



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ANTITRUST.

Fernando Díez Estella¹.

1. Introducción. El concepto de competencia.

2. El bienestar económico como fin último del Derecho antitrust.

- A) Bork, Posner y la Escuela de Chicago.
- B) La legislación antitrust estadounidense.
- C) Redistribución de renta *versus* maximización de la eficiencia.

3. La peculiaridad del Derecho Europeo y la integración de Mercados.

- A) Los fines de la política comunitaria de competencia.
- B) Los diferenciales de precios y el objetivo de la integración de mercados.
- C) La Sentencia *AKZO*.
- D) Las consideraciones de eficiencia en el derecho comunitario.
- E) Futura función del Derecho Comunitario en este campo.

4. La protección de los “competidores” en vez de la “competencia”.

- A) El derecho estadounidense y la *Robinson Patman Act*.
- B) La cuestión en el Derecho Comunitario.

5. Las actuales corrientes de pensamiento crítico respecto al Derecho antitrust.

- A) La teoría de la ventaja competitiva.
- B) La perspectiva de la “elección pública”.
- C) La crítica a la existencia misma del Derecho antitrust.
- D) La óptica del Derecho comparado.
- E) El Derecho antitrust y la Nueva Economía.

6. Conclusiones.

¹ Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija.

Agradezco a la Fundación ICO el apoyo financiero a este trabajo a través de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia. Agradezco igualmente al profesor Francisco Marcos sus valiosos comentarios y sugerencias.



“Puede parecer un poco raro estar todavía discutiendo sobre cuáles sean los objetivos del Derecho antitrust.

Sin embargo, sigue siendo una cuestión perenne (...) porque, como dijo una vez Robert Bork, todo lo demás depende de ella”².

1. Introducción. El concepto de competencia.

Tras hitos tan relevantes como la “Declaración relativa al futuro de la Unión” adoptada por la conferencia intergubernamental e incluida en el acta final del Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, y la declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001, todos somos conscientes de que en las próximas décadas pueden producirse cambios sustanciales en el mismo concepto político de la Unión Europea, en su estructuración, y en el funcionamiento de sus organismos e instituciones

En pleno debate sobre la ampliación comunitaria a diez nuevos Estados miembros, y habiéndose iniciado el 28 de febrero de 2002 la Convención sobre el futuro de la Unión Europea, parece oportuno preguntarse qué fines u objetivos se le asignan a uno de los pilares básicos del ordenamiento comunitario, el Derecho de la competencia.

Al abordar esta cuestión, la primera conclusión a la que se llega es que, contrariamente a lo que sucede en el resto de campos de la Política Económica y el Derecho, no hay todavía un consenso sobre cuáles sean los objetivos del Derecho antitrust y cómo han de definirse correctamente las políticas de competencia; al margen de las diferencias en los sistemas normativos³ tanto en sus aspectos materiales como procesales, esto es admitido tanto por la más moderna doctrina estadounidense⁴ como por la europea⁵. Especialmente significativas a este respecto son las palabras de la

² AHDAR, R., “Consumers, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 23 (7), Julio 2002, pág. 341.

³ Siendo las diferencias entre los sistemas normativos continentales y los del *common law* evidentes, no compartimos sin embargo la apreciación de un sector doctrinal estadounidense que califica a la mentalidad jurídica europea como arcaica y a los juristas continentales como tecnócratas anticuados: “Moreover, while couched in lawyer-like looking paragraphs, decisions by UE institutions reflect at least partially a civil law method of reasoning that is alien to most American lawyers. Not only are there two different styles of reasoning, but the approach is affected by the staffing of the Commission: technocrats steeped in the tradition of the Hautes Ecoles are unlikely to think like products of free-market-oriented American graduate schools”, JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition under Article 86 of the European Union”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, 1996, pág. 446.

⁴ KWOKA, J. E. y WHITE, L. J. (Editors), *The Antitrust Revolution, The Role of Economics*, Oxford University Press, 2ª ed. Nueva York, 1994, pág. 4.

⁵ BILAL, S. y OLARREAGA, M., “Regionalism, Competition Policy and Abuse of Dominant Position”, *Journal of World Trade*, Vol. 32 (3), Junio 1998, pág. 154.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

profesora VALENTINE KORAH de que “no hay acuerdo sobre qué objetivos son los que tiene que perseguir el Derecho comunitario de competencia”⁶.

Esto ha llevado a que un tema tan aparentemente genérico y abstracto tenga especial relevancia y sea sin embargo de permanente actualidad⁷, también porque –como señalamos al principio citando a Bork– todas las demás discusiones se derivan de ésta.

Este análisis tiene, como estadio previo, el necesario debate de qué haya de entenderse por *competencia*.

En una primera aproximación, y según los postulados de una corriente doctrinal que podríamos caracterizar como economicista, la *competencia* es “un *statu quo* en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación”⁸. Según este esquema, el bienestar del consumidor se maximiza mediante la eficiencia económica, y por lo tanto cualquier actividad que tenga como consecuencia una reducción del volumen de producto final (*output*) será económicamente ineficiente, perjudicará al consumidor y ha de ser por ello perseguida por la legislación antitrust. Ante este fin primordial otros objetivos han de ceder y subordinarse a proteger al consumidor de un *output* reducido.

Este objetivo de maximización de la eficiencia económica es, sin duda ninguna, uno de los criterios que más fuertemente ha impulsado el cambio⁹ que el Derecho antitrust ha experimentado en Estados Unidos en los últimos años.

Desde una segunda perspectiva, de carácter más continental y europea (sobre todo alemana) la competencia se puede definir como “la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado”¹⁰. Aunque es evidente que los enfoques difieren, las distancias entre ambos conceptos de

⁶ KORAH, V., *EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency*, Current Legal Problems, 1986, pág. 85, *apud*. FURSE, M., “The Role of Competition Policy: A Survey”, *European Competition Law Review*, Vol. 17 (4), 1996, pág. 255.

⁷ El *Robert Schuman Center del European University Institute* de Florencia dedicó su seminario de 1997 íntegramente a esta cuestión. Los trabajos –más de dos docenas de autores, 600 páginas– han sido publicados en el volumen anual del 1998 bajo el título “*European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy*”, C. Ehlermann y L. Laudati (coordinadores), Hart Publishing, 1998.

⁸ BORK, R. H., *The Antitrust Paradox*, Ed. Free Press, Nueva York, 1983, pág. 61.

⁹ Cambio que un sector mayoritario de la doctrina norteamericana no tiene ningún reparo en calificar de auténtica revolución; *Vid.*, por ejemplo, KWOKA, J. E. y WHITE, L. J., *op.cit.*

¹⁰ CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación”, *RGD*, núm. 583, Abril 1993, pág. 3383.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

competencia no son insalvables. En primer lugar porque la perspectiva economicista apuntada anteriormente no es unánimemente admitida por todos los economistas. Y en segundo lugar, porque en el concepto “europeo” de competencia, aunque no de forma explícita, la eficiencia económica también está presente.

Esto se puede comprobar a partir de un rápido recorrido por la evolución de algunos de los principales cuerpos normativos de los países de nuestro entorno y, sobre todo, cuando se analiza el acercamiento conceptual que han sufrido dos disciplinas que originariamente estaban separadas. Así, la promulgación, en 1909, de la Ley de Competencia Desleal alemana (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) hizo que se conociera en Europa una ley caracterizada por un marcado carácter jurídico privado, que prima la tutela individual sobre la general y la pretensión de lo que los autores han venido en denominar “neutralidad político-económica”: la protección de los intereses mercantiles de los empresarios es ajena a cuestiones de orden público económico¹¹.

Sin embargo, esta construcción individualista de la competencia desleal quiebra a partir de los años 30¹², al entenderse que el derecho de la competencia tiene también una función social, y que persigue por tanto también intereses generales. Se llega así a un entendimiento de la unidad sistemática de todo el derecho de la competencia, que se plasma en la promulgación en 1957 la correspondiente Ley de Defensa de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Este acercamiento conceptual entre ambas normativas se construye sobre la idea de que las dos tienen, en su base, un elemento común: el objetivo de asegurar el buen funcionamiento del mercado.

Finalmente, desde una perspectiva de corte más próximo a cuestiones de filosofía política y legislativa, se aporta una visión más profunda y un horizonte temporal más amplio para juzgar los fines y objetivos del Derecho antitrust, y se sugiere que “en el largo plazo, los fines principales de las leyes antitrust reflejarán un equilibrio entre los objetivos de eficacia económica, equidad social y libertad política”¹³. Esta finalidad se refleja en importantes decisiones del Tribunal Supremo norteamericano, como la recaída en el asunto *United States v. Topco Associates*¹⁴, de donde surge la conocida afirmación de que “*las leyes antitrust en general, y la Sherman Act*

¹¹ Para un estudio exhaustivo y en profundidad de la Ley de Competencia Desleal alemana y la quiebra de esa “neutralidad política-económica”, *Vid.* PAZ-ARÉS, C., “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust”, *RDM*, núm. 159, 1981, págs. 7 a 147.

¹² En concreto, a partir de la aparición de dos escritos de Eugen Ulmer; *Vid.* PAZ-ARÉS, C., *op.cit.*, pág. 45. Sobre este tema, *Vid.* también la esencial aportación de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Civitas, Madrid 1988.

¹³ BLAKENEY, M., “Price Discrimination Laws: An Economic Perspective”, *Duq. L. Rev.*, Primavera 1981, pág. 495

¹⁴ 405 U. S. 596 (1972).



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

en particular, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para garantizar la libertad económica y nuestro sistema de libre mercado como la Bill of Rights lo es para proteger nuestros derechos y libertades individuales”.

En igual sentido, el profesor ULRICH IMMENGA ha puesto de manifiesto que “desde el punto de vista del ordenamiento jurídico ha de ponerse el acento sobre los efectos económicos de la competencia, más allá de las funciones sociales que de ella se esperan. Dichos efectos consisten, básicamente, en la garantía de la libertad económica de todos los participantes en el mercado”¹⁵.

Estos objetivos en el largo plazo, cuando se considera el Derecho antitrust como una herramienta de política legislativa cuyo impacto trasciende ampliamente los efectos sobre el mercado o las empresas, son diferentes según el ámbito en el que nos encontramos. Como tendremos oportunidad de ver, dos son básicamente los sistemas normativos en los que estas diferencias se hacen más patentes: el Derecho antitrust de los Estados Unidos y la *competition policy* de la Unión Europea.

En nuestro derecho, y en relación a cuáles sean esas funciones del Derecho antitrust, es ineludible la referencia a la obra¹⁶ del profesor FIKENTSCHER que –como tendremos oportunidad de ir viendo a lo largo de estas páginas- viene a representar una postura integradora de las que aquí vamos a reseñar, en el sentido de que, de acuerdo con los postulados ordoliberales de la Escuela de Friburgo, habla de una *función político-jurídica*, en el que el bien protegido es la igualdad de condiciones en el mercado; una *función político-económica*, que busca la tutela de la justicia en las relaciones comerciales; y una *función político-social*, que tutela una distribución equitativa de bienes y posibilidades para todos los ciudadanos. Más recientemente, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ se hacen eco de esta cuestión mencionando¹⁷ –escuetamente- la pluralidad de funciones político-económicas y político-jurídicas de la competencia en el Mercado Único europeo.

El peso específico que deba darse a cada una de las concepciones antes reseñadas ha dado lugar a una ingente discusión doctrinal que hunde sus raíces en “una discusión más profunda sobre cuáles deban ser los fines del Derecho antitrust, el conocido debate entre la Escuela de Chicago, que considera como único fin la asignación eficiente de recursos, y la Escuela de Harvard, que considera también otros fines, el primero de ellos la protección

¹⁵ IMMENGA, U., “El Derecho del Mercado”, *RDM*, nº 235, Enero / Marzo 2000, pág. 14.

¹⁶ FIKENTSCHER, W., “Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 172-173, 1984, págs. 459 y ss.

¹⁷ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 253 y ss.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

de los pequeños negocios”¹⁸. Para nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, “la existencia de verdadera competencia es la garantía clave para el correcto ejercicio de la libertad de empresa y para lograr una asignación eficiente de los recursos”¹⁹.

Se intentará delimitar cuáles son los objetivos que, hoy por hoy, persigue el derecho de la competencia, tanto en Europa como en Estados Unidos, ya que sólo una interpretación teleológica de la normativa antitrust permite una correcta comprensión de las particulares y concretas figuras y herramientas con las que se instrumenta su función. Tras esta introducción, se examinarán, en el Apartado 2, las diferentes posturas adoptadas en los Estados Unidos en torno al que ha sido definido por muchos como objetivo último del Derecho antitrust: la maximización del bienestar. Este debate reviste en el ámbito del derecho comunitario unos caracteres peculiares, que son analizados en el Apartado 3, y se derivan del que a este lado del Atlántico es considerado objetivo primordial de la *competition policy*: la creación de un mercado integrado en la Unión Europea. En este sentido, se hará una especial mención a uno de los principales obstáculos con los que en la actualidad cuenta este objetivo: la existencia de elevados diferenciales de precios en el seno de la Unión. A continuación, en el Apartado 4, se lleva a cabo un análisis de la cuestión que resume gran parte de todo el debate anterior: la de si el derecho antitrust tiene como misión proteger a los “competidores” o a la “competencia”. Finalmente, se concluye en el Apartado 5 con un breve repaso de las actuales corrientes de pensamiento crítico respecto al Derecho antitrust.

2. El bienestar económico como fin último del Derecho antitrust.

Ya hemos avanzado algunas de las líneas principales del debate sobre los objetivos del Derecho antitrust y la posición principal que entre éstos tiene el bienestar del consumidor; nos proponemos ahora desarrollar un poco más este argumento con las principales aportaciones que han tenido lugar a este respecto en la doctrina estadounidense.

El marco de este análisis pasa necesariamente, por delimitar –de forma esquemática- las diferencias²⁰ entre las políticas y los sistemas

¹⁸ ZANON DI VALDIGURATA, L., “Price Discrimination under the Article 86 of the E.E.C. Treaty: The United Brands Case”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 31, 1982, pág. 52.

¹⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia, *Memoria 1999*, pág. 1, (disponible en la página web del TDC: <http://www.tdcompetencia.org/>).

²⁰ Aunque, como atestiguan una serie de autores, las distancias se acortan en diversos periodos históricos, *Vid.*, FOX, E., “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”, *61 Notre Dame L. Rev.* 981 (1986), pág. 985.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

antitrust comunitario y estadounidense, haciendo referencia a las siguientes cuestiones básicas²¹:

1) Mientras que uno de los objetivos fundamentales del Derecho comunitario de competencia es la eliminación de las prácticas que interfieran con el fin de la integración de los mercados, semejante “cláusula” no existe en el derecho antitrust norteamericano.

2) Mientras que la eficiencia asignativa ha sido, por lo menos desde 1970, uno de los principios rectores –si no el único- de la mayoría de las decisiones de política legislativa y judicial en los Estados Unidos, en la Unión Europea se da una mayor importancia a consideraciones de carácter social y político.

3) Mientras que en Estados Unidos el sistema de aplicación del derecho antitrust es eminentemente descentralizado, en la Unión Europea las potestades más importantes se atribuyen en exclusiva a las autoridades a nivel nacional o comunitario.

A ello hay que añadirle dos consideraciones más²², cuyo entendimiento se revela imprescindible para entender los diferentes modelos:

4) Mientras que en el ámbito estadounidense el tamaño no era un objetivo a conseguir, en la Unión Europea sí, si se quería estar en situación de competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales. En consecuencia, el poder de mercado que de ahí se derivaría sería inevitable y no se prohibirían por tanto las situaciones de dominio, sino sólo el abuso de las mismas.

5) En la Unión Europea la tradición reguladora ha sido mucho mayor que en los Estados Unidos, y también la confianza en que la intervención de los gobiernos solucionaría los problemas existentes en el mercado, al tiempo que existía la creencia comúnmente generalizada de que un monopolio, una vez creado, duraría por siempre. Por el contrario, al otro lado del Atlántico el derecho antitrust es más reacio a atribuir a los jueces capacidad para evaluar la eficiencia, a la vez que se piensa que existen fuerzas en el mercado que terminarán por destruir los monopolios (excepto cuando la situación de monopolio se debe a una mayor eficiencia).

A) BORK, POSNER y la Escuela de Chicago.

Hace más de 20 años, ROBERT H. BORK, otro insigne profesor de Derecho antitrust en los Estados Unidos publicó un libro titulado *The Antitrust Paradox: A Policy at war with Itself*, cuya influencia en todo el

²¹ En esta parte de la exposición seguimos a KAREFF, SCOTT M., “Tetra Pak International S.A. v. Commission (Tetra Pak II): The European Approach to Monopoly Leveraging”, *28 Law & Pol’y Int’l Bus.* 549, Winter 1997, págs. 553 y 554.

²² En esta parte de la exposición seguimos el desarrollo aportado por KAUPER, THOMAS E., “EC Competition Law – The Road to 1992: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal”, *59 Antitrust L. J.* 441, 38th Annual Meeting of the American Bar Association, 1990.



ámbito antitrust tanto europeo como norteamericano ha sido incuestionable. Al margen de la discusión sobre la validez de sus tesis o el alcance de sus afirmaciones, un dato significativo es que, transcurridos más de dos decenios y en un ámbito en el que los cambios han sido –y están siendo vertiginosos–, rara es la publicación que aborda en profundidad algún tema de Derecho antitrust que no le cita.

En 1993 hubo una reedición del libro, y en ella el autor incluye una nueva introducción y un nuevo epílogo. En él se afirma que “la competencia ha de entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, eficiencia económica. Ello exige un análisis económico porque los tribunales han de juzgar sobre el posible conflicto –cuando éste aparece– entre las pérdidas de eficiencia derivadas de la asignación de recursos y las ganancias derivadas de un uso eficiente de dichos recursos. En una palabra, el objetivo (del Derecho antitrust) es la máxima eficiencia económica que nos lleve al mayor nivel de riqueza posible. La distribución de dicha riqueza o la consecución de objetivos de índole no económica son objeto de otras leyes y están fuera del ámbito de los jueces que deciden casos de antitrust”²³.

Nos parecía interesante transcribir esta larga cita porque pensamos que sienta perfectamente las bases para la discusión que se pretende desarrollar a continuación. Las críticas que esta postura ha recibido tienen básicamente un doble origen: negar que el objetivo exclusivo de las diferentes leyes antitrust sea maximizar el bienestar del consumidor, y negar que dicho objetivo sea el más deseable.

Otros autores, como el profesor POSNER tampoco dudan en afirmar que “La alternativa popular (o populista) a unas políticas antitrust diseñadas para promocionar la eficiencia económica a través de limitar la actuación del monopolista sería una política que restringiera la libertad de acción de los grandes negocios para alentar la creación de pequeños negocios”²⁴. Estas palabras²⁵ reflejan fielmente los dos términos de la discusión en la doctrina norteamericana: la eficiencia económica, que estamos estudiando en este epígrafe, y la protección de los intereses de los pequeños negocios, que estudiaremos en el apartado IV.

Esta corriente de análisis en el Derecho antitrust ha estado, en los últimos treinta años mantenida por los postulados de la denominada *Escuela de Chicago*²⁶. Desde este sector se da prioridad al bienestar del

²³ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 427.

²⁴ POSNER, R. A., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago 1976, pág. 19.

²⁵ Al igual que en el caso anterior, ha habido una reedición de este libro en el año 2001 (Chicago Press). Como el propio Posner explica en el prólogo –en palabras que ilustran nuestro tema de estudio– el título de esta 2ª edición, *Antitrust Law*, abandona directamente el subtítulo de *Economic Perspective*, dando a entender que no cabe otro enfoque del derecho Antitrust que no sea el económico.

²⁶ *Vid.*, para un estudio en profundidad de la importancia que esta corriente doctrinal ha tenido en el análisis antitrust, PAGE, W. H., “The Chicago School and the Evolution of Antitrust”, *Va. L. Rev.*, nº 75, 1989, págs. 1221 a 1253; GERLA, H. S., “A Micro-Microeconomic Approach to Antitrust Law: Games



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

consumidor y al objetivo rector de la eficiencia en el derecho antitrust, así como a la importancia del análisis económico²⁷.

B) La legislación antitrust estadounidense.

Tanto la historia legislativa de las leyes antitrust americanas como su ulterior interpretación judicial permiten bastantes interpretaciones sobre la intención o los fines que perseguían los que las elaboraron. Por otro lado, la literalidad de los textos legales (con expresiones absolutamente vagas, genéricas e imprecisas) no ayuda tampoco a este propósito.

Esto es particularmente cierto de la Sherman Act, el cuerpo legal inspirador y conductor de toda la normativa antitrust estadounidense, y cuya redacción ha dado pie a un extenso debate sobre sus fines y objetivos: la maximización del bienestar, la justicia²⁸ y la equidad²⁹ en el mercado, fines redistributivos de la renta³⁰ o simplemente defender los intereses de grupos de presión³¹, como los comerciantes o los granjeros.

Como atestiguan una serie de estudiosos³², parece que la importancia de la Escuela de Chicago en el análisis antitrust ha decaído notablemente en los últimos años. Lo cierto es que, en contra de lo que se deduce de sus planteamientos de considerar la preservación de la eficiencia económica como el objetivo primordial de quienes elaboraron la Sherman Act, parece que conceptos como *eficiencia asignativa* o *deadweight loss* derivados del

Managers Play”, *Michigan Law Review*, nº 86, 1988, págs. 892 y ss.; RULE, C. F. y MEYER, D. L., “An Antitrust Enforcement Policy to Maximize the Economic Wealth of All Consumers”, *The Antitrust Bulletin*, nº 33, 1988, págs. 677 y ss.

²⁷Los postulados básicos de esta escuela pueden resumirse en el siguiente decálogo: 1) La eficiencia económica (en su doble vertiente, asignativa y productiva) expresada a través de la maximización del bienestar del consumidor, es el objetivo último y prioridad esencial del Derecho antitrust. 2) La mayoría de los mercados son competitivos. 3) El monopolio tiende a auto-corrigerse, ya que las rentas monopolísticas atraerán la entrada de nuevos agentes al mercado que reducirán su cuota de mercado y su poder. 4) Las empresas se rigen por el principio de maximización del beneficio. 5) La aplicación de las leyes antitrust ha de dirigirse a impedir aquellas conductas que sean ineficientes, y a promover las que sean eficientes. 6) Las barreras de entrada son pequeñas o no existen, en el largo plazo. 7) Las economías de escala tienen una influencia esencial en el mercado. 8) Una empresa maximiza su beneficio cuando los mercados ascendente (proveedores) y descendente (clientes) en los que opera son competitivos. 9) Incluso en el caso de mercados no competitivos, la intervención del Estado sólo se justifica si va a obtener un mejor resultado, teniendo en cuenta los costes de dicha intervención. 10) La decisión de hacer de la eficiencia económica el principio inspirador de este modelo de mercado no es política, no se ve afectada por las decisiones relativas al reparto de la riqueza, la distribución de las rentas, etc.

²⁸HOVENKAMP, “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, *51 Geo. Wash. L. Rev.* 1, 1982.

²⁹SCHWARTZ, “Justice and other Non-Economic Goals of Antitrust”, *127 U. Pa. L. Rev.* 1076, 1979.

³⁰LANDE, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged”, *34 Hastings L. J.* 65, 1982.

³¹DI LORENZO, “Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective”, *5 Int'l Rev. L. & Econ.* 73, 1985.

³²SULLIVAN, L. A., “Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1995, págs. 669 y ss.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

monopolio eran, en la fecha de promulgación de dicha ley, absolutamente desconocidos para sus autores³³.

La mayor parte del derecho sustantivo antitrust estadounidense³⁴ fue promulgado en cuatro fechas importantes: 1890, 1914, 1936 y 1950. En el caso de la Sherman Act (1890), sí parece que lo que el Congreso pretendía era proteger a los consumidores de la reducción de output y aumento de precios provocados por la actuación de los grandes *trust* y los cárteles. Sin embargo, la promulgación de la Federal Trade Commission Act y la Clayton Act (ambas en 1914) parece más bien dirigida a la protección de los “pequeños comerciantes” frente las prácticas abusivas de las “grandes empresas”. Finalmente, los textos legislativos de la Robinson Patman Act (1936) y la Celler-Kefauver Act (1950) se separan claramente del objetivo de preservar el bienestar del consumidor, ya que son dos cuerpos normativos dirigidos específicamente a proteger a los pequeños comercios de los competidores más grandes –que debido a su tamaño afrontan costes menores-, aunque el resultado de esta “protección” sea reducir el volumen final de producto o incluso un nivel de precios al consumidor sensiblemente mayor.

C) Redistribución de renta *versus* maximización de la eficiencia.

Pocos debates han cobrado tanto interés en la actualidad estadounidense como la eterna cuestión de cuáles sean los principios que deben guiar a la sociedad cuando evalúa las políticas legislativas de los gobiernos y los agentes sociales. En un extenso artículo, dos prominentes profesores de la Universidad de Harvard, LOUIS KAPLOW y STEVEN SHAVELL han puesto sobre el candilero las bases ideológicas para ese juicio. Su propuesta, desde luego, no puede ser más contundente y clarificadora para introducir los términos del debate que pretendemos aquí reseñar: “Nuestra tesis es que el enfoque normativo basado en el bienestar debe ser el único empleado en analizar las normas jurídicas. Es decir, las leyes deben promulgarse enteramente atendiendo a su impacto en el bienestar de los individuos en la sociedad. Esta postura implica que nociones de equidad como la justicia correctiva no deben tener ningún peso en el análisis legal”³⁵.

Aunque estos autores sí hacen una concesión a cuestiones relativas a la redistribución de la renta, su estudio se centra sobre todo en la no idoneidad de las nociones de equidad y justicia como principios rectores del

³³ *Vid.*, en defensa de esta tesis, HOVENKAMP, H., “The Marginalist Revolution in Legal Thought”, 46 *Vand. L. Rev.* 305, 1993.

³⁴ Seguimos, en esta parte de la exposición, el desarrollo de HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1999, págs. 50 y ss.

³⁵ KAPLOW, L. y SHAVELL, S., “Fairness versus Welfare”, 114 *Harv. L. Rev.* 966, Febrero 2001, pág. 967.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

derecho, en disciplinas como contratos, responsabilidad civil o litigios (no se hace referencia expresa al Derecho antitrust). Este debate se ha trasladado al Viejo Continente y a nuestro propio país, ligado a la discusión sobre el alcance del análisis económico del derecho, debate en el que las posturas que enfrentan a sus partidarios (como el profesor JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL³⁶) y sus detractores (como el profesor JOSÉ MARÍA GONDRA³⁷) son cada vez más enconadas. En cualquier caso, el esencial papel que el análisis económico juega en el moderno Derecho antitrust ha sido puesto de manifiesto por la mejor doctrina tanto española³⁸ como extranjera³⁹.

Especialmente ilustrativas al respecto nos parecen las palabras del profesor FIKENTSCHER cuando afirma que “se ha intentado no hablar del Derecho de cárteles primordialmente de justicia, que es lo que se trata de lograr, sino de utilidad. Pero no se podrá llegar a desterrar en absoluto la justicia como fin del derecho antimonopolio”⁴⁰. Tras explicar como la utilidad (o eficiencia) buscada por el Estado en su regulación de la economía y de la sana concurrencia tiene sus raíces en el sentido de justicia, de proporcionar a cada uno de los agentes que operan en el mercado (productores, intermediarios, consumidores, etc.) lo que les corresponde, viene a concluir de forma rotunda que “el control de la economía comparte también simultáneamente con el derecho fiscal y el derecho social la tarea de llevar a cabo una justa y equitativa distribución de la renta”⁴¹.

En este sentido, la pretensión de la Escuela de Chicago de llevar a cabo una valoración exclusivamente económica basada en conceptos como el bienestar del consumidor o la eficiencia esconde tras de sí un ineludible componente político, social, y, en última instancia, ético: “los razonamientos disfrazados de terminología económica pueden esconder valoraciones y juicios políticos”⁴². Son ya muchos los autores⁴³ que han puesto de manifiesto cómo detrás de estos postulados pretendidamente “asépticos” desde un punto de vista normativo hay mucha más ideología de la que se

³⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, *RDM*, nº 233, VII-IX 1999, págs. 926 y ss.

³⁷ GONDRA, J. M., “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?”, *RDM*, nº 226, 1997, págs. 1545 y ss.

³⁸ *Vid.*, por todos, ARRUÑADA, B., “Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 211, Enero 2001, págs. 31 y ss.

³⁹ *Vid.*, por todos, BAKER, J., “Policy Watch: Developments in Antitrust Economics”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13 (1), Winter 1999, págs. 181 y ss.

⁴⁰ FIKENTSCHER, W., *op.cit.*, pág. 472.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 473.

⁴² HAWK, B., “The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?”, *European Competition Law Review*, Vol. 9 (1), 1988, pág. 61.

⁴³ *Vid.*, por todos, JACOBS, M. S., “An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics”, *74 N.C.L. Rev.* 219, 1995. Señala este autor (pág. 266) cómo el surgimiento a finales de los 80 de una escuela de pensamiento post-Chicago y el debate sobre sus postulados económicos han evidenciado que “the current age of economic disputation illuminates, as no earlier debates have, the irreducible normative basis of antitrust law”.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

descubre a primera vista. Así, en el clásico modelo de “intercambio de rentas” empleado por estos profesores a partir de la formulación de Williamson⁴⁴, cuando hablan de “bienestar del consumidor”, en realidad entienden “bienestar económico a nivel agregado”⁴⁵, y este matiz induce a confusión en las conclusiones que de ahí se extraen.

3. La peculiaridad del Derecho Europeo y la integración de Mercados.

Todo el debate sobre la finalidad de las leyes antitrust, cuando se traslada al ámbito del derecho comunitario de competencia, presenta unas peculiaridades propias, consecuencia básicamente de la diferente realidad económica, social y política que es Europa, y del abismo conceptual y práctico que media entre el derecho continental y el *common law*.

Esta cuestión reviste una especial importancia ya que, al margen de la discusión –más amplia– sobre el carácter “constitucional” del Tratado CE, está ampliamente admitido que “competencia y libre circulación constituyen, junto con la unión económica y monetaria y la política comercial común, la base del derecho constitucional económico de la Comunidad Europea”⁴⁶. Y, como tendremos oportunidad de ver, los objetivos de la política de competencia y el objetivo de la consecución de un mercado único e integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros son objetivos a veces complementarios, y en otras ocasiones en franca contradicción.

A) Los fines de la política de competencia comunitaria.

Una de las voces más autorizadas en el derecho de competencia europeo, el profesor MICHEL WAELBROECK, opina sin lugar a dudas⁴⁷ que en el ámbito del derecho comunitario, el ordenamiento antitrust tiene dos objetivos claramente definidos: por un lado, evitar que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegue a una partición del Mercado Común; por otro, favorecer los procesos de concentración necesarios para, sin entrar en contradicción con el objetivo anterior, que las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño para estar en condiciones competitivas equiparables a las de sus homólogas estadounidenses y

⁴⁴ En el clásico ejemplo de una fusión que es beneficiosa en términos de *eficacia asignativa*, ya que se reducen costes, pero que genera una redistribución de renta de los consumidores a los productores, que se apropian del excedente de los primeros al subir los precios. *Vid.*, WILLIAMSON, O, “Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *58 Am. Ec. Rev.* 18 (1968).

⁴⁵ FOX, E., *op. cit.*, nota nº 138.

⁴⁶ BAQUERO CRUZ, J., *Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Europeo de la Comunidad Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 150.

⁴⁷ WAELBROECK, MICHEL, “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law”, en *Fordham Corporate Law Institute*, 22nd Annual Conference, 26 y 27 Oct, 1995, (Barry Hawk Editor, 1996), Chapter 10, págs. 147 a 160.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

japonesas. Todo ello, además, sazonado con una serie de objetivos que claramente poco tienen que ver con la eficiencia económica: integración de los mercados nacionales, protección de los pequeños y medianos negocios, protección de los regímenes democráticos en el seno de la Unión Europea y la protección de los consumidores.

En efecto, de la literalidad de los preceptos que integran el Tratado de Roma (y sus subsiguientes modificaciones) y de las reiteradas declaraciones de los sucesivos Comisarios Europeos de Competencia, Sir Leon Brittan⁴⁸, su sucesor a partir de Enero de 1993, Karel Van Miert⁴⁹, y del actual Comisario Mario Monti⁵⁰, es universalmente admitido que los fines de la política de competencia de la Unión Europea son económicos, sociales y políticos. No sólo se busca maximizar la eficiencia⁵¹, también hay que tener en cuenta otros objetivos, como el establecimiento de un mercado único, la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc.

Por ello, la operatividad de los postulados de la Escuela de Chicago en Europa es relativamente escasa, ya que es una corriente doctrinal que presupone la existencia de un mercado único e integrado, mientras que en Europa eso es una cosa que todavía está por hacer y, por ello, cualquier análisis de la política comunitaria de competencia que obvie estos fines “extra-competenciales”⁵² estará viciado en su raíz⁵³.

De ahí que la *competition policy* del Derecho comunitario esté llamada a cumplir unos fines muy concretos, uno de los cuales es contribuir de forma decisiva al objetivo de la creación de un Mercado Único integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros. Hace ya casi una década se expresaba así el entonces Director General de la DG IV: “El principal objetivo del derecho comunitario de competencia estará determinado en los próximos años por el programa del Mercado Único”⁵⁴. Haciendo un recorrido por los principales elementos de la política comunitaria de competencia, el

⁴⁸ SIR LEON BRITTAN, Conferencia *European Competition Policy: Keeping the Playing-Field Level*, 1992.

⁴⁹ KAREL VAN MIERT, Conferencia, *Frontier-Free Europe*, 5 de mayo de 1993.

⁵⁰ MARIO MONTI, Comisario Europeo de la Competencia, Conferencia *A European Competition Policy for today and for tomorrow*, 26 de junio de 2000.

⁵¹ Es más, para algunos autores (*Vid.*, HAWK, B., *op.cit.*, pág. 55) bastantes de los “errores” de la política comunitaria de la competencia tienen su origen en esta prestancia para incluso “sacrificar eficiencias distributivas en aras de la consecución del objetivo de integración de mercados”.

⁵² BOUTERSE, R. B., *Competition and Integration – What Goals Count? EEC Competition Law and Goals of Industrial, Monetary, and Cultural Policy*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pág. 13.

⁵³ *Vid.*, para un mayor abundamiento en estas diferencias, EVANS, D. y PADILLA, J., “Competition Policy in Europe: A Trans-Atlantic Perspective”, *NERA Competition Policy Insights*, April 2002.

⁵⁴ EHLERMANN, CLAUS-DIETER, “The Contribution of EC Competition Policy to The Single Market”, *Common Market Law Review*, Vol. 29, nº 2, Abril 1992, pág. 257.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

máximo responsable de la política de competencia de la Comisión Europea va dando cuenta de cómo las acciones emprendidas por las autoridades comunitarias en todas las áreas en que este derecho se aplica, desde las ayudas de Estado a las restricciones verticales, coadyuvan a la consecución de este fin, y que entre los múltiples y variados objetivos que las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han perseguido en aplicación de los Artículos 81 y 82 “está, sobre todo y por encima, el objetivo específico de promover la integración”⁵⁵.

Aunque el objetivo de la integración de mercados parece entenderse ahora con más claridad, no es desde luego un descubrimiento de la época moderna. Desde el nacimiento mismo de la Comunidad Económica Europea y en los primeros estadios de aplicación del derecho comunitario de competencia se ha afirmado que “el principal objetivo de las leyes antitrust comunitarias va dirigido a favorecer la interpenetración de los mercados nacionales de los Estados miembros y a desarbolar aquellos acuerdos privados que tiendan a aislar dichos mercados nacionales”⁵⁶. La doctrina comunitaria desde siempre se ha hecho eco de esta cuestión; como botón de muestra reproducimos –a pesar de su extensión- un texto que aborda de lleno este asunto y otros muchos que serán también objeto de estudio en estas páginas: “el objetivo de la integración de mercados siempre ha sido la prioridad más importante de los funcionarios europeos que han enjuiciado asuntos de competencia. De hecho, la libre rivalidad entre las empresas de los diferentes Estados miembros de la Comunidad se ha visto como una herramienta para la homogeneización de los precios a un nivel pan-europeo, la asimilación de las condiciones de mercado y la consecución de un mercado único y unificado que incluya a todos los Estados miembros de la Unión. Cualquier práctica que origine una barrera artificial al comercio entre Estados o contribuya a su falseamiento está condenada por ir en contra de la integración Europea”⁵⁷.

Hay por ello un gran consenso en que la “gran cuestión de la política de competencia comunitaria”⁵⁸ es precisamente resolver esta tensión entre las consideraciones de eficiencia y las de integración de mercados⁵⁹.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 261.

⁵⁶ SCHEUERMANN, F. S., “Common Market and Uncommon Prices? Reflections on the Kodak Decision and Price-Discrimination under Article 85 Rome Treaty”, *Journal of World Trade Law*, nº 5, 1971, pág. 534.

⁵⁷ MASTROMANOLIS, E.P., “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”, *European Competition Law Review*, Vol. 19 (4), Abril 1998, pág. 212. En apoyo de esta tesis cita el autor en nota a pie de página (nº 7) los siguientes Informes sobre la Política de Competencia de la Comisión Europea: el 5º (párrafo núm. 6); el 6º, de 1976 (núms. 35 a 37); el 7º, de 1977 (núm. 17); el 8º, de 1978 (núm. 24); el 16º, de 1986 (núm. 14) y el 23º (núms. 5 y 44, sobre el objetivo de integración a la luz del Tratado de Maastrich). Cita también, en este mismo sentido de ejemplos de prácticas que crean barreras o prohibiciones al comercio intra comunitario y que conllevan una fragmentación de los mercados nacionales la Decisión *Chiquita*, y cuyo recurso ante el Tribunal de Justicia dio lugar a la Sentencia *United Brands*, la primera en abordar de forma directa el tema de la discriminación de precios.

⁵⁸ HAWK, B., *op.cit.*, pág. 81.



B) Los diferenciales de precios y el objetivo de la integración de mercados.

El objetivo de la consecución del Mercado Único encuentra en la figura de la *discriminación de precios* un enemigo de especial fuerza “desintegradora”, y de ahí que cuando la Comisión ha reafirmado la importancia de esos objetivos en sus Informes Anuales sobre Competencia, en muchas ocasiones haya mención expresa de la existencia de diferenciales de precios: “El principal objetivo fundamental es mantener el mercado abierto y unificado (...). Hay (...) una continúa necesidad –y esta es la principal misión del Derecho comunitario de competencia- de prohibir y suprimir aquellas prácticas restrictivas o abusivas de las empresas que intenten dividir el mercado para así poder aplicar precios artificialmente diferentes”⁶⁰.

Por otro lado, desde un amplio sector doctrinal se señala⁶¹ que las mayores ganancias en términos de bienestar derivadas de la integración europea no vendrán tanto de la eliminación de las barreras al comercio de mercancías como de la eliminación de la capacidad que ahora tienen las empresas de llevar a cabo prácticas de discriminación de precios entre diferentes mercados.

Es importante destacar, y de intento hemos rubricado este apartado como *diferenciales* de precios y no como *discriminación* de precios, que esos términos no son en absoluto sinónimos. Un precio único o uniforme –desde el punto de vista legal- impuesto por una autoridad reguladora que no obedezca a criterios de mercado será económicamente discriminatorio, y por ello conseguirá precisamente aquello que trata de impedir: la compartimentación de mercados al acentuar las diferencias existentes entre los mismos⁶². En materia de discriminación de precios, cuando la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no atienden a criterios económicos en sus pronunciamientos sino que velan únicamente por el cumplimiento formal de los preceptos del Tratado, no sólo generan tremendas injusticias económicas para agentes y operadores en el mercado, sino que nos alejan con paso firme del anhelado fin de un Mercado Común integrado.

De ahí que la práctica de la discriminación de precios en el ámbito de la Comunidad Europea sea examinada precisamente desde esta perspectiva,

⁵⁹ Por ejemplo, el art. 81. 3 Tratado CE permite acuerdos que restrinjan la competencia si una parte razonable de los beneficios obtenidos se traslada a los consumidores.

⁶⁰ Comisión Europea, *IX Informe de Política de Competencia*, 1980, nn. 9 a 11.

⁶¹ *Vid.*, por ejemplo, SMITH, A. y VENABLES, A., “Completing the Internal Market In the European Community. Some Industry Simulations”, *European Economic Review*, Vol. 32, 1988, págs. 1501 a 1525.

⁶² *Vid.*, en este sentido, el acertado análisis de esta cuestión llevado a cabo en ORTEGA BUENO, R., “La discriminación de precios bajo el prisma del Derecho de la competencia”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 213, Mayo / Junio 2001, págs. 45 a 56.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

la del efecto “desintegrador” que tiene sobre los mercados por su efecto de compartimentación: “El Tribunal concluyó que los precios discriminatorios aplicados por *United Brands* suponían unos injustificados obstáculos al comercio intra comunitario y creaban una rígida partición de los mercados nacionales por unos precios que eran artificialmente diferentes”⁶³.

C) La Sentencia *AKZO*.

Donde mejor puede apreciarse la relevancia de esta cuestión es en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y en los argumentos que este órgano o la misma Comisión aducen en sus pronunciamientos. Sobre todo porque, como se ha señalado al comparar los ordenamientos estadounidense y comunitario, “el derecho europeo de competencia, a primera vista no parece contemplar la competencia como un proceso generador de eficiencia, aunque es necesario admitir que, tal como lo interpreta actualmente la Comisión y los Tribunales, el enfoque adoptado hacia el Derecho de la competencia está más orientado hacia el mercado que la legislación en si misma”⁶⁴. Quizá una de las veces en que se ha detenido más extensamente a hacer una reflexión sobre los fines de las normas de competencia en el marco del Tratado de la Unión Europea es en la decisión que resolvió el Asunto *ECS / AKZO*⁶⁵, cuando resolviendo precisamente un problema de abuso de posición dominante y discriminación de precios, hizo la Comisión en el párrafo nº 73 de su fallo la siguiente consideración que, por su interés para el tema que estamos discutiendo, reproducimos textualmente:

“Para interpretar las cláusulas del Artículo 86 la Comisión ha de tener en cuenta el sistema y los objetivos del Tratado. El Artículo 86 es parte del capítulo que el Tratado dedica a las reglas comunitarias sobre competencia, basadas principalmente en el Artículo 3 (f) del Tratado, que exige que la Comunidad instaure un sistema de competencia efectiva. Cualquier comportamiento de una empresa dominante que atente a la consecución de este objetivo y ponga en peligro la estructura de la competencia será considerada un abuso de posición de dominio de los contemplados en el art. 86”.

Este litigio se planteó cuando *AKZO*, una compañía que tenía una cuota de mercado de más del 50 por ciento en el sector de los peróxidos orgánicos pretendió evitar que otra compañía, *ECS*, que operaba únicamente

⁶³ SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, 67 *Antitrust L. J.* 641 (2000), pág. 667.

⁶⁴ JEBSEN, P. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 447.

⁶⁵ Decisión 85/609/EEC, de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985 (IV/30.698 – *ECS / AKZO*), *D.O.C.E.* L374/1, de 31.VII.1985.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

en el sector de los aditivos farináceos se introdujera también en el de los plásticos. Utilizando todo el potencial financiero de un sector, decidí emprender una guerra de precios en el otro. La resolución de este asunto dio pie a la consideración que hemos reproducido, y a consolidar una línea jurisprudencial: no se aceptarán, en el seno del derecho comunitario de competencia, justificaciones de conductas abusivas basadas en motivos de eficiencia económica⁶⁶. Esta Decisión fue recurrida, y en la Sentencia *AKZO Chemie BV c. Comisión de la Comunidad Europea*, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso y repitió el argumento de la Comisión prácticamente en sus mismos términos⁶⁷.

D) Las consideraciones de eficiencia en el derecho comunitario.

Este objetivo de la política de competencia de la Unión Europea no está reñido con el de maximización del bienestar del consumidor y el mantenimiento de un proceso competitivo eficiente. Es importante insistir – ya que frecuentemente se olvida este punto, o se desconoce– en que el Derecho comunitario no “penaliza” la eficiencia.

En su *XXXI Informe sobre Política de Competencia (2001)* la Comisión Europea se hace eco de esta consideración cuando señala “la enorme importancia que la Comisión otorga a las consideraciones hacia el consumidor del derecho y la política de competencia”⁶⁸, en el sentido de que cuando los mercados funcionan correctamente y sin alteraciones debidas a acuerdos colusorios o abusos de posición dominante, son los clientes finales, los particulares, los que se ven beneficiados de unos precios más bajos, mejor servicio y calidad y mayor amplitud de posibilidades de elección.

Prueba de ello es la importante Sentencia *Michelin c. Comisión de la Comunidad Europea*, en la que el gigante de los neumáticos fue sancionado por prácticas de abuso de posición de dominio restrictivas de la competencia,

⁶⁶ *Ibid.*, Párrafo nº 77: “La Comisión no acepta el motivo de que la aplicación del Artículo 86 depende enteramente de la aplicación mecánica de un test ‘per se’ basado en los costes variables o marginales. El estándar propuesto por AKZO se basa en una concepción estática y a corto plazo de la eficiencia, y no tiene en cuenta los objetivos más amplios de la normativa comunitaria de competencia establecidos en el art. 3 (f), especialmente la necesidad de evitar el falseamiento de la estructura competitiva del Mercado Común”.

⁶⁷ Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, *E.C.R.* (1991) p. I-3359, Párrafo nº 64: “De acuerdo con la postura adoptada por la Comisión, los costes no son el criterio decisivo que el Artículo 86 prevé para determinar si las reducciones de precio efectuadas por una empresa dominante son abusivas. Ese criterio no tendría en cuenta los objetivos más amplios de las normas comunitarias de competencia previstos por el art. 3 (f) del Tratado, y en particular la necesidad de impedir el falseamiento de una estructura de competencia efectiva en el Mercado Común”.

⁶⁸ Comisión Europea, *XXXIst REPORT ON COMPETITION POLICY 2001*, Sec (2002) 462 Final, (disponible en la web: <http://www.eu.int/competition/annualreports/>), pág. 18.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

y en cuyo párrafo nº 57 el TJCE sentó la –pensamos que desafortunada– doctrina de la “especial responsabilidad”⁶⁹.

Veinte años después, la Comisión ha vuelto a sancionar a esta misma empresa por unos hechos prácticamente idénticos, en su Decisión *Michelin 2*⁷⁰, que para un sector doctrinal⁷¹ ha sido una dolorosa reafirmación de que, después de veinte años, la Comisión Europea sigue adoleciendo en sus pronunciamientos de las necesarias consideraciones de eficiencia y el pertinente análisis económico, en general, y también en cuanto al tratamiento concreto de una figura a la que hemos hecho continuas referencias en estas páginas: las políticas de descuentos de las empresas y los precios discriminatorios.

Con todo, no falta quien afirma que el principio –u objetivo– de la consecución de la máxima eficiencia ha adquirido carta de naturaleza entre los principios de la Unión Europea y “amenaza” con primar sobre el de la integración de mercados. Así, se ha dicho que “el objetivo de la eficiencia (...) se ha convertido recientemente en uno de los principales objetivos de la política comunitaria de competencia”⁷². A parte del que ya hemos citado, así por lo menos se desprende de otros *Informes sobre Política de Competencia*, de la Comisión Europea, como el XIV (1984), en el que se considera (nº 11) que la “función de asignación de recursos”, la “función de incentivación” y la “función innovativa”, todas ellas orientadas a la consecución del objetivo de la máxima eficiencia, satisfacen plenamente los objetivos buscados con la constitución de la entonces Comunidad Económica Europea a través del Tratado de Roma de 1957. En palabras del propio Comisario MONTI, en una reciente intervención, “el fin último (de la política comunitaria de competencia) es la promoción de la actividad económica y la protección del bienestar del consumidor”⁷³.

Prueba de ello son también los propios documentos emanados de la Comisión Europea, que representan un cambio de orientación en la política comunitaria en el sentido de que la integración pierde peso como elemento interpretativo de las normas de competencia. Así, en las recientes

⁶⁹ Sentencia del TJCE, de 9 de Noviembre de 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de la CE, Caso 322/81, E.C.R. (1983) p. 3461, Considerando nº 57: “No es posible aceptar los argumentos (...) de que Michelin NV es castigado por la calidad de sus productos y servicios. La determinación de que una empresa tiene posición de dominio no es, en sí misma, recriminatoria, simplemente significa que, al margen de las razones por las que se haya llegado a esa posición, dicha empresa tiene una especial responsabilidad en no falsear, con su conducta, el mantenimiento de una competencia efectiva en el Mercado Común”.

⁷⁰ Decisión 2002/405/CE de la Comisión, de 20 junio de 2001, D.O.C.E. L 143/1, (2002) 5 C.M.L.R. 8.

⁷¹ Vid., por todos, SHER, B., “Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around”, *European Competition Law Review*, Vol. 23 (10), Octubre 2002, págs. 482 y ss.

⁷² MASTROMANOLIS, E. P., *op.cit.*, pág. 211.

⁷³ MONTI, M., “EU Competition Policy”, *Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, Nueva York, 31 de octubre de 2002 (texto en: <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>).



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

Directrices sobre las Restricciones Verticales, se dice en el párrafo nº 7: “La protección de la competencia es el objetivo principal de la política comunitaria de competencia, ya que ello favorece el bienestar del consumidor y consigue una asignación eficiente de recursos.”⁷⁴.

Lo que parece claro es que, junto a esa apreciación de los efectos que sobre el mercado tiene una determinada práctica empresarial, y atender a la consecución del mayor grado posible de eficiencia, la política de competencia comunitaria también tiene que tener en cuenta los objetivos que le marca el Tratado de la Unión Europea, y llevar a cabo su veredicto final integrando todos esos elementos. Así es la opinión manifestada en diversos artículos y documentos publicados por funcionarios de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, como p. ej. el que se formuló hablando de restricciones verticales, en el sentido de que “la formulación última de la política (de competencia) por supuesto que no dependerá solamente del análisis económico de las restricciones verticales. También –y más importantemente- vendrá determinado por la elección de los objetivos de esta política”⁷⁵.

Las mismas razones se han esgrimido para argumentar que la protección de los intereses de los consumidores tampoco es ajena al derecho comunitario de competencia (*Vid.*, por ejemplo, el razonamiento de la Comisión en la reciente fusión –aprobada en la Comunidad Europea bajo condiciones- entre las empresas americanas *Alcoa* y *Reynolds Metals*⁷⁶).

E) Futura función del Derecho comunitario en este campo.

Para la consecución de dichos objetivos el Tratado prevé básicamente dos instrumentos fundamentales: el Artículo 81 (acuerdos colusorios) y el Artículo 82 (abuso de posición dominante) y, secundariamente, el Artículo 86 (ayudas de Estado). Como fácilmente puede entenderse, según el sector y el mercado en que nos encontremos, cobrará más importancia uno u otro, siendo su aplicación más que contrapuesta, complementaria. Así, en sectores que están atravesando la fase inicial de su proceso de liberalización (como p.

⁷⁴ “The protection of competition is the primary objective of EC competition policy, as this enhances consumer welfare and creates an efficient allocation of resources”, Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000, nº 7.

⁷⁵ PEEPERKOM, L. (DG IV-A-1), “The Economics of Verticals”, *Competition Policy Newsletter*, Núm. 2, Junio 1998, pág. 11.

⁷⁶ La Comisión decidió autorizar esta operación, pero como esa fusión provocaría la creación del mayor grupo empresarial integrado productor de aluminio en todo el mundo, y la consecuente posición de dominio en varios mercados de producto (SGA, o aluminio para fusión; hidrato compacto de aluminio y aluminio de alta pureza PO404), Alcoa propuso una serie de medidas para asegurar el mantenimiento de una competencia saneada en el sector y la consecuente protección de los intereses de los consumidores. *Vid.*, Nota de Prensa de la Comisión, IP/00/424, Bruselas, 3 de mayo de 2000.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

ej. las telecomunicaciones⁷⁷) como lo normal será que las empresas busquen el tamaño empresarial óptimo para competir en un mercado globalizado a través de acuerdos y alianzas estratégicas de todo tipo, y por tanto tendrá aplicación prioritaria el art. 81. Cuando el mercado esté plenamente liberalizado y los agentes hayan tomado ya posiciones, lo más importante será entonces el control del comportamiento de los mismos, y evitar los posibles abusos de posiciones dominantes, siendo de aplicación prioritaria el art. 82.

Es evidente que la aplicación del derecho de la competencia en estos sectores tiene que impedir que las barreras estatales y la compartimentación de mercados que la liberalización pretende conseguir no sea inútil debido a las prácticas anticompetitivas de las empresas que ocupan posiciones de operadores dominantes. Esta es la preocupación, en la línea de lo que estamos debatiendo aquí, expresada por la Comisión Europea en su *XXXI Informe sobre Política de Competencia (2001)* bajo el epígrafe “Interacción de la política de competencia y las normas sobre mercado único”⁷⁸.

Por el mismo motivo, una vez que se consiga de modo pleno la integración, parece que el papel que el Derecho comunitario de competencia tiene que jugar para conseguir este objetivo se reducirá sensiblemente. Este horizonte temporal es el que se ha propuesto desde un sector doctrinal como punto de inflexión en el que nuestro ordenamiento antitrust abrace los objetivos de eficiencia -descritos en el Apartado anterior- y abandone por tanto los objetivos de protección de los pequeños consumidores -que describiremos en el Apartado siguiente-: “La política de competencia en el seno del Mercado Común se enfrentará a las mismas consideraciones sobre la eficiencia que han llevado a redireccionar la política antitrust norteamericana fuera de la preocupación sobre la equidad y la protección de los pequeños y medianos consumidores hacia el estándar del bienestar del consumidor que ahora aplican los tribunales”⁷⁹.

Así, una vez establecido en toda su integridad el mercado interno, las normas de competencia podrían orientarse hacia la mera eficiencia económica. Se ha señalado⁸⁰ acertadamente que el peso que se puede dar a este argumento es relativo, ya que el mercado único aún no es completamente una realidad, y caso de que lo sea parece que exigiría cierta vigilancia o “mantenimiento”.

Con todo, habida cuenta de la situación actual de la Unión Europea y al nivel -¿precario?- de integración de mercados en el que nos encontramos

⁷⁷ Vid., como ejemplo de lo que exponemos aquí, PEÑA CASTELLOT, M. A. (DG IV-B-2), “The application of competition rules in the Telecommunications sector: Strategic Alliances”, *Competition Policy Newsletter*, Núm. 4, Vol. 1, Primavera 1995, págs. 1 a 6.

⁷⁸ Comisión Europea, *XXXIst REPORT ON COMPETITION POLICY*, cit., págs 41 y ss.

⁷⁹ KAUPER, T., *op.cit.*, pág. 14.

⁸⁰ BAQUERO CRUZ, J., *op.cit.*, pág. 175.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

todavía, no parece que las autoridades comunitarias de competencia vayan a permitir ningún tipo de práctica que signifique una compartimentación del mercado. Un exponente claro de esta línea de razonamiento lo encontramos en la Sentencia *Volkswagen*⁸¹, del Tribunal de Primera Instancia, en la que se resuelve –desestimándolo– el recurso interpuesto por la sociedad holding del grupo Volkswagen contra una Decisión⁸² de la Comisión en la que se le sancionaba por llevar a cabo una política de compartimentación del mercado con sus concesionarios italianos de Audi y Autogerma.

4. La protección de los “competidores” en vez de la “competencia”.

Entre los múltiples objetivos o fines que se han presentado como alternativa a la maximización del bienestar del consumidor, ninguno se alza con tanta fuerza como la cuestión de la protección de los intereses de los pequeños comerciantes o pequeños negocios, que es frecuentemente formulada en la doctrina con la expresión “proteger a los *competidores* en vez de la *competencia*”. Si fervientes son los partidarios del objetivo de la eficiencia económica, en Estados Unidos, no menos rotundos son los que afirman que el Derecho antitrust tiene como objetivo primordial –y con tal fin se promulgó– la protección de los intereses de los pequeños negocios. Dentro del ámbito general de las leyes antitrust, una de las figuras donde quizá mejor pueda apreciarse esta postura es precisamente en la regulación de la discriminación de precios.

En efecto, en Estados Unidos, como es bien sabido, el cuerpo principal de la normativa antitrust está contenido en dos leyes: la *Sherman Act* y la *Clayton Act*. Partiendo de un rápido desarrollo y crecimiento económico e industrial se crearon una serie de grandes unidades empresariales que –parecía– se encaminarían rápidamente al monopolio. La insuficiencia del “Common Law” o los diversos derechos estatales –ineficaces por su propia limitación territorial– crearon una conciencia mayoritaria de la necesidad de una enérgica actuación en el plano federal. Existiendo acuerdo entre los partidos, se promulgó la *Sherman Act*, que como nuestra propia doctrina ha señalado acertadamente “está muy vinculada a la creencia jeffersoniana de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los Estados Unidos”⁸³.

⁸¹ *Volkswagen AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del TPI de 6 de Julio de 2000, Asunto T – 62/98

⁸² Decisión 98/273/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (Caso IV/35.733 – *Volkswagen*), de 28 de enero de 1998.

⁸³ ZAMORA CABOT, F. J., “Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 181-182, 1986, pág. 380.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

Como veremos a continuación, la cuestión reviste diferentes caracteres a un lado y otro del Atlántico. En palabras que sintetizan acertadamente este debate, “en la política comunitaria de competencia las consideraciones sobre justicia, protección de los compradores de la explotación, la regulación directa de los precios y el acceso a las redes contrastan de forma aguda con el Derecho antitrust estadounidense que se centra en el análisis económico (lo que significa sólo en la eficiencia asignativa, no en cuestiones de redistribución de renta) y en la protección de la competencia y no de los competidores”⁸⁴.

A) Estados Unidos y la Robinson Patman Act.

En Estados Unidos, a parte de la regulación general antitrust, la ley reguladora de la discriminación de precios es la *Robinson-Patman Act*, cuya génesis está ligada al enfrentamiento de las grandes cadenas comerciales (*chain stores*) contra los pequeños comerciantes (*independant retailers*). En efecto, entre 1920 y 1930 aquellas experimentaron un vertiginoso crecimiento, llegando a triplicar su cuota de mercado, en detrimento de los pequeños comercios. Al emplear su poder de mercado para obtener importantes rebajas y descuentos de sus suministradores dejaban a los pequeños comercios indefensos ante una práctica que las leyes entonces vigentes no prohibían. De ahí que la máxima autoridad en materia antitrust, la *Federal Trade Commission* abriera una investigación al respecto, que acabó con la promulgación en 1936 de la Ley Robinson-Patman⁸⁵.

Así, en una de las primeras Sentencias del Tribunal Supremo norteamericano que abordó esta cuestión, la recaída en al asunto *Morton Salt*, se dice expresamente que “cuando se promulgó la Ley Robinson-Patman, el Congreso estaba especialmente preocupado por proteger a los negocios pequeños que eran incapaces de comprar en grandes cantidades”⁸⁶. Esta valoración es compartida también por la mejor doctrina europea –y española– que se ha ocupado en estudiar esta ley; así, el profesor FERNÁNDEZ NOVOA, coincide en afirmar que “la Robinson Patman Act fue el fruto del movimiento contrario al poderío económico de las cadenas de supermercados que utilizaban este poderío para conseguir de sus proveedores precios más bajos que los obtenidos por los modestos mayoristas y los minoristas”⁸⁷. En igual sentido se han pronunciado gran parte de

⁸⁴ HAWK, B., *op.cit.*, pág. 57.

⁸⁵ Para un interesante estudio del nacimiento de esta ley, *vid.* “The Distinction Between the Scope of Section 2(a) and Sections 2(d) and 2(e) of the Robinson Patman Act”, *Michigan Law Review*, vol. 83, nº 6, mayo 1985, pág. 1590 y ss.

⁸⁶ *F.T.C. v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37 (1948), párrafo nº 47.

⁸⁷ FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la Sherman Act”, *Derecho de los Negocios*, núm. 2, 1990, pág. 99 (Nota nº 24).



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

autores norteamericanos⁸⁸, como el profesor (y antiguo miembro de la Federal Trade Commission) CALVANI, para quien “la Robinson Patman Act es diferente. Tiene poco que ver con el término competencia, en el sentido que se le da habitualmente (...). El objetivo de la Robinson Patman Act no es la protección del proceso competitivo sino la protección de los competidores”⁸⁹.

Desde entonces hasta la fecha esta Ley no ha parado de recibir las críticas de la doctrina estadounidense⁹⁰ y de la misma jurisprudencia, por entender que con ella no se conseguía ni una mejora competitiva ni una mejora del bienestar sino que simplemente se protegía al pequeño comerciante frente a las grandes cadenas, lo que en muchas ocasiones significaba proteger al ineficiente a expensas del eficiente. Así, por ejemplo, en la sentencia *Fred Meyer* se dice de ella que “no es precisamente un ejemplo de claridad legislativa”⁹¹ y luego se le atribuye el calificativo de “ley notoriamente amorfa”⁹². Por otro lado, en un voto particular *-dissenting opinion-* de la sentencia *Utah Pie*⁹³ los magistrados STEWART y HARLAN afirmaron que “el Tribunal Supremo ha caído en el error de interpretar que la Ley Robinson-Patman protege a los competidores, en vez de la competencia”. A este respecto, la jurisprudencia de este órgano ha sido bastante contradictoria, ya que no es infrecuente encontrar decisiones que a lo largo del tiempo van diciendo cosas distintas, e incluso en una misma sentencia aplicar esta legislación y a la vez reconocer su efecto anticompetitivo; la ya citada *Morton Salt* constata⁹⁴ la ambigüedad de la discriminación de precios y el carácter de arma de doble filo de la regulación contenida en la Robinson Patman Act.

⁸⁸ *Vid.*, sobre el papel que jugaron los pequeños comerciantes en la elaboración y promulgación de la normativa sobre discriminación de precios, SILCOX, C./MacINTYRE, A., “The Robinson-Patman Act and competitive fairness: balancing the economic and social dimensions of antitrust”, *The Antitrust Bulletin*, nº 31, Fall 1986, págs. 636 a 647.

⁸⁹ CALVANI, T. y BREIDENBACH, G., “An Introduction to the Robinson Patman Act and its Enforcement by the Government”, *59 Antitrust L. J.* 761 (1991), pág. 762.

⁹⁰ Así, un autor, haciéndose eco de otros artículos sobre la materia, la califica con los siguientes términos: “a masterpiece of obscurity, ambiguous, contradictory, jejune and complex, whose pro-competitive objectives are misconceived and unattainable”, BLAKENEY, M., *op.cit.*, pág. 479. Por su parte, el propio BORK califica a la Robinson-Patman Act como “surely antitrust’s least glorious hour (...), the misshapen progeny of intolerable draftmanship coupled to wholly mistaken economic theory”, BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 383.

⁹¹ *F.T.C. v. Fred Meyer Inc.*, 390 U. S. 341 (1968), párrafo nº 9.

⁹² *Ibid.*, Voto particular del Magistrado Harlan, párrafo nº 27.

⁹³ *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967), párrafo nº 25.

⁹⁴ *F.T.C. v. Morton Salt*, 334 U. S. 37 (1948), Párrafo nº 23: “por un lado, los descuentos de cantidad pueden utilizarse arbitrariamente y sin justificación por ahorro de costes, en otorgar a los grandes compradores una ventaja discriminatoria sobre los pequeños; por otro lado, (...) nuestra calidad de vida depende en gran medida de la oferta existente de bienes a bajo precio que es posible gracias a la producción en masa y a las técnicas en la distribución, y a que las economías resultantes de las grandes transacciones han de ser transferidas hacia abajo a los consumidores finales”.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

Esto queda igualmente reflejado en la Sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*⁹⁵, en la que el alto Tribunal decretó la ilegalidad de la adquisición por parte de dicha empresa –fabricante de zapatos- de la firma G. R. Kinney Co., un distribuidor de zapatería. En efecto, en esta polémica decisión -calificada por el Juez ROBERT H. BORK como “la peor decisión antitrust jamás dictada”⁹⁶ y por RICHARD A. POSNER como el máximo exponente de lo errado que es proteger “los pequeños negocios en vez de el proceso competitivo”⁹⁷- afirma el Magistrado WARREN que, a pesar de mayores costes precios, las consideraciones competitivas deben ceder a favor de la protección de los pequeños negocios⁹⁸.

Al margen de dilemas⁹⁹ insalvables –en el debate en torno a los fines del Derecho antitrust- planteados desde posturas extremas de estos autores, ningún tribunal norteamericano secundaría hoy la doctrina *Brown Shoe*; además, para todos los partidarios del planteamiento “economicista” del Derecho antitrust la postura de mantener cierto control sobre las industrias y economías locales y proteger al pequeño comerciante, calificada irónicamente como *ancient and disreputable “social purpose” theory of antitrust*¹⁰⁰ está equivocada en sus planteamientos y es inviable desde el punto de vista de su aplicación en la práctica. Sin embargo, fue la que mantuvo el Tribunal Supremo en muchos pronunciamientos y la única que explica decisiones como la recaída en el asunto *Procter & Gamble*¹⁰¹.

Lejos de ser una polémica de carácter histórico sobre unas Leyes promulgadas hace ya más de un siglo, este debate sigue plenamente vigente, como puede deducirse de algunas intervenciones recientes del Presidente de los Estados Unidos como la recogida en el *Informe Shils*: “La supervivencia de los pequeños negocios, que es un objetivo de la Conferencia de 1995 en la Casa Blanca sobre Pequeños Negocios, es necesaria para una economía equilibrada y para la seguridad industrial y colectiva, tanto desde un punto de vista económico como sociológico”¹⁰².

⁹⁵ 370 U. S. 294 (1962).

⁹⁶ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 210.

⁹⁷ POSNER, R. (1976), *op.cit.*, págs. 101 y 108.

⁹⁸ “La Ley (*Sherman*) protege la competencia, no a los competidores. Sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta la intención del Congreso de proteger la competencia a través de la protección de los pequeños negocios, propiedad de agentes locales. El Congreso es consciente de que el mantenimiento de una industria y un mercado fragmentados dará lugar ocasionalmente a mayores costes y precios. Sin embargo, ha resuelto estas consideraciones competitivas a favor de la descentralización”, 370 U. S. 294.

⁹⁹ *Vid.*, por ejemplo, la afirmación de Posner, “La única opción realista está entre configurar una política antitrust de acuerdo con las objeciones económicas (y las consiguientes políticas) al monopolio o –en el caso de que se considere que limitar las grandes empresas y favorecer los pequeños comercios es más importante que la eficiencia- directamente abandonarla”, *Antitrust Law*, 2nd Ed., The Chicago University Press, Boston 2001, pág. 26.

¹⁰⁰ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 203.

¹⁰¹ *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 386 U. S. 568 (1967).

¹⁰² PERSON, C. E., *Shils Report: Impact of Mega-Retail Discount Chains on American Small Businesses*, Capítulo 5, pág. 6, <http://lawmall.com/rpa.htm> (Visitada el 28.I.2000).



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

Igualmente, en la reedición de 2001 del libro del profesor POSNER vuelve a incidirse explícitamente sobre esta cuestión, al analizar las que él llama “objeciones de corte populista” al derecho Antitrust, y afirmando que “la aplicación del Derecho antitrust no sólo es un instrumento inefectivo, sino también malévolo, para intentar proteger los intereses de los pequeños comerciantes en su conjunto, ya que los objetivos del Derecho Antitrust y los objetivos de éstos son incompatibles en un plano fundamental: la mejor política antitrust –en su globalidad- desde el punto de vista de los pequeños comerciantes es la no existencia de política antitrust”¹⁰³.

B) La cuestión en el Derecho comunitario europeo.

Por su parte, en el ámbito del derecho comunitario, encontramos también un reflejo de esta polémica, aunque con rasgos y matices propios y diferenciados. Así, en antiguos documentos comunitarios como el *IX Informe sobre Política de Competencia* (1979) encontramos una declaración de principios que recuerda casi textualmente la literalidad de la Robinson Patman Act, pues se afirma (nº 10) que el principio de equidad es una de las principales herramientas de la política comunitaria de competencia, cuyo objetivo, entre otros, es la protección de la pequeña y mediana empresa, con independencia de que sean eficientes o no.

Es evidente que el número y el tamaño medio de las empresas en la zona Euro y en los Estados Unidos difieren sustancialmente, lo mismo su nivel de competitividad y el grado de concentración del mercado; esto, junto a lo que hemos dicho anteriormente sobre la diferente realidad social, económica y política de uno y otro sistema, hace que los objetivos de las autoridades antitrust de uno y otro difieran. En esta disyuntiva concreta de “proteger a los competidores” versus “proteger la competencia” parece que en la Unión Europea ambos términos de la comparación están en igualdad de condiciones, en el sentido de que ambos son, por igual, un objetivo digno de protección: “los competidores rivalizan con la competencia como objetivos de política legislativa”¹⁰⁴.

En la Decisión *ECS / AKZO* antes citada, la Comisión repite las consideraciones en torno al “mantenimiento de una competencia efectiva” que hemos citado de *Michelin* y reitera que las empresas –también las dominantes- pueden competir¹⁰⁵. Comentando éste y otros pronunciamientos

¹⁰³ POSNER, R, *op.cit.* (2001), pág. 26.

¹⁰⁴ JEBSEN, P. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 459.

¹⁰⁵ Decisión *ECS / AKZO*, cit., párrafo nº 81. “La Comisión insiste en que no considera ilegal el deseo, ni siquiera por parte de empresas dominantes, de prevalecer sobre sus rivales. Una empresa dominante puede competir en méritos. Tampoco quiere la Comisión indicar que las grandes empresas deban estar obligadas a abstenerse de competir vigorosamente con las pequeñas, o los agentes nuevos que entren en el mercado. Sin embargo, el mantenimiento de un sistema de competencia efectiva exige que el pequeño negocio esté protegido del comportamiento de las empresas dominantes que se dirija a expulsarle del



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

(*United Brands, Hugin, Commercial Solvents*) que también han contribuido decisivamente a delimitar en el ámbito comunitario los conceptos de posición dominante, abuso, la concepción ampliada del abuso en mercados conexos o vecinos, conducta, etc., se ha señalado que “parecen prestar apoyo a quienes recriminan a la Comisión y al Tribunal que, cuando aplican el artículo 82, tienden más a preocuparse de la protección de los competidores en vez de la competencia”¹⁰⁶. Respecto a estos mismos asuntos se han manifestado otros autores diciendo que “en los casos de negativa injustificada de contratar el Tribunal de Justicia refleja su convencimiento de que están beneficiando a los consumidores, pero en ninguno de esos casos se apoyó el Tribunal en hechos que indicaran que la negativa de contratar perjudicó a los consumidores”¹⁰⁷. Añade esta misma autora que este tipo de pronunciamientos pueden perfectamente interpretarse como un intento de introducir consideraciones de equidad en la aplicación del derecho de la competencia, ya que “puede que estén justificados por un interés (del TJCE) en proteger a las empresas”¹⁰⁸.

Por idénticos motivos se ha señalado que “el Asunto *Tetra Pak II* manifiesta cómo las consideraciones en torno a la justicia o equidad mueven la política comunitaria de competencia en mucha mayor medida que la política antitrust norteamericana. Es precisamente la preocupación por los pequeños competidores, como *Elopak*, lo que mueve gran parte de la jurisprudencia del artículo 86 y su aplicación extensiva al abuso de posición dominante en mercados vecinos”¹⁰⁹.

Como punto final a este apartado nos ha parecido oportuno recoger la opinión de una de las voces más autorizadas del derecho comunitario, la profesora VALENTINE KORAH, quien extrae la siguiente conclusión después de haber analizado la jurisprudencia relativa al abuso de posición de dominio contemplada por el artículo 82 del Tratado CE: “Mi preocupación es que las normas de competencia no se están usando para permitir a las empresas eficientes crecer a costa de las ineficientes, sino para proteger a las pequeñas y medianas empresas a expensas de las eficientes o más grandes. Pienso que los intereses de los consumidores, y la economía en su conjunto, al impulsar el desarrollo de la eficiencia de empresas de cualquier tamaño, se está subordinando a los intereses de los negocios y comercios más pequeños”¹¹⁰.

mercado, no en virtud de un mejor desempeño o una mayor eficiencia, sino abusando de su poder de mercado”.

¹⁰⁶ AL-DABBAH, M., “Conduct, Dominance and Abuse in Market Relationship: Analysis of Some Conceptual Issues under Article 82 European Community”, *European Competition Law Review*, Vol. 21 (1), Junio 2000, pág. 49.

¹⁰⁷ FOX, E. M., *op.cit.*, pág. 1004.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ KAREFF, S., *op.cit.*, pág. 574.

¹¹⁰ KORAH, V., *An Introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Ed. Maxwell, 1994, pág. 106.



5. Las actuales corrientes de pensamiento crítico respecto al Derecho antitrust.

Finalmente, nos ha parecido relevante recoger, si quiera someramente, la opinión de quienes piensan que el ordenamiento antitrust en su conjunto ha de ser sometido a una intensa reforma y a un cambio de planteamiento y formulaciones, o, mejor aún, que debería directamente desaparecer.

A) La Teoría de la ventaja competitiva.

En primer lugar, se ha enfocado esta cuestión desde la teoría de la *ventaja competitiva*¹¹¹. Analizando el papel que el Derecho antitrust tiene en el ordenamiento de los mercados frente a la posibilidad de dejar que los mercados se regulen a sí mismos y que sea la propia rivalidad entre competidores la que premie o sancione las conductas, se acude a este concepto económico (que significa la ventaja relativa al coste de la siguiente mejor alternativa) y a los términos de las ciencias sociales “falso positivo” y “falso negativo”. Si un juez condena equivocadamente como abusiva una práctica mercantil que es eficiente y beneficiosa para los consumidores, eso sería un falso positivo; los consumidores estarían mejor si el juez hubiera tomado otra decisión distinta. En cambio, si un juez equivocadamente decreta la legalidad de una práctica que está siendo beneficiosa para los consumidores, eso es un falso negativo. En general los pleitos y litigios producen falsos positivos y falsos negativos.

La conclusión que se extrae es que el Derecho antitrust es mejor que los mercados cuando los procesos legales son rápidos, cuando los falsos positivos no son frecuentes (o pueden corregirse fácilmente) y cuando los mercados tardan en reaccionar para corregir los falsos negativos. Como podrá advertirse fácilmente, estas condiciones se dan en algunos casos (cárteles evidentes, abusos de posición de dominio, grandes fusiones con creación de barreras de entrada, etc.) pero no en otros (principalmente, negocios nuevos, prácticas mercantiles innovadoras ante las cuales se enfrentan los tribunales por vez primera).

B) La Teoría de la “elección pública”.

En segundo lugar podemos hablar de la teoría de la “elección pública”¹¹² (*public choice*). Lo que se plantea aquí no es tanto si el Derecho

¹¹¹ EASTERBROOK, F. H., “Does antitrust have a comparative advantage?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23 (1), Otoño 1999, págs. 5 a 10.

¹¹² GRAGLIA, L. A., “Is Antitrust Obsolete?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23 (1), Otoño 1999, págs. 11 a 21.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

antitrust está obsoleto, sino si fue alguna vez útil como medida de política legislativa. Se critica que en 1890, cuando se promulgó la Sherman Act, no había ningún problema de *trusts* que mereciera una ley (con la desinencia *anti-*) que fuera dirigida contra ellos. En vez de restringir el nivel de output o subir los precios a través de prácticas abusivas o monopolísticas, lo que estas grandes empresas (p. ej., la ya citada *Standard Oil Company*) hacían era introducir eficiencia en los procesos productivos, que llevaba a aumentar en volumen de producción y a reducir los precios.

A través del repaso de una serie de casos “históricos” del Derecho antitrust (*Alcoa*, *Dr. Miles*, *Trans-Missouri*, *United Shoe*, etc.) se llega a la conclusión de que lo único para lo que sirve este ordenamiento es para proteger intereses particulares de determinados lobby, que se justifica unas veces por un razonamiento y otras veces por su contrario, y que lejos de limitarse a la utilidad que podría tener en principio (ordenación del mercado) va “conquistando” terreno hasta pretender inmiscuirse en las mismas relaciones privadas entre comprador y vendedor.

C) La crítica a la existencia misma del Derecho antitrust.

Desde una tercera perspectiva, las críticas¹¹³ más feroces a la existencia misma del Derecho antitrust son las que atacan el núcleo mismo de esta disciplina jurídica, y afirman que, en el fondo, hoy por hoy no hay ninguna teoría económica sólida que pueda distinguir con certeza entre comportamiento competitivo y anticompetitivo. A partir de algunos postulados de RONALD COASE denuncian que pretender analizar un fenómeno tan complejo como el mercado únicamente con instrumentos de teoría económica (que, básicamente se reducen a la teoría de los precios) es reduccionista y lleva a conclusiones erróneas.

En particular, critican a los abogados y economistas de la Escuela de Chicago por haber “prohibido” prácticas que, más que demostrar su carácter perjudicial para la competencia y el bienestar de los consumidores, simplemente no comprendían. Para este sector doctrinal¹¹⁴, las leyes antitrust:

- 1) restringen la libertad individual y el derecho a decidir con quién y en qué condiciones quiero negociar;
- 2) es incapaz de determinar qué comportamientos o prácticas son o no son competitivos;

¹¹³ *Vid.*, por todos, SMITH, F. L., “The case for reforming the Antitrust regulations (if repeal is not an option)”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23 (1), Otoño 1999, págs. 23 a 58.

¹¹⁴ Lejos de ser una corriente doctrinal de ámbito académico este sector se ha constituido en una agrupación denominada CEI (*Competitive Enterprise Institute*), que se autodefine como un activista político. Su objetivo es influir en las decisiones de política legislativa, y es particularmente activa en el ámbito del Derecho antitrust desde el momento mismo de su constitución, en 1984. Entre sus miembros se incluyen insignes profesores y abogados de prestigio, como Fred L. Smith, Jr., Dominick T. Armentano o Donald J. Boudreaux.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

- 3) no consiguen ninguna ganancia en términos de eficiencia;
- 4) perjudican a los consumidores; y,
- 5) hacen que los empresarios estén más preocupados de obtener apoyos en el gobierno y las agencias reguladoras que luchar por el éxito en el mercado.

Como veremos más detalladamente en un epígrafe posterior, estas opiniones son todavía más categóricas cuando se analiza el papel que el Derecho antitrust está llamado a cumplir en la llamada *Nueva Economía*, en el sentido de que –para esta corriente doctrinal- si tenía poco sentido antes, ahora lo tiene menos. Recogiendo las consideraciones anteriores, y a la luz de los recientes procesos judiciales (como el caso *Microsoft*), cambios vertiginosos de mercados (CD’s por discos de vinilo, DVD’s por vídeos), se llega a la conclusión que la búsqueda de beneficios en un mercado libre es suficiente para proteger a los consumidores de posibles abusos monopolísticos, y en todo caso una fórmula más eficaz que las elucubraciones teóricas que unos burócratas articulen desde sus despachos: “la nueva economía se diferencia de la antigua en la mayor rapidez con la que atrae al mercado nuevas tecnologías, y en su infinitamente mayor capacidad para concitar competidores de todo el mundo. Estas diferencias hacen que el Derecho antitrust sea aún menos necesario”¹¹⁵.

D) La perspectiva del Derecho comparado.

Una cuarta perspectiva crítica con la actual situación del Derecho antitrust es la que se aporta desde la comparación entre los ordenamientos comunitario y americano. Más que una crítica esta visión es negativa con el resultado de la comparación, en el sentido de abogar por la imposibilidad de que en el seno de la Unión Europea tenga cabida un planteamiento antitrust del estilo de los Estados Unidos (caso, naturalmente, de pensar que dicho planteamiento sea el más deseable). Se afirma que, en el Derecho de la competencia comunitario, “más allá de las contradictorias políticas que, pública y privadamente mueven el enfoque *dirigista* europeo, la falta de una verdadera fe en la competencia es parte de una postura escéptica ante las fuerzas del mercado y, al mismo tiempo, una mayor creencia en la intervención del Estado, especialmente en temas de política industrial, creencia que –con excepción del Periodo Federal, las dos guerras mundiales y la Depresión- es esencialmente ajena a la mentalidad americana. Una Unión Europea que incluye la PAC y los Fondos Estructurales y Sociales difícilmente puede admitir con gusto la visión de la Escuela de Chicago sobre el funcionamiento del mercado y la asignación eficiente de recursos de la competencia”¹¹⁶.

¹¹⁵ BOUDREAUX, D., “Nothing New: Antitrust is Unnecessary”, *Virginia Viewpoint*, nº 10, Abril 2002.

¹¹⁶ JEBSEN, C. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 452.



Así, mientras que el simple criterio de la “eficiencia económica” no es, por sí mismo, capaz de establecer unas pautas claras que indiquen a las empresas cuando su actuación en el mercado es susceptible de incurrir en alguna prohibición, cuando lo que sirve de guía en el derecho de la competencia es un catálogo de criterios tan amplio como el ofrecido por el artículo 8 (antiguo artículo G) del Tratado de la Unión Europea¹¹⁷ (un desarrollo armónico y equilibrado de las actividades económicas, un crecimiento sostenible y no inflacionario que, además, respete al medio ambiente, un nivel alto de convergencia en el desempeño económico, un alto nivel de empleo y protección social, elevar los estándares de vida y de calidad de vida, y la cohesión social y económica entre los Estados miembros), las dificultades a la hora de aplicar este derecho aumentan sensiblemente. Si a ello se añade, como apuntábamos anteriormente, que la Comisión parece un órgano legislativo –en el mal sentido de la expresión– más que regulatorio, y que los Tribunales están llenos de jueces formados en el derecho civil-continental y poco en el mercantil-anglosajón, el resultado es que pocas veces se resuelven los asuntos fundamentándose en aspectos netamente competitivos y en cambio la jurisprudencia sigue una línea errática y sin rumbo objetivo.

Por otro lado, y desde un punto de vista de cuestiones procedimentales y de organización, algunas de las críticas a la publicación del *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los Artículos 81 y 82 del Tratado CE*¹¹⁸, considerado por muchos como el documento más importante emanado de la Comisión en los más de 40 años de Derecho comunitario de competencia, han venido precisamente por entender que dicha propuesta “llevará a la política comunitaria de competencia a una situación muy cercana al modelo estadounidense”¹¹⁹, y que ese acercamiento (dar mayor importancia a las acciones privadas en Derecho antitrust, dar mayor peso a las autoridades judiciales nacionales en detrimento de los órganos de competencia, nacionales o comunitarios, etc.) no es deseable.

E) Derecho antitrust y Nueva Economía.

Finalmente, una quinta corriente crítica con el derecho antitrust es la que proviene de los “entusiastas” de la llamada *Nueva Economía*. No se pone en duda la necesidad y conveniencia de una regulación al respecto; simplemente se cuestiona la operatividad de las actuales normas de Derecho de la competencia en este nuevo entorno económico caracterizado por

¹¹⁷ Según la redacción aprobada en Maastrich, el 7 de febrero de 1992, y cuyo contenido –tras la revisión efectuada por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001– se remite al art. 3 del Tratado CE.

¹¹⁸ Libro Blanco sobre la Modernización de las Normas de aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado de la CE, Mayo 1999, *D.O.C.E.* C132/1 (1999).

¹¹⁹ EHLERMANN, C. D., “The Modernization of EC Antitrust policy: A legal and cultural revolution”, *Common Market Law Review*, Vol. 37 (3), 2000, pág. 587.



sectores como el software informático, Internet, la telefonía móvil, la biotecnología, etc., fundamentados básicamente en la creación industrial e intelectual y sometidos a una serie de externalidades (efecto de red, estándares industriales, vertiginoso cambio tecnológico, etc.).

En el ámbito del derecho europeo de competencia, se ha puesto de manifiesto por parte de algunos economistas –desde una postura excesivamente crítica, en nuestra opinión– que “aunque los elementos ‘constitucionales’ del Derecho de competencia –artículos 81 y 82 del Tratado CE– han permanecido inalterados desde 1957, la política comunitaria de competencia ha experimentado importantes transformaciones: la Comisión ha adoptado nuevas normas en el ámbito de las restricciones verticales y los acuerdos horizontales, y está planteándose una reforma profunda en el área de los aspectos procedimentales. Ante la cuestión de si estos cambios son suficientes para afrontar debidamente ‘un mundo de la información en el que las ventajas competitivas vuelan y los potenciales competidores pueden fácilmente desafiar a los operadores del mercado’, la respuesta es simplemente *no*. Las actuales reformas no tienen en cuenta suficientemente las implicaciones radicales de los cambios tecnológicos recientes”¹²⁰.

En igual sentido se pronuncia un amplio sector de la doctrina estadounidense¹²¹, que ha prestado especial atención al caso *Microsoft*, y a la pregunta de si la “nueva economía” es tan diferente de la economía del pasado que justifique cambios esenciales en la forma de analizar las prácticas que restringen el output, crean o refuerzan una posición de dominio, o elevan artificialmente barreras de entrada que impiden el acceso a nuevos competidores, “la conclusión a la que se llega, en una palabra, es que *no*”¹²².

6. Conclusiones.

Es difícil aportar un final concluyente a las consideraciones que preceden cuando las cuestiones tratadas son tan amplias, las nociones que se manejan tantas veces ambiguas, y sobre todo, cuando se habla de objetivos, *goals*, fines últimos, cuestiones cuya trascendencia desborda ampliamente el ámbito jurídico o económico y se sitúa más bien en el núcleo mismo del hombre y la sociedad, del mercado y de las relaciones entre los agentes que queremos configurar.

¹²⁰ AHLBORN, C.; EVANS, D. y PADILLA, A., “Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?”, *European Competition Law Review*, Vol. 22 (5), May 2001, pág. 156 (se han omitido las notas a pie de página del texto).

¹²¹ *Vid.*, por todos, POSNER, R., “Antitrust in the New Economy”, *Working Paper*, University of Chicago Law School, Revised November 7, 2000.

¹²² JACOBSON, JONATHAN M., “Do We Need a “New Economy” Exception for Antitrust?”, *Antitrust*, Fall 2001, pág. 1.



publicado en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224,
Marzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.

Uno de los problemas más complicados de la política legislativa –en todos los campos- es la fijación de los intereses dignos de protección jurídica. En el marco concreto del Derecho antitrust, y especialmente en el seno de la Unión Europea, esta situación se “agrava” por estar en la actualidad discutiéndose cuestiones relativas al concepto mismo de la UE, y por entrelazarse consideraciones de índole ideológica y económica y por partir de concepciones sobre el papel del Estado en la economía y la capacidad del Derecho de intervenir –eficazmente- en el funcionamiento de los mercados.

Con todo, pueden aventurarse al menos algunas reflexiones finales:

En primer lugar, la pretendidamente neutral concepción eficientista de la Escuela de Chicago esconde un conjunto de valores y concepciones ideológicas sobre las que conviene advertir a quien emplee sus herramientas analíticas. Cuando autores como Posner o Bork hablan de “bienestar del consumidor”, en realidad entienden “bienestar económico a nivel agregado”, lo que provoca una cierta distorsión en su análisis y sus conclusiones, en particular cuando el productor se apropia de las rentas del consumidor en el clásico modelo de “intercambio de rentas” empleado por estos profesores a partir de la formulación de Williamsom.

En segundo lugar, y a partir de la premisa anterior, no puede ignorarse la redistribución de rentas a la que las normativas de Derecho de la competencia conducen, en el sentido de que no es lo mismo un dólar –un euro- en manos de un productor que en manos de un consumidor, en una región de Europa y en otra, y si las ganancias de eficiencia del mercado no redundan en mejora de los individuos particulares, entonces no deben aceptarse como criterio rector de las políticas antitrust.

Finalmente, el Derecho comunitario de la competencia –a diferencia de su homólogo estadounidense- no está habitualmente dispuesto a permitir un aumento *general* de la riqueza si no redundan en beneficio concreto de un consumidor, y en general también está dispuesto a *sacrificar eficiencias* si ello redundan en un avance en la consecución del objetivo de integración de mercados.

Cuando se consiga ese objetivo podremos hablar de una “liberación” de las normas de competencia con respecto a la tarea de coadyuvar a la integración de mercados; antes de que ese objetivo se consiga, el Derecho antitrust comunitario estará –para bien o para mal- subordinado a éste y a otros objetivos “metaconcurrentiales” previstos por el Tratado CE.