



LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y LA POLÍTICA COMÚN DE TRANSPORTES EN LA UE.

Fernando Díez Estella*

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil.

Universidad Antonio de Nebrija.

1. Introducción.

Enfrentarnos al concepto de la discriminación de precios entraña, con independencia del sector en el que se aplique, una doble dificultad: en primer lugar, y fundamentalmente, porque es difícil dar una definición precisa de qué se entiende por discriminación de precios, al ser una figura en la que se entrecruzan los conceptos legales con el análisis económico. Así, según una aproximación económica clásica, la del profesor TIROLE, “un productor discrimina en precios cuando dos unidades de un mismo bien físico se venden a precios diferentes, al mismo consumidor o bien a consumidores diferentes”¹. POSNER matiza aún más este concepto, diciendo que en realidad “la discriminación de precios es vender a un precio o precios tales que el ratio precio/coste marginal es diferente en las diferentes ventas”².

Según nuestro propio ordenamiento de Defensa de la Competencia, se aprecia una discriminación de precios cuando “se aplican, en las relaciones comerciales con terceros, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, dejando a unos competidores en desventaja frente a otros”³.

Pero, ¿toda *diferenciación* de precios (en sentido económico) supone una *discriminación* de precios (en sentido legal)? Piénsese, de hecho, que si hay una diferencia de costes, una identidad nominal en los precios de los productos, aunque no provoque ninguna objeción legal, será económicamente discriminatoria. A la vez, factores como la estructura de los mercados, el nivel de concentración de empresas, las condiciones de producción y distribución de un producto o servicio o las características de la demanda pueden hacer que un precio uniforme redunde en una pérdida de bienestar de los consumidores. Por otro lado, imponer un precio uniforme puede, en ocasiones, provocar una disminución de la eficiencia en la asignación de recursos o el cierre de un mercado para un determinado grupo de consumidores.

En segundo lugar, porque ni el concepto legal ni el concepto económico de discriminación son conceptos unívocos; cada uno en su ámbito son conceptos que actualmente están sujetos a una discusión todavía abierta en cuanto a su contenido y alcance, y ello hace que sea imposible manejar estos conceptos con un grado de certeza absoluto. No sin razón autores tan representativos de la Teoría de la Organización

* Agradezco a la Fundación ICO el apoyo material a este trabajo, a través de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia. Igualmente, a Sergio Alonso de León, su inestimable ayuda en las tareas de documentación y organización de este artículo.

¹ TIROLE, J., *Teoría de la Organización Industrial*, Ed. Ariel Economía, Madrid 1990, pág. 203.

² POSNER, R., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Londres 1976, pág. 62.

³ Art. 6.2.d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificada por Ley 52/99 de 28 de diciembre (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1999).



Industrial como SCHERER y ROSS, han concluido que “no es posible dar una definición única y omni-comprehensiva de la discriminación de precios”⁴.

El motivo de este “rechazo” a una definición de esas características es doble⁵: por un lado, y desde una perspectiva teórica, el concepto de discriminación de precios ha sufrido una larga y lenta evolución; por otro lado, y desde una aproximación funcional, las manifestaciones de la discriminación de precios en la práctica son múltiples y variadas, y se resisten por tanto a una categorización única.

No sorprende por ello que gran parte de los estudios doctrinales existentes se encaminen hacia la elaboración de un concepto funcional y operativo de los precios discriminatorios: “es probablemente una desgracia, desde el punto de vista de la terminología, que la prohibición legal se llame prohibición de los precios discriminatorios, ya que las connotaciones de injusticia que tiene este término no siempre están presentes en los diferenciales de precios a que hace referencia”⁶.

Un productor o prestador de servicios discrimina en precios cuando vende diferentes unidades de un bien o servicio a diferentes precios que no se corresponden con las diferencias en el coste de ese producto. Esta definición engloba no sólo los supuestos en que se venden a diferentes personas unidades idénticas del bien o servicio a diferentes precios, sino también cuando se venden a una misma persona unidades idénticas de un bien, pero a diferente precio, por variar, por ejemplo, la franja horaria en la que el bien es suministrado o el volumen de compra del mismo. Igualmente habrá que hablar de discriminación económica cuando se pide el mismo precio por transacciones que han supuesto diferentes costes.

Como han puesto de manifiesto los profesores AREEDA y KAPLOW, “en principio, el tratamiento desigual de aquellos que son similares no es más discriminatorio que el tratamiento igual de aquellos que son diferentes. Cobrar lo mismo al contado y a plazo es, económicamente hablando, discriminar contra el que paga al contado. Cobrar lo mismo a los clientes que compran en la planta productiva de los que conllevan envío a un sitio distante discrimina a aquellos frente a éstos”⁷.

Si para la mayoría de las leyes antitrust es válida la afirmación de que en ellas late una tensión permanente entre la equidad –o justicia social– y la eficiencia económica, en las normas que regulan la discriminación de precios podemos decir que este conflicto alcanza su máxima expresión. La norma que en Estados Unidos regula esta cuestión, la *Robinson Patman Act*, es ciertamente una ley compleja porque complejos y plurales son los valores que subyacen en el sistema socioeconómico norteamericano. Lo mismo puede decirse de la regulación que, en sus artículos 81 y 82 prevé el Tratado de la Unión Europea para la actuación de las empresas en el Mercado Común. No estamos hablando de la mayor o menor progresividad de una norma fiscal, ni el mayor o menor porcentaje de actividad agrícola que ha de subvencionarse; se están

⁴ SCHERER, R. y ROSS, M., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ª ed., Houghton Mifflin Co., pág. 489.

⁵ BLAKENEY, M., “Price Discrimination Laws: An Economic Perspective”, *Duq. L. Rev.*, Primavera 1981, pág. 486.

⁶ TRAUTMAN, D., “Price Discrimination as a workable concept: a study in the administration of economic tests”, *Tesis doctoral (no publicada)*, Harvard Archives: HU 92.51.845 (1987), pág. 17.

⁷ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª ed., Nueva York 1997, pág. 952.



barajando instancias como la maximización de la riqueza y el bienestar, la satisfacción de los consumidores, los objetivos distributivos o la asignación de recursos.

Y también la justicia, la equidad, el poder de mercado frente al “débil”, la opresión y la utilización de medios anticompetitivos para la obtención de un mayor beneficio. Por eso es importante conocer bien al menos uno de los términos de la comparación, para así llevar a cabo un juicio más acertado en ese delicado equilibrio entre la dimensión “social” y la “económica” de las leyes antitrust. Pensamos que el estudio de la discriminación de precios, en este caso en el ámbito concreto de la Política Común de Transportes en la Unión Europea ofrece unas posibilidades enormes de llevar a cabo ese juicio, ya que las leyes que la regulan “abarcan todo el amplio espectro de valores que suele incluirse en la expresión ‘justicia competitiva’ así como las tensiones inherentes en el conflicto entre la equidad y la eficiencia”⁸.

En este estudio se abordará el examen de cómo esta práctica incide en uno de los elementos esenciales de la construcción europea, la Política Común de Transportes, y ello nos permitirá constatar, además de la ya señalada tensión entre los dos términos *diferenciación* y *discriminación*, la tensión existente –propia en este caso sólo de la UE– entre consideraciones de eficiencia –las únicas presentes en el análisis antitrust al otro lado del Atlántico– y consideraciones de otro tipo, especialmente las de búsqueda de la integración de mercados en el seno del Mercado Común, y prohibición radical por tanto de todas aquellas prácticas que puedan conducir a una fragmentación de mercados o compartimentación de zonas geográficas en la Unión Europea.

Tras esta breve introducción, en el epígrafe II se analizará el alcance de la figura de la discriminación de precios en la Unión Europea y en el marco de la legislación contenida en el Tratado CE, haciendo especial hincapié en esta “distorsión” del análisis de los efectos anticompetitivos de la figura derivada de la necesidad de crear un espacio único europeo. Como tendremos oportunidad de ver, tanto en este sector como en el del transporte marítimo, cobra especial relevancia en la implementación de políticas de precios discriminatorios la figura del abuso de posición dominante en mercados conexos o vecinos.

Seguidamente se llevará a cabo un estudio de los principales subsectores de transporte que encontramos en el Mercado Común: el del Transporte Aéreo (Epígrafe III), el Transporte Marítimo (Epígrafe IV), y Transporte Ferroviario (Epígrafe V). Hemos dejado de lado el estudio concreto del Transporte terrestre por Carretera no sólo por la ausencia de pronunciamientos de la Comisión o los Tribunales de Justicia sobre prácticas anticompetitivas de precios discriminatorios en este sector, sino porque tal como está configurado ese mercado no se dan en él las condiciones necesarias para la existencia de dichas prácticas. Así mismo, por la variedad de formas y la multiplicidad de submercados en que tiene lugar, dedicaremos una mayor extensión al sector del transporte aéreo.

⁸ SILCOX, C.R. y MAC INTYRE, A.E., “The Robinson-Patman Act and competitive fairness: balancing the economic and social dimensions of antitrust”, *31 Antitrust Bull.* 663 (1986), pág. 663.



2. La discriminación de precios en el mercado de transportes en la Unión Europea.

En el ámbito del Derecho comunitario, el texto del Tratado de la CE no ofrece una delimitación precisa de esta figura, pero sí encontramos intentos de definir el concepto de la discriminación de precios en las Decisiones de la Comisión Europea y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como en los comentarios doctrinales que han acompañado a estos pronunciamientos.

Uno de los más relevantes en este sentido, la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, ha permitido a diferentes estudiosos del Derecho antitrust europeo perfilar el alcance de la prohibición de los precios discriminatorios contenida en el Tratado de la UE.

Así, se entiende⁹ que para que tenga lugar una conducta abusiva de estas características, han de cumplirse los siguientes requisitos:

- 1) Tienen que aplicarse diferentes condiciones comerciales,
- 2) a transacciones que sean equivalentes,
- 3) dejando en desventaja competitiva a una de las partes.

Se requiere también que haya un efecto negativo sobre la competencia para que la discriminación se entienda abusiva. Sin embargo, esta discriminación es un fenómeno complejo que puede usarse en diferentes situaciones y persiguiendo diferentes fines. En la jurisprudencia se han contemplado habitualmente dos tipos de discriminación:

1) La que lleva a intentar extraer del mercado lo máximo que éste puede dar; los precios se adaptan a cada una de las regiones o submercados en función de la elasticidad de demanda, maximizando así el ingreso del productor. Por las implicaciones que esta práctica se ha entendido que tiene sobre la integración de mercados, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han sido bastante estrictos prohibiéndola.

2) La concesión de descuentos de fidelidad, a través de los cuales los clientes más fieles de las empresas dominantes gozan de unos descuentos que no se justifican por ahorros de costes a la hora de suministrarles, sino en el compromiso de no buscar fuentes alternativas de suministro. Este tipo de discriminación, a su vez, tiene un claro efecto negativo en el mercado en la medida en que “cierra” la entrada de posibles competidores (*foreclosing effect*).

El Tratado de la Unión Europea contiene dos artículos que prohíben la discriminación de precios: el Art. 81.1. d):

“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común

⁹ ZANON, L., “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”, *J. World T. L.*, Vol. 15, 1981, págs. 306 y ss.



y, en particular, los que consistan en: ... d) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”;

y el Art. 82.c):

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: ... c) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

Una cuestión que ha suscitado un amplio debate en la doctrina¹⁰, es si el efecto combinado de ambos da lugar a una prohibición general contra la discriminación de precios en el seno del derecho comunitario de competencia, o, por el contrario, sólo se prohíbe esta práctica cuando la misma es simplemente un “caso particular” de unas categorías más amplias que el Derecho antitrust europeo conoce: una práctica concertada del artículo 81.1, o un abuso de posición de dominio del art. 82.

Por otro lado, desde el punto de vista del TCE el transporte es un servicio (“prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración” -art. 60-), que está expresamente excluido de las normas de la libre circulación de servicios, y sometido a normas especiales. Así, en el artículo 61 TCE se dispone que “la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del Título relativo a los transportes”.

Este Título es el IV de la Parte Tercera, que abarca los artículos 74 a 84, y que se completan con numerosos textos de Derecho derivado, que se justifican por la importancia económica de este sector, su gran diversificación y por que en el transporte inciden la política industrial y la política de la competencia, pues las diferentes formas de protección o exclusividad existentes en los países miembros constituyen obstáculos origen de discriminaciones y distorsiones del mercado.

El art. 79 establece que:

“a más tardar, antes de finalizar la segunda etapa, deberán suprimirse, respecto del tráfico dentro de la Comunidad, las discriminaciones que consistan en la aplicación por un transportista, para las mismas mercancías y las mismas relaciones de tráfico, de precios y condiciones de transportes diferentes en razón del país de origen o del destino de los productos transportados”.

¹⁰ Vid., por todos, BLAKENEY, M., “The Foreign Face of Robinson-Patman: Comparative Price Discrimination Laws”, *Syracuse J. Int'l L.*, Vol. 9 (21), Spring 1982, págs. 34 y ss.



Por sectores, las políticas de transportes persiguen el establecimiento de un Mercado Común de los transportes, organizado conforme a reglas comunitarias, en el que se asegure la supresión de toda discriminación. Así, en el subsector de los *transportes terrestres*, el objetivo es que la distribución óptima del tráfico entre los diversos medios y Empresas debe asegurarse por el juego de la libre competencia, evitando que tal distribución se base en normas de discriminación tarifarias o de otra naturaleza (art. 75). También se contienen en el TCE normas encaminadas a evitar y prohibir que los Estados miembros utilicen el *transporte aéreo* como instrumento de discriminación de precios y condiciones de las mercancías o servicios sobre los que incide, convirtiéndose así en una forma de medidas equivalentes a aranceles o barreras fiscales.

En este sentido, la regulación de la discriminación de precios tiene, si cabe, una faceta eminentemente –valga la redundancia- *regulatoria*, ya que en pocos ámbitos del Derecho antitrust tienen las disposiciones normativas una incidencia tan clara en las decisiones estratégicas de los agentes y operadores del mercado, en un ámbito que es, sin duda ninguna, el factor clave de su actividad comercial: las políticas de precios.

Además de esta faceta regulatoria, y como se ha señalado en la introducción, las autoridades comunitarias han adoptado la política de competencia como una herramienta más para la consecución de la integración. Así, 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”¹¹. 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.

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”¹².

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”¹³.

¹¹ BAQUERO CRUZ, J., *Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Europeo de la Comunidad Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 150.

¹² 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.

¹³ Comisión Europea, *IX Informe de Política de Competencia*, 1980, nn. 9 a 11.



Por otro lado, desde un amplio sector doctrinal se señala¹⁴ 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.

De ahí que la práctica de la discriminación de precios en el ámbito de la Comunidad Europea sea examinada precisamente desde esta perspectiva, 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”¹⁵.

Como tendremos oportunidad de ver en el análisis de los pronunciamientos recaídos en el sector de los transportes, esta consideración es la que tienen presente las autoridades comunitarias a la hora de evaluar las prácticas llevadas a cabo por las diferentes empresas y agentes económicos que operan en ellos.

3. El transporte aéreo.

El transporte aéreo ha ofrecido en la Unión Europea desde siempre un escenario idóneo para la práctica de la discriminación de precios, no sólo en el mercado que podríamos considerar principal o de referencia (el de la venta de billetes de avión a los pasajeros), sino también en una serie de mercados conexos con éste, que ofrecen también las condiciones necesarias –y los incentivos económicos- para esta práctica, y que serán analizados por separado.

Como es sabido, este sector lleva varios años atravesando un profundo proceso de transformación, derivado principalmente del impulso liberalizador que han supuesto los tres paquetes de medidas adoptados hasta la fecha (el primero en Diciembre de 1987, el segundo en Junio de 1990, y el tercero desde enero de 1993), y cuyo objetivo es abrir el mercado del transporte aéreo a la competencia, a la vez que la consecución del llamado “Cielo Único Europeo”. Así mismo, es el subsector de los transportes que ha experimentado un crecimiento más vertiginoso en los últimos veinte años. De ahí que este sector va a ser un reflejo palmario de las tensiones y conflictos a que se ha hecho referencia en la introducción y en el epígrafe II de este trabajo.

En efecto, la saturación de los aeropuertos, y la necesidad de que las grandes compañías aéreas –muchas de ellas antiguamente de titularidad pública y con posiciones de dominio bien establecidas en sus respectivos países- permitan la entrada de nuevos operadores (articulado a través del Reglamento CE nº 2408/92, simplemente con la obtención por parte de las aerolíneas de la “licencia comunitaria” establecida por el

¹⁴ 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.

¹⁵ SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, *67 Antitrust L. J.* 641 (2000), pág. 667.



Reglamento CE nº 2407/92), es lo que ha llevado a las autoridades comunitarias a establecer la total libertad de precios y tarifas (Reglamento CE nº 2409/92), como condición necesaria para garantizar esa libertad de acceso al Mercado Común del transporte aéreo, aunque sí se establecen mecanismos de control para situaciones excepcionales.

En este sentido, otra de las medidas adoptadas para ahondar en este proceso es la relativa a los *slots* o franjas horarias de aterrizaje y despegue en los aeropuertos, objeto de toda una larga lista de pronunciamientos comunitarios sobre prácticas discriminatorias. Así, el Reglamento CE nº 95/93 dio un primer paso al regular el sistema existente y dar una serie de normas sobre asignación de slots en condiciones transparentes y –cómo no- no discriminatorias. La creciente congestión existente en los aeropuertos, los cambios experimentados recientemente por este sector y la necesidad de modernizar el sistema han llevado a la Comisión a encargar una serie de estudios (el último de los cuales, elaborado por la consultora NERA es de enero de 2004, *Informe para el desarrollo y evaluación de la viabilidad de sistemas de asignación de slots orientados al mercado*¹⁶) que permitan mejorar la eficiencia de la asignación de los slots, optimizar el uso de la capacidad de los aeropuertos y el mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad Europea en este mercado.

Finalmente, es necesario señalar en esta introducción que los acontecimientos del 11 de septiembre y su repercusión en las operaciones de transporte aéreo llevaron a la Comisión a la reforma¹⁷ del artículo 10 del Reglamento 95/93, para compensar la pérdida de derechos adquiridos sobre las franjas horarias asignadas con anterioridad a los atentados.

Un último apunte introductorio, esta vez de carácter procesal, y es el hecho de que a veces se ha cuestionado la aplicación del Reglamento 17/62 (desde el 1 de mayo de 2004, sustituido por el Reglamento 1/2004, de Aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE) al ámbito del transporte aéreo, ya que el Reglamento 141 del Consejo, sobre la no aplicación del Reglamento 17 al sector de los transportes, que fue posteriormente sustituido por tres Reglamentos sectoriales relativos a los transportes terrestres, marítimos y aéreos, parece abonar esta postura.

En efecto, el Reglamento CEE 3975/87, del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo parece excluir la aplicación del Reglamento 17 en lo relativo a prácticas abusivas en este sector. Sin embargo, como ha señalado la jurisprudencia¹⁸ reiterada del TPI y el TJCE, y sin entrar aquí a analizar a fondo esta cuestión, la Comisión sí puede aplicar este Reglamento cuando una empresa de transporte aéreo cometa prácticas contrarias a los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

¹⁶ http://europa.eu.int/comm/transport/air/rules/doc/2004_01_24_nera_slot_study.pdf.

¹⁷ Reglamento (CE) nº 894/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 95/93, del Consejo, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarias.

¹⁸ *Vid.*, por todos, los Considerandos nn. 34 a 58 de la Sentencia del TPI (Sala Tercera), de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98, *Aéroports de Paris c. Comisión*.



A) La venta de billetes de avión.

El principal mercado que vamos a analizar en estas páginas es el de la venta de billetes de avión, ya que ha sido uno de los ejemplos tradicionales empleado en los manuales de texto para ilustrar el problema de la discriminación de precios, y por ser el principal y más importante de los mercados dentro del sector del transporte aéreo susceptible de verse afectado por esta práctica anticompetitiva.

Naturalmente, y como tendremos oportunidad de ver a lo largo de estas páginas, cuando una empresa –y esto abarca también a las compañías aéreas- pone en práctica una política de precios discriminatorios nunca lo hace de forma explícita, sino a través de los diferentes elementos que integran la relación comercial en su conjunto, y especialmente a través de sistemas de descuentos, primas de fidelidad, comisiones a las agencias, etc.

En este sentido, uno de los casos más emblemáticos de práctica de precios discriminatorios en la venta de billetes de avión por la vía indirecta de las comisiones y los incentivos otorgados a las agencias para que favorecieran a una compañía –*British Airways*- en detrimento de sus competidores –*Virgin*- se planteó en el Reino Unido por la denuncia de esta última contra aquella por una serie de acuerdos que había formalizado con agencias de viajes y empresas y que funcionaban como una especie de contratos de suministro exclusivo, imponiendo abusivamente sus condiciones y cerrando el mercado de los vuelos a otros operadores.

En efecto, mediante una serie de incentivos y programas de remuneración del rendimiento de las agencias, la consecución de los objetivos fijados de crecimiento de ventas llevaba a un incremento de la comisión abonada por la aerolínea a la agencia por la totalidad de los billetes vendidos por esta última, y no sólo por los vendidos una vez logrado el objetivo.

Por la especial presencia de la compañía *British Airways* en el mercado de vuelos en el Reino Unido la Comisión entendió que los acuerdos sobre comisiones celebrados entre BA y las agencias hacían un uso abusivo de una posición dominante, ya que las comisiones adicionales se basaban en que las agencias igualen o superen su propio volumen anual de ventas de billetes de BA logrado el año anterior y no en el tamaño o eficiencia de las propias agencias de viajes o de los servicios prestados por ellas a BA. Por ello, se entendió que esas comisiones no estaban relacionadas con ningún ahorro de costes o el logro de una mayor eficacia por parte de BA en sus relaciones con las agencias, por lo que discriminaban entre las distintas agencias de viajes.

Así, y a pesar de la “queja” que antes hemos manifestado en relación a la falta de precisión con que se manejan a veces los conceptos de *diferenciación* y *discriminación* en relación a los precios, pronunciamientos de las autoridades europeas como la Decisión *Virgin – British Airways*, nos proporcionan un análisis de sorprendente rigor “económico” que evidencian que esta distinción empieza a asumirse en el Derecho



antitrust comunitario y la jurisprudencia relativa a los precios discriminatorios, ya que en ella se detalla¹⁹ expresamente que:

“la obligación que tiene una empresa dominante de no discriminar significa que no puede aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes con diferentes clientes, con lo que situaría a un cliente en una desventaja competitiva. Éstas serán precisamente las consecuencias de los acuerdos ‘Marketing Agreement’ y de los programas ‘Performance Reward Scheme’ anteriormente descritos:

1) Dos agencias de viajes que manejen el mismo número de billetes de BA y presten exactamente el mismo nivel de servicio a la compañía aérea recibirán comisiones diferentes, es decir, un precio diferente por los servicios prestados en el sector del transporte aéreo, si sus ventas de billetes de BA difiriesen de las realizadas en el año anterior.

2) En cambio, dos agencias de viajes que vendiesen volúmenes diferentes de billetes de BA y prestasen un nivel diferente de servicios a la compañía aérea podrían hacerse acreedoras de la misma comisión, es decir, que BA pagaría el mismo precio por sus servicios si sus ventas de billetes de la compañía aérea se incrementasen en el mismo porcentaje en relación con el año anterior”.

Naturalmente, manejar estos conceptos nos plantea a su vez una serie de dificultades de las que iremos dando cuenta a lo largo de estas páginas, ya que hay que precisar qué se entiende por “unidades idénticas de un bien”, a qué “costes” nos referimos, cuándo podemos decir que nos hallamos ante “distintos consumidores” y cuándo, por las condiciones del mercado, podemos hablar de “transacciones equivalentes”. No es infrecuente que el legislador haya recogido todos esos elementos en el “tipo”, y precisamente la ausencia –o presencia- de los mismos constituirá una defensa legal frente a una imputación de prácticas discriminatorias.

B) Justificaciones de la discriminación.

Con frecuencia se ha señalado que en sectores como éste que estamos analizando, en los que el bien –o servicio- que se vende no es almacenable (lo que significa que los costes de mantenimiento de capacidad infrautilizada para responder a una demanda incierta son mucho mayores que en otros sectores) y en los que los precios no se ajustan con la suficiente rapidez como para “vaciar” el mercado, “hay un tipo de discriminación de precios de segundo grado, los descuentos por compra anticipada, que es la mejor manera de maximizar beneficios en un escenario de

¹⁹ Decisión 2000/74/CE de la Comisión, de 14 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (Asunto IV /D-2/34.780), *D.O.C.E.* L 30/1 de 4 de febrero de 2000, Párrafo nº 109.



condiciones de demanda incierta y altos costes de inventario, y ello aún en ausencia de poder de mercado²⁰.

Este tema de los descuentos por compra anticipada ha sido objeto en la última década de un intenso debate doctrinal²¹, y aunque se puede aplicar a varios sectores, es evidente su especial idoneidad para el del transporte aéreo de viajeros, en el cual siempre ha habido discusión sobre si las tarifas que habitualmente aplican las compañías aéreas son o no son precios discriminatorios; se ha señalado que “el sector del transporte aéreo tiene dos características que lo hacen perfecto para practicar la discriminación de precios: puede evitar que los viajeros revendan los billetes (arbitraje) y ha diseñado técnicas para distinguir a los clientes por su disposición a pagar”²². Estas técnicas se dirigen, sobre todo, a distinguir entre lo que se ha venido en llamar viajeros de negocios y viajeros de placer, y se señalan, entre otras: exigencias de compra por anticipado, viaje de ida y vuelta, exigencias de estancia mínima, vuelos sin escalas, estancia de fin de semana, etc., las cuales, como es obvio, discriminan perfectamente a viajeros con alta y baja elasticidad de demanda.

En una tesis doctoral (no publicada) sobre esta cuestión defendida en la *Harvard Law School* se intenta “analizar la estructura de precios del sector aéreo y determinar si la estructura tarifaria es discriminatoria o está justificada por consideraciones de tamaño y coste”²³. Como *proxy* para medir la discriminación de precios se emplea la diferencia entre el margen –sobre costes– que se usa en el precio de viajeros por motivos de negocios y el margen que se aplica a los viajeros que viajan por otros motivos (turismo, vacaciones, familia, etc.), en el período 1979 a 1981 en 29 conjuntos de ciudad destino-ciudad origen. Tras elaborar las oportunas series temporales y datos de sección cruzada se llega a la conclusión de que “las regresiones elaboradas sobre las ecuaciones estimadas no apoyan la hipótesis de que exista discriminación de precios en el sector del transporte aéreo”²⁴. En parte, este resultado se explica por la promulgación en 1978, de la ya citada Ley de Desregulación del Sector Aéreo, que llevó a muchas compañías a no emplear la capacidad que tenían de discriminar en precios.

En pocos sectores como el del transporte aéreo el debate *regulación* versus *desregulación* ha cobrado tintes más encarnizados, a ambos lados del Atlántico. En Estados Unidos, donde el proceso desregulador empezó un poco antes que en la Unión Europea, según un estudio²⁵ elaborado para el período de 1979 a 1985 en 75 mercados elegidos al azar en Estados Unidos, que incluían estructuras monopolísticas, duopolísticas y oligopolísticas, el impacto de dicha Ley de Desregulación del Sector Aéreo ha tenido un impacto neto de reducir las prácticas de discriminación de precios que, tradicionalmente, se venían llevando a cabo en este sector.

²⁰ DANA, J., “Advance-Purchase Discounts and Price Discrimination in Competitive Markets”, *106 J. Pol. Econ.* 395 (1998), pág. 396.

²¹ Vid., GALE, I. y HOLMES, T., “The Efficiency of advance-purchase discounts in the presence of aggregate demand uncertainty”, *10 Int. J. Ind. Org.* 413 (1992).

²² SCHWIETERMAN, J., *op. cit.*, pág. 33.

²³ TITENS, M., “Price Discrimination in the Airline Industry: Are the Airlines taking unfair advantage of the businessman?”, *Tesis doctoral (no publicada)*, Harvard Archives:HU 92. 83.838 (1983), pág. 27.

²⁴ *Ibid.*, pág. 48.

²⁵ SCHWIETERMAN, J., “Fare is Fair in Airline Regulation. The Decline of Price Discrimination”, *Regulation*, Julio / Agosto 1985, págs. 35 a 37.



Igualmente se ha señalado que en el sector del transporte aéreo la discriminación de precios cumple una indudable función social y constituye una práctica no sólo procompetitiva, sino la única que garantiza la viabilidad económica de una empresa: “en algunas circunstancias, cuando un precio uniforme establecido al nivel del coste marginal resulta inferior al coste medio de producción, el servicio *sólo* puede ofrecerse si las empresas pueden practicar la discriminación de precios. Al salir beneficiados tanto los productores como los consumidores con la supervivencia de este servicio, la discriminación de precios cumple en estos casos una función socialmente beneficiosa”²⁶.

Finalmente, en la práctica comunitaria se han aducido como otras posibles justificaciones para la implementación de una práctica de discriminación de precios en el sector del transporte aéreo motivos de cohesión económica y social, y la promoción de un país como destino turístico (como en la Decisión de la Comisión *Aeropuertos Portugueses*²⁷). Por último, cabe señalar que también existen opiniones –que exceden el ámbito propio de la discriminación de precios- que intentan sencillamente excluir la aplicación del Derecho antitrust del sector del transporte aéreo²⁸, y en consecuencia escapar de la prohibición de discriminar en precios.

Esta opinión doctrinal ha quedado totalmente superada a partir de la cuestión prejudicial que el Bundesgerichtshof presentó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el marco de un litigio suscitado entre una asociación alemana que tiene por objeto combatir la competencia desleal y dos agencias de viajes que adquirieron, en compañías aéreas o agencias de viajes establecidas en otro Estado miembro, billetes de avión expresados en la moneda de dicho Estado, y que dio lugar a la Sentencia *Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebuero GMBH c. Zentrale Zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs E. V.*²⁹, que afirma –entre otras muchas cosas- sin ningún tipo de dudas en su Considerando nº 33 que “es preciso llegar a la conclusión de que la prohibición prevista en el artículo 86 del Tratado se aplica plenamente al sector de la navegación aérea en su totalidad”.

C) Las tasas y cánones discriminatorios en los aeropuertos.

Como es sabido, los aeropuertos se hacen cargo del avión y sus movimientos desde que se acercan al aeropuerto hasta que despegan, lo cual significa la provisión de una serie de servicios e infraestructuras por las cuales sus usuarios –las aerolíneas- pagan unas tasas. Estas tasas, que son una fuente de ingresos para el aeropuerto, se aplican en función de unos principios y criterios establecidos por las autoridades

²⁶ SCHWIETERMAN, J., *op.cit.*, pág. 38.

²⁷ Decisión de la Comisión de 10 de febrero de 1999 (IV/35.767 – *Aeropuertos Portugueses*), D.O.C.E. L 69/24, de 16 de marzo de 1999, Párrafos nº 8 y 31.

²⁸ GESELL, L. y FARRIS, M., “Antitrust Irrelevance in Air Transportation and the Re-Defining of Price Discrimination”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 57(1), Fall 1991.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 11 de abril de 1989, Asunto 66/86, E.C.R. 1989, pág. 00803.



nacionales, e incluso en el caso de aeropuertos privados, estas tasas tienen que cumplir con los parámetros regulatorios previstos por las autoridades.

Al mismo tiempo, estas tasas son una forma de gestión del aeropuerto, en el sentido de que al variar su contenido y alcance los aeropuertos incentivan el uso de sus infraestructuras. En una importante sentencia del año 2000, *Aéroports de Paris c. Comisión*³⁰, el Tribunal de Primera Instancia reafirmó la postura de la Comisión en su Decisión³¹ inicial, en el sentido de que estas tasas no pueden ser discriminatorias, lo que no significa que sean exactamente igual para todos. Esto, de conformidad con lo indicado en la introducción sobre la distinción entre *diferenciación* y *discriminación* en precios, significa que las tasas pueden ser diferentes si esa diferencia está justificada sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios.

En efecto, la Comisión había entendido que *Aéroports de Paris*, sirviéndose de su posición dominante como entidad gestora de los aeropuertos de París para imponer cánones comerciales discriminatorios en los aeropuertos de Orly y de Roissy-Charles de Gaulle a los agentes y usuarios que ejercen servicios de asistencia o autoasistencia en tierra relativos a la mayordomía aérea (incluidas las actividades de carga y descarga de alimentos y bebidas del avión), a la limpieza de las aeronaves y a los servicios de carga, había infringido lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado CE.

El tema de las tasas discriminatorias en los aeropuertos ha cobrado especial relevancia en este sentido, pues entre el último año del milenio pasado y los dos primeros años del nuevo han recaído numerosas sentencias en este campo, en las que el Reino de España, como tendremos ocasión de ver en detalle, también ha sido “condenado”. La argumentación que la Comisión ha empleado en estos casos ha sido la que se fundamenta en la teoría del abuso en los mercados conexos o vecinos.

Uno de los caracteres más peculiares de todo el derecho comunitario de competencia –sobre todo si se compara con su homólogo estadounidense– es la capacidad de sancionar un abuso de posición dominante cometido en un mercado relevante de producto distinto a aquel en el que la empresa tiene posición de dominio, pero relacionado o “conexo” con éste. Este mercado la doctrina europea anglosajona³² lo conoce como *ancillary market* o mercado auxiliar; en el ámbito de la Unión Europea esta construcción recibe la denominación de “abuso en un mercado vecino”, y el equivalente principal en Estados Unidos es el *monopoly leveraging*.

Las veces que se ha aplicado esta doctrina empiezan a multiplicarse, y con ellas el repertorio de “mercados conexos” que los órganos comunitarios y nuestro propio Tribunal de Defensa de la Competencia manejan. En el ámbito que nos ocupa, y al margen de algunas sentencias más o menos folclóricas (mercado de tiendas “duty free” y mercado de tiendas “duty paid” en los aeropuertos³³), esta teoría del abuso en los mercados vecinos o afines está teniendo un especial protagonismo en toda la “saga” de pronunciamientos de la Comisión sobre los cánones de aterrizaje discriminatorios en

³⁰ Sentencia del TPI (Sala Tercera), de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98.

³¹ Decisión de la Comisión, de 11 de junio de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/35.613 – *Alpha Flight Services / Aéroports de Paris*), DOCE L230/10.

³² *Vid.*, por ejemplo, JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union”, *64 Antitrust L. J.* 443 (1996), págs. 443 a 517.

³³ Resolución del TDC, de 16 de septiembre de 1998, Expte. R 296/98, *Aeropuertos españoles*.



diversos aeropuertos del EEE, al establecerse la conexidad entre el mercado de transporte aéreo de pasajeros y mercancías y el mercado de servicios de aterrizaje y despegue.

En el primero de ellos, la Decisión *Aeropuerto Nacional de Bruselas*³⁴, se condenó al Reino de Bélgica por aplicar un sistema de descuentos sobre el canon de aterrizaje que tenía el efecto de aplicar condiciones desiguales a unas compañías aéreas por servicios equivalentes en el ámbito de los despegues y aterrizajes, infligiéndoles así una desventaja competitiva. Pues bien, en la definición del mercado relevante, se establece (Párrafo nº 8) como primer mercado afectado el de los servicios relacionados con el acceso a las infraestructuras aeroportuarias que constituyen la razón de ser del canon; y se dice a continuación (Párrafo nº 9) que:

“por otro lado, los vuelos intracomunitarios medios y cortos constituyen un mercado vecino pero diferenciado. Este mercado resulta afectado por el comportamiento de la empresa que opere en el ámbito de los servicios relacionados con los despegues y aterrizajes”.

Esta Decisión de la Comisión señala a continuación (Considerando nº 12) con un lenguaje que recoge casi literalmente el texto del tipo antitrust del artículo 82 del Tratado CE, y sin ningún tipo de dudas que:

“el sistema de descuentos sobre el canon de aterrizaje que establece el Real Decreto de 22 de diciembre de 1989 tiene como efecto aplicar condiciones desiguales a unas compañías aéreas por servicios equivalentes en el ámbito de los despegues y aterrizajes, infligiéndoles así una desventaja competitiva”.

Tras idénticos pronunciamientos para los aeropuertos portugueses³⁵ y finlandeses³⁶, le ha tocado el turno a las autoridades españolas –en la persona del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)-, condenadas en la Decisión *Tasas de aterrizaje en los Aeropuertos Españoles*³⁷ por el mismo comportamiento anticompetitivo. Y, como en el caso de la Decisión anterior, se establece (Párrafo nº 34) la existencia de mercados conexos:

³⁴ Decisión 95/364/CE, de la Comisión, de 28 de junio de 1995, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE, *D.O.C.E.* L216/8, de 12 de septiembre de 1995.

³⁵ Decisión de la Comisión de 10 de febrero de 1999 (IV/35.767 – *Aeropuertos Portugueses*), *D.O.C.E.* L 69/24, de 16 de marzo de 1999.

³⁶ *IImailulaitos / Luftfartsverket*, Decisión 1999/198/CEE, de la Comisión, de 10 de febrero de 1999 (Asunto IV/35.767), *D.O.C.E.* L 69/24, de 16 de marzo de 1999.

³⁷ Decisión 2000/521/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 3 del artículo 86 del Tratado CE, *D.O.C.E.* L208/36, de 18 de agosto de 2000: “*el sistema de descuento sobre los cánones de aterrizaje y la modulación de estos cánones según el origen del vuelo, establecidos por los Reales Decretos 1064/1991 y 1268/1994 y la Ley 41/1994, constituye una medida incompatible con el apartado 1 del artículo 86 del Tratado, en relación con el artículo 82 de dicho Tratado, así como del artículo 59 del Acuerdo sobre el EEE, en relación con el artículo 54 de dicho Acuerdo*” (Artículo 1).



“por otra parte, los mercados del transporte de pasajeros y mercancías en vuelos cortos y medianos dentro del EEE constituyen un mercado afín pero distinto que se ve afectado por los efectos de una práctica abusiva en el mercado de los servicios de aterrizaje y despegue”.

En esta Decisión se analizan los sistemas de fijación de cánones de aterrizaje en los aeropuertos españoles, previstos en nuestro país por los artículos 1 y 7 del Real Decreto 1064/91, y que vienen a suponer un descuento sobre esta tasa en función del número de operaciones de aterrizaje efectuadas durante el período de un mes en un mismo aeropuerto.

Como señala la Decisión (Considerando nº 47), el menor descuento se concede cuando se llega a una cifra de entre 51 y 100 operaciones de aterrizaje mensuales. Este umbral es suficientemente bajo para que puedan beneficiarse de él muchas compañías aéreas nacionales y extranjeras. Sin embargo, los descuentos de mayor cuantía benefician especialmente a las compañías españolas, como Iberia, Binter Canarias, Spanair, Air Europa y Air Nostrum, todas las cuales disfrutaban de la categoría de descuentos de mayor alcance.

Además, y en relación al sistema que tenía establecido AENA de modulación de los cánones según la naturaleza del vuelo (nacional o internacional), añade la Comisión (Considerando nº 56):

“el sistema de modulación de las tasas de aterrizaje tiene por efecto aplicar condiciones desiguales para servicios de aterrizaje y despegue equivalentes prestados a las compañías aéreas. Esta circunstancia coloca a las compañías que ofrecen vuelos dentro del EEE en una situación competitiva desventajosa frente a las compañías que efectúan vuelos nacionales, y por tanto constituye un abuso de posición dominante en el sentido de la letra c) del apartado 2 del artículo 82”.

Evidentemente, cualquier empresa –y esto incluye a aquellas que gozan de una posición de dominio- está perfectamente legitimada, en el Derecho comunitario de competencia, a otorgar a sus clientes descuentos por cantidad, si por la proporción y volumen de sus compras o servicios adquiridos la empresa prestadora reduce los costes de suministro. Sin embargo, y esto lo señaló (Considerando nº 53) el TJCE al desestimar el recurso planteado por el gobierno de Portugal contra la Decisión de la Comisión anteriormente citada, en la Sentencia *República Portuguesa c. Comisión de las Comunidades Europeas*³⁸, esos descuentos no pueden resultar en la aplicación de condiciones diferentes para prestaciones equivalentes, especialmente si –como parece que era el caso-, los beneficiados de este trato discriminatorio son precisamente las compañías aéreas nacionales de los aeropuertos en los que se aplican estas tasas:

“En ausencia de una justificación objetiva, tener un sistema con un umbral tan alto que sólo pueda alcanzarlo un número particular y

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Sexta), de 29 de marzo de 2001, Asunto C-163/99, E.C.R. 2001, pág. 0000.



muy reducido de empresas socias de la que ocupa una posición de dominio, o la ausencia de una progresión lineal en el aumento de los descuentos de cantidad, puede constituir evidencia de un trato discriminatorio”.

Tampoco fue estimado el motivo del recurso portugués que alegaba la ausencia de discriminación en razón de la nacionalidad, ya que el sistema establecía una distinción meramente entre vuelos domésticos y vuelos internacionales, a los efectos de calcular las tasas por aterrizaje, y por tanto no dependía de la nacionalidad del avión. El TJCE se encargó de recordar (Considerando nº 44) que lo que la Comisión está sancionando no es la discriminación por razón de nacionalidad, sino que la discriminación a que se refiere el párrafo c) del artículo 82 hace referencia a todas aquellas diferencias comerciales impuestas –sin una justificación objetiva- por una empresa en posición de dominio.

En este mismo sentido, otro de los mercados conexos el del resto de servicios que los aviones demandan en los aeropuertos, como el del catering para las comidas a bordo, y que también fue objeto de análisis en la ya citada Sentencia *Aéroports de Paris c. Comisión de las Comunidades Europeas*³⁹, en la que el Tribunal de Primera Instancia vuelve a insistir en las argumentaciones ya expuestas, y haciendo notar una cuestión que muchas veces pasa inadvertida cuando se analiza la figura de los precios discriminatorios, recalcando que el problema no es tanto el hecho de que sean unas tasas excesivas, cuanto el hecho de aplicar condiciones disimilares para prestaciones equivalentes. Señala el TPI (Considerando nº 169):

“El abuso consistente en la aplicación de tasas discriminatorias sólo puede existir, por definición, cuando un competidor de Alpha Flight Services –en concreto Orly Air Traiteur, un nuevo prestador de servicios en tierra para aviones- llega al mercado. El hecho de que el nivel de la tasa que AFS tenía que pagar fuera una cuantía propuesta por la propia AFS, como respuesta a una solicitud de presupuestos por parte de Aéroports de Paris, no hace que dicha tasa escape a la sanción por el artículo 86 del Tratado, especialmente cuando la cuestión aquí debatida no es tanto el nivel de las tasas como tal sino su carácter discriminatorio”.

D) Conclusión.

Como conclusión a este apartado podemos señalar la declaración que la propia Comisión ha efectuado recientemente (en fecha 7 de junio de 2004), en la que anunciaba los resultados de su investigación⁴⁰ sobre si las compañías aéreas europeas

³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera), de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98, E.C.R. 2000, pág. 0000.

⁴⁰ Vid., “The Commission declares that internet airline ticket sales are no longer subject to price discrimination”, *SJ BERWIN Community Week*, nº 148, June 14, 2004.



discriminaban en precios en los billetes de avión al cobrar diferentes tasas en función del lugar de residencia del cliente.

El año pasado la Comisión recibió numerosas quejas por parte de consumidores que pensaban que habían sido objeto de esta discriminación anticompetitiva cuando adquirieron sus billetes de avión. Estas quejas se agudizaban en lo relativo a la venta de billetes por Internet, ya que se alegaba que las compañías aéreas estaban empleando los datos –las direcciones– de sus domicilios y tarjetas de crédito para ofrecerle diferentes precios –en función de sus países de residencia– por billetes idénticos. Se señaló que estas diferencias en los precios llegaron a alcanzar el 300% entre diferentes países.

En diciembre de 2003 la Comisión se dirigió por escrito a un total de 18 compañías aéreas europeas, preguntándoles si estaban aplicando diferentes precios para los mismos billetes, en función del país de residencia del cliente, y si era así, que justificaran la existencia de dichas diferencias.

Hacia abril de 2004 la Comisión ya había recibido respuesta de la mayoría de las aerolíneas consultadas (16 sobre el total de 18), las cuales afirmaban que los precios a los que ofrecían los billetes eran los mismos, con independencia del lugar de residencia del comprador. Aunque algunas de estas compañías admitieron haber aplicado en el pasado precios discriminatorios, todas ellas aseguraron que dichas restricciones habían sido ya eliminadas. El estudio efectuado por la Comisión demostró que dichas prácticas efectivamente ya no tenían lugar, incluso por parte de aquellas compañías que no habían admitido los cargos pese a las reclamaciones de los consumidores.

Aunque puede que todavía se mantengan ciertas diferencias para los billetes que se expiden en el formato tradicional, en papel, los que se venden de forma electrónica a través de Internet u otros medios telemáticos están disponibles en toda la Unión Europea sin discriminación, excepto –en algunos casos– algunas diferencias que todavía subsisten, pero que están motivadas por las diferencias en las tasas que cobran los aeropuertos por los servicios en tierra.

4. El transporte marítimo.

En este sector encontramos también un abundante número de pronunciamientos que abordan la prohibición de la no discriminación a los precios que aplican los diferentes operadores que confluyen en el tráfico marítimo, tanto de mercancías como de viajeros.

Para una mejor sistematización de las posibles prácticas discriminatorias que pueden tener lugar en este sector de los transportes marítimos, dividiremos la exposición en tres partes, que abordarán la prohibición general de discriminación, las prácticas de precios discriminatorios en mercados conexos al mercado del transporte marítimo, y por último el tema de las conferencias marítimas.

A) La prohibición general de discriminación.

Volviendo al debate reseñado en la introducción sobre los fines del Derecho antitrust, y en relación con la aplicación de los principios generales de este ordenamiento a la figura de la discriminación de precios, hay que señalar que las leyes



antitrust siempre han tenido que abordar la cuestión de qué objetivo han de perseguir esas leyes, si garantizar la eficiencia o garantizar cierta justicia o equidad en el mercado. En un interesante artículo⁴¹ el profesor MICHEL WAELBROECK analiza a partir del Tratado de Roma, la relación entre las leyes de Defensa de la competencia y la discriminación.

En primer lugar se analiza el principio general comunitario de no discriminación, a través de las variadas formas que adopta en el Tratado: la regulación económica de los Estados miembros que discriminan por razón de la nacionalidad; la discriminación llevada a cabo por la legislación comunitaria entre productores agrícolas y consumidores; la discriminación llevada a cabo por los empleadores entre hombres y mujeres; las técnicas discriminatorias de las empresas de los Estados miembros a favor de otras empresas nacionales en sus relaciones comerciales; finalmente, la discriminación en cuanto a las tarifas y condiciones en materia de transportes.

Su conclusión es que el principio comunitario de no discriminación no puede trasladarse a la regulación de las conductas de mercado. En concreto, afirma que “siendo realistas, las empresas no pueden verse obligadas a tratar a todos sus clientes de igual manera. Es necesario permitirles que se ajusten a las circunstancias económicas cambiantes, para adaptarse a diferentes entornos de mercado, responder a las presiones competitivas y, en general, ser competitivas. Es necesario permitirles que discriminen. Hay, por tanto, una aparente contradicción entre lo que parece ser un principio comunitario fundamental y las exigencias de la vida empresarial”⁴².

Con todo, y tendremos oportunidad de comprobarlo en el sector del transporte marítimo, se mantienen todavía en el seno de la Unión Europea prácticas de precios discriminatorios que tienen como fundamento para su distinción la nacionalidad o el país de origen del buque o la empresa que demanda unos servicios.

Esta cuestión se planteó en estos términos en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova ante el TJCE, y que dio lugar a la importante Sentencia *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*⁴³. El litigio tuvo lugar cuando la empresa Siderurgica Gabrielli demandó a Merci Convenzionali por una serie de pagos que consideraba injustificados y abusivos, así como por las pérdidas sufridas debido a una huelga de estibadores en el puerto de Génova, al no poder encargarse sus trabajadores alemanes, ya que la carga, descarga, almacenamiento y demás actividades relacionadas que tengan lugar en el puerto están reservadas a las empresas que gestionan el puerto, y cuyos trabajadores –miembros de esas compañías– tienen que ser italianos.

Naturalmente, el TJCE recordó en primer lugar (Considerando nº 11) el principio general de no discriminación existente en la Comunidad Europea, al que hacía referencia el profesor Waelbroeck, y que el artículo 7 del Tratado CE, que establece el principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado aplicarse de manera independiente sólo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la

⁴¹ WAELBROECK, M., “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 153.

⁴² *Ibid.*, pág. 148.

⁴³ Sentencia del TJCE, de 10 de diciembre de 1991, Asunto C-179/90, E.C.R. 1991, pág. I-5889.



discriminación. En el ámbito que estamos trabajando ahora, el de la libre prestación de servicios, este principio de no discriminación ha sido aplicado y concretado por el artículo 59 del Tratado, que fija el objetivo de eliminar las restricciones que puedan existir a esta libre prestación de servicios, objetivo que habría debido alcanzarse –como ha quedado dicho en el epígrafe II de este trabajo- en el marco de la política común que se define en los artículos 74 y 75 del Tratado.

En lo que se refiere al transporte marítimo, el apartado 2 del artículo 84 del Tratado establece que el Consejo podrá decidir en qué medida podrán adoptarse disposiciones apropiadas para este tipo de transportes, y es lo que le ha llevado a adoptar el Reglamento CEE nº 4055/86, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros⁴⁴. Del tenor literal del artículo 1 de esta norma se desprende claramente que la actuación del gobierno italiano infringe el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

Señala a continuación el TJCE (Considerando nº 14) que los derechos de exclusiva sobre las tareas de carga y descarga en el puerto de Génova atribuidos legalmente a la empresa gestora la hacen ostentar una posición de dominio en el sentido del artículo 82 del Tratado CE, cuya explotación abusiva puede constituir una práctica anticompetitiva de las sancionadas por dicho precepto.

Concluye el Tribunal (Considerando nº 19) que:

“De las circunstancias descritas se deduce que las empresas que gozan de derechos de exclusiva de acuerdo con los procedimientos previstos por la legislación nacional están, como consecuencia de ello, exigiendo pagos por servicios que no han sido solicitados, aplicando precios desproporcionados, rehusando el empleo de técnicas más modernas –lo que supone un aumento del coste de las operaciones y una prolongación del tiempo necesario para llevarlas a cabo- y concediendo reducciones de precio a ciertos clientes que son compensadas con aumentos en las tarifas aplicadas a otros”.

Como puede fácilmente apreciarse, el último inciso de este Considerando se ajusta a la definición del ilícito antitrust de la discriminación de precios (aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes), prohibido por el apartado c) del art. 82, mientras que el resto de conductas abusivas son las contempladas por los apartados a) –imponer a las partes contratantes precios u otras condiciones de venta no equitativas- y b) –limitar la mejora técnica en perjuicio de los consumidores-.

Igualmente, parecidas cuestiones se suscitaron en otra cuestión prejudicial, que dio origen a la primera de una larga saga de decisiones en este ámbito, la Sentencia *Corsica Ferries Italia srl c. Corpo dei Piloti del Porto di Genova*⁴⁵, en la que el

⁴⁴ D.O.C.E. L 378, de 31 de diciembre de 1986, p. 0001-0004.

⁴⁵ Sentencia del TJCE, de 17 de mayo de 1994, Asunto C-18/93, E.C.R. 1994, pág. I-1783.



Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea vuelve a abordar la política de precios discriminatorios impuesta en el Puerto de Génova por razón de la nacionalidad.

En efecto, en esta ocasión la controversia se originó porque la compañía Corsica Ferries, que presta como empresa de transporte marítimo un servicio de línea regular entre el puerto de Génova y diferentes puertos de Córcega mediante dos transbordadores matriculados en Panamá y que navegan bajo pabellón de dicho Estado, no pudo acceder al descuento sobre la tarifa base que le cobraban por los servicios de práctico portuario, ya que la licencia de cabotaje marítimo que habilitaba para dicho descuento se concedía únicamente a los buques que navegaran bajo pabellón italiano.

Tras remitirse en muchos puntos a *Merci convenzionali* para aclarar el alcance del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y la aplicación de las normas de Derecho de competencia al sector del transporte marítimo, concluye el TJCE en esta Sentencia (Considerando nº 33) refiriéndose al régimen preferente que tienen los buques autorizados para el tráfico de cabotaje –es decir, los que navegan bajo pabellón nacional-:

“Dicho régimen establece una discriminación indirecta entre los operadores económicos, por razón de su nacionalidad, dado que los buques que navegan bajo pabellón nacional son explotados, por regla general, por operadores económicos nacionales, mientras que los transportistas originarios de otros Estados miembros no explotan, en general, buques matriculados en el primer Estado”.

Señala además el TJCE (Considerandos nn. 43 y 44) que estas prácticas discriminatorias, en cuanto que afectan a empresas que efectúan transportes entre dos Estados miembros, pueden afectar al comercio entre Estados miembros, y son una explotación abusiva de una posición dominante consistente en aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, en el sentido del art. 82.c) del Tratado CE.

B) El mercado de los servicios portuarios.

En este punto es preciso tener en cuenta la doctrina ya citada de los mercados conexos. Como se desprende de diversas decisiones de la Comisión⁴⁶ y sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁷ es posible que una empresa que ofrezca servicios en instalaciones portuarias pueda ejercer una conducta anticompetitiva en el mercado del transporte marítimo de mercancías o pasajeros, mediante discriminación de precios en los servicios del puerto.

La teoría del abuso en los mercados conexos es, como ha quedado dicho al hablar del sector del transporte aéreo, particularmente relevante en el ámbito

⁴⁶ Decisión 94/19/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993 (Asunto IV/34. 689 – *Sea Containers / Stena Sealink*), D.O.C.E. L 15/18, de 18 de enero de 1994.

⁴⁷ Sentencia del TJCE (Sala 6ª) de 17 de julio de 1997, Asunto C-242/95, *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner*, E.C.R. 1997 p. I-4449.



comunitario⁴⁸, haciendo más fácil la apreciación de una posición de dominio⁴⁹. La idea fundamental, y que tiene perfecto encaje en el sector del transporte marítimo, consiste en la posibilidad de que un operador que carezca de posición relevante ejerza una conducta abusiva contraria al artículo 82 del Tratado CE en virtud de su posición de dominio en un mercado conexo en el que sí goza de esa posición dominante, teniendo ese mercado conexo efectos sobre el primero.

En efecto, al utilizar el concepto de *ancillary market* o mercado auxiliar además del concepto clásico de mercado principal, esta doctrina permite abordar el problema que se plantea cuando en un mercado subordinado –el de los servicios portuarios– una conducta de discriminación de precios tiene efectos anticompetitivos sobre el mercado principal del transporte marítimo.

Muy próxima a la doctrina de los mercados conexos se ha desarrollado la teoría de las *essential facilities* o instalaciones esenciales que tendría lugar “cuando una empresa dominante en un mercado dispone en exclusiva de un servicio que es esencial para poder actuar en un mercado conexo y niega su utilización a un consumidor”⁵⁰. Es particularmente ilustrativa en este sentido la decisión de la Comisión *Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE*⁵¹ en la que la Comisión entendía que se estaba denegando injustificadamente el suministro de un input esencial para que otra empresa realizara su actividad –la información sobre programas de televisión a una guía semanal– cuando las propias cadenas competían en el mercado conexo de las guías de programación.

Esta doctrina es fácilmente extensible al sector del transporte marítimo, puesto que efectivamente los servicios portuarios son esenciales para la prestación de servicios de transporte de viajeros o mercancías. Tanto la Comisión como el Tribunal se han pronunciado sobre la posibilidad de que una empresa de gestión portuaria aplique precios discriminatorios a las distintas navieras, especialmente si ella misma actúa sobre el sector del transporte marítimo también.

En la ya citada Sentencia *GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner* el Tribunal examina en una cuestión prejudicial la conducta de una empresa pública danesa encargada de la gestión de un puerto comercial de imponer tasas portuarias desproporcionadas para una naviera, operando la propia empresa gestora en el mercado del transporte marítimo en el Báltico. La decisión del Tribunal es reveladora de la validez de las ideas anteriores, ya que la empresa denunciada alega que no ocupa posición de dominio en el mercado del transporte marítimo, y ello es aceptado por el TJCE, que sin embargo sí mantiene la existencia de la posición de dominio en el

⁴⁸ La primera resolución que lo admite explícitamente fue la Sentencia *Tetra Pak International, S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas* del TPI (Sala 2ª) de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755.

⁴⁹ *Vid.* Opinión nº 52 del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer sobre una relajación de la relación entre la posición dominante y el abuso en virtud de esta doctrina.

⁵⁰ PASCUAL Y VICENTE, J., “Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-Marcial Pons, pág. 273.

⁵¹ Decisión 89/205/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1988 (Asunto IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE*), D.O.C.E. L 078/43, de 21 de marzo de 1989.



mercado de los servicios portuarios, y además ejerce una conducta abusiva consistente en una discriminación de precios⁵².

La Comisión ya recogía la doctrina de las *essential facilities* en mercados conexos al mercado principal del transporte marítimo en su decisión *Sea Containers contra Stena Sealink*⁵³, en cuyo considerando 66 se pronuncia en los siguientes términos:

“Una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas (esto es, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes) y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el artículo 86 si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo (6). Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción al artículo 86 cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia.”

Así mismo, en otra de las sentencias de la saga *Corsica Ferries*, *Corsica Ferries France SA c. Grupo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl*⁵⁴ el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resolvió la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Génova sobre una cuestión de tasas discriminatorias por servicios portuarios.

Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre *Corsica Ferries France SA*, por una parte, y el *Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl* (la corporación de los prácticos del puerto de Génova), el *Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl* (la corporación de prácticos del puerto de La Spezia), así como el *ministero dei Trasporti e della Navigazione*, por otra.

Corsica Ferries es una sociedad francesa que, como empresa de transporte marítimo, realiza desde el 1 de enero de 1994 un servicio regular mediante transbordadores entre Córcega y algunos puertos italianos, como Génova y La Spezia. Durante el período comprendido entre 1994 y 1996, *Corsica Ferries* pagó a las corporaciones de prácticos de Génova y de La Spezia determinadas cantidades como contraprestación por las operaciones de practicaje (amarre y desamarre de buques) a las que dieron lugar las escalas de sus buques en dichos puertos.

⁵² Considerando 46 de la sentencia *GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner*, del TJCE (Sala 6ª) de 17 de julio de 1997, Asunto C-242/95, E.C.R. 1997 p. I-4449.

⁵³ Decisión 94/19/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993 (Asunto IV/34. 689 – *Sea Containers / Stena Sealink*), D.O.C.E. L 15/18, de 18 de enero de 1994.

⁵⁴ Sentencia del TJCE (Sala Quinta), de 18 de junio de 1998, Asunto C-266/96.



El 2 de julio de 1996, sobre la base del artículo 633 del *Codice di Procedura Civile italiano*, Corsica Ferries presentó ante al Tribunal de Génova una solicitud de que se dictase una orden conminatoria de pago contra ambas corporaciones, por pagos indebidos, justificando su reclamación en dos motivos:

En primer lugar, las tarifas aplicadas a las operaciones de practicaje en los puertos a que se refiere en el procedimiento principal no tienen ninguna relación con el coste de los servicios que los prácticos prestan efectivamente a los buques y, por añadidura, varían de un puerto a otro, de forma que se obstaculiza tanto la libre prestación de servicios, garantizada en el sector de los transportes marítimos por el Reglamento n. 4055/86, como la libre circulación de mercancías, garantizada por el artículo 30 del Tratado.

En segundo lugar, a juicio de la demandante dichos pagos se establecieron en infracción de las normas del Tratado en materia de competencia. Esta infracción resulta no sólo del hecho de que las tarifas son el fruto de acuerdos entre asociaciones de empresas prohibidos por el artículo 85 del Tratado, sino también del hecho de que, infringiendo el artículo 86 del Tratado, las corporaciones de prácticos de Génova y de La Spezia abusan de la posición dominante que ostentan en una parte sustancial del mercado común, al aplicar tarifas no equitativas, al impedir que las empresas navieras utilicen su propio personal capacitado para proceder a las operaciones de practicaje y al fijar tarifas distintas según los puertos para prestaciones idénticas efectuadas en favor de buques idénticos.

Al margen de otras interesantes cuestiones –que exceden el ámbito de este trabajo–, una de las preguntas que el Tribunal de Génova hace al TJCE es si no se opone al art. 81 y 82 la aplicación de tarifas que varían según los puertos mientras que las prestaciones son equivalentes; es decir, si no serían tarifas discriminatorias.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su pronunciamiento, aclara a este respecto que las operaciones de practicaje revisten un interés económico general que ofrece caracteres específicos en relación con el que revisten otras actividades económicas y que puede determinar su inclusión en el ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. En efecto, los prácticos de puerto están obligados a prestar en todo momento y a todo usuario un servicio universal de practicaje, y ello por motivos de seguridad en las aguas portuarias. En cualquier caso, la República Italiana ha podido considerar que, por razones de seguridad pública, era necesario otorgar a corporaciones locales de operadores el derecho exclusivo a efectuar el servicio universal de practicaje.

Por tanto, no es incompatible con el artículo 86 ni con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado incluir en el precio del servicio un elemento destinado a cubrir el coste de mantenimiento del servicio universal de practicaje, en la medida en que corresponda al coste adicional que implican las características específicas de dicho servicio, ni establecer, para este servicio, tarifas distintas en función de las características propias de cada puerto⁵⁵.

⁵⁵ *Vid.*, la opinión del Abogado General Fennelly (Considerando nº 35), que en este punto es mucho más explícito que el TJCE, al afirmar la no existencia de discriminación, detallando las diferentes condiciones de uno y otro puerto, el tipo de tonelaje de los barcos que utilizan los servicios de embarque y amarraje, y porque las diferencias de precios están objetivamente justificadas.



C) Las conferencias marítimas.

Otra cuestión de gran relevancia en el tema que nos concierne es el de las conferencias marítimas. Se trata de “un grupo de dos o más transportistas armadores que preste servicios internacionales regulares para el transporte de mercancías siguiendo una o más líneas determinadas dentro de unos límites geográficos específicos y que ha concluido un acuerdo o un trato, cualquiera que sea su naturaleza, en cuyo marco dichos transportistas operan conforme a fletes uniformes o comunes y a todas las demás condiciones de transporte establecidas para la prestación de los servicios regulares” – en la redacción dada por el Reglamento 4056/86 de exención por categorías de las conferencias marítimas –.

Existe la percepción de que se trata de cárteles de fijación de precios, pero tradicionalmente se ha aceptado al entender que era beneficioso para los usuarios de estos servicios al poder disponer de transporte en fácilmente accesible y en menor tiempo. Por ello, se dictó en su día el Reglamento 4056/86 de exención por categorías, por el que se excluía de la aplicación del artículo 82 del tratado CE a los acuerdos de fijación de precios en el seno de estas conferencias con una serie de condiciones.

Sin embargo, desde la Comisión y desde el propio Tribunal de Luxemburgo se han contemplado estos acuerdos de forma muy restrictiva. Numerosos pronunciamientos de una y otro apuntan en este sentido, como por ejemplo en la Sentencia *Compagnie Maritime Belge Transports c. Comisión*⁵⁷, que declararía no aplicable la exención de la partición de viajes o escales si esta coordinación tuvo lugar entre conferencias marítimas, y no propiamente entre los miembros de una conferencia.

Por otra parte, el TPI ha estimado que los miembros de una conferencia pueden ejercer una posición de dominio colectiva que no queda cubierta por el Reglamento de exención, como lo hace en la sentencia *Atlantic Container c. Comisión*⁵⁸. Finalmente, también reducen el TPI la aplicación de la exención a la fijación de precios entre navieras de una conferencia que incluyan además otros medios de transporte terrestre, en contratos de prestación de transporte multimodal, en la sentencia *Compagnie générale maritime c. Comisión*⁵⁹.

Esta visión recelosa de las conferencias marítimas por parte de las instituciones comunitarias ha desembocado en estudios recientes que contemplan la eliminación de la exención por categorías, que supondría un cambio fundamental en el sector del transporte marítimo. En un documento de trabajo de la Dirección General de

⁵⁶ Reglamento (CEE) nº 4056/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos, Diario Oficial nº L 378 de 31/12/1986 p. 0004 – 0013.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports SA y Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. y Nedlloyd Lijnen BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93. E.C.R. 1996 p. II-1201.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line AB y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98. E.C.R. 2003 p. 00000

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-86/95. E.C.R. 2002 página II-01011.



Competencia de la Comisión europea⁶⁰, sin valor jurídico vinculante, pero que abre vía a una eventual nueva regulación que sí lo sea, se propone una revisión de la exención en bloque de las conferencias marítimas. La Comisión tiene en cuenta un cambio esencial de circunstancias, en primer lugar del propio mercado, con una tendencia de las navieras a las fusiones y de los usuarios a contratar a largo plazo, y en segundo lugar de las políticas de la Unión, ya que el Consejo Europeo de Lisboa instó a la Comisión a una liberalización de los transportes. En este contexto, la Comisión estima que la exención ya no se justifica por motivos de beneficios a los usuarios, ni siquiera por eficiencias económicas. La Comisión lanzará próximamente un *Green paper* con el objeto de perfilar una propuesta de Reglamento al Consejo en el próximo año.

5. El transporte ferroviario.

Finalmente, el último de los sectores que será objeto de análisis específico en este artículo es el sector del transporte por ferrocarril, y que debido al proceso de liberalización al que está sometido en la actualidad goza de especial relevancia en nuestro estudio. Esta liberalización está todavía en un grado muy embrionario en muchos Estados, siguiendo en manos públicas las principales empresas y la gestión de la red, como en España y Francia.

La regulación más importante del sector en el tema que nos concierne es la directiva 1017/68 de aplicación de normas de competencia a los sectores de transporte por ferrocarril⁶¹. Con él se pone énfasis en la prohibición de las prácticas concertadas que tengan por objeto o por efecto la fijación de precios o condiciones de transporte, lo que ha motivado varias resoluciones del Tribunal de Luxemburgo.

En la sentencia *Deutsche Bahn contra la Comisión*⁶² el Tribunal de Primera Instancia estima que la fijación de precios entre tres compañías ferroviarias nacionales de tres Estados miembros para el transporte de contenedores para el posterior transporte marítimo no se justifica por la excepción del propio Reglamento de validez de los acuerdos de cooperación técnica.

El TPI en la sentencia *Union Internationale de Chemins de fer contra Comisión*⁶³ es especialmente reveladora en materia de concertación de precios, ya que en este caso serían las agencias de viajes las que contribuirían a una fijación indirecta de condiciones de transacción con una decisión de asociación de empresas ferroviarias que regula las modalidades de venta de billetes internacionales de ferrocarril. Aquí retorna el TPI a la noción de los mercados conexos y las *essential facilities*, que serían en este caso la venta de billetes para viajes internacionales, respecto del mercado principal

⁶⁰ http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/maritime/revie_w_4056.pdf

⁶¹ Reglamento (CEE) nº 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. Diario Oficial nº L 175 de 23/07/1968 p. 0001 – 0012.

⁶² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada) de 21 de octubre de 1997, *Deutsche Bahn AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-229/94, E.C.R. 1997 página II-01689

⁶³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala tercera ampliada) de 6 de junio de 1995, *Union Internationale des Chemins de fer c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-14/93. E.C.R. 1995, página II-01503.



constituido por los propios viajes en tren de pasajeros, pero el mercado principal se vería afectado por aquella decisión colectiva, que afecta directamente la venta de billetes, e indirectamente el propio transporte.

La sentencia *European Night Services c. Comisión*⁶⁴ prohíbe un acuerdo internacional de operación en común en los servicios ferroviarios nocturnos a través del túnel bajo el Canal de la Mancha de empresas británicas, francesas y holandesas, en atención a la especial atención del Reglamento a los acuerdos para fijar condiciones similares.

Tiene particular importancia en este sector el tercer paquete de directivas, adoptado recientemente por la Comisión y aún en trámite. El objetivo de este paquete ferroviario es el de abrir los transportes internacionales de pasajeros por ferrocarril a la competencia de la Unión Europea, integrando el espacio ferroviario europeo y dinamizando este sector⁶⁵. Este objetivo de un espacio único europeo de transporte por ferrocarril dinámico, competitivo y eficiente, es muy susceptible de suscitar problemas de discriminación de precios si se llega a la liberalización del sistema del modo que lo ha hecho Reino Unido –cabría esperar con más fortuna– recayendo la gestión de la red en manos privadas, a modo de mercados conexos análogamente a lo explicado respecto al transporte marítimo. La prestación de servicios por todas las compañías ferroviarias en todo el mercado europeo puede igualmente suscitar diferenciaciones de precios en un mercado que se pretende no fragmentado.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anteriormente European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) y Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. E.C.R. 1998 página II-03141

⁶⁵ Vid. Nota de prensa de la Dirección General de Transportes IP/04/291, de 2 de marzo de 2004 “*Por un ferrocarril europeo de calidad: la Comisión propone la apertura del mercado de los transportes internacionales de viajeros por ferrocarril en 2010*”.