplo: “el descuento se aplica a todas las unidades vendidas si la participación del proveedor (o vendedor) en las compras del minorista es mayor o igual a un determinado porcentaje”.

III. DESCUENTO INCREMENTAL POR VOLUMEN

El descuento incremental por volumen consiste en cobrar precios inferiores por las últimas unidades vendidas. Es decir, el descuento es mayor por las cantidades adicionales o marginales.

En la literatura económica, equivale a aplicar una serie de tarifa en dos partes (o tarifa en dos partes en bloque)⁴.

Por ejemplo, suponga el siguiente descuento marginal:

Sea “ x ” el número de unidades compradas con $P1 > P2 > P3$ y $X1 < X2$, así:

- Si “ x ” es menor o igual a $X1$ unidades, se paga un precio $P1$ por cada unidad.
- Si “ x ” es mayor a $X1$ unidades, pero menor o igual a $X2$, se paga $P1$ por las primeras $X1$ unidades y $P2$ por las $(x - X1)$ segundas unidades.
- Si “ x ” es mayor a $X2$ unidades, se paga $P1$ por las primeras $X1$ unidades, $P2$ por las $(X2 - X1)$ segundas unidades y $P3$ por las $(x - X2)$ terceras unidades.

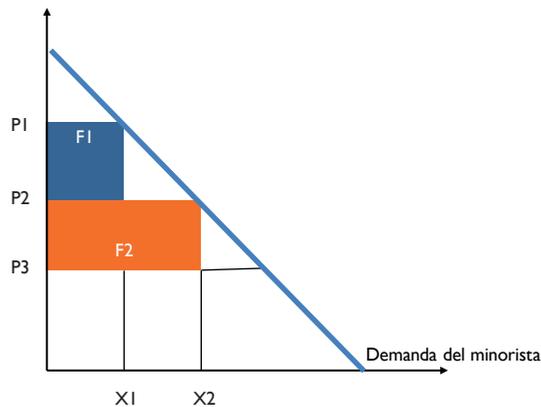
Lo anterior es equivalente a aplicar una serie de tarifas en dos partes, tal como se muestra gráficamente en la Figura N° 1. En efecto, el descuento marginal definido equivale a cobrar:

⁴ Ver Oi (1971).

- **P3 por todas las unidades compradas más un cargo fijo igual a F1 más F2, si “x” es mayor que X2.**
- **P2 por todas las unidades compradas más un cargo fijo igual a F1, si “x” es mayor que X1 y menor o igual que X2.**
- **P1 por todas las unidades compradas sin cargo fijo, si “x” es menor o igual que X1.**

FIGURA N° I

DESCUENTO MARGINAL O SERIE DE TARIFAS EN DOS PARTES



Nota:

$$F1 = (P1 - P2) * X1 = P1 * X1 - P2 * X1$$

$$F2 = (P2 - P3) * X2 = P2 * X2 - P3 * X2$$

Fuente: Elaboración propia.

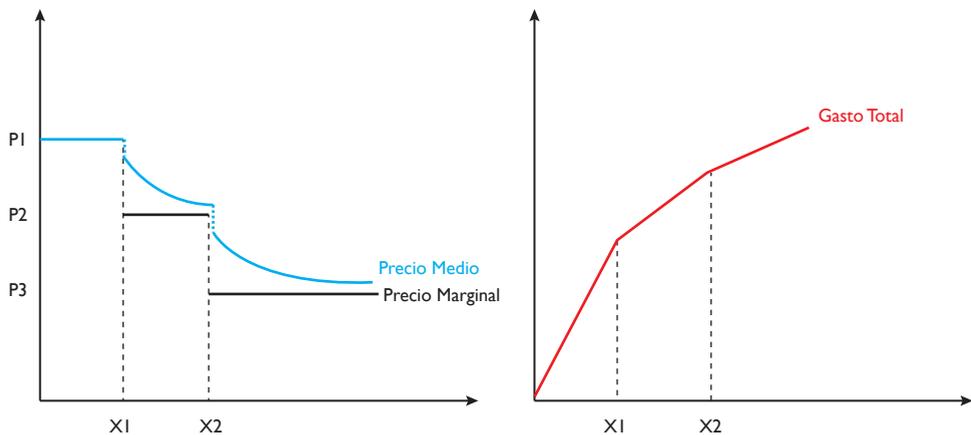
Lo anterior refleja que el efecto de un descuento marginal es que se logra extraer un mayor excedente al consumidor (en este caso, el minorista).

En materia de libre competencia, los descuentos marginales o las series de tarifas en dos partes se tratan como una venta atada, pero de manera más permisiva, por cuanto podrían asociarse a una serie de eficiencias: (i) Podrían permitir reducciones en los costos de producción de la empresa, si aprovechan economías de escala o de ámbito; (ii) Pueden usarse para promocionar nuevos productos; (iii) Pueden ser utilizados para captar más demanda; y (iv) Los consumidores se ven beneficiados con los menores precios. Sin embargo, también pueden usarse para producir un efecto real o potencial de cierre de mercados en aquellos casos en que un potencial o nuevo entrante necesite una escala mínima eficiente para operar; y las metas para alcanzar el máximo descuento posible impliquen dejar una demanda residual insuficiente para su ingreso o desarrollo.

En la Figura N° 2 podemos ver el precio de las unidades marginales, el precio medio y la curva de gasto total resultante de la aplicación de un descuento por unidad marginal.

FIGURA N° 2

PRECIO DE LAS UNIDADES MARGINALES, PRECIO MEDIO Y CURVA DE GASTO TOTAL RESULTANTE DE LA APLICACIÓN DE UN DESCUENTO POR UNIDAD MARGINAL



Fuente: Barcelona Graduate School of Economics (GSE), Intensive Course on Competition Economics: Abuse of Dominance, año 2013.

IV. DESCUENTOS INCREMENTALES RETROACTIVOS O CONDICIONADOS

Los Descuentos Incrementales Retroactivos o Condicionados, también denominados Descuentos por Fidelidad o Lealtad, se definen como:

“Estructuras de precios, en virtud de las cuales se ofrecen precios menores a cambio de un compromiso –sea expreso o *de facto*- *por parte del comprador* en cuanto a proveerse mayoritariamente, y/o de manera creciente, solo con el proveedor que ofrece dicho descuento” (OCDE, 2002).

Estos descuentos pueden aplicarse a las unidades marginales, o bien, a todas las unidades compradas. En este último caso, estos descuentos por fidelidad o lealtad pasan a ser retroactivos y se conocen como **Conditional Rebates** (descuentos, devoluciones o bonificaciones condicionadas) o **Descuentos Incrementales**

Retroactivos. El carácter de retroactivo significa que se obtiene la bonificación o devolución del dinero para todas las unidades compradas con anterioridad, si es que se alcanza una determinada meta. Es decir, se debe cumplir la condición y luego se obtiene la bonificación retroactiva. De esta forma, se premia un determinado comportamiento del comprador⁵. Por ejemplo, se premia el crecimiento en el volumen total comprado, respecto de lo comprado previamente a ese proveedor, o el alcanzar una determinada participación del proveedor en las compras totales del minorista.

Si comparamos estos *rebates* retroactivos con el descuento marginal que vimos en la Figura 1, notamos que la principal diferencia radica en que una vez alcanzada la meta, por ejemplo, de comprar más que $X1$ unidades, el precio por unidad pasa a ser $P2$ para todas las unidades compradas previamente, con lo cual desaparece el cargo fijo $F1$, o bien, este pasa a ser un crédito para el comprador, descontable del monto pagado en futuras compras. Algo similar sucede si se alcanza la meta de comprar más de $X2$ unidades: Por todas las unidades compradas, se paga $P3$, con lo cual desaparece el cargo fijo $F1$ y el cargo fijo $F2$, o bien, estos pasan a ser un crédito para el comprador, descontable del monto pagado en futuras compras.

Para ilustrar en la práctica, por ejemplo, si se cobrase un precio $P1=15$ por las primeras 99 unidades, y solo al alcanzar una meta de 100 unidades se activase un descuento que situase el precio de todas las unidades vendidas en $P2=12$, estaríamos en presencia de un descuento retroactivo. Lo mismo pasaría si, en caso de alcanzar una venta de 200 unidades, el precio de venta de cada una de estas bajase a $P3=9$.

El efecto de ello se puede ver en la Figura N° 3, en la que se observa que el cambio en el gasto total, al pasar de 99 a 100 unidades y de 199 a 200 unidades compradas es negativo. Ello refleja precios marginales implícitos negativos para las unidades $X1$ y $X2$, producto de la retroactividad del descuento condicionado. Adicionalmente, la curva de gasto total presenta una discontinuidad cuando se alcanza la meta, lo cual implica que el gasto total disminuye, una vez alcanzado dicho nivel.

En particular, la disminución del gasto total se puede calcular con las siguientes fórmulas:

$$\text{Precio unidad } X1 (100) = P2 - (X1 - 1) * (P1 - P2) = 12 - 99 * 3 = -285$$

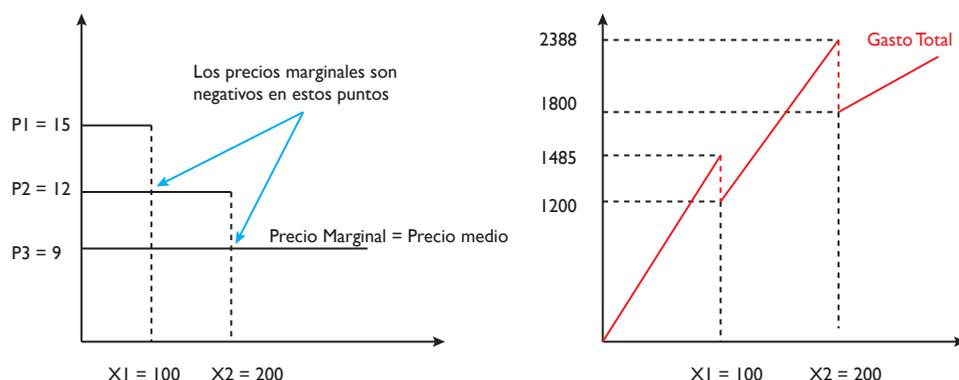
$$\text{Precio unidad } X2 (200) = P3 - (X2 - 1) * (P2 - P3) = 9 - 199 * 3 = -588$$

⁵ Véase European Commission DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005.

De este modo, al alcanzar la meta de 100 unidades, el gasto total disminuye en \$285 y al alcanzar la meta de las 200 unidades compradas, el gasto total disminuye en \$588, obteniéndose, en la práctica, un precio marginal negativo por estas unidades vendidas.

FIGURA N° 3

PRECIO DE LAS UNIDADES MARGINALES Y CURVA DE GASTO TOTAL RESULTANTE DE LA APLICACIÓN DE UN DESCUENTO POR UNIDAD MARGINAL



Fuente: Barcelona Graduate School of Economics (GSE), Intensive Course on Competition Economics: Abuse of Dominance, año 2013.

V. EFECTOS PARA LA LIBRE COMPETENCIA DE LOS DESCUENTOS CONDICIONADOS

En general, los descuentos condicionados incluyendo los retroactivos, se pueden explicar por razones de eficiencia, o bien, en base a conductas anticompetitivas tendientes a excluir competidores del mercado. Corresponderá a la institución antimonopolio de cada país analizar e identificar las posibles eficiencias y riesgos que ellos conllevan, en cada caso.

Dentro de las razones de eficiencia, la principal tiene relación con la necesidad de proteger ciertas inversiones específicas o incentivar que el comprador minorista invierta en activos específicos. La Teoría de Principal y Agente⁶ también muestra que los

⁶ Véase Gibbons (1998).

descuentos por volumen pueden ser una estrategia eficiente para premiar los esfuerzos del agente por cumplir los objetivos del principal. Otra razón de eficiencia que explica la existencia de descuentos condicionados sería⁷ que ellos se utilizan para atraer más demanda, con lo cual los consumidores se ven beneficiados de los menores precios.

No obstante, en ciertas circunstancias, este tipo de descuentos puede generar un efecto anticompetitivo si se usan como una herramienta para excluir competidores o para cerrar el mercado, dado que hacen menos atractivo para los minoristas cambiar pequeños montos de su demanda a proveedores alternativos, si eso los lleva a perder el descuento retroactivo.

Para la Comisión Europea y la Corte de Primera Instancia de la Unión Europea (CFI, actual Tribunal General), este efecto de lealtad o exclusorio es mayor en la última unidad, justo antes de alcanzar la meta, tal como lo señala en el caso de British Airways, donde indica que no hay ninguna justificación objetiva que explique el efecto retroactivo del descuento⁸. En ese caso se consideró que este tipo de descuentos condicionados retroactivo violaba el artículo 82 del Tratado que estableció la Comunidad Europea (actual artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), dado que se crean los incentivos para que la empresa demandante le compre solo a una empresa proveedora, sin existir de por medio contratos de exclusividad.

Sin embargo, la jurisprudencia europea más reciente (véase el caso de Tomra e Intel) ha optado por evaluar el efecto exclusorio en la competencia del sistema de descuento retroactivo en general y no solo analizar el efecto en la unidad marginal.

La Comisión Europea⁹ establece como condiciones necesarias, para que este tipo de descuentos tengan un efecto exclusorio, las siguientes:

- Que sean aplicados por una empresa **con poder de mercado y tengan efectos exclusivos** (similares a los de una obligación de compra exclusiva o de cierre de mercado).

Adicionalmente, indica que los efectos exclusivos son más probables si existe:

- Un alto porcentaje de clientes cautivos.

⁷ Véase European Commission Guidance Paper 2009, #37. (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 de la Unión Europea, 24.2.2009).

⁸ Véase los # 282-284 de la decisión de la CFI en el caso British Airways.

⁹ European Commission Guidance Paper 2009, #37 a #40.

- Costos de cambio para los clientes o consumidores.
- Baja rotación del producto o ventas del mayorista poco frecuentes.
- Economías de escala importantes en la industria.
- Bajo poder de negociación de los compradores minoristas.
- Un mercado suficientemente maduro, dado que será menos contestable.

Si se cumplen las condiciones anteriores, entonces es más probable que se produzca un efecto exclusorio. En ese sentido, el descuento condicional retroactivo, aplicado por la empresa dominante, permitiría **utilizar la parte rígida de la demanda** de cada cliente (se entiende por parte rígida de la demanda, la cantidad que compraría de todos modos dicho cliente al dominante), como medio **para disminuir el precio de la porción flexible de la demanda** (se entiende por parte flexible de la demanda aquella que es contestable, que el cliente puede sustituir y para la cual existen sustitutos disponibles). En virtud de lo anterior se lograría trasladar poder de mercado de la parte no contestable de la demanda a la parte contestable de la misma. Dada la existencia de economías de escala, ello dejaría sin posibilidad a los competidores de poder entrar al mercado o de seguir compitiendo en él en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, ofreciendo un precio efectivo competitivo.

Para que se produzca este efecto exclusorio es preciso que se pueda aplicar la Teoría de Leverage (Whinston, 1990), teoría que señala las condiciones que se deben cumplir para que sea posible trasladar poder de mercado de un mercado a otro. A pesar de que en este caso se está tratando de trasladar el poder de mercado de una parte de la demanda (la parte rígida) a la otra (la parte flexible), y no a otro mercado, la Teoría de Leverage es igualmente aplicable. Las condiciones necesarias para que se dé la teoría de Leverage son las siguientes (de Whinston, 1990):

- a) Los consumidores de ambos productos deben ser los mismos**, o bien, debe existir una correlación positiva en la valoración conjunta de la compra de ambos bienes por parte de los clientes o consumidores.
- b) Debe existir poder de mercado y dominancia en el mercado del bien que ata.**
- c) Deben existir economías de escala en el mercado del bien atado.** Esto es necesario para que se produzca la exclusión o para que se incentive la misma, dado que la venta atada permite aprovechar las economías de costos y con ello hace posible disminuir el precio en el mercado del bien atado. Como los competidores no pueden acceder a ese ahorro de costos, no podrán competir con el menor precio y tendrán que salir del mercado.

- d) **Debe producirse o tender a la exclusión en el mercado atado.**
 En efecto, dado que se venden dos bienes con al menos algún grado de complementariedad, si no se produce la exclusión o no se tiende a ello, solo va a generar una disminución en los precios de la venta conjunta de los dos bienes.

VI. TEST DE COMPETIDOR TAN EFICIENTE

En la Unión Europea se aplica el test del competidor tan eficiente como el incumbente para analizar el eventual efecto exclusorio de su conducta. Se trata de evaluar si el precio efectivo de venta de las unidades que pueden ser contestadas por un rival (donde existe competencia) se venden sobre o bajo los costos del propio incumbente.

Si el precio efectivo es menor que el costo medio evitable, se entiende que el descuento es considerado potencialmente exclusorio.

Fórmula del precio efectivo¹⁰:

Sea:

P_L = precio lista de la empresa dominante

P_E = precio efectivo que necesita cobrar un rival para inducir al comprador a que compre X unidades de él.

R = descuento porcentual retroactivo ofrecido por la empresa dominante (se descuenta del P_L).

X = porcentaje de contestabilidad atribuible a un rival.

Para obtener el precio efectivo se parte de la situación de un consumidor indiferente entre comprar todas las unidades a la empresa dominante, o comprar X por ciento a la empresa rival y (1- X) por ciento a la empresa dominante:

$$P_L(1-R) = P_L(1-X) + P_E X$$

$$P_E = P_L(1-R/X)$$

De lo anterior se desprende que el precio efectivo depende principalmente de los valores de R (descuento porcentual retroactivo) y de X (porcentaje de contestabilidad).

¹⁰ Tomado del Intensive Course on Competition Economics: Abuse of Dominance. Barcelona Graduate School of Economics (GSE), año 2013.

- Si $X < R$, entonces el precio efectivo es menor que cero, por lo que se estará bloqueando directamente la entrada de rivales potenciales.
- Solo si $X > R$, el precio efectivo es mayor que cero. Es decir, solo si el porcentaje contestable de la demanda es mayor que el descuento, la empresa rival puede competir.
- Si $X = R$, el precio efectivo es cero. A mayor porcentaje contestable de la demanda, menor efectividad de la estrategia de descuento vía venta atada.
- Si $X = 100\%$, entonces el precio efectivo es el precio lista menos el descuento ofrecido por la empresa dominante.

¿Qué otra variable puede afectar el precio efectivo?

Principalmente, el horizonte de tiempo considerado. Así, mientras mayor es el tiempo considerado, mayor es la posibilidad de que exista un cambio por parte del minorista (que deje de comprarle al proveedor dominante). A su vez, a mayor horizonte de tiempo, es más probable que las empresas rivales hayan invertido en reputación en términos de calidad, que les permita mitigar las restricciones impuestas por el dominante.

VII. JURISPRUDENCIA

En términos generales, en la jurisprudencia europea, un descuento por fidelidad es cualquier incentivo que presione a comprar tanto como sea posible a un solo proveedor, pudiendo contener elementos fijos o variables, como se clarifica en el juicio de Hoffman-La Roche, en que señala que estos descuentos “*son hechos, caso a caso, para cada consumidor de acuerdo con su capacidad presumida*” y no “*dependiendo de cantidades fijadas objetivamente y aplicables a todos los posibles compradores*”.

En la jurisprudencia europea también se destacan los descuentos que se activan solo al alcanzar ciertas metas de compra o crecimiento, como lo muestran los casos de Michelin I, Irish Sugar y Virgin contra British Airways. De este modo, las empresas buscan absorber el crecimiento de la demanda de sus compradores, desincentivando la compra de dicho excedente a posibles nuevos entrantes. Esta misma absorción del crecimiento de la demanda de los compradores fue señalada en el antes citado caso de Hoffman-La Roche, en el que –pese a tratarse de descuentos por volumen y no por crecimiento– el objetivo de estos no era sino asegurar que toda la demanda de ese consumidor fuese acopiada en un único proveedor.

En el caso de Estados Unidos, el tratamiento de los descuentos ha sido distinto al efectuado en Europa, destacando mucho más sus efectos procompetitivos y de eficiencia. Así, por ejemplo, en el caso Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., si bien se efectuó

un descuento que en la práctica desincentivó el ingreso de Barry Wright en el mercado de “snubbers” para plantas de energía nuclear, se consideró que el precio cobrado no resultaba predatorio y que el beneficio obtenido por la baja en precios producto del descuento era superior a los riesgos teóricos anticompetitivos de dicha medida.

Otro caso estadounidense, el de *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, hace más evidente aun lo diferente de la aproximación de ese país a los descuentos, incluso cuando son por metas de compras. En este caso, pese a que Brunswick tenía una posición importante en el mercado e incentivaba a una mayor compra a través de descuentos que se activaban si el 60% de las compras de los fabricantes de botes correspondían a su empresa, la justicia de Estados Unidos decidió que los precios no eran predatorios y que los contratos no correspondían a una relación de exclusividad (pues dejaban el 40% restante libre). Así, consideraron que bajar los precios a través de descuentos correspondía a una “competencia por méritos” y no podía ser reprochada.

A continuación se analizan algunos casos de la Comisión Europea y un caso chileno de descuentos, señalando los aspectos más importantes analizados en cada uno.

7.1. Caso Tomra

El caso Tomra se inició con una denuncia de Prokent ante la Comisión Europea en el año 2001. El grupo Tomra se dedicaba a la comercialización de máquinas para la recogida de envases usados de bebidas y se encontraba presente en varios estados miembros de la Unión Europea. Prokent era un pequeño proveedor alemán de máquinas de devolución de depósitos y solicitó que se investigara si Tomra había abusado de su posición de dominio impidiendo a Prokent el acceso al mercado.

La Comisión Europea¹¹ determinó que Tomra tenía una posición dominante en los mercados relevantes o de referencia (máquinas de devolución de depósitos a nivel nacional), con participaciones que superaron el 95% en Europa desde el año 1997. Dichas participaciones contrastaban con las pequeñas participaciones de sus competidores y la ausencia de un poder de negociación importante de parte de los demandantes. La Comisión determinó que Tomra había adoptado una política para mantener su posición dominante, impidiendo la entrada de competidores, limitando las participaciones de los competidores existentes y debilitando o eliminando competidores serios. Para lograr ese objetivo, Tomra utilizó varias prácticas contrarias a la competencia, y, en lo que respecta a la utilización de descuentos: (i) acuerdos que imponían objetivos de compra por cantidades que correspondían a la demanda total o casi total de los clientes, concediendo bonificaciones supeditadas al compromiso de compra de dicho objetivo;

¹¹ Decisión de 29 de marzo de 2006 en el asunto COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra, disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38113/38113_250_8.pdf>.

y, (ii) acuerdos que establecían sistemas de descuentos retroactivos individualizados, cuyos umbrales correspondían a la demanda total o casi total de los clientes.

Respecto de la primera clase de descuentos, la Comisión Europea determinó que las bonificaciones concedidas por cantidades individualizadas que corresponden a la totalidad o casi totalidad de los clientes y los descuentos por fidelidad otorgados en términos similares tenían el mismo efecto que las cláusulas de exclusividad explícitas. Se destacó especialmente que los objetivos cuantitativos estipulados eran individualizados para cada cliente y correspondían a la totalidad o casi totalidad de la demanda de los clientes, la que era bastante previsible.

En relación con la segunda clase de descuentos, la Comisión Europea estimó que la combinación de un sistema de descuentos retroactivos con umbrales correspondientes a las necesidades totales de los clientes o a una gran proporción de las mismas representaba un incentivo importante para comprar todo o casi todo el equipamiento necesario a Tomra e incrementaba artificialmente el coste de cambiar a otro proveedor. Lo anterior, en atención a que la superación del umbral de bonificación repercutía en todas las compras realizadas por el cliente en el periodo, y no solo en el volumen de compras que supera el umbral.

Atendida la gravedad de la conducta y su duración (periodo comprendido entre 1998 y 2002), la Comisión Europea aplicó una multa de 24 millones de euros a Tomra. La decisión fue confirmada por sentencia del Tribunal General de la Unión Europea del 9 de septiembre de 2010¹². Finalmente, el recurso de casación, interpuesto en contra de dicha sentencia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fue rechazado¹³.

7.2. Caso Intel

El caso Intel¹⁴ fue iniciado por la Comisión Europea a instancia de dos denuncias de Advanced Micro Devices (“AMD”), formuladas en los años 2000 y 2003, relativas a abusos de posición dominante mediante el otorgamiento de descuentos por fidelidad y otras prácticas exclusorias. El producto concernido por las prácticas eran los microprocesadores (*Central Processing Units* o “CPU”), insumo central y más costoso en la fabricación de computadores.

¹² Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) del 9 de septiembre de 2010, asunto T-155/06, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006TJ0155&from=ES>>.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) del 19 de abril de 2012, asunto C-549/10 P. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0549&from=ES>>.

¹⁴ Decisión de 13 de mayo de 2009 en el asunto COMP/37.990. Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_18.pdf>

La investigación de la Comisión Europea reveló que el mercado se caracterizaba por la salida de múltiples actores antes del año 2000; la existencia de altos costos fijos; la significativa relevancia de la investigación y el desarrollo y la obtención de licencias; la alta participación de mercado de Intel (70-80%) y que la distribución de CPUs se realizaba principalmente mediante computadores elaborados por fabricantes de computadores (“OEMs”).

Se acreditó que Intel otorgó descuentos a diversos OEMs (Dell, HP, NEC, Acer y Lenovo) y un *retailer* (MSH), condicionados *de facto* a la exclusividad (ej. Dell: 100%) o a la cuasi-exclusividad (ej. HP: 95%, NEC: 80%) de compra a Intel en ciertos segmentos (*conditional rebates*), o al retardo o cancelación de lanzamiento de computadores fabricados con CPUs de AMD (*naked restrictions*). La condicionalidad de los descuentos se habría visto reforzada por la existencia de esquemas de otorgamiento carentes de transparencia, las amenazas de Intel de relocalizar descuentos en otros OEMs ante incumplimiento de condiciones; la existencia de plazos breves de terminación de los acuerdos y la aplicación de descuentos condicionales sobre otros productos de Intel distintos a los microprocesadores. La Comisión Europea concluyó que los OEMs habrían declinado comprar o ampliar su compra a AMD, en parte, debido a la aplicación de descuentos por parte de Intel.

Para efectos de analizar la aptitud lesiva de las conductas imputadas, la Comisión Europea recurrió, entre otros, al test del competidor tan eficiente. Dicho test tenía, por objeto, determinar si Intel, considerando sus propios costos y el efecto de sus descuentos, podría haber ingresado al mercado en una escala limitada y sin incurrir en pérdidas. A juicio de la Comisión Europea, Intel sería un socio comercial forzoso (*unavoidable trading partner*) para los OEMs, de modo que un porcentaje de demanda de cada cliente sería inelástica o no contestable, lo que le otorgaría a Intel un apalancamiento para disminuir el precio de la parte elástica de la demanda¹⁵. La Comisión Europea concluyó que, considerando la porción contestable de la demanda en el periodo relevante¹⁶, un competidor tan eficiente como Intel habría cobrado un precio inferior –en el caso de los OMEs Dell, HP, NEC y Lenovo– o igual – en el caso del *retailer* MSH– a sus costos medios evitables para equiparar sus propios descuentos condicionales.

La Comisión Europea estimó que las conductas cometidas por Intel causaron un daño anticompetitivo, consistente en la reducción de la libertad de elección de los consumidores, la reducción de la cantidad vendida por AMD y el efecto prospectivo de una menor entrada de fabricantes de CPUs debido a expectativas de no recuperar su

¹⁵ La fuerte presencia de marca de Intel y la renovación parcializada en el tiempo de los diseños de computadores produciría un bajo porcentaje de demanda contestable.

¹⁶ Un año, atendida la obsolescencia de los productos y la duración de los contratos entre fabricantes de CPUs y OEMs.

inversión. La Comisión Europea impuso a Intel una multa de 1.060 millones de euros, en atención a la gravedad de la infracción, la duración de cinco años y medio de las prácticas ilícitas y la ausencia de circunstancias atenuantes. Posteriormente, dicha decisión fue confirmada por el Tribunal General¹⁷.

7.3. Caso Fósforos Chile Sentencia 90/2009 TDLC (Causa Rol C 165-08 “Requerimiento de la FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.”)

El 20 de junio de 2008, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) interpuso un requerimiento en contra de la Compañía Chilena de Fósforos S.A. (CCF) por haber ejecutado conductas anticompetitivas, entre las que se encontraban: (i) el realizar presiones y amenazas a la empresa Checa Solo Sirkárna a.s., para que esta dejara de proveer fósforos a Canadá Chemicals S.A., un competidor de CCF en el mercado de fósforos en Chile. Según indican, la amenaza habría consistido en que si continuaban con sus exportaciones a Chile, CCF entraría a competir al mercado Checo y a otros mercados europeos, con precios bajo el costo o predatorios; (ii) el haber ejercido de forma abusiva acciones judiciales y administrativas, en contra de competidores; (iii) el haber ofrecido, en los acuerdos comerciales con sus distribuidores, incentivos por exclusividad, que se expresarían como un porcentaje de descuento aplicado sobre las compras totales, con el fin de evitar o procurar evitar el ingreso de nuevos competidores al mercado; y (iv) el haber ofrecido un sistema de incentivos y descuentos por metas de venta, que considera como base las ventas de años anteriores. Estas dos últimas acusaciones serán analizadas con más detalle a continuación.

En cuanto a **los incentivos por exclusividad**, se pudo apreciar de la prueba acompañada en el proceso que CCF pactó descuentos por exclusividad con diversas cadenas de supermercados que, en su conjunto, representaban un porcentaje significativo de la oferta de supermercados del país. Asimismo, se constató que CCF tenía la mayor participación en cuanto a comercialización de fósforos, a través de supermercados (cercana al 95%), por lo que contaba con una posición de dominio de la que podía abusar. El tenor literal de las cláusulas de exclusividad pactadas entre CCF y los supermercados es el siguiente: “Cía. Chilena de Fósforos S.A. otorgará un descuento adicional de un 6% de las ventas netas mensuales, por concepto de exclusividad en la categoría”, o bien “Aporte por exclusividad correspondiente a un 6% de la compra neta”, o, en algunos casos, “Cía. Chilena de Fósforos S.A. aportará a [...] la suma de [...] por la exclusividad en las compras de sus productos”.

¹⁷ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, pronunciada con fecha 12 de junio de 2014 en el asunto T-286/09. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153576&pageIndex=0&doclang=E&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=328130>>

De este modo, considerando el descuento de un 6% en el total de las ventas por exclusividad, se imposibilitaba la entrada de cualquier competidor incipiente, que pudiera acaparar menos del 6% de las ventas totales, tal como se explica con la fórmula que se presentará más adelante, pues de otro modo tendría que haber cobrado un precio negativo. Asimismo, para igualar el descuento ofrecido por CCF, un nuevo competidor que pudiese obtener una participación de mercado de un 12% tendría que haber efectuado un descuento de 50% sobre el precio cobrado por CCF. Considerando la participación de mercado de CCF entre los años 2004 y 2006, esto es, entre un 92% y un 93%, un competidor que quisiera controlar la totalidad del mercado restante (8% o 7%, respectivamente), habría tenido que efectuar un descuento que fluctuase entre 75% y 85%, aproximadamente. Lo anterior se obtiene de la fórmula:

$$D_E = I \frac{(1 - D) - P_I}{(1 - P_I)}$$

Donde D_E es el descuento que tendría que hacer el nuevo entrante para ingresar al mercado, corresponde al descuento por exclusividad utilizado por el incumbente (6%), I es la participación que tendría el incumbente tras la entrada de este nuevo actor (92% o 93%).

En lo que respecta a los **descuentos por cumplimiento de metas de venta**, el tenor de los mismos era el siguiente: “[CCF] otorgará un premio por crecimiento de un descuento de un [...] % de la venta neta mensual por ventas mayores en comparación a igual mes del año anterior”. Del mismo modo, con otras cadenas de retailers se pactaron descuentos por metas de ventas en pesos, en vez de hacerlo en unidades vendidas.

En estos casos, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile concluyó que, considerando el declive en ventas del mercado de fósforos en Chile, estos descuentos por metas de ventas que consideraban como base las ventas de años anteriores resultaban, en la práctica, como un incentivo para concentrar todas las compras en una misma empresa, CCF, y de este modo impedían o tendían a impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Considerando todo lo anterior, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE y la demanda de Canadá Chemicals, y condenó a la requerida al pago de una multa de 1.200 UTA¹⁸. Esta sentencia fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, aunque esta elevó la multa hasta 1.500 UTA¹⁹.

¹⁸ Unidades Tributarias Anuales (aproximadamente US\$ 1 millón a esa fecha).

¹⁹ Correspondía a esa fecha a US\$ 1,3 millones, aproximadamente.

VIII. CONCLUSIONES

El análisis económico de los efectos en materia de libre competencia que generan los descuentos marginales, principalmente los retroactivos o condicionados, se realiza considerándolos como una especie de estrategia de venta atada. La idea es ponderar las eficiencias con los eventuales riesgos que este tipo de descuentos puede generar en el mercado.

El principal efecto anticompetitivo que pueden producir es el de cierre de mercado o de exclusión de competidores, dado que hacen menos atractivo, para los minoristas, cambiar pequeños montos de su demanda a proveedores alternativos, si eso los lleva a perder el descuento retroactivo. Esto ha llevado a considerar el análisis de la Teoría de Leverage para evaluar sus efectos anticompetitivos (Whinston, 1990).

En general, la experiencia internacional nos muestra que en el estudio de los efectos que tendrían los descuentos marginales retroactivos o condicionados se ha optado por migrar de la aplicación de un análisis de precio predatorio a uno de prácticas exclusorias²⁰.

IX. REFERENCIAS

BARCELONA GRADUATE SCHOOL OF ECONOMICS – GSE. (2013). *Intensive Course on Competition Economics: Abuse of Dominance*. Marzo 2013.

CHARLES RIVER ASSOCIATES – CRA. (2015). *When are Rebates Exclusionary?* Competition Memo. Abril 2005.

MOORE, D y WRIGHT, J. (2015). *Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing*. George Mason Law Review, Vol. 22, No. 5, pp. 1205-1246. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2677706>.

EUROPEAN COMMISSION DG COMPETITION. (2005). *DG Competition discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Diciembre 2005. Disponible en: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.

EUROPEAN COMMISSION GUIDANCE PAPER. (2009). *Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82*

²⁰ Véase Moore y Wright (2015),

del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea, 24.02.2009. Disponible en:
<[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&rom=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&rom=ES)>.

FEDERICO, G. (2011). *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach*. Occasional Paper PO-186, IESE Business School University of Navarra.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DE CHILE – FNE. (2014). *Guía para el análisis de Restricciones Verticales*. Junio 2014.

GIBBONS, R. (1998). *Incentives in Organizations*. Journal of Economics Perspectives, vol. 12, number 4, Fall 1998, pg. 115-132.

OECD. (2002). *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*. Comité de Competencia Documento DAF/COMP. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Disponible en:
<<http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>>

OECD (2008). *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*. Policy Roundtables. Documento DAF/COMP(2008)29. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Disponible en:
<<https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>>.

OI, W. (1971). *A Disneyland Dilemma: two part tariffs for a Mickey Mouse monopoly*. The Quarterly Journal of Economics, February. Vol. 85, No. 1 (Feb. 1971), pp. 77-96.

TDLC (2009). *Requerimiento de la FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A*. Sentencia 90/2009 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), Causa Rol C 165-08. 14.02.2009

WHINSTON, M. (1990). *Tying, Foreclosure, and Exclusion*. The American Economic Review, Vol. 80, No. 4, (Sep. 1990), pp. 837-859.