

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.

### 1. Economía de mercado, libre competencia y derecho antitrust.

En los sistemas de economía de mercado destaca, como uno de los principios básicos, el de la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica. Se trata éste de uno de los pilares constitutivos de la Unión Europea, y como tal aparece regulado en los artículos 4 y 98 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>1</sup>. Dicho principio, asimismo, aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 38 de la Constitución Española.

Es importante destacar dos cuestiones: En primer lugar, el citado principio de la libertad de empresa no aparece consagrado en términos absolutos, sino que está sometido a diversas limitaciones que derivan de la protección de otros intereses, socialmente considerados también dignos de protección, y frente a los cuales cede el derecho individual a la libre iniciativa económica. En segundo lugar, los poderes públicos están obligados a mantener el sistema concurrencial, es decir la competencia económica en el mercado. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, en Sentencia de 1 de julio de 1986<sup>2</sup>.

La economía de mercado constituye, pues, un orden económico que admite en su seno bastantes fórmulas de organización de los mercados y no menos concepciones sociales y económicas sobre el papel del Estado y el resto de agentes económicos. Lo que distingue y caracteriza a la economía de mercado es la orientación de todos los procesos económicos hacia el consumo, que es el que se encarga de transmitir a los productores las líneas de actuación que tienen que seguir, mediante las valoraciones que llevan a cabo los consumidores y que se expresan en los precios. Por tanto, para que la economía de mercado pueda alcanzar sus fines es preciso que se garantice la libre fijación de precios en un entorno competitivo, ya que por el papel que éstos desempeñan en la toma de decisiones de los agentes económicos su falseamiento llevaría a una distorsión completa de todos los procesos del mercado.

Sin embargo, también las leyes que rigen el mercado tienen imperfecciones y fallos que, de no corregirse, pueden alterar gravemente su funcionamiento. En particular, ya que lo que mueve la competencia es un interés por obtener cada vez mayores beneficios, el principal obstáculo a este objetivo es precisamente la existencia de competencia por parte de otras empresas, lo que lleva a que los incentivos para limitar o suprimir la competencia

---

<sup>1</sup> “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad (...) se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”; “Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 4”. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957; utilizaremos para las citas de los artículos la versión consolidada que incorpora los cambios efectuados por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, D.O.C.E. C80, de 10 de marzo de 2001.

<sup>2</sup> Rec. Núm. 352 y 367/1983, B.O.E. de 22 de julio de 1986, Fto. Jco. nº 4: “Una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”.

sean muy fuertes. Esta situación se ha acentuado últimamente consecuencia de las nuevas tecnologías y la globalización, y estamos asistiendo a un proceso sin precedentes de fusiones y concentraciones empresariales en las cuáles late el debate –que desarrollaremos *in extenso* más adelante- de hasta qué punto lo que se busca son unas mayores eficiencias derivadas de las economías de escala o simplemente ponerse de acuerdo entre competidores para evitar tener que enfrentarse en el mercado.

Por tanto, la misma libertad, que es el fundamento último de la economía de mercado y de la competencia (habitualmente se refiere uno a estos términos como economías de *libre* mercado y *libre* competencia) puede convertirse también en su principal amenaza, ya que ningún agente puede sustraerse de la tentación de utilizar su libertad de actuación para buscar la eliminación de un competidor, situaciones de privilegio, o beneficios fáciles y elevados por medios distintos de la competencia basada en los méritos empresariales. Para evitar esto se hace imprescindible instaurar un sistema de normas protectoras de la libre competencia, de normas que regulen la libre competencia y prohíban y sancionen aquellas prácticas que puedan limitarla.

En consecuencia, tras hacer así su aparición, el derecho de la competencia se desarrolla a través de dos sistemas normativos diferentes<sup>3</sup>: por un lado, la regulación de la libertad de competencia, que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impidan la existencia de competencia en el mercado, y es por ello llamado derecho antimonopolio, derecho *antitrust*; por otro, la regulación de la competencia desleal, que comprende un conjunto de normas que vienen a sancionar aquellas conductas empresariales que atentan contra la lealtad o corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado. Tan importante es para el correcto funcionamiento de una economía este principio, que el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución *Microordenadores*<sup>4</sup> ha llegado a afirmar que “*en definitiva, puede afirmarse que el principio de libre competencia ha alcanzado un rango supralegal*”.

## 2. Los objetivos del Derecho antitrust: la Unión Europea y EE.UU.

Desde una perspectiva amplia, de corte próximo a cuestiones de filosofía política y legislativa, se ha sugerido 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”<sup>5</sup>. Esta finalidad a largo plazo se refleja en importantes decisiones del Tribunal Supremo norteamericano, como la recaída en el asunto *United States v. Topco Associates*<sup>6</sup>.

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

---

<sup>3</sup> *Vid.*, para una explicación del “nacimiento” de ambos sistemas normativos en nuestro ordenamiento jurídico, ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *ICE*, núm. 750, Febrero 1996, págs. 9 a 16.

<sup>4</sup> Resolución del TDC de 23 de junio de 1998, Expte. R 278/97, Voto Particular del Vocal Luis Berenguer.

<sup>5</sup> BLAKENEY, M., “Price Discrimination Laws: An Economic Perspective”, *Duq. L. Rev.*, Primavera 1981, pág. 495.

<sup>6</sup> 405 U. S. 596 (1972): “*las leyes antitrust en general, y la Sherman Act en particular, son la Carta Magna de la libre empresa.*”

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”<sup>7</sup>.

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 a continuación, 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.

De la anterior discusión podemos extraer la conclusión de 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 los distintos sistemas normativos<sup>8</sup> y sus inherentes diferencias materiales y procesales, esto es admitido tanto por la más moderna doctrina estadounidense<sup>9</sup> como por la europea<sup>10</sup>. Especialmente significativas a este respecto son las palabras de la profesora VALENTINE KORAH de que “no hay acuerdo sobre qué objetivos son los que tiene que perseguir el Derecho comunitario de competencia”<sup>11</sup>.

El peso específico que debe darse a cada uno de los fines antes reseñados ha dado lugar a una ingente discusión doctrinal<sup>12</sup> especialmente relevante para nuestro tema de estudio, al estar la valoración de la discriminación de precios enormemente condicionada por ella; así, se ha señalado que el problema es que las leyes que la regulan “no *discriminan* entre los diferentes tipos de discriminación, es decir, no distinguen entre aquellos tipos de discriminación que son beneficiosos porque llevan a una mejor asignación de recursos y por tanto benefician a los consumidores, a pesar de que algunos de los actuales competidores de la empresa discriminadora se vean perjudicados. Este último punto se deriva de 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 de los pequeños negocios”<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> IMMENGA, U., “El Derecho del Mercado”, *RDM*, nº 235, Enero / Marzo 2000, pág. 14.

<sup>8</sup> JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition under Article 86 of the European Union”, *Antitrust L. J.*, Vol. 64, 1996, pág. 446.

<sup>9</sup> KWOKA, J. E. y WHITE, L. J., *op.cit.*, pág. 4.

<sup>10</sup> BILAL, S. y OLARREAGA, M., “Regionalism, Competition Policy and Abuse of Dominant Position”, *Journal of World Trade*, Vol. 32 (3), Junio 1998, pág. 154.

<sup>11</sup> KORAH, V., *EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency*, Current Legal Problems, 1986, pág. 85, citado en FURSE, M., “The Role of Competition Policy: A Survey”, *ECLR*, Vol. 17 (4), 1996, pág. 255.

<sup>12</sup> *Vid.*, para una breve reseña de dicha discusión, BLAKENEY, M., *op.cit.*, pág. 494 (Nota nº 57).

<sup>13</sup> ZANON DI VALDIGURATA, L., “Price Discrimination under the Article 86 of the E.E.C. Treaty: The United Brands Case”, *Int'l & Comp. L. Q.*, núm. 31, 1982, pág. 52.

El marco de este análisis pasa también, necesariamente, por delimitar bien las diferencias entre las políticas y los sistemas antitrust comunitario y estadounidense. A modo de introducción, podemos señalar las siguientes cuestiones básicas<sup>14</sup>:

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 eficacia 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.

4) Mientras<sup>15</sup> 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).

Por ello no pretendemos hacer aquí un estudio exhaustivo de la cuestión, ya que es un tema de debate que en sí mismo merecería uno –o probablemente varios- estudios monográficos. Sí se intentará delimitar cuáles son los objetivos que, hoy por hoy, la normativa antitrust persigue, tanto en Europa como en Estados Unidos, pues a la luz de este debate –general- cobrarán sentido las diversas prohibiciones –particulares- que tanto los Estados miembros como la Comunidad han ido implementando contra las políticas de precios discriminatorios. Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante *in extenso*, la regulación de esta figura está estrechamente vinculada con el fin u objetivo que se atribuya a la normativa general antitrust, y precisamente la falta de consenso a este respecto es uno de los factores que motiva la precariedad, confusión y fragmentación de la actual normativa sobre la discriminación de precios.

---

<sup>14</sup> En esta parte de la exposición seguimos el desarrollo aportado por 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.

<sup>15</sup> 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.

Es bien conocido que el núcleo del debate se centra en considerar la maximización del bienestar como objetivo último del Derecho antitrust, propugnada por BORK<sup>16</sup>, POSNER<sup>17</sup> y en general los autores vinculados a la *Escuela de Chicago*<sup>18</sup>, y el corolario que de ahí se deriva de considerar que las nociones de equidad no deben tener ningún peso en el análisis legal<sup>19</sup>.

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 justicia<sup>20</sup> y la equidad<sup>21</sup> en el mercado, fines redistributivos de la renta<sup>22</sup> o simplemente defender los intereses de grupos de presión<sup>23</sup>, como los comerciantes o los granjeros.

Lo cierto es que, en contra de lo que se deduce del planteamiento de la Escuela de Chicago de considerar que preservar la eficiencia económica era el objetivo primordial de quienes elaboraron la Sherman Act, parece que conceptos como *eficiencia asignativa* o *deadweight loss* derivados del monopolio eran, en la fecha de promulgación de dicha ley, absolutamente desconocidos para sus autores<sup>24</sup>.

La mayor parte del derecho sustantivo antitrust estadounidense<sup>25</sup> 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 firmas”. 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

---

<sup>16</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 427.

<sup>17</sup> POSNER, R. A., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago 1976, pág. 19.

<sup>18</sup> *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 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”, *33 Antitrust Bull.* 677 (1988), págs. 677 y ss.

<sup>19</sup> KAPLOW, L. y SHAVELL, S., “Fairness versus Welfare”, *114 Harv. L. Rev.* 966, Febrero 2001, pág. 967.

<sup>20</sup> HOVENKAMP, “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, *51 Geo. Wash. L. Rev.* 1, 1982.

<sup>21</sup> SCHWARTZ, “Justice and other Non-Economic Goals of Antitrust”, *127 U. Pa. L. Rev.* 1076, 1979.

<sup>22</sup> LANDE, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged”, *34 Hastings L. J.* 65, 1982.

<sup>23</sup> DI LORENZO, “Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective”, *5 Int'l Rev. L. & Econ.* 73, 1985.

<sup>24</sup> *Vid.*, en defensa de esta tesis, HOVENKAMP, H., “The Marginalist Revolution in Legal Thought”, *46 Vand. L. Rev.* 305, 1993.

<sup>25</sup> 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.

resultado de esta “protección” sea reducir el volumen final de producto o incluso un nivel de precios al consumidor sensiblemente mayor.

Como atestiguan una serie de autores<sup>26</sup>, parece que la importancia de la Escuela de Chicago en el análisis antitrust ha decaído notablemente en los últimos años. Sin embargo, somos de la opinión de que el aporte de sus postulados jurídico-económicos en el Derecho antitrust ha supuesto un punto de inflexión en esta disciplina.

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 económica que es Europa, y del abismo conceptual y práctico que media entre el derecho continental y el *common law*.

Una de las voces más autorizadas en el derecho de competencia europeo, el profesor MICHEL WAELBROECK, opina sin lugar a dudas<sup>27</sup> 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 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) 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 eficiencia, 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.

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”<sup>28</sup>. Haciendo un recorrido por los

---

<sup>26</sup> SULLIVAN, L. A., “Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World”, *Antitrust L. J.*, Vol. 63, 1995, págs. 669 y ss.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> EHLERMANN, CLAUS-DIETER, “The Contribution of EC Competition Policy to The Single Market”, *CMLR*, Vol. 29, nº 2, Abril 1992, pág. 257.

principales elementos de la política comunitaria de competencia, el 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 85 y 86 “está, sobre todo y por encima, el objetivo específico de promover la integración”<sup>29</sup>.

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”<sup>30</sup>. 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”<sup>31</sup>.

Relacionado con el tema que nos ocupa, la discriminación de precios, el objetivo de la integración de los mercados encuentra en dicha figura 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 continua 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”<sup>32</sup>.

Por otro lado, desde un amplio sector doctrinal se señala<sup>33</sup> 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.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, pág. 261.

<sup>30</sup> SCHEUERMANN, F. S., “Common Market and Uncommon Prices? Reflections on the Kodak Decision and Price-Discrimination under Article 85 Rome Treaty”, *J. World Trade L.*, nº 5, 1971, pág. 534.

<sup>31</sup> MASTROMANOLIS, E.P., “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”, *ECLR*, Vol. 19 (4), Abril 1998, pág. 212.

<sup>32</sup> Comisión Europea, *IX Informe de Política de Competencia*, 1980, nn. 9 a 11.

<sup>33</sup> *Vid.*, por ejemplo, SMITH, A. y VENABLES, A., “Completing the Internal Market In the European Community. Some Industry Simulations”, *Eur. Econ. Rev.*, Vol. 32, 1988, págs. 1501 a 1525.

Es importante destacar que los términos *diferenciales* de precios y *discriminación* de precios 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 mismos. 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.

Como tendremos ocasión de ver en el epígrafe correspondiente, la discriminación de precios en el ámbito de la Comunidad Europea es 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”<sup>34</sup>. Lo cierto es que cualquier análisis de la política comunitaria de competencia que obvie estos fines “extra-competenciales”<sup>35</sup> estará viciado en su raíz.

Por ello, 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 algún sector doctrinal ha propuesto como punto de inflexión en el que nuestro ordenamiento antitrust abrace los objetivos de eficiencia y abandone por tanto los objetivos de protección de los pequeños consumidores: “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”<sup>36</sup>.

Lo que está claro es que en la situación actual de la Unión Europea y al nivel -¿precario?- de integración de mercados en el que nos encontramos 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*<sup>37</sup>, del Tribunal de Primera Instancia, en la que se resuelve –desestimándolo- el recurso interpuesto por la sociedad holding del grupo Volkswagen contra una Decisión<sup>38</sup> 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.

---

<sup>34</sup> SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, 67 *Antitrust L. J.* 641 (2000), pág. 667.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> KAUPER, T., *op.cit.*, pág. 14.

<sup>37</sup> *Volkswagen AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del TPI de 6 de Julio de 2000, Asunto T – 62/98

<sup>38</sup> 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.



### 3. El dilema: 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”<sup>39</sup>.

Naturalmente, 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*<sup>40</sup> está equivocada en sus planteamientos y es inviable desde el punto de vista de su aplicación en la práctica.

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

---

<sup>39</sup> ZAMORA CABOT, F. J., “Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos”, *RDM*, núm. 181-182, 1986, pág. 380.

<sup>40</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 203.

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”<sup>41</sup>.

En la Decisión *ECS / AKZO* antes citada, la Comisión hizo una consideración<sup>42</sup> al respecto que nos parece enormemente ilustrativa del debate que estamos analizando. Precisamente en un comentario doctrinal a esta Sentencia, y a otras (*United Brands, Hugin, Commercial Solvents*) que también han contribuido decisivamente a delimitar en el ámbito comunitario los conceptos de posición dominante, abuso, conducta, etc., se ha señalado que “estos pronunciamientos 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”<sup>43</sup>. Igualmente, en unas palabras que sintetizan muy bien esta cuestión y otras muchas que están siendo objeto de estudio en estas páginas, se ha puesto de manifiesto 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”<sup>44</sup>.

Como punto final a este apartado nos parece 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”<sup>45</sup>.

#### **4. Funcionamiento de los mercados e intervención de los gobiernos.**

La intervención de los gobiernos en la economía es un tema bastante controvertido, no tanto porque se niegue la existencia de fallos de mercado o la legitimidad del poder público para llevar a cabo esta “intromisión” en el ámbito de la autonomía privada, sino

---

<sup>41</sup> JEBSEN, P. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 459.

<sup>42</sup> 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 mercado, no en virtud de un mejor desempeño o una mayor eficiencia, sino abusando de su poder de mercado”.

<sup>43</sup> AL-DABBAH, M., “Conduct, Dominance and Abuse in Market Relationship: Analysis of Some Conceptual Issues under Article 82 European Community”, *ECLR*, Vol. 21 (1), Junio 2000, pág. 49.

<sup>44</sup> KAREFF, S., *op.cit.*, pág. 574.

<sup>45</sup> KORAH, V., *An Introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Ed. Maxwell, 1994, pág. 106.

porque se argumenta que la intervención del Estado en los mecanismos propios del mercado lo único que puede conseguir es introducir más ineficiencias, aunque sea por vías distintas. Con todo, en economías modernas como la estadounidense, nada ha sido más característico del período posterior a la Segunda Guerra Mundial que la expansión de la intervención estatal en amplios sectores de la economía y la sociedad, hasta el punto de poder caracterizar a dicha economía como la de una “economía *regulada* de estado del bienestar”<sup>46</sup>. Como todo movimiento en una dirección, esta escalada de intervención estatal en la economía no ha tardado en originar un movimiento en sentido contrario, lo que ha provocado en la actualidad que el debate<sup>47</sup> *regulación* versus *desregulación*, sea uno de los más intensamente discutidos en Estados Unidos.

En el ámbito del Derecho comunitario de competencia, desde luego que la cuestión no puede estar más de actualidad; en línea con la corriente crítica con el derecho antitrust proveniente de los defensores de la Nueva Economía que hemos reseñado en el último párrafo del apartado anterior, se ha puesto de manifiesto que “La Comisión ha adoptado una visión pesimista de la competencia en la nueva economía. Como consecuencia de esto, se está desarrollando una nueva ola de regulación intrusista con la paradoja de que, a medida que aumenta la competencia, también lo hace la regulación”<sup>48</sup>.

Desde un punto de vista de dogmática jurídica, la cuestión no ofrece dudas; igual que se reconoce que “un sistema funcional de Derecho de contratos es una condición imprescindible para la creación y desarrollo de las relaciones de mercado”, se admite que “las intromisiones en la libertad contractual son necesarias, con el fin de no desequilibrar más la autonomía privada garantizada”<sup>49</sup>. Por otro lado, la competencia en sectores regulados es un fenómeno relativamente novedoso, como ha puesto de manifiesto<sup>50</sup> en una obra de reciente aparición el profesor ARIÑO, pues hasta hace poco mercados como el eléctrico, petrolero, de transporte y de telecomunicaciones, tanto en España como fuera de nuestras fronteras estaban excluidos de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

La teoría económica, por su parte, ha identificado una serie de ineficiencias que es necesario corregir, y ahí es donde –de una manera u otra- ha de intervenir el Estado a través de las facultades que el ordenamiento jurídico le confiere o indirectamente a través de las agencias reguladoras creadas a tal efecto. La microeconomía<sup>51</sup> muestra que el equilibrio de un mercado competitivo es eficiente desde un punto de vista asignativo cuando se cumplen simultáneamente las siguientes condiciones:

1) El beneficio marginal social es igual que el beneficio marginal privado (es decir, el comprador es el único que se beneficia del bien):  $BM_gS = BM_g$ .

---

<sup>46</sup> ROLPH EDWARDS, J., *Regulation, The Constitution, and The Economy*, University Press of America, Inc., New York, 1998, págs. 49 y ss.

<sup>47</sup> *Vid.*, con abundante material doctrinal, sentencias y casos prácticos, HARRISON, J. L.; MORGAN, T. D. y VERKUIL, P. R., *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*, West Publishing Co., St. Paul., 1997.

<sup>48</sup> VELJANOVSKI, C., “E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission’s View of the Network Economy Right?” (Editorial), *ECLR*, Vol. 22(4), Abril 2001, pág. 120.

<sup>49</sup> IMMENGA, U., *op.cit.*, pág. 22.

<sup>50</sup> ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L., *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001.

<sup>51</sup> Seguimos, en esta parte de la exposición a GARCÍA-VERDUGO, J., Capítulo 16: Las políticas microeconómicas, en *Política Económica*, 2ª Edición, UNED, 2000, págs. 485 y ss.

- 2) El coste marginal social es igual que el coste marginal privado (es decir, el productor es el único que soporta el coste de producción):  $CM_gS = CM_g$ .
- 3) El beneficio marginal privado es igual al precio del bien ofertado:  $BM_g = P$ .
- 4) El coste marginal privado es igual al precio del bien en cuestión:  $CM_g = P$ .

Cuando se cumplen estas condiciones la cantidad de equilibrio producida en el mercado e intercambiada a un determinado precio da lugar a un resultado eficiente desde el punto de vista asignativo. En cambio, cuando se incumplen es cuando aparecen los problemas en el mercado. Así, cuando se incumple la primera ( $BM_gS > BM_g$ ) nos encontramos ante el problema de la producción insuficiente de bienes públicos –las externalidades positivas-; cuando se incumple la segunda ( $CM_gS > CM_g$ ), estamos en presencia de externalidades negativas, como sucede por ejemplo con los problemas medioambientales y de desgaste de los recursos naturales; cuando se incumple la tercera ( $BM_g > P$ ), quiere decir que algunos compradores tienen influencia sobre el precio, esto es, consiguen –gracias, por ejemplo, al poder de compra- obtener unos niveles de precios por debajo del nivel competitivo y obtienen por tanto beneficios extraordinarios; finalmente, cuando se incumple la cuarta ( $P > CM_g$ ) hablamos de que algunos vendedores individuales tienen influencia sobre el precio, es decir no son precio-aceptantes según el modelo de competencia perfecta, sino que fijan un precio por encima del nivel competitivo y obtienen así unos beneficios llamados por ello supra-competitivos o también rentas monopolísticas. Como tendremos ocasión de ver in extenso en el próximo Capítulo, el incumplimiento de esta última condición, la capacidad de influir sobre el precio, es la mejor definición de un concepto que estará presente a lo largo de toda esta exposición: el *poder de mercado*. Esta capacidad suele estar ligada a la existencia de monopolios y oligopolios, y cuando estas situaciones reducen el bienestar social es cuando la teoría económica entiende que deben corregirse a través de una adecuada política de regulación de las empresas privadas, es decir, a través de las políticas de *Defensa de la Competencia*.

Toda la legislación, en el ámbito del Derecho antitrust estadounidense, la *competition law* de la Unión Europea y nuestro propio Derecho de la competencia viene a cumplir esta función<sup>52</sup>. El mayor o menor acierto con que lo haga es algo que merece una continua revisión fruto de un pormenorizado análisis, no sólo de los textos legislativos, sino –en mi opinión, principalmente- de los efectos que dichas regulaciones tienen sobre el comportamiento de las empresas y sobre el funcionamiento de los mercados.

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.

Un ejemplo patente de esta cuestión lo encontramos en el sector de la navegación aérea, concretamente en cuanto al transporte de viajeros. Aunque tendremos ocasión de detenernos en él con más detalle en otros apartados, no queremos dejar de señalar aquí que,

---

<sup>52</sup> *Vid.*, a este respecto, el importante trabajo de VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

según un estudio<sup>53</sup> 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 la Ley de Desregulación del Sector Aéreo de 1978 ha tenido un impacto neto de reducir las prácticas de discriminación de precios que, tradicionalmente, se venían llevando a cabo en este sector.

## 5. Análisis económico en las políticas antitrust.

Pocos temas podemos encontrar en la actualidad que sean objeto de un debate doctrinal tan intenso y –en ocasiones– tan encarnizado como el que se está librando entre profesores universitarios, catedráticos, políticos, jueces, abogados y economistas sobre el papel del análisis económico en el derecho.

En Estados Unidos es admitido que el “padre” de esta corriente jurídica es el profesor RICHARD A. POSNER, a quien hemos citado en varias ocasiones a lo largo de estas páginas, pues su contribución a un nuevo método de análisis en el Derecho antitrust ha sido tan fundamental como claras sus ideas, cuando escribió hace ya más de un cuarto de siglo: “el campo del Derecho antitrust está necesitado de una profunda revisión, tanto en cuanto a su contenido como a su sistema administrativo, y la herramienta intelectual esencial para esta revisión es, creo, la ciencia económica”<sup>54</sup>. Por supuesto que no menos tajante es otro insigne autor, cuya aparición en estas páginas ha sido también frecuente, ROBERT H. BORK, cuando afirma que “el que el Derecho antitrust debe emplear razonamiento económico es una consecuencia, por supuesto, del reconocimiento de que el único objetivo de esas leyes es el del bienestar del consumidor”<sup>55</sup>.

Estas posturas, a pesar de su contundencia, naturalmente son discutidas, y el debate se enriquece con las interesantes aportaciones de quienes sostienen el peso de otros factores en la aplicación del Derecho antitrust, como los de índole político<sup>56</sup>, así como quienes mantienen –no sin cierta dosis de ironía– que el único motivo del auge del análisis económico en el Derecho antitrust es el hecho de que es el único campo en el que los expertos económicos ganan tanto dinero como los abogados<sup>57</sup>.

En Europa, pocas personas han contribuido tanto a introducir el análisis económico del derecho como el profesor CÁNDIDO PAZ-ARÉS, quien, en línea con el debate amplio que estamos analizando, ha formulado la siguiente hipótesis normativa: “la producción del derecho privado *debe* guiarse –bajo ciertas constricciones y con ciertas cualificaciones– por el principio de eficiencia”<sup>58</sup>. Aunque esta corriente ha suscitado rechazo en amplios sectores de nuestro país, como lo reflejan artículos diversos como el profesor JOSÉ

---

<sup>53</sup> SCHWIETERMAN, J., “Fare is Fair in Airline Regulation. The Decline of Price Discrimination”, *Regulation*, Julio / Agosto 1985, págs. 35 a 37.

<sup>54</sup> POSNER, R. A., *op.cit.*, pág. 3.

<sup>55</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 430.

<sup>56</sup> *Vid.*, por ejemplo las posturas defendidas y las interesantes alusiones al asunto Microsoft en, Mc CHESNEY, F., “Economics Versus Politics in Antitrust”, *23Harv. J.L. & Pub. Pol’y* (1999), págs. 133 a 143.

<sup>57</sup> SMITH, FRED L., *op.cit.*, pág. 52.

<sup>58</sup> PAZ-ARÉS, C., “Principio de eficiencia y derecho privado”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Broseta*, tomo III, Valencia 1995, pág. 2843.

MARÍA GONDRA<sup>59</sup>, la mejor doctrina se ha adherido sin dificultad al análisis económico del derecho, siendo consciente, en palabras del profesor JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, que “es la teoría sobre el Derecho más importante que ha aparecido en el panorama intelectual en las últimas décadas”<sup>60</sup>.

Pese a su indudable interés, excedería del propósito de este trabajo un estudio detallado de esa cuestión; por otro lado, en el ámbito concreto en el que desarrollaremos nuestra investigación, el de las políticas antitrust, la relevancia del análisis económico no plantea el rechazo que suscita en otras ramas del ordenamiento, toda vez que –a pesar de muchas reticencias iniciales- finalmente se ha acabado por admitir que sin el apoyo de la teoría económica, el Derecho de la competencia se enfrentaría ciegamente a fuerzas que no podría comprender y produciría unos resultados cuyas consecuencias ni él mismo pretende.

Para abordar con profundidad y rigor el estudio de una figura como es la discriminación de precios necesitamos –aunque sea una perogrullada decirlo- de un cierto “aparato” económico, y ello aunque la perspectiva desde la que se va a efectuar este estudio es jurídica, y no económica, de modo que esta disciplina jugará un papel instrumental, ayudándonos a comprender mejor qué sea discriminar en precios para, de esa manera, tener elementos de juicio suficientes para llevar a cabo una valoración jurídica sobre la misma.

La conclusión de este apartado dedicado a analizar los rasgos y el alcance de lo que la irrupción del análisis económico ha supuesto en las políticas antitrust, es la de compartir con una gran parte de autores, que este fenómeno no puede sino calificarse como de auténtica “revolución” en el mundo antitrust.

### **A) Breve recorrido histórico.**

Ya hemos hablado en la Introducción a este Capítulo del cambio de enfoque experimentado en Estados Unidos en cuanto a la aplicación de las leyes antitrust. A parte de los cambios “conceptuales” en el entendimiento de cuestiones como las restricciones verticales, el efecto anticompetitivo de las fusiones o la valoración de las cuotas de mercado, habría que citar también hechos de carácter personal que han contribuido a este ascenso del análisis económico en las políticas antitrust. Entre éstos destacan el nombramiento en 1965 de Donald Turner como Jefe del Área Antitrust del Departamento de Justicia, o el de James Miller y George Douglas (todos ellos economistas o abogados con sólida formación económica) como Vocales de la Federal Trade Commission. Finalmente no se puede dejar de nombrar a William Baxter, que fue el Jefe del Área Antitrust del Departamento de Justicia en la primera administración Reagan.

Todos estos cambios tuvieron sus consecuencias, fácilmente apreciables si se estudian los casos resueltos durante la década de 1960 y 1970 y se comparan con los asuntos antitrust desde mediados de los 80 hasta la actualidad. Desde luego que la apreciación de hasta qué punto ha habido un cambio sustancial no es unánime; no todos

---

<sup>59</sup> GONDRA, J. M., “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?”, *RDM*, nº 226, 1997, págs. 1545 y ss.

<sup>60</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, *RDM*, nº 233, VII-IX 1999, pág. 926.

comparten los postulados económicos asociados a la Escuela de Chicago, y es más que discutible la actual vigencia de sus propuestas; no todos los jueces están a favor de este enfoque “economicista” en la aplicación del Derecho antitrust –baste, como botón de muestra, la opinión del Juez Gesell en la sentencia *F.T.C. v. Coca-Cola Co.*<sup>61</sup>, en plena década de los 80-; muchos economistas dudan de que efectivamente se haya recorrido mucho camino, o de que se haya hecho en la dirección correcta; algunos piensan que el auge de la ya comentada *rule of reason* no es más que el resultado lógico de la ambigüedad existente en la teoría económica respecto a la estructura de mercado y el comportamiento de las empresas, mientras que otros la ven como un mecanismo capaz de explicar prácticamente todo.

Así, y como tendremos oportunidad de examinar más detalladamente en el estudio pormenorizado de cada uno de ellos, hay sentencias y casos en los que los Tribunales se han apoyado para su resolución en argumentos de teoría económica (*Vid.*, por ejemplo, el célebre *Matsushita Electric Industrial Corp., Ltd. et al. v. Zenith Radio Corp. et al.*<sup>62</sup>, en el que se citan a pie de página artículos doctrinales sobre el tema debatido, los precios predatorios, de autores como McGee, Koller o Easterbrook) y otros en cambio carentes por completo del más mínimo razonamiento o argumentación económica (*Vid.*, por ejemplo, la decisión *United States v. Arnold, Schwinn and Co. et al.*<sup>63</sup>, en la que el Tribunal Supremo condenó una práctica de distribución exclusiva de una empresa productora de bicicletas con una simple cuota de mercado del 12% y que, si bien es verdad que con su sistema limitaba la competencia entre distribuidores y mayoristas de su propia marca –competencia *intra-brand*- para nada obstaculizaba el mercado en lo que a otras marcas se refiere –competencia *inter-brand*-).

Es evidente que ninguna corriente doctrinal ha influido tanto en la aplicación del derecho antitrust como la llamada *Teoría de la Organización Industrial*. En efecto, esta área de las ciencias económicas cumple dos importantes funciones en el análisis antitrust<sup>64</sup>:

1) Puede ayudar a decidir cuando el modelo de competencia perfecta es adecuado para analizar un determinado mercado, y si no lo es, qué papel puede jugar el derecho antitrust en ese mercado.

2) Puede ayudarnos a discernir cuándo las actividades que una empresa que afectan a la estructura del mercado son eficientes, y por tanto deben permitirse, o son ineficientes, y por tanto deben prohibirse.

Los desarrollos más recientes de la Teoría de la Organización Industrial se centran en el análisis del comportamiento estratégico de las empresas que operan en el mercado. Como tendremos oportunidad de ver, a lo largo de éstas páginas, en qué medida este enfoque influye en el análisis antitrust en general, y el estudio de la discriminación de precios en particular, no nos detendremos ahora a estudiarlo detalladamente. Baste decir que esta nueva escuela “estratégica” de Organización Industrial, que se apoya en gran

---

<sup>61</sup> 641 F. Supp. 1128, 1133, 1138 (1986): “El Tribunal (del Distrito Federal) no debe, en ningún caso, apoyarse en testimonios de tipo económico para llegar a una conclusión respecto a los posibles efectos de la adquisición propuesta, dado el nivel de concentración existente en el mercado que se ha descrito. La Sección 7ª de la Clayton Act no está prevista para sustentar una determinada teoría económica; se diseñó para lo que el Congreso, en el uso de su sentido común, entendió”.

<sup>62</sup> 475 U. S. 574 (1986).

<sup>63</sup> 388 U. S. 365 (1967).

<sup>64</sup> *Vid.*, para una exposición más detallada de esta cuestión, HOVENKAMP, H. (1999), *op.cit.*, págs. 26 y ss.

medida en los postulados de la Teoría de Juegos, es la que ha desarrollado importantes conceptos para el análisis antitrust como la obstaculización estratégica a la entrada de nuevas empresas llevada a cabo por las empresas dominantes, la obstaculización por la vía de elevar los costes de los rivales, y finalmente la diferenciación de productos o la proliferación de marcas como armas estratégicas en el mercado.

A todo ello se añade el hecho de que la discriminación de precios, nuestro objeto de estudio, es quizá el tema de discusión en el que más encarnizado está el debate entre los partidarios de este análisis económico del derecho y sus detractores. No es por eso de extrañar que aquellos artículos doctrinales<sup>65</sup> que abordan esta cuestión frecuentemente elijan la Robinson Patman Act como elemento de análisis.

Por su parte, el desarrollo del Derecho de la Competencia en el ámbito de la Unión Europea ha seguido una evolución paralela. De una aplicación de los artículos 81 y 82 (con anterioridad a la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam, artículos 85 y 86 del Tratado de Roma) excesivamente formal y legalística, se está evolucionando hacia un entendimiento de los problemas antitrust en la Unión Europea desde una perspectiva más económica. Por lo menos ese parece ser el objetivo a conseguir por las autoridades comunitarias en materia de competencia, según se explicita en actuaciones de la Comisión como la reciente publicación del *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, donde se afirma que “la reforma propuesta en el presente Libro Blanco (...). Irá acompañada del mantenimiento de un enfoque rigurosamente económico de la aplicación del artículo 85”<sup>66</sup>; igualmente, respecto a las restricciones verticales, “al aplicar las normas de derecho europeo de la competencia, la Comisión adoptará un enfoque económico, que está basado en los efectos sobre el mercado”<sup>67</sup>. Aunque es cierto que había tímidos intentos en anteriores pronunciamientos de los órganos comunitarios, parecían más una declaración de intenciones que una realidad a la hora de resolver los asuntos; así, en la Decisión *ECS / AKZO* anteriormente citada, se dice a la hora de analizar el poder de mercado que “la Comisión debe considerar también la evidencia económica relevante”<sup>68</sup> (en particular, considera la Comisión como relevante la cuota de mercado de AKZO, la gama de productos de sus competidores, la capacidad financiera de AKZO, su propia gama de productos y su capacidad de “eliminar” a sus competidores del mercado).

Esta parece ser también la opinión de la mayor parte de los expertos y profesionales dedicados al derecho comunitario de la competencia, tanto europeos: “la actual (y saludable) tendencia en el derecho europeo de la competencia es una aplicación basada en los efectos. Al evaluar alegaciones de que una empresa en posición dominante está

---

<sup>65</sup> *Vid.*, por ejemplo, PERITZ, R., “The Predicament of Antitrust Jurisprudence: Economics and the Monopolization of Price Discrimination Argument”, *1984 Duke L. J.* 1205 (1984), tremendo alegato contra la corriente de análisis económico del derecho, en el que la *arena* en la que se lleva a cabo esta crítica es la doctrina sobre la discriminación de precios y la Robinson Patman Act, y no faltan las alusiones –no exentas de cierta dosis de ironía– a la “monopolización *posneriana*”, el “concepto *areedaico* de poder de mercado” o la “contradicción *borkiana*”.

<sup>66</sup> Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, *DOCE* C132, 12 de mayo de 1999, pág. 20.

<sup>67</sup> COMMISSION NOTICE, Guidelines on Vertical Restraints, *cit.*, nº 7.

<sup>68</sup> Decisión *ECS / AKZO*, *cit.*, párrafo nº 69.



practicando una política de precios exclusionaria, es necesario medir el impacto de esos precios en el mercado, y no condenarlos de manera a priori<sup>69</sup>, como estadounidenses: “todo esto es un alejamiento positivo del tradicional enfoque formalístico de la Comisión hacia un enfoque más económico (...) y un análisis basado en el mercado”<sup>70</sup>.

No nos parece necesario ahondar más en esta cuestión, ya que el enfoque económico tanto de la Comisión Europea como del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se irá analizando al hilo de las Decisiones y Sentencias que iremos comentando.

Sobre todo, y de esto hemos hablado *in extenso* en este Capítulo, no hay un consenso respecto a cuáles sean los fines u objetivos del Derecho antitrust. Lo cierto, y esto nos parece algo innegable (y un proceso, además, irreversible) es que el análisis económico tiene hoy una importancia en la aplicación de la normativa antitrust que no tenía hace tres o cuatro décadas, y que la utilización de conceptos y metodologías económicas en la evaluación del mercado y de los efectos que las conductas de las empresas tienen sobre el mismo ha permitido acotar el uso del Derecho antitrust a unos límites razonables y hacer de estas políticas un instrumento eficaz y práctico en la ordenación de los mercados y la preservación de la competencia.

### **B) Eficiencia “asignativa” y eficiencia “productiva”.**

Se ha dicho que “el Derecho antitrust trata de los efectos de los comportamientos de las empresas sobre el consumidor. Esa relación entre los negocios de los empresarios y el bienestar del consumidor sólo puede entenderse a través de la teoría económica”<sup>71</sup>. Se entiende igualmente que el bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos económicos de los que la sociedad dispone se asignan de manera que los consumidores puedan satisfacer sus deseos de la mejor manera posible. De ahí que, como ya se ha apuntado anteriormente, la Teoría Económica (y las políticas antitrust que se apoyen en ella) tiene que decir cuándo la renta se asigna eficazmente, no cómo se distribuye, función que ha de ser desempeñada por otras leyes. El Derecho de la Competencia no sirve para decidir quién debe ser rico y quién pobre, o en qué utilizar los recursos públicos, si en subvencionar planes de compra de automóviles o favorecer el desarrollo de energías alternativas no contaminantes. Sólo puede aumentar el bienestar social exigiendo que los productos, sean motores de combustión o sean placas solares, sean fabricados y vendidos bajo las condiciones más favorables para los consumidores.

Por tanto, y según este esquema, las leyes antitrust empiezan a desempeñar su papel en un estadio del proceso económico en el que la producción y distribución de los bienes se ha organizado de acuerdo con la escala de valores que los consumidores tienen, manifestada a través de su disposición relativa a comprar. En las primeras décadas de este siglo, FRANK H. KNIGHT, un insigne abogado y economista de la Escuela de Chicago escribió que “este proceso puede verse bajo una doble perspectiva: (a) la *asignación* o ubicación de los materiales y fuerzas productivas disponibles entre las diferentes empresas existentes, y (b) la *coordinación efectiva* de los medios de producción en cada empresa de

---

<sup>69</sup> “Foreclosing Reason? The EC Commission’s Policy on Dominant Firm Discounts”, *NERA Competition Brief*, nº 11, Marzo 2000, pág. 3.

<sup>70</sup> SPINKS, S. O., *op.cit.*, pág. 646.

<sup>71</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 90.

tal manera que se consiga el mejor resultado”<sup>72</sup>. Pues bien, estos dos aspectos han sido recogidos por la doctrina bajo el nombre de *eficiencia asignativa* y *eficiencia productiva*.

De ellos afirma el profesor BORK que “estos dos tipos de eficiencia suman la eficiencia total que determina el nivel de riqueza de una sociedad, o el bienestar del consumidor. La función del Derecho antitrust en su conjunto podría resumirse como el esfuerzo por mejorar la eficiencia asignativa sin perjudicar la eficiencia productiva de manera tal que no se produzca una ganancia para el bienestar del consumidor o aún una pérdida”<sup>73</sup>.

Para entender adecuadamente la naturaleza de ambos tipos de eficiencia, es necesario hacer unas consideraciones previas, fruto del solapamiento de dos perspectivas analíticas: la jurídica y la económica. Cuando se emplean los términos “competencia” y “monopolio” en las leyes o en la teoría económica, es importante darse cuenta que ambas cosas significan, en cada una de estas disciplinas, cosas totalmente distintas. Los modelos económicos de la competencia perfecta y el monopolio son descriptivos; el lenguaje jurídico es, por lo general, normativo. Las consecuencias prácticas de esta distinción son enormes. Los economistas elaboran modelos para clarificar la realidad y poder analizarla; son el punto de partida de las decisiones de política legislativa, pero no tienen que determinar dichas decisiones, pues esos modelos “se dejan fuera” demasiadas cosas. De ahí que, se obtenga una mejor comprensión de las implicaciones en términos de *eficiencia asignativa* a partir de modelos simples de comportamiento de las empresas en los diferentes escenarios posibles de mercado: competencia perfecta, monopolio y oligopolio; a ello dedicaremos el siguiente apartado.

Por lo que respecta a la otra “mitad” del problema, la *eficiencia productiva*, es éste un concepto raramente manejado por los juristas y habitualmente incomprendido por los economistas, muchos de los cuales no dudarían en asociarlo con cuestiones poco menos que de mera organización técnico-mecánica de la planta productiva o ingeniería de la cadena de montaje. Sin embargo la eficiencia productiva, “cualquier actividad de una empresa que crea riqueza”<sup>74</sup>, tal como aquí la entendemos, es un concepto normativo, y se mide y define en términos de bienestar del consumidor. En un sistema de libre mercado se supone que los consumidores definen su propio concepto de bienestar, de donde se sigue que la eficiencia productiva consiste en ofrecer productos o servicios por los cuales los consumidores tienen una preferencia, manifestada en la disposición a pagar un precio por ellos. De ahí que, en estas condiciones, la eficiencia relativa de las empresas puede perfectamente medirse en términos de éxito relativo en el mercado.

Hay muchos factores que contribuyen a este éxito: economías de escala, especialización de funciones, capacidad financiera, habilidad directiva, etc.; todo ello hace que la empresa sea capaz de satisfacer las necesidades del consumidor, pero es importante no perder de vista que estos factores son la causa, no manifestaciones, de la eficiencia productiva, que es, en último término, un concepto de valor, y no la descripción técnica de un proceso mecánico. En palabras del profesor KNIGHT, “la definición correcta de eficiencia es el ratio, no entre “output” e “input”, sino entre el output *útil* sobre el output total. De ahí que el término eficiencia carezca de sentido sin una medida de la utilidad o

---

<sup>72</sup> KNIGHT, F. H., *The Economic Organization*, University of Chicago Press, 1933, pág. 9.

<sup>73</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 91.

<sup>74</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 104.

valor. Para entender la eficiencia económica, el concepto de valor es crucial, ya que la mayor parte de los problemas de la economía hacen referencia a diferentes tipos de resultados, y es imposible hacer comparaciones sin reducir primero los factores en términos de una medida común<sup>75</sup>. La conclusión necesaria –según esta corriente de pensamiento- de toda la discusión precedente es que, en el Derecho antitrust, ese *mínimo común denominador* lo proporciona el objetivo o valor del bienestar del consumidor.

Por su parte, en el ámbito del Derecho comunitario de competencia, esta distinción no es desconocida. Hemos considerado<sup>76</sup> la dialéctica existente en el actual momento de construcción de la Unión Europea entre los objetivos de integración de mercado y la consecución de la máxima eficiencia. No se trata aquí de volver a insistir en los mismos argumentos, pero sí hacer notar que cuando la doctrina o las autoridades antitrust comunitarias consideran la categoría de *eficiencia*, es precisamente el compendio de estos dos aspectos (eficacia asignativa y eficacia productiva) el elemento que están manejando. Así, en un comentario a la regulación de los precios predatorios se ha afirmado que “el objetivo de la eficiencia, desarrollado tanto por el uso óptimo de los recursos productivos disponibles como por la asignación de los recursos humanos, materiales y financieros, según las necesidades sociales, se ha convertido recientemente en uno de los principales objetivos de la política comunitaria de competencia”<sup>77</sup>.

Para concluir este apartado, podríamos objetar que se ha creado una falsa dicotomía al pensar que todas las consecuencias de los comportamientos de los agentes económicos pueden clasificarse en términos de eficiencia asignativa y eficiencia productiva. Hay, sin embargo, en el mundo, otros factores que no entran ahí: la redistribución de la renta, las externalidades, el desempleo, la producción de bienes que la sociedad no considera beneficiosos para los consumidores (drogas, prostitución, contaminación ambiental, etc.). Es totalmente cierto, pero no se pretende que todos los asuntos que a la sociedad preocupan respecto a la conducta de las empresas “quepan” en esta distinción, ya que entonces sería falsa e inservible. Lo que sí es cierto es que esta dicotomía es la única posibilidad –en cuanto instrumento analítico- de llegar a una conclusión razonable cuando se enfrenta uno ante un problema antitrust.

Esto es así por una razón fundamental: los intercambios, las comparaciones, están presentes en cualquier tipo de juicio o decisión jurídica. Toda valoración legal siempre se puede formular en términos de qué bien jurídico protegido prima entre dos que están en conflicto. En el ámbito del Derecho antitrust también ocurre esto, con una dificultad añadida, y es la de la difícil cuantificación del bien jurídico a proteger (el “desmantelamiento” de un monopolio tendrá como consecuencia una mejora en las posibilidades de elección pero también una pérdida de eficiencia empresarial). Tener como objetivo último el bienestar del consumidor, al dotar a ese juicio o comparación de un común denominador, ofrece por lo menos una base sobre la que operar, un soporte sólido en el que tomar la decisión, ya que se enfrentan números contra números –los que la Teoría económica proporciona- ganancias de eficiencia y pérdidas de eficiencia.

---

<sup>75</sup> KNIGHT, F. H., *op.cit.*, pág. 8.

<sup>76</sup> *Vid.*, SUPR., Apartado 2 B).

<sup>77</sup> MASTROMANOLIS, E. P., *op.cit.*, pág. 211.

Este juicio es imposible de hacer cuando el intercambio, el *trade-off*, tiene lugar entre valores, y hay que comparar entre cuánto bienestar hay que sacrificar para proteger a un pequeño negocio, o cuánta renta hay que malgastar para impulsar el desarrollo de una determinada región, etc. Como puede apreciarse fácilmente, la comparación entre ambos extremos está viciada *ab initio*, y la solución que se dé trasciende totalmente el campo del Derecho antitrust.

### **C) La Teoría de los Precios.**

Pocos autores han tenido una influencia en la evolución de la Teoría Económica de este siglo como el que fuera galardonado con el premio Nóbel de Economía GEORGE J. STIGLER. Su pensamiento ha sido fecundo en este campo, y sus teorías han sido estudiadas con profusión durante más de medio siglo. Podemos decir que la publicación en 1942 de una de sus obras más importantes, *The Theory of Price*, marca un hito en la microeconomía moderna.

Todas las sociedades alimentan deseos de diferente intensidad por una serie de bienes; para conseguirlos se emplean una serie de recursos y una cierta información técnica sobre cómo convertir los recursos en bienes. Pues bien, según el profesor STIGLER, “la función principal del sistema económico es aunar de forma eficiente esos deseos, recursos y tecnologías”<sup>78</sup>.

Así pues, un sistema de economía de mercado y libertad de empresa vendría caracterizado por una “rueda del bienestar”, en la que los dueños de los recursos productivos venden sus productos (o servicios) a los consumidores, a cambio de un dinero, dinero que ellos a su vez también utilizan para comprar bienes y que los consumidores han recibido en forma de ingreso porque a su vez son dueños de algún tipo de recurso (tierra, capital, trabajo, etc.).

Naturalmente, el *ubi* en el que todo este proceso tiene lugar es el mercado, cuya función para el profesor STIGLER es “juntar a demandantes y oferentes que quieren intercambiar bienes y dinero. Un mercado es eficiente en esta función si uno puede comprar el bien al menor precio al que algún vendedor lo ofrece y si uno puede vender el bien al mayor precio al que algún comprador lo demanda”<sup>79</sup>.

## **6. Los precios ante el Derecho de la competencia.**

En general está unánimemente admitido que los precios no son el único instrumento del que una empresa dispone para competir<sup>80</sup>, aunque es igualmente innegable que sí son uno de los más importantes. Para que los precios puedan cumplir de forma debida su función económica es necesario que se mantenga la libertad económica en un entorno competitivo. Por el enorme potencial anticompetitivo de unos precios que no respondan a la

---

<sup>78</sup> STIGLER, G. J., *The Theory of Price*, The Macmillan Company, New York, 1953, pág. 3.

<sup>79</sup> STIGLER, G. J. (1953), *op.cit.*, pág. 36.

<sup>80</sup> Ya hemos dejado constancia de que una de las críticas que más frecuentemente se vierte sobre el Derecho antitrust es que (por lo menos desde la lectura economicista que de él hicieron los profesionales asociados a la Escuela de Chicago y que tanta influencia tuvieron en importantes decisiones de política legislativa durante la Administración Reagan) únicamente toma en consideración la teoría de precios, dejando de lado otras áreas del pensamiento económico; *Vid.*, en este sentido, SMITH, F. L., *op.cit.*, pág. 30.

realidad económica de una empresa, es imprescindible que los poderes públicos respeten y –sobre todo- garanticen la libre fijación de precios. Por tanto, el papel del Derecho antitrust en relación a los precios es especialmente delicado.

### **A) Políticas de precios contrarias al Derecho antitrust.**

Hemos considerado anteriormente al principio de libre fijación de precios como uno de los pilares sobre los que se asienta la libre competencia y, consiguientemente, la economía de mercado. Hemos visto también que el principio de libre configuración de las relaciones contractuales es uno de los pilares básicos de todo el derecho privado y uno de los motores del tráfico mercantil. Por lo tanto, cualquier actuación de los poderes públicos o los organismos reguladores encaminada a limitar la autonomía de la empresa para fijar sus precios debe tener un carácter excepcional. De ahí que sea imprescindible elaborar un concepto preciso y un modelo de análisis que permita distinguir cuándo una política de precios es anticompetitiva –y, por tanto, debe prohibirse- y cuándo es plenamente justificable por razones de méritos de un competidor y de política empresarial.

Las políticas de precios que se entienden como contrarias al Derecho antitrust son, resumidamente, aquellas de precios *excesivamente elevados*, las de precios *excesivamente bajos*, y las políticas de *precios discriminatorios* (aplicar diferentes precios por prestaciones equivalentes). Los primeros son los típicos de empresas monopolistas o con poder de mercado y son propios de situaciones de ausencia de competencia o en las que ésta está muy disminuida. A través de ellos se obtienen súper-beneficios (en el sentido de beneficios superiores a los que se obtendrían con unos precios al nivel competitivo) o las llamadas “rentas monopolísticas”. Los segundos, si se mantienen durante un período largo de tiempo obligan a entrar en pérdidas a empresas rivales (que tienen también que bajar sus precios para poder competir por hacer llegar sus productos a los consumidores) y en ocasiones provocar su desaparición del mercado. Los terceros constituyen el objeto de este estudio.

Y todo ello desde el frágil punto de partida de la inexistencia de una definición legal de *precio*, que a los efectos de aplicación de la Robinson Patman Act se ha definido judicialmente como “*la cantidad efectivamente pagada por el comprador (...) la cantidad que figura en la factura menos los descuentos, rebajas o disminuciones (...) que no se reflejen en el precio de factura*”<sup>81</sup>.

### **B) El papel de la Teoría de Precios en el análisis antitrust.**

Hemos hablado en el apartado anterior de la importancia de los precios frente a otras formas de competencia. La regulación antitrust en Estados Unidos tomó plena conciencia de esta realidad desde sus comienzos; en opinión de la más autorizada doctrina, “tanto el Common Law como el Derecho antitrust históricamente han hecho una clara distinción entre aquellas prácticas o contratos no estándar que afectaban al precio y aquellos que afectaban a otros aspectos de la relación comercial”<sup>82</sup>.

De ahí que los intentos por parte de los vendedores (en el primer nivel de la cadena de distribución: productor o dueño del nombre comercial) que significaran limitar las

---

<sup>81</sup> *Diehl & Sons v. International Harvester Co.*, 455 F. Supp. 282, 286 (1978).

<sup>82</sup> KWOKA, J. E. y WHITE, L. J., *op.cit.*, pág. 313.

posibilidades del precio que sus clientes (mayoristas y minoristas) podían poner cuando vendían los productos se han considerado equivalentes a los acuerdos de fijación de precios, y por tanto han caído bajo la prohibición *per se* de la Sección 1ª de la Sherman Act. En cambio, aquellos acuerdos o prácticas que hacían referencia a otros aspectos de la relación comercial distintos al precio, como p. ej. los acuerdos anudados o los acuerdos de distribución exclusiva, regulados por la Sección 3ª de la Clayton Act, han sido más tolerados tanto por los Tribunales como por la legislación del Congreso, a no ser que sus efectos anticompetitivos fueran evidentes.

Sobre la importancia de la Teoría de los Precios para el análisis antitrust, la postura del profesor BORK es, desde luego, bastante tajante: “no hay ningún cuerpo de conocimientos que pueda servir de guía para analizar los efectos de la conducta de los empresarios sobre el mercado que no sea el de la teoría convencional sobre los precios”<sup>83</sup>. La explicación que da para semejante afirmación está fundamentada en algunas consideraciones básicas de índole no sólo económica, también social.

Se parte del hecho de que algunos principios de la metodología antitrust derivan de un aspecto de la economía de mercado que se ha formulado frecuentemente de forma análoga a la teoría de la evolución de Darwin, en el sentido de que en el mercado hay también una “selección natural” que hace que muchas empresas sigan adelante y otras – muchas también- “mueran” en el camino. Como la supervivencia en el ámbito físico, la fuerza o el principio que guía a las empresas en el mercado es sencillamente el de maximizar beneficios. Y no como un objetivo egoísta, que hace del empresario un ser avaricioso y ajeno a consideraciones que tengan que ver con la moral, la justicia o la solidaridad. El término inglés *profit maximizing* nos acerca mejor al sentido que entendemos tiene este término, *profitability*, rentabilidad. Hay que maximizar beneficios simplemente porque es la única fórmula conocida de viabilidad de una empresa.

### **C) Actuación del Derecho antitrust sobre las políticas de precios de las empresas.**

Para llevar a cabo su misión, el Derecho antitrust debe considerar las diferentes variedades de este comportamiento maximizador de beneficios respecto de sus posibles efectos sobre el bienestar del consumidor. Básicamente, caben tres únicas maneras de buscar aumentar los beneficios de una empresa: a través de una mejora de su producto o servicio, consecuencia de introducir procesos más eficientes; a través de un poder de mercado o acuerdo con sus competidores que le permita limitar la producción y subir los precios por encima de su nivel competitivo; a través de los mecanismos que se han venido en llamar de “ingeniería financiera”, relacionados con la contabilidad y las leyes fiscales y tributarias y que nada tiene que ver con el Derecho antitrust. La primera forma de hacer dinero es claramente beneficiosa para el consumidor; la segunda, claramente perjudicial. Pues bien, ya que el objetivo del Derecho antitrust es identificar y prohibir aquellos comportamientos o prácticas cuyo efecto sobre el output sea de signo restrictivo, y dejar tranquilas aquellas cuyo efecto sea beneficioso (o neutral, como en el tercer caso), su única opción es apoyarse en la teoría de los precios, cuya rama más desarrollada es precisamente la que identifica aquellos métodos que las empresas utilizan para maximizar sus beneficios,

---

<sup>83</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 117.

no a través de una mejora de las propias prestaciones, sino vía perjuicio de la eficiencia asignativa.

Desde luego que en algunas cuestiones concretas no será tan conveniente hacer esta distinción tan tajante entre *price* y *nonprice restrictions*, y tratarlos de igual manera. Así lo sugiere el profesor POSNER, por ejemplo, para la imposición de ciertas obligaciones a los distribuidores a través de un contrato de ventas o un contrato de agencia<sup>84</sup>.

## **7. Aplicación de los principios generales antitrust a la discriminación de precios.**

### **A) El problema en Estados Unidos frente a la experiencia Europea.**

La legislación antitrust, el Derecho de defensa de la competencia o *competition policy*, es siempre una normativa que tiende a reflejar las condiciones económicas y sociales de su época, de ahí que, para captar el contenido y alcance peculiar de las diferentes leyes antitrust sea muy conveniente tener en cuenta las circunstancias históricas que rodearon su promulgación.

Hemos visto, y así está generalmente admitido<sup>85</sup>, que el objetivo de la Robinson Patman Act, promulgada en los Estados Unidos en 1936, no era tanto la protección de la competencia en su conjunto como la protección de los pequeños negocios, especialmente en el campo de la distribución de alimentos, de la amenaza que para ellos suponía el surgimiento y el poder económico de las grandes cadenas comerciales. Este punto ha sido ya desarrollado anteriormente, al hablar de los objetivos del Derecho antitrust, y no insistiremos más en ello.

En la actualidad, y como demuestran decisiones como la del Tribunal Supremo del Estado de Arkansas *Wal-Mart Stores, Inc. v. American Drugs, Inc.*<sup>86</sup>, parece que vuelve a ponerse de actualidad esta cuestión ante el vertiginoso crecimiento de nuevos gigantes de la distribución comercial como son esas grandes superficies, similares a las cadenas comerciales que dieron lugar a la promulgación de la Robinson Patman Act en 1936.

El matiz sobre el que ahora queremos incidir es que esa función “protectora” de la Ley Robinson Patman refleja perfectamente las circunstancias históricas en que fue promulgada: el país todavía estaba bajo los efectos de la Gran Depresión en la que la economía norteamericana –y con ella, la de gran parte del mundo occidental- se había visto sumida tras el derrumbe de la bolsa de Nueva York en el año 1929.

Esto, junto a otros motivos, hacía que los dueños de pequeños negocios, las tiendas “de toda la vida” vieran su futuro seriamente amenazado por la rápida expansión de las grandes cadenas comerciales (*chain stores*), que gracias al volumen de negocio y de pedido y a su mayor capacidad financiera, obtenían de los proveedores unas condiciones económicas más ventajosas que dejaban a los vendedores independientes (*independent retailers*) en desventaja competitiva.

---

<sup>84</sup> POSNER, R. A., *op.cit.*, pág. 165.

<sup>85</sup> En todo este apartado seguimos la exposición de GRANT, R. M., “Recent developments in the control of price discrimination in countries outside North America”, *Antitrust Bull.* (1981), págs. 593 y ss.

<sup>86</sup> 891 S. W.2d 30 (Ark. 1995).

Con los matices propios de toda comparación, puede establecerse un paralelismo entre las circunstancias que rodearon la promulgación de la Ley Robinson Patman y el momento en que se han introducido las normativas contra la discriminación de precios en otros países, por lo menos en un aspecto: la amenaza que, para los pequeños comerciantes, suponen las grandes cadenas comerciales. En efecto, hasta mediados de los años 50 los países que ahora forman la Unión Europea desconocían esos dos fenómenos que habían revolucionado el sector de la distribución en los Estados Unidos: las cadenas comerciales y los supermercados.

La supremacía del tamaño de estos nuevos agentes y las nuevas técnicas que introdujeron en un sector tan tradicional como el de la distribución, llevaron a los pequeños comercios, y en cierta medida también a los productores, a buscar formas de limitar el poder de los grandes mayoristas. La Tabla 1.1 muestra el crecimiento porcentual del total del tráfico comercial manejado –en el nivel de la distribución- por las cadenas comerciales, grandes superficies, etc., en “detrimento” de los comercios tradicionales, pequeños comerciantes y tiendas, etc.

**Tabla 1.1**<sup>87</sup>

PAÍS	% en 1962	% en 1971	Variación
Francia	19.4	28.7	+ 9.3
Alemania	23.4	32.6	+ 9.2
Irlanda	12.7	21.7	+ 9.0
Italia	4.8	8.8	+ 4.0
Países Bajos	24.2	29.1	+ 4.9
Reino Unido	45.5	50.3	+ 4.8

Es llamativo comprobar cómo los tres países de la entonces Comunidad Económica Europea en los que el porcentaje de volumen de negocio de las grandes cadenas creció más rápidamente –en detrimento del pequeño comercio- fueron los tres que introdujeron medidas contra la discriminación de precios en la década de 1970: Francia, Alemania e Irlanda. A su vez, en Italia, en la que debido a las restricciones a la instalación de grandes cadenas comerciales los pequeños comercios no estaban afectados por estas nuevas técnicas en la distribución, el peso de la normativa sobre discriminación de precios ha sido menor.

Por tanto, se puede afirmar que, a pesar de que la terminología empleada por los Gobiernos tiende a enfatizar más el aspecto pro-competitivo de estas leyes, sin hacer mención de su faceta proteccionista, en la mayoría de los casos, cuando se han introducido leyes anti discriminación se ha hecho con el fin de preservar la existencia de los pequeños comercios. Esto es particularmente claro en la normativa francesa, en la que la regulación de la discriminación de precios forma parte –al igual que en Austria- de una ley dirigida a salvaguardar los intereses de los pequeños negocios, y en consecuencia la ilegalidad de la discriminación no depende en absoluto de su efecto nocivo para la competencia. En Irlanda

<sup>87</sup> Fuente: National Economic Development Office, *The Distributive Trades in the Common Market*, H.M.S.O. 1973, recogido por GRANT, R. M., *op.cit.*, pág. 595.



se dio prioridad al objetivo de conseguir la supervivencia de tiendas en zonas de baja densidad de población.

En cambio, en Alemania y Australia, dos de los países con una legislación más moderna sobre discriminación de precios, ésta formaba parte de una normativa más general orientada a favorecer la competencia.

Por otro lado, en nuestro país, según datos<sup>88</sup> del Instituto Nacional de Estadística, en los últimos cinco años la cuota de mercado de las *Grandes Superficies*<sup>89</sup> se cifra, en los meses normales del año, en un 14% o 15%, llegando a alcanzar en diciembre (ventas por Navidades) su valor máximo, que en todo caso no supera el 18% (en diciembre de 2000 fue de 17,439%).

Sin embargo, si se estudia esta misma serie pero para el sector específico de la distribución de alimentos<sup>90</sup>, estos porcentajes aumentan sensiblemente, llegando a alcanzar, en algunos meses del año, cuotas de más del 25% del mercado (así, en Diciembre de 1996, 26,049 %), siendo lo habitual un 21% o 22 % que en el mes de diciembre aumenta habitualmente a porcentajes que rondan el 24%).

No parece, por tanto, que este sector tenga en España unas dimensiones que puedan considerarse como alarmantes, aunque lo cierto es que la reciente reforma<sup>91</sup> de la Ley de Defensa de la Competencia ha sido, en opinión de muchos, motivada por la presión de los pequeños comercios frente a las Grandes Superficies resultantes de procesos de concentración como el protagonizado por *Pryca-Continente*.

## **B) ¿Necesidad de una normativa específica sobre discriminación de precios?.**

La necesidad de promulgar leyes específicas sobre discriminación de precios nace de la incapacidad de la legislación general antitrust para hacerse cargo de este problema. Esto es así porque la mayor parte de los ordenamientos antitrust de los países industrializados se centran en dos grandes áreas: los acuerdos colusorios y los abusos de posición dominante. De ahí que las autoridades en materia de competencia puedan hacer frente a la discriminación de precios sólo cuando ésta es llevada a cabo por una empresa en posición dominante (o monopolista) o a través de un cartel.

En el ámbito de la Unión Europea, la discriminación de precios llevada a cabo por una empresa dominante ha sido el caso que más frecuencia han abordado las autoridades comunitarias de competencia. Además, como tendremos oportunidad de ver en el Capítulo III, dedicado a los fundamentos económicos de esta práctica, ese tipo de discriminación se acerca bastante al modelo definido por la Teoría económica de discriminación de precios monopolística, en la que o bien se aprovecha el poder de mercado para aplicar diferentes

---

<sup>88</sup> Elaborado por el INE, a petición del autor, sobre datos proporcionados por la Encuesta Coyuntural de Comercio Al Por Menor Base 1994, serie mensual de la cuota de mercado de las Grandes Superficies desde enero de 1995 hasta agosto de 2001.

<sup>89</sup> Se consideran tales las empresas cuya actividad económica principal es el comercio al por menor (división nº 52 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas CNAE 93), y cuyos establecimientos tienen una superficie de ventas superior a 2.500 metros cuadrados. Se calcula la cuota de mercado como el cociente entre la facturación de estas empresas y la facturación total del sector, con las oportunas correcciones.

<sup>90</sup> Elaborado por el INE a petición del autor. La población objeto de estudio en esta serie ha estado constituida por las empresas cuya actividad principal sea, según la CNAE 93: 52.11: Comercio al por menor, con predominio de alimentos, bebidas y tabaco en establecimientos no especializados, y 52.2: Comercio al por menor de alimentos, bebidas y tabaco en establecimientos especializados.

<sup>91</sup> Esta cuestión se analizará en detalle en el Capítulo II, Apartado 3 B) b).

precios según las elasticidades de demanda, o bien se “extiende” este poder a otros mercados vía políticas de precios predatorios selectivos. Este es el tipo de conductas supuestamente abusivas –por políticas de precios discriminatorios- de las que se acusa a las grandes cadenas como *Wal-Mart*<sup>92</sup>.

Sin embargo, ese tipo de discriminación de precios tiene poco que ver con la que dio lugar a la correspondiente legislación en Norteamérica en los años 30 y en la Europa occidental en la década de los 60 y 70: la discriminación de precios entre pequeños y grandes comercios en la compra de productos, principalmente de carácter alimenticio. En este caso el origen de la discriminación no es tanto el poder de mercado del productor o proveedor como el poder de compra por el lado de la demanda. Esto significa que la legislación contra los acuerdos colusorios y los abusos de posición dominante debería aplicarse no tanto contra la discriminación de precios efectuada por las empresas “ofertantes” sino más bien contra el *bargaining power*<sup>93</sup> de los grandes compradores.

Esto, desgraciadamente, no es posible, ya que el total de las compras de estos grandes comercios no es lo suficientemente grande como para atraer la aplicación de las leyes de defensa de competencia, que por el criterio de especificidad y la escasez de recursos de la administración pública han de limitarse sólo a aquellos casos que lesionen gravemente la competencia en el mercado, dejando de lado –y con la vía de la jurisdicción civil abierta- aquellos supuestos que constituyan conflictos entre particulares; por otro lado, los grupos de compradores suelen estar formados por pequeños comercios que se unen con el único objetivo de “equilibrar” el poder de compra de las grandes empresas.

Volviendo al debate reseñado anteriormente 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 artículo<sup>94</sup> que ya hemos recogido en un Apartado anterior, 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

---

<sup>92</sup> *Vid.*, por ejemplo, KELLEY, R. B., “Wal-Mart Stores, Inc. v. American Drugs, Inc.: Drawing the Line Between Predatory and Competitive Pricing”, 50 *Ark. L. Rev.* 103 (1997).

<sup>93</sup> Aunque es un tema frecuentemente olvidado en los trabajos que abordan el estudio de la discriminación de precios, por su importancia y la relevancia que el poder de mercado por el lado de la demanda, el “poder de compra” va a tener en el futuro, nos ha parecido conveniente introducir un apartado en un Capítulo posterior, en donde se examina esta cuestión detalladamente. *Vid.*, INFRA, Capítulo III, Apartado 8. D).

<sup>94</sup> WAELBROECK, M., *op.cit.*, págs. 147 a 153.

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”<sup>95</sup>.

Contradicción que, naturalmente, es necesario superar. Para ello sigue un razonamiento que le lleva a distinguir entre varias categorías de discriminación, entre las que destaca especialmente:

- a) la que se basa en un acuerdo de voluntades y la que es fruto de un acto unilateral.
- b) la que tiene un efecto proteccionista y la que se fundamenta en consideraciones de tipo económico.

Además, señala que es necesario llevar a cabo un doble análisis:

- a) buscar razones que justifiquen la diferencia en el trato.
- b) verificar que la conducta discriminatoria ha perjudicado a la competencia.

Respecto a la distinción entre la discriminación que tiene un efecto proteccionista (por ejemplo, la discriminación llevada a cabo por un Estado miembro contra los no nacionales) y la discriminación llevada a cabo por operadores del mercado y basada en criterios económicos (por ejemplo, aplicar diferentes precios según las condiciones del mercado y lo que éste pueda “soportar”), se sugiere<sup>96</sup> que la primera hay que prohibirla porque necesariamente daña al mercado, mientras que la segunda, sigue afirmando el profesor WAELBROECK, debe ser permitida salvo que se demuestre que perjudica la competencia.

Para estudiosos del derecho comunitario como la profesora estadounidense ELEANOR M. FOX, esto significa, ni más ni menos, que “el principio fundamental de que los Estados no pueden discriminar contra los no nacionales no es entendido en términos de la dignidad humana del no nacional sino en términos de los intereses de los consumidores”<sup>97</sup>. Esta perspectiva tan “economicista” del derecho europeo, manifestada por esta autora en multitud de ocasiones<sup>98</sup>, nos parece un tanto desenfocada. Sí es cierto que la normativa se considera en atención a su función maximizadora del bienestar, ya que permite acceso a los consumidores a los bienes y servicios que ofrecen los no nacionales, y es por esta razón por lo que se considera que la ley que prohíbe la discriminación contra éstos últimos es eficiente, y por tanto “buena”, pero eso no significa, como parece entender la profesora FOX, que la dignidad de la persona en el ordenamiento comunitario se mida en términos de bienestar social o económico.

Como conclusión, opina<sup>99</sup> el profesor WAELBROECK que una ley que prohíbe la discriminación entre diferentes agentes que intervienen en el mercado suele ser normalmente una interferencia con los mecanismos de funcionamiento del mercado, y por tanto negativa desde un punto de vista de la competencia.

---

<sup>95</sup> *Ibid.*, pág. 148.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pág. 151

<sup>97</sup> FOX, E., “Equality, Discrimination, and Competition Law: Lessons from and for South Africa and Indonesia”, *41 Harv. Int'l L. J.* 581 (2000), pág. 581.

<sup>98</sup> FOX, E., “Vision of Europe: Lessons for the World”, *18 Fordham Int'l L. J.* 379, (1994).

<sup>99</sup> WAELBROECK, M., *op.cit.*, pág. 152.

No deja de ser llamativo que al otro lado del Atlántico, con circunstancias sociales, jurídicas y económicas tan diversas de las comunitarias, la opinión mayoritaria sea prácticamente la misma. Aunque muchas de sus conclusiones no gozan hoy de la aceptación que tenían hace dos o tres décadas, compartimos en su mayor parte el análisis del profesor ROBERT BORK, cuando se plantea en su libro *The Antitrust Paradox*, al final del Capítulo<sup>100</sup> dedicado a la discriminación de precios la viabilidad, no de la ley americana al respecto, la Robinson Patman Act, sino la de *cualquier* ley contra la discriminación de precios, y concluye que no es posible, por los siguientes motivos:

1) No hay, en la actualidad, medios fiables de una correcta identificación de la discriminación de precios, y mucho menos medios que puedan emplearse en el contexto de un proceso judicial. La asimilación que se viene haciendo de *diferenciación* de precios con *discriminación* de precios es totalmente errónea, fruto –entre otras cosas- de esa desafortunada confusión entre el concepto legal y el económico de la discriminación.

2) Aún en el caso de que la discriminación de precios pudiera ser identificada y cuantificada correctamente, tendríamos todavía que pensar en la cuestión de hacer una predicción sobre si la prohibición de llevar a cabo una política de precios discriminatorios va a producir un aumento o una disminución del volumen de producto final. Los datos que son necesarios para llevar a cabo este tipo de estimaciones no sólo no son muy difíciles de obtener y elaborar, sino que además están en permanente cambio.

3) Finalmente, a la hora de adoptar una nueva política respecto a las prácticas discriminatorias de precios, o mantener la ya existente, hay que pensar también en los costes de aplicación de estas leyes. Los ingentes recursos que la aplicación de las leyes antitrust demanda en lo que a tiempo, dinero y dedicación de un amplio número de profesionales –jueces, abogados y economistas dentro y fuera del gobierno, hombres de negocios, etc...- se refiere es un factor que no puede olvidarse a la hora de diseñar el contenido material y los presupuestos de aplicación de estas leyes.

### **C) La prohibición general contra los precios discriminatorios.**

Como hemos tenido oportunidad de ver en este Capítulo, estos criterios del profesor BORK son los compartidos por toda una serie de estudiosos del derecho antitrust, especialmente la corriente más economicista del mismo y vinculada a los postulados de la Escuela de Chicago. Sin embargo, es de hacer notar que la mayoría de los ordenamientos a ambos lados del Atlántico prohíben la discriminación de precios. Hemos tenido oportunidad de ver en un apartado anterior, en un breve recorrido histórico sobre los fines que han caracterizado al derecho antitrust norteamericano, cómo durante la década de los 50 y hasta bien entrado los 70 esta normativa protegía a los más pequeños, a los que estaban en una situación de desventaja competitiva respecto a las grandes empresas y firmas.

Sin embargo, a partir de la década de los 80, a medida que se globalizaba la economía los problemas de injusticia o inequidad en los mercados fueron perdiendo peso en la mente de las autoridades antitrust para ceder el paso a otro tipo de preocupaciones; las leyes que prohibían la discriminación empezaron a verse como una limitación a las empresas grandes que les impedía responder de manera eficiente al mercado. Se pasó a plantearse la posibilidad de que las mismas prácticas que antes eran prohibidas –

---

<sup>100</sup> BORK, R. H., *op.cit.*, págs. 398 y ss.

básicamente los acuerdos anudados, la reciprocidad y la discriminación de precios pudieran mejorar el bienestar del consumidor, o por lo menos dejarlo inalterado. Así, el derecho antitrust norteamericano abandonó la preocupación por los más desfavorecidos y se decantó por la eficiencia.

Desde otro punto de vista —que se aleja del análisis que aquí se está llevando, pero que pensamos que aporta una idea interesante—, se ha puesto de manifiesto que “favorecer los intereses de los más desprotegidos en temas de Derecho de la competencia puede parecer totalmente anacrónico en los Estados Unidos del siglo XXI (...) y cuando menos cuestionable en la Unión Europea. Sin embargo, en sociedades con grupos que han sido discriminados, especialmente si las víctimas son una mayoría, como es el caso de Sudáfrica (también se cita a Indonesia), donde la maquinaria discriminatoria y de privilegios del gobierno empieza ahora a ser desmantelada, sí parece que este argumento tenga mucha más fuerza”<sup>101</sup>.

A parte ya de estas posiciones doctrinales, una cosa está clara: los precios discriminatorios son difíciles de regular porque, antes de nada, son difíciles de definir. En el libro de PHILIPS, uno de los que ha servido de base a toda la teoría económica sobre esta cuestión, se afirma sin ambages que “a medida que uno piensa más sobre la discriminación de precios, ésta resulta más difícil de definir”<sup>102</sup>. Por otro lado, como ha puesto de manifiesto una de las personas que más ha estudiado esta cuestión, el profesor VARIAN, “la discriminación de precios ha sido considerada durante mucho tiempo como una práctica dudosa desde el punto de vista legal; sin embargo, las quejas acerca de esta práctica que han manifestado los legisladores son distintas de las manifestadas por los economistas”<sup>103</sup>.

Esta “dualidad” de enfoque, como tendremos oportunidad de ver en estas páginas, no hace sino complicar aún más la cuestión. A ello se le añade la falta de estudios empíricos<sup>104</sup> y series de datos que permitan, una vez adoptada una postura doctrinal definida sobre el concepto de discriminación de precios, identificarla en la práctica.

## 8. Recapitulación.

En este trabajo, adoptaremos el enfoque de ir analizando los diferentes textos legales que han afrontado la regulación de la discriminación de precios; para ello nos apoyaremos especialmente en las decisiones judiciales recaídas en aplicación de dichos cuerpos normativos, pues no será infrecuente que la formulación tan genérica e imprecisa de la prohibición contra la discriminación de precios de lugar a un sin fin de discusiones sobre su contenido y alcance. Naturalmente, este análisis se llevará a cabo contrastando los estudios doctrinales existentes, que siendo más abundantes al otro lado del Atlántico que en la Unión Europea, hay no obstante que compararlos con ciertas cautelas, ya que las

---

<sup>101</sup> FOX, E. (2000), *op.cit.*, pág. 582.

<sup>102</sup> PHILIPS, L., *The Economics of price discrimination*, Ed. Cambridge University Press, Nueva York 1981, pág. 5.

<sup>103</sup> VARIAN, H., “Price Discrimination” (Chapter 10), en SCHMALENSEE, R., y WILLIG, R. (Editors), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, North Holland, 5ª Ed., Ámsterdam 1998, pág. 643.

<sup>104</sup> Hay, por supuesto, algunas “honrosas excepciones” a esta afirmación; así, *Vid.*, el estudio realizado para un conjunto de 49 revistas y publicaciones económicas desde su creación hasta el año 1991, en el interesante trabajo de ROSENBAUM, D. y MENG-HUA, Y., “Price discrimination and economic journals”, *29 Applied Economics* 1611 (1997).

circunstancias y la finalidad que la misma prohibición contra la práctica comercial de discriminar en precios tiene en uno y otro sistema son –pensamos- totalmente distintas.

Puede decepcionar el que la conclusión de este estudio sea, valga la redundancia, muy poco concluyente. Pocas instituciones jurídicas han sido interpretadas de forma tan distinta como la discriminación de precios; en pocos campos de la legislación encontramos áreas tan fronterizas entre el razonamiento legal y el análisis económico; todo ello, unido al actual estado de indefinición en cuanto a sus fines del derecho comunitario de competencia, hace que no sea posible extraer conclusiones nítidas y unívocas sobre la prohibición contra los precios discriminatorios.

Pero no se trata en este Apartado de recapitulación del Capítulo I de adelantar conclusiones, sino de introducir el tema que será objeto de estudio. Se van a analizar aquí muchos casos de discriminación de precios, diferenciación que se efectúa siempre conforme a algún criterio, que es lo que separa la parte contra la que se discrimina de la parte que sale beneficiada. Veremos en las páginas que siguen cómo el profesor WAELBROECK distingue<sup>105</sup> entre criterios de discriminación de precios que no crean problemas desde el punto de vista del derecho de la competencia (diferencias de costes, descuentos en metálico, servicios prestados, quejas de los consumidores, el factor tiempo y los derechos de propiedad intelectual), y los criterios que sí pueden plantear problemas (diferencias de cantidad, diferencias en las elasticidades de mercado, fidelidad de los clientes y enfrentarse a ofertas rivales).

A pesar de ser tan exhaustiva, lo cierto es que esta enumeración se queda corta, pues, como en tantos otros aspectos, la realidad siempre supera las previsiones, y buena muestra de ello son los asuntos que principalmente la jurisprudencia europea y norteamericana ha ido resolviendo a lo largo de los años de vigencia de las leyes sobre discriminación de precios; así, encontramos discriminaciones entre empresas que sólo son clientes propios y empresas que también son clientes de la competencia<sup>106</sup>; entre distribuidores que recogen las mercancías en un puerto y los que las recogen en otro<sup>107</sup>; entre clientes que aceptan que la empresa proveedora se encargue de las tareas de distribución y los que quieren asumirlas ellos mismos<sup>108</sup>; entre los clientes de un competidor a quienes se quiere captar y el resto de los clientes de la empresa<sup>109</sup>; entre clientes que aceptan suscribir un acuerdo de suministro exclusivo y quienes no lo aceptan<sup>110</sup>; entre clientes de dos “submercados” (el aséptico y el no aséptico) de un mismo sector (el de envasado de productos alimenticios)<sup>111</sup>; entre miembros y no miembros de un

---

<sup>105</sup> WAELBROECK, M., *op.cit.*, págs. 152 y ss.

<sup>106</sup> *AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del TJCE (Sala 5ª), de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, *E.C.R.* 1991 p. I-3359, Párrafo nº 111.

<sup>107</sup> *United Brands Co. c. Comisión*, Asunto 27/76, (1978) 1 C.M.L.R. 429.

<sup>108</sup> Decisión 88/518/CEE de la Comisión, *Napier Brown –Irish Sugar*, de 18 de julio de 1988, Párrafo nº 73.

<sup>109</sup> Decisión 85/609/CEE, de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, relativa a un procedimiento bajo el Artículo 86 del Tratado CEE (IV/30.698 – *ECS / AKZO*), *D.O.C.E.* L374/01, de 31 de diciembre de 1985.

<sup>110</sup> Sentencia *Hoffmann-La Roche* del TJCE, de 13 de febrero de 1979, Caso 85/76, *E.C.R.* (1979) p. 0461.

<sup>111</sup> Sentencia *Tetra Pak Internacional 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, Párrafo nº 209.

grupo de empresas importadoras de azúcar<sup>112</sup>; entre clientes “leales” a la empresa proveedora (porque no tienen relaciones comerciales con otras empresas de la competencia) y clientes “desleales” (que sí tienen relaciones comerciales con otros proveedores)<sup>113</sup>; entre diferentes intermediarios según cumplieran o no los objetivos de ventas marcados por la empresa proveedora en cada ejercicio<sup>114</sup>; entre una compañía aérea que ejerce la autoasistencia en tierra y la que contrata servicios de terceros<sup>115</sup>; entre buques que navegan bajo pabellón extranjero y buques nacionales<sup>116</sup>; etc.

En el caso español, el organismo que ha ido delimitando los contornos de la figura de la discriminación de precios ha sido el Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuya “jurisprudencia” encontramos también abundantes Resoluciones en las que ha ido enfrentándose a diferentes situaciones en las que una empresa con dominio de mercado ejercía éste de forma abusiva imponiendo una política de precios discriminatorios. Una de las primeras Resoluciones dictadas a partir de la entrada en vigor de la actual LDC (aunque referida al periodo de vigencia de la anterior LRPRC) es el asunto *Camps*<sup>117</sup>, en el que se imputaba a dicha empresa (entonces monopolista en España de la distribución de carburantes) una práctica prohibida por el art. 3.e) de la Ley 110/1963, consistente en la fijación de precio discriminatorio para el suministro de Gasóleo B a buques pesqueros nacionales en relación con el precio del mismo para buques pesqueros extranjeros durante el período de 1986 a 1989.

Este sector ha sido pródigo en provocar pronunciamientos del TDC por este tipo de prácticas; así, en la Resolución *Petrodis*<sup>118</sup>, dicha empresa fue denunciada por prácticas discriminatorias de precios y prácticas abusivas en un contrato de distribución de carburantes; en la Resolución *Repsol/BP/Cepsa*<sup>119</sup>, éstas fueron denunciadas por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio por prácticas restrictivas de la competencia consistentes en otorgar a los distribuidores y a los titulares de instalaciones fijas mejores condiciones económicas que las que conceden a las estaciones de servicio con las que las encausadas tenían suscritos contratos exclusivos; la Resolución *Cepsa*<sup>120</sup>, por exactamente el mismo motivo que la anterior.

Igualmente se ha pronunciado sobre diferentes asuntos en los que supuestamente se discriminaba entre precios por servicios de inspección y control reglamentarios dentro y fuera del territorio catalán<sup>121</sup>; entre dos empresas del mercado de porcelana de mesa<sup>122</sup>;

---

<sup>112</sup> Decisión 73/109/EEC, de la Comisión, de 2 de enero de 1973, relativa a un procedimiento de aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/26.918 – *European Sugar Industry*), D.O.C.E. L140/17 de 26 de mayo de 1973, Párrafo nº II. A) 3.

<sup>113</sup> Sentencia del TJCE de 1 de abril de 1993, *BPB Industries Plc. y British Gypsum Ltd. c. Comisión*, Asunto T-65/89, E.C.R. (1993) p. II-0389, Párrafo nº 94.

<sup>114</sup> Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 322/81, E.C.R. (1983) p. 3461, Párrafo nº 85.

<sup>115</sup> Decisión 98/513/CE, *Alpha Flight Services c. Aéroports de Paris*, de 11 de junio de 1998 (IV/35.613), D.O.C.E. L 230/10, de 18.VIII.1998.

<sup>116</sup> Sentencia del TJCE, *Corsica Ferries Italia SRL c. Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, de 17 de mayo de 1994, Asunto C-18/93, E.C.R. (1994), p. I-1783.

<sup>117</sup> Resolución de la Sección 1ª del TDC, de 8 de febrero de 1993, Expte. 318/92.

<sup>118</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 30 de julio de 1996, Expte. R 149/96.

<sup>119</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 22 de noviembre de 1995, Expte. r 118/95.

<sup>120</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 1 de abril de 1998, Expte. R 280/97.

<sup>121</sup> Resolución del TDC, de 16 de enero de 1997, Expte. R 173/96, *Instituto Catalán de Inspección y Control*.

entre los fabricantes de ordenadores tipo “PC” y los de tipo “Apple”<sup>123</sup>; entre dos empresas en el mercado de software de validación, tratamiento y análisis de pacientes hospitalarios<sup>124</sup>.

Sin embargo, hay sectores donde la existencia de prácticas de precios discriminatorios es más frecuente de lo habitual. Como tendremos ocasión de estudiar más detalladamente en otros epígrafes, nuestra autoridad de competencia se ha prodigado en Resoluciones en este sentido en el sector telecomunicaciones, donde la “protagonista” de la gran mayoría de los expedientes sancionadores recaídos en esta materia ha sido la ex monopolista *Telefónica*, a quien se imputan conductas constitutivas de abuso de posición de dominio (Resolución *Airtel-Telefónica*<sup>125</sup>) o utilización de criterios no objetivos (Resolución *Los Ángeles Telefónica*<sup>126</sup>) y discriminatorios (Resolución *Marcaciones abreviadas Telefónica*<sup>127</sup>) para la concesión de determinados servicios. También se entendió como abusiva la conducta de redacción de un contrato de adhesión con condiciones muy onerosas (Resolución *Telefónica-Ibertext*<sup>128</sup>). Finalmente, las últimas veces en que TELEFÓNICA se ha enfrentado a una imputación de conducta abusiva consistente en discriminación de precios, han sido en la Resolución *Telefónica de España*<sup>129</sup>, en la que la compañía Esprit Telecom de España S.A. formuló denuncia por entender que se le estaban aplicando descuentos discriminatorios en las llamadas internacionales, y la más reciente Resolución *BT/TELEFÓNICA*<sup>130</sup> en la que se resolvió declarar acreditada –entre otras- la existencia de un abuso de posición dominante consistente en aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocaban a BT en situación desventajosa frente a la propia TELEFÓNICA.

La última ocasión en la que el TDC ha resuelto un expediente sancionador por una práctica de precios discriminatorios ha sido en la reciente Resolución *Vale Music / SGAE*<sup>131</sup>, expediente iniciado por una denuncia de la primera por prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que la segunda cobraba a los productores de fonogramas que no son miembros de la Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de España cantidades más elevadas (hasta un 37%) que a los productores que sí pertenecen a dicha asociación por la utilización del mismo repertorio de obras protegidas, sin que tal diferencia de trato estuviera objetivamente justificada, lo cual constituye un abuso de posición dominante tipificado en el art. 6.2 d) de nuestra LDC.

Como puede fácilmente advertirse, la cantidad de situaciones en que la discriminación de precios se encuentra en la realidad de los mercados es tan rica y variada

---

<sup>122</sup> Resolución del TDC, de 29 de mayo de 1998, Expte. R 310/98, *Cuotas Seguridad Social*.

<sup>123</sup> Resolución del TDC, de 23 de junio de 1998, Expte. R 278/97, *Microordenadores*.

<sup>124</sup> Resolución del TDC, de 6 de abril de 2000, Expte. MC 31/00, *3M – SIGESA*.

<sup>125</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 18 de julio de 1996, Expte. MC 10/96.

<sup>126</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 2 de octubre de 1997, Expte. R 238/97.

<sup>127</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 10 de abril de 1996, Expte. R 146/96.

<sup>128</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 27 de julio de 1999, Expte. 394/97.

<sup>129</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 18 de julio de 1997, Expte. 382/96.

<sup>130</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97.

<sup>131</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 25 de enero de 2002, Expte. 511/01.



como la vida misma, y ello también es un factor que influye poderosamente en esa dificultad de categorizar esta figura a la que antes hemos hecho referencia.

Mención especial tendrá la Decisión *Chiquita*<sup>132</sup>, cuyo recurso dio lugar a la Sentencia *United Brands*, ya que es la primera en abordar como tema central del litigio la discriminación de precios, y por tanto la doctrina emanada de ella tiene una especial relevancia en nuestro análisis. Por el mismo motivo, aunque en este caso las principales cuestiones debatidas son las de las obligaciones de suministro exclusivo y las primas por fidelidad, no podemos dejar de citar la Decisión *Vitaminas*<sup>133</sup>, cuyo recurso dio lugar a la Sentencia *Hoffmann-La Roche*.

Afortunadamente para nuestro estudio, el tema de la discriminación de precios no es ni mucho menos una “reliquia” histórica en el acervo del derecho comunitario, sino que podemos decir con toda rotundidad que es uno de los que más actualidad posee en el momento actual. Una vez más, prueba de ello son los frecuentes pronunciamientos tanto de la Comisión Europea como del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –así como el Tribunal de Primera Instancia- que abordan esta cuestión. 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<sup>134</sup> en este campo, en las que el Reino de España también ha sido “condenado”<sup>135</sup>.

Otro sector que también ha sido pródigo en resoluciones contrarias a las prácticas de precios discriminatorios, ha sido el de servicios postales, que en muchos países está siendo objeto de liberalización, lo que ha dado lugar a Sentencias como *Ufex*, *DHL Internacional* y *Service CRIE*<sup>136</sup> o a la apertura de expedientes sobre los que todavía no ha habido pronunciamiento de ningún órgano comunitario, como la reciente investigación sobre las supuestas prácticas discriminatorias llevadas a cabo por *Deutsche Post AG*<sup>137</sup>.

Igualmente, un sector en el que la discriminación de precios juega un papel crucial, y que está siendo objeto de un concienzudo estudio por parte de la Comisión, es el del automóvil, en el que los diferentes análisis encargados por organismos públicos y privados muestran unas disparidades de precios a lo largo y ancho del supuesto “Mercado Único” que, naturalmente, evidencian que algo no marcha bien en el largo camino hacia la completa integración económica en el seno de la Unión Europea. En un exhaustivo análisis econométrico de este sector<sup>138</sup>, el profesor VERBOVEN concluye que, efectivamente, existe un alto grado de discriminación de precios en el mercado europeo del automóvil,

---

<sup>132</sup> Decisión 76/353/EEC, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975, relativa a un procedimiento de aplicación del Artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.699 – *Chiquita*), *D.O.C.E.* L 95/1, de 9 de abril de 1976.

<sup>133</sup> Decisión 76/642/EEC, de la Comisión, de 9 de junio de 1976, relativa a un procedimiento de aplicación del Artículo 86 del Tratado CEE (IV/29.020 – *Vitamins*), *D.O.C.E.* L 223/27, de 16 de agosto de 1976.

<sup>134</sup> Sentencia *Aéroports de Paris c. Comisión de las Comunidades Europeas*, del TPI (Sala 3ª), de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98, *E.C.R.* 2000 p. 0000; Decisión de la Comisión *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, Asunto IV/35.703, de 10.II.1999, *DOCE* L69/31, de 16.III.1999; Decisión de la Comisión, *Aeropuertos Portugueses*, Asunto IV/35.767, de 10.II.1999, *DOCE* L69/24, de 16.III.1999.

<sup>135</sup> Decisión *AENA*, 2000/521/CEE, de la Comisión Europea, *D.O.C.E.* L208/36 de 26 de julio de 2000.

<sup>136</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 4 de marzo de 1999, Asunto C-119/97 P.

<sup>137</sup> *Vid.*, Nota de Prensa de la Comisión IP/00/562, Bruselas 31 de mayo de 2000.

<sup>138</sup> VERBOVEN, F., “International price discrimination in the European car market”, *RAND J. Econ.*, Vol. 27, nº 2, 1996, págs. 240 a 268.

siendo las diferencias más altas las que separan los márgenes entre Bélgica (los menores) e Italia (los mayores), y más pronunciada entre las gamas bajas que en las altas<sup>139</sup>.

Así mismo, en otro importante estudio llevado a cabo por este autor y la profesora GOLDBERG, tras examinar las fuentes del alto índice de dispersión de precios existente desde 1980 hasta 1993 en los países europeos –en el mercado del automóvil-, se pone de manifiesto que “nuestros resultados sugieren que, durante los 14 años de nuestra muestra, hay una diferencia media del 20% entre el Reino Unido e Italia, y el país más barato, Bélgica. Esta diferencia de precios se atribuye principalmente a las diferencias en coste y descuentos en el Reino Unido, y a la discriminación de precios debida a las restricciones domésticas en materia de marcas en Italia”<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> *Ibid.*, pág. 261. Esto lo achaca el autor a dos razones: en primer lugar, las empresas locales (*Fiat* en Italia, *PSA* y *Renault* en Francia) pueden explotar mejor su poder de mercado en los segmentos de clase media-baja, con excepción de Alemania, cuyos fabricantes (*Mercedes*, *BMW*, *Volkswagen-Audi*) son más “fuertes” en las gamas altas; en segundo lugar, porque las restricciones a la importación de vehículos japoneses tiene un mayor efecto sobre el precio de los coches en los que ellos compiten: pequeños y baratos.

<sup>140</sup> GOLDBERG, P. y VERBOVEN, F., “The Evolution of Price Dispersion in the European Car Market”, *CEPR Discussion Papers No. 2029*, 1998, pág. 45.