

CAPÍTULO II. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS.

1. Introducción.

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

Legalmente se aprecia una discriminación de precios cuando “se aplican, en las relaciones comerciales con terceros, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, dejando a unos competidores en desventaja frente a otros”³.

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

En segundo lugar, porque ni el concepto legal ni el concepto económico de discriminación son conceptos unívocos; cada uno en su ámbito son conceptos que actualmente están sujetos a una discusión todavía abierta en cuanto a su contenido y alcance, y ello hace que sea imposible manejar estos conceptos con un grado de certeza absoluto. No sin razón autores tan representativos de la Teoría de la Organización Industrial como SCHERER y ROSS, han concluido que “no es posible dar una definición única y omni-comprensiva de la discriminación de precios”⁴.

Si para la mayoría de las leyes antitrust es válida la afirmación de que en ellas late una tensión permanente entre la equidad –o justicia social- y la eficiencia económica, en las normas que regulan la discriminación de precios podemos decir que este conflicto alcanza su máxima expresión. La norma que en Estados Unidos regula esta cuestión, la *Robinson*

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

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

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

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

Patman Act, es ciertamente una ley compleja porque complejos y plurales son los valores que subyacen en el sistema socioeconómico norteamericano. Lo mismo puede decirse de la regulación que, en sus artículos 81 y 82 prevé el Tratado de la Unión Europea para la actuación de las empresas en el Mercado Común. No estamos hablando de la mayor o menor progresividad de una norma fiscal, ni el mayor o menor porcentaje de actividad agrícola que ha de subvencionarse; se están barajando instancias como la maximización de la riqueza y el bienestar, la satisfacción de los consumidores, los objetivos distributivos o la asignación de recursos. Y también la justicia, la equidad, el poder de mercado frente al “débil”, la opresión y la utilización de medios anticompetitivos para la obtención de un mayor beneficio. Por eso es importante conocer bien al menos uno de los términos de la comparación, para así llevar a cabo un juicio más acertado en ese delicado equilibrio entre la dimensión “social” y la “económica” de las leyes antitrust. Pensamos que el estudio de la discriminación de precios, y de las leyes que la regulan ofrece unas posibilidades enormes de llevar a cabo ese juicio, ya que “la *Robinson Patman Act* abarca todo el amplio espectro de valores que suele incluirse en la expresión ‘justicia competitiva’ así como las tensiones inherentes en el conflicto entre la equidad y la eficiencia”⁵.

2. Concepto legal y concepto económico de discriminación.

A) Delimitación del alcance de los conceptos.

Debido a una “desafortunada coincidencia en la terminología”⁶, se denomina de la misma manera al fenómeno económico de la discriminación de precios que al concepto legal del mismo nombre. Esto hace que reine la confusión en cuanto al tratamiento de esta figura, y que haya que examinar cuidadosamente si la legislación que pretendidamente se ha diseñado para operar contra la discriminación de precios realmente cumple ese papel, o si -en ocasiones- lo que hace no es sino favorecerla. Para esclarecer esta confusión, es preciso definir bien los conceptos y delimitar el alcance del sentido económico del término discriminación de precios respecto a la valoración jurídica del mismo.

No sorprende por ello que gran parte de los estudios doctrinales existentes se encaminen hacia la elaboración de un concepto funcional y operativo de los precios discriminatorios: “es probablemente una desgracia, desde el punto de vista de la terminología, que la prohibición legal se llame prohibición de los precios discriminatorios, ya que las connotaciones de injusticia que tiene este término no siempre están presentes en los diferenciales de precios a que hace referencia”⁷. Siguiendo a este autor, a lo largo de este Capítulo emplearemos –de intento- los términos *discriminación* de precios y *diferenciales* de precio para precisar a qué tipo de práctica nos estamos refiriendo en cada momento.

Como ya se ha indicado, y así es reconocido por la mayoría de los economistas, no es posible una definición simple y a la vez omnicomprendiva del fenómeno de la

⁵ SILCOX, C.R. y MAC INTYRE, A.E., “The Robinson-Patman Act and competitive fairness: balancing the economic and social dimensions of antitrust”, *31 Antitrust Bull.* 663 (1986), pág. 663.

⁶ DAM, K. W., “The Economics and Law of Price Discrimination: Herein of Three Regulatory Schemes”, *31 U. Chi. L. Rev.* 1 (1963), pág. 1.

⁷ TRAUTMAN, D., “Price Discrimination as a workable concept: a study in the administration of economic tests”, *Tesis doctoral (no publicada)*, Harvard Archives: HU 92.51.845 (1987), pág. 17.

discriminación de precios. El motivo de este “rechazo” a una definición de esas características es doble⁸: por un lado, y desde una perspectiva teórica, el concepto de discriminación de precios ha sufrido una larga y lenta evolución; por otro lado, y desde una aproximación funcional, las manifestaciones de la discriminación de precios en la práctica son múltiples y variadas, y se resisten por tanto a una categorización única.

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

Como han puesto de manifiesto los profesores AREEDA y KAPLOW, “en principio, el tratamiento desigual de aquellos que son similares no es más discriminatorio que el tratamiento igual de aquellos que son diferentes. Cobrar lo mismo al contado y a plazo es, económicamente hablando, discriminar contra el que paga al contado. Cobrar lo mismo a los clientes que compran en la planta productiva de los que conllevan envío a un sitio distante discrimina a aquellos frente a éstos”⁹.

Del mismo modo, con sorprendente precisión y rigor “económico” encontramos en recientes pronunciamientos de las autoridades europeas afirmaciones que evidencian que esta distinción empieza a asumirse en el Derecho antitrust comunitario y la jurisprudencia relativa a los precios discriminatorios; así, en la Decisión *Virgin – British Airways*, se detalla¹⁰ expresamente que:

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

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

⁸ BLAKENEY, M., “Price Discrimination Laws: An Economic Perspective”, *Duq. L. Rev.*, Primavera 1981, pág. 486.

⁹ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª ed., Nueva York 1997, pág. 952.

¹⁰ Decisión 2000/74/CE de la Comisión, de 14 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (Asunto IV /D-2/34.780), *D.O.C.E.* L 30/1 de 4 de febrero de 2000, Párrafo nº 109.

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

Igualmente, en la reciente Decisión *Van den Bergh Foods Limited*¹¹, la Comisión Europea señaló que un sistema en el que se cobra lo mismo a todos los distribuidores que venden una marca de helado, con independencia de que el congelador en el que la mantienen sea suyo o del propio proveedor es discriminatorio, en la medida en que aquellos que tengan sus propios frigoríficos están pagando por un servicio que no reciben, subsidiando a los que utilizan cámaras frigoríficas del proveedor y son por tanto situado en relación de desventaja competitiva frente a éstos.

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

Se ha señalado, tanto desde la doctrina como en la misma jurisprudencia, que el primer texto legal que ofrece una regulación expresa de la discriminación de precios, la Robinson Patman Act, habla de *discriminación* en los precios aún cuando lo que únicamente tiene en consideración es la *diferenciación* en los precios¹². En efecto, esto es así porque las acciones legales se enervan en el momento en que una diferencia en precios no esté justificada por una diferencia en costes. Como hemos visto, económicamente se pueden considerar una infinidad de situaciones en las que hay discriminación a parte de la no existencia de justificación vía costes. Así, un diferencial en precio puede ser enteramente no-discriminatorio en sentido económico, y sin embargo caer bajo la prohibición legal. Sobre las negativas consecuencias de esta divergencia entre el concepto legal y el económico, nos remitimos a lo ya dicho; ahora simplemente queríamos volver a insistir brevemente en ello por las dificultades que planteará a la hora de delimitar jurídicamente la figura.

En el ámbito del Derecho comunitario, el texto del Tratado de la CE no ofrece una delimitación precisa de esta figura, pero sí encontramos intentos de definir el concepto de la discriminación de precios en las Decisiones de la Comisión Europea y las Sentencias del

¹¹ Decisión 98/531/CEE de la Comisión, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (Asuntos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436), *D.O.C.E.* L 246/1, de 4 de septiembre de 1998, Considerando nº 76.

¹² Así se expresa el juez EASTERBROOK en la Sentencia *A. A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396 (1989), Párrafo nº 1406, recogiendo la célebre afirmación hecha por el Tribunal Supremo muchos años antes en *F.T.C. v. Anheuser-Busch, Inc.*, 363 U. S. 536 (1960), Párrafo nº 549.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como en los comentarios doctrinales que han acompañado a estos pronunciamientos.

Uno de los más relevantes en este sentido, la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, ha permitido a diferentes estudiosos del Derecho antitrust europeo perfilar el alcance de la prohibición de los precios discriminatorios contenida en el art. 81 TUE.

Así, se entiende¹³ que para que tenga lugar una conducta abusiva de estas características, han de cumplirse los siguientes requisitos:

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

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

1) La que lleva a intentar extraer del mercado lo máximo que éste puede dar; los precios se adaptan a cada una de las regiones o submercados en función de la elasticidad de demanda, maximizando así el ingreso del productor. Por las implicaciones que esta práctica se ha entendido que tiene sobre la integración de mercados, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han sido bastante estrictos prohibiéndola. Como hemos señalado en apartados anteriores¹⁴, es necesario no obstante abandonar planteamientos formalistas y apriorísticos y llevar a cabo un cuidadoso análisis para no prohibir una práctica que sí puede contribuir eficazmente al objetivo de la integración.

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

Uno de los ejemplos más nítidos de cómo puede aplicarse una política de precios discriminatorios nos lo ofrece un caso reciente que afecta a prácticamente todos los órdenes jurisdiccionales que conocen temas antitrust. Se trata del caso EGEDA, que tiene su origen en varios conflictos que enfrentan a diversas asociaciones del sector hotelero han interpuesto con la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales por supuestas prácticas restrictivas de la competencia.

El primer pronunciamiento judicial ha sido la Sentencia *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales c. Hostelería Asturiana S.A.*¹⁵, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, para responder a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo sobre si la captación por un hotel de señales de televisión terrestre o por satélite y su ulterior distribución por cable a las diferentes habitaciones del hotel constituye un “acto de comunicación al público” en el sentido de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre de 1993. Al fallar

¹³ ZANON, L., “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”, *J. World T. L.*, Vol. 15, 1981, págs. 306 y ss.

¹⁴ *Vid.*, SUPR., Capítulo I, Apartado 3. B).

¹⁵ Sentencia del TJCE, de 3 de febrero de 2000, Asunto C-293/98, *E.C.R.* (2000) p. 0000.

negativamente el TJCE, y concluir que la cuestión debía ser apreciada conforme al Derecho nacional, el Juzgado de Oviedo entró a conocer del asunto, estimando la demanda de EGEDA y condenando a HOASA a pagar la remuneración correspondiente por la comunicación pública con receptor de televisión¹⁶.

Como la propia Sentencia reconoce (Fto. Jco. nº 3), las demandas iniciadas por EGEDA contra diversos hoteles ya han dado lugar a resoluciones tanto de juzgados de primera instancia como de Audiencias Provinciales, unas favorables a la demandante y otras contrarias (aunque ésta parece ser la postura minoritaria).

La cuestión es que, la “abusiva” diferencia de tasas que las entidades hoteleras deben pagar a EGEDA respecto a las que deberían pagar a otras entidades de gestión (por ejemplo la SGAE, como reconoce la Sentencia en el Fto. Jco. nº 9) y con respecto a lo que se paga en otros países, ha llevado a un grupo sustancial de federaciones turísticas y asociaciones hoteleras españolas a demandar a EGEDA por abusar de su posición de dominio mediante la fijación de tarifas excesivamente elevadas a los hoteles por concepto de la recepción de emisiones de televisión vía satélite en las habitaciones.

El Tribunal de Defensa de la Competencia adoptó la Resolución *EGEDA*¹⁷, denegando la propuesta de medidas cautelares, y el Servicio de Defensa de la Competencia, en su Informe Propuesta al TDC, de fecha 30 de julio de 1999, ha considerado como hecho acreditado (Folio nº 8) la práctica de una política de precios discriminatorios.

La calificación que el Servicio hace de las tarifas de EGEDA es (Folios nº 61 y 62) que dichas conductas constituyen infracciones de los artículos 1 y 6 de la LDC y de los artículos 81 y 82 del TCE, por constituir –entre otras cosas- un abuso de su posición de dominio al establecer unos precios que discriminan negativamente contra los operadores de cable y contra los que incumplen sus obligaciones para con ella.

En el expediente sancionador recaído en la Resolución *Propiedad Intelectual Audiovisual*¹⁸, el TDC ha optado finalmente por declarar que “del análisis de los hechos probados, resulta evidente que, al menos, las (tarifas) establecidas de 1995 en adelante no fueron equitativas y fueron discriminatorias” (Fto. Jco. nº 12). Esta práctica abusiva entiende el Tribunal que se opera a dos niveles, uno discriminando a los hoteles respecto de otros usuarios como los operadores de cablevisión, y otro discriminando arbitrariamente a los hoteles llamados “incumplidores” y a las asociaciones hoteleras “que no colaboran”.

2. Tipos de discriminación de precios.

Se exponen a continuación las diferentes formas de discriminación de precios que encontramos en la realidad de los mercados, atendiendo a tres criterios de clasificación.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo, en Juicio Ordinario Declarativo de menor cuantía nº 322/97, de 24 de abril de 2000.

¹⁷ Resolución del TDC, de 15 de julio de 1998, Expte. MC 28/98: “Comparando estas tarifas con las de otras entidades de gestión españolas (SGAE y AGEDI) y con las recopiladas de otras entidades de gestión equivalentes de otros países europeos, las de EGEDA suponen para los hoteles españoles la obligación de pagar cantidades sustancialmente superiores a las que se pueden exigir a sus colegas de otros países europeos y son también muy superiores a las que cobran SGAE y AGEDI. Se aprecia también al examinar estas tarifas determinadas disposiciones discriminatorias (respecto de hoteles incumplidores y de las empresas de cable distribución) y otras que, por imprecisas, dan lugar a la posibilidad de diferentes interpretaciones”.

¹⁸ Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, Expte. 465/99.

a) Sistemática / Esporádica.

Esta clasificación es una de las que más importancia reviste en la práctica, ya que para muchos autores sólo la discriminación de precios sistemática es la que la legislación debe contemplar, ya que la esporádica es una realidad cotidiana en los mercados inherente al funcionamiento saneado de los mismos, y por tanto no ha de ser objeto de regulación.

En efecto, “algunas formas de discriminación de precios esporádica son posibles por la misma inercia de los consumidores, y por el lapso de tiempo que tarda la información sobre los precios en extenderse entre los compradores (...). La existencia de este tipo de discriminación es frecuentemente un indicio de competencia efectiva en precios, y de hecho, algo inherente a un funcionamiento económicamente dinámico de los mercados”¹⁹. Esta distinción, entre la *inocua* discriminación esporádica y la *nociva* discriminación sistemática hay que tenerla en cuenta según se vayan describiendo las otras categorías.

De la importancia de esta clasificación da cuenta su inclusión expresa en algunos textos legales, como por ejemplo la *Trade Practices Act* (Australia), la cual prohíbe la discriminación de precios en su Sección 49 (1) sólo “*si la discriminación es de tal magnitud o es de carácter recurrente o sistemático tal que tiene el efecto...*”.

En palabras –del todo concluyentes- del profesor POSNER, “es muy importante distinguir entre la discriminación de precios persistente o *sistemática*, que es un síntoma de la existencia de un poder monopolístico, y la discriminación de precios temporal o *esporádica*, que habitualmente acompaña al desplazamiento de un punto de equilibrio a otro en un mercado competitivo y a la desintegración de un cártel, que habitualmente llevará consigo el ofrecimiento de descuentos selectivos sobre el precio fijado por el cartel”²⁰.

b) Directa / Indirecta.

Esta clasificación de los precios discriminatorios, prácticamente carente de relevancia práctica –lo que hace que no nos detengamos en su análisis detallado- hace referencia a la forma en que éstos se apliquen al consumidor: la discriminación directa significa básicamente aplicar precios diferentes a consumidores del mismo bien, mientras que la indirecta es la traslación a precios de un diferencial de coste.

De esta manera puede ampliarse la prohibición de discriminar en precios también a aquellos “subterfugios” que tienen el mismo efecto que la diferencia nominal de precios pero adoptan otra forma.

Es interesante señalar que la Sección 2(a) de la Robinson Patman Act prohíbe explícitamente tanto la discriminación directa como la indirecta, siendo la discriminación directa la simple diferencia en precios mientras que la indirecta la constituida por cualquier valor recibido por un cliente que no reciben el resto²¹.

En opinión de los profesores AREEDA y KAPLOW, “la discriminación de precios indirecta tiene un alcance incierto. Puede que abarque cualquier diferencia con la que un

¹⁹ BLAKENEY, M., “Price Discrimination Laws: An Economic Perspective”, *Duq. L. Rev.*, 1981, pág. 499.

²⁰ POSNER, R., *op.cit.*, pág. 63 (la cursiva es añadida).

²¹ NOTE, “The Distinction Between the Scope of Section 2(a) and Sections 2(d) and 2(e) of the Robinson-Patman Act”, *83 Mich. L. Rev.* 1580 (1985), pág. 1598.

proveedor trata a sus diferentes clientes –financiación, privilegios, rapidez de entrega, trato favorable- porque cada elemento de una transacción tiene un valor monetario teórico²².

c) Personal / Por grupos / Por productos.

De acuerdo con la teoría económica la discriminación de precios suele clasificarse atendiendo a tres tipos de criterios: (i) los objetivos que se persiguen, (ii) el grado de poder de mercado empleado, y (iii) las técnicas empleadas. En un análisis que integre estos diferentes enfoques, es posible identificar²³ las siguientes clases de precios discriminatorios:

1) Discriminación personal: se basa en las diferencias entre los consumidores considerados desde un punto de vista individual. Describe un tratamiento discriminatorio basado principalmente en la diferente capacidad o fuerza negociadora, la necesidad de compra o las oportunidades competitivas de unos y otros. Ejemplos de este tipo de discriminación de precios serían:

- “*haggle-every-time*”: tiene lugar cuando cada transacción se negocia individualmente con cada cliente cada vez que se lleva a cabo, y los compradores no son clientes habituales sino heterogéneos y cambiantes. Encontramos ejemplos en los típicos bazares de los mercadillos o en la venta de coches de segunda mano.

- “*size-up-his-income*”: tiene lugar cuando los consumidores ricos reciben un precio superior al que reciben los consumidores pobres. El ejemplo típico es lo que se cobra por los servicios médicos o legales.

- “*give-in-if-you-must*”: tiene lugar cuando los compradores son clientes habituales que intentan aprovecharse de un sector en el que se factura con dificultad, la capacidad está infrautilizada o se funciona sobre rumores en torno a los precios de la competencia.

- “*let-him-pay-more*”: tiene lugar cuando el vendedor carga un precio superior a los clientes que están más cercanos al punto de venta, ya que es menos probable que incurran en los costes de búsqueda que supondría dirigirse a otro vendedor que opere en un mercado más lejano.

- “*measure-the-use*”: consumidores que usan el producto con más intensidad reciben un precio –superior- que no se corresponde con ningún ahorro en costes. Como tendremos oportunidad de ver, pues ha sido uno de los casos más emblemáticos de discriminación de precios, son ejemplos típicos en el alquiler de máquinas fotocopadoras.

2) Discriminación por grupos: la distinción se lleva a cabo entre diferentes grupos de consumidores. Los parámetros utilizados para efectuar la separación de grupos pueden ser varios: edad, sexo, pertenencia a alguna organización, situación laboral, etc. Ejemplos de esta forma de discriminación de precios serían:

- “*keep-them-in-their-zones*”: tiene lugar cuando el vendedor exime al comprador del pago de los costes de transporte en los que se incurre al trasladar el producto, si éste se hace a determinadas zonas geográficas preestablecidas.

- “*play-the-game*” (juega la partida): tiene lugar cuando los vendedores simplemente adaptan su oferta a los precios habitualmente ofrecidos en cada mercado. Se conoce

²² ARREDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen L. & Buss., 5ª Ed., Nueva York 1997, pág. 927.

²³ BLAKENEY, M. (1981), *op.cit.*, págs. 487 y ss.

también como “basing point discrimination”, y volveremos a hacer referencia a ella en un apartado posterior.

- “*match-the-freight*”: tiene lugar cuando un vendedor, para superar la desventaja que le supone estar ubicado más lejos del cliente que algunos de sus competidores, ofrece ser él quien asuma los costes adicionales en que se incurra con respecto a la oferta más baja desde otros puntos de venta hasta el destino.

- “*dump-the-surplus*”: tiene lugar cuando los vendedores disponen de un excedente por operar en otros mercados, y ello les permite cargar precios por debajo del nivel normal de mercado. Como podrá observarse, este tipo de discriminación tiene mucho que ver con la práctica de precios predatorios, y con la práctica –habitual en el comercio internacional– del dumping.

- “*kill-the-rival*”: tiene lugar cuando se reducen los precios sistemáticamente sólo en los mercados en los que opera un determinado competidor.

- “*promote-new-customers*”: tiene lugar cuando se ofrece a nuevos clientes precios más bajos que a los clientes habituales con la esperanza de conseguir nueva clientela. Un ejemplo típico de esta categoría son las ofertas de precio reducido a gente que se suscribe por primera vez a una publicación.

- “*favor-the-big-ones*”: se trataría de un caso especial del anterior grupo, en el que los clientes favorecidos son las empresas que hacen grandes pedidos (y, naturalmente, estos descuentos no se justifican por un ahorro en los costes).

- “*protect-the-middleman*”: tiene lugar cuando se carga el mismo precio a las empresas que desarrollan ellas mismas funciones de transporte o almacenaje que consumidores que adquieran los productos de distribuidores del fabricante. Este tipo de comportamiento es el que lleva con frecuencia a las prácticas de mantenimiento del precio de reventa, que serán objeto más adelante por su estrecha vinculación con la discriminación de precios.

- “*hold-them-in-line*”: tiene lugar cuando a los distribuidores que no consiguen cumplir una serie de sugerencias sobre el precio de venta planteadas por el fabricante se les deniegan determinados descuentos o ventajas que se conceden a los que sí cumplen con dichos requerimientos.

- “*sort-them-by-time-value*”: este tipo de discriminación de precios puede llevarse a cabo a través de los clásicos cupones que se recortan de un periódico, o un envase, y que exigen un mínimo de dedicación de tiempo para obtener el beneficio que comportan. Aquellos consumidores que llevan a cabo el proceso tienen un bajo coste oportunidad de su tiempo, y se presume por tanto que también tendrán un precio de reserva menor.

3) Discriminación por productos: la distinción se lleva a cabo entre diferentes productos de los que se ofrecen al público. Esta discriminación se fundamenta en la diferente intensidad con que un producto es usado o, más exactamente, las diferentes intensidades en la demanda de un mismo producto que tienen diferentes compradores. Ejemplos de este tipo de discriminación serían:

- “*charge-what-the-traffic-will-bear*”: tiene lugar cuando se aplica, por ejemplo, una tarifa diferente por kilómetro recorrido según que material se transporte, mayor para productos con un margen de beneficio mayor (telas) y menor cuando se trata de otro tipo de mercaderías (materiales de construcción).

- “*get-the-most-from-each-group*”: tiene lugar cuando se aplican diferentes precios en función de la diferente intensidad en la demanda. El ejemplo típico es la diferente tarifa eléctrica según el consumo sea doméstico o industrial.

- “*appealing-to-classes*”: tiene lugar cuando la diferencia en precio se basa en un premium que se cobra por la calidad más que por una diferencia real en los costes de producción. Los ejemplos de este tipo de discriminación de precios también abundan en la vida real: los precios de billetes de avión clase turista y clase Business, entrada de butaca o de palco del teatro, libro de tapas duras o tapas flexibles, etc.

- “*make-them-pay-for-the-label*”: significa que se suministran productos que físicamente son exactamente iguales –o, por lo menos, homogéneos en cuanto a los costes de producción-, pero se venden bajo diferentes marcas, y se cobran también a diferente precio.

- “*clear-the-stock*”: tiene lugar cuando se aprovechan determinadas circunstancias, como el período previo a navidades, o la etapa vacacional del verano para vender los productos con especiales descuentos.

- “*switch-them-to-off-peak-times*”: tiene lugar en sectores en donde pueden distinguirse fácilmente períodos de alta demanda y períodos de baja demanda; así, es típico del sistema tarifario aplicado por los operadores de telefonía –llamadas a primeras horas de la mañana o últimas de la noche frente a llamadas en horario de congestión en la red-, las compañías de suministro de energía eléctrica –demanda diurna frente a demanda nocturna, en verano o en invierno, etc.-, o las compañías del sector hostelería –precios de habitaciones en temporada alta y en temporada baja-.

- “*get-the-most-for-each-product*”: tiene lugar en aquellos productos que son físicamente diferenciados –un ventilador y una lavadora-, y sin embargo comparten algún tipo de pieza esencial –el motor eléctrico del rotor-; según a qué productor se le venda, se le aplica un precio u otro.

- “*skimming*”: tiene lugar cuando se lanzan productos a un precio muy elevado, pensado para que lo paguen aquellos consumidores ávidos de hacerse con el bien en primer lugar, y una vez se supera esa fase inicial se rebaja el precio a niveles dirigidos a clientes con capacidad adquisitiva inferior. Es frecuente en automóviles, productos de alta tecnología (CD’s, DVD’s, cámaras fotográficas digitales, etc...) en el momento del lanzamiento inicial.

C) Niveles en la discriminación.

La *Robinson Patman Act* incluye tres categorías de ilícitos²⁴ en el ámbito de la discriminación de precios, cuyas notables diferencias justificarían una separación –al menos sistemática- que no encontramos en el articulado legal. Por otra parte, esta distinción es totalmente desconocida por la regulación comunitaria, que no contempla en absoluto estos “niveles” en la discriminación.

Bajo el nombre de discriminación de precios de primer nivel (*Primary-line*) se hace referencia a la discriminación que tiene lugar en el mercado en el que opera el vendedor

²⁴ *Vid.*, en nuestra doctrina, el excelente trabajo de ORTEGA BUENO, R., “La discriminación de precios bajo el prisma del derecho de la competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 213, Mayo/ Junio 2001, págs. 47 y 48, con una extensa recopilación de jurisprudencia sobre los diferentes niveles citados.

que discrimina. Gran parte de la doctrina²⁵ opina que, en el fondo, la discriminación de precios de primer nivel no es más que una estrategia de precios predatorios, a través de la cual un empresario utiliza los altos precios de un mercado para compensar los bajos precios de otro mercado en el que está intentando expulsar a un competidor.

Bajo el nombre de discriminación de precios de segundo nivel (*Secondary-line*) se hace referencia al mercado en el que desarrolla sus actividades el comprador discriminado. Los posibles perjudicados ahora no son los competidores del supuesto discriminador, sino el conjunto de sus clientes desfavorecidos al serles aplicados unos precios superiores a los que reciben sus rivales (los clientes favorecidos por el discriminador), lo que les ocasiona una desventaja competitiva²⁶ y una posible pérdida de negocio. Como veremos con más detalle seguidamente, en este nivel se exige que se demuestre esa relación competitiva entre unos y otros.

Finalmente, aunque su importancia es considerablemente menor, bajo el nombre de discriminación de precios de tercer nivel (*Tertiary-line*) se hace referencia al perjuicio que sufrirían no ya los competidores del presunto discriminador, ni sus clientes, sino los clientes de éstos, consecuencia de los peores precios ofrecidos por aquel.

A la hora de analizar estos diferentes niveles, es importante distinguir entre los consumidores que compran para su consumo personal, y aquellos que compran para revender. Y dentro de los primeros es preciso distinguir entre los clientes que son los consumidores finales del bien y los clientes que utilizan el bien para producir otro bien. Estas diferencias son importantes porque, de cara a establecer el potencial perjuicio a la competencia que la discriminación provocará, una diferencia de precios aplicada a revendedores necesariamente perjudicará al que se le aplique el precio superior, mientras que una discriminación aplicada a productos que son reutilizados para fabricar otros bienes se traslada de manera menos perceptible al consumidor final.

Bajo la Robinson Patman Act, y en tanto en cuanto no se ve afectada la competencia en el primer nivel (entre los competidores del vendedor), la jurisprudencia ha establecido²⁷ que un vendedor puede discriminar –sin contravenir la ley– entre sus variados clientes, pero no puede hacer clasificaciones entre los revendedores.

Finalmente, como han señalado a este respecto los profesores WAELBROECK y FRIGNANI, “la discriminación de precios del artículo 85.1 y del artículo 86 es la que favorece a ciertos compradores (o proveedores) en perjuicio de otros, falseando las condiciones de competencia entre ellos (*Secondary line competition*). No es (...) la discriminación que afecta a la competencia entre la empresa y sus propios competidores (*Primary line competition*)”²⁸.

²⁵ Vid., por todos, HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1999, pág. 525.

²⁶ Es interesante señalar que la discriminación de precios de segundo nivel guarda una semejanza evidente con las prácticas verticales de mercado y opera únicamente como una restricción *intra-marca*. De ahí que se haya puesto en duda su carácter anticompetitivo, y que el Tribunal Supremo no haya dictado prácticamente ninguna resolución contraria en este sentido cuando se analiza la práctica bajo la “regla de la razón”.

²⁷ Vid., para una detallada relación de los supuestos concretos y las sentencias que han sentado la doctrina, DAM, K. W., “The Economics and Law of Price Discrimination: Herein of Three Regulatory Schemes”, 83 *U. Chi. L. Rev.* 30 (1963), págs. 30 y 31.

²⁸ WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 580.

a) Primer Nivel.

En la reciente *Barr Lab., Inc. v. Abbott Lab., Inc.*²⁹, se ha vuelto a señalar que la discriminación de precios que se ofrece a compradores con el objetivo de perjudicar a los competidores del vendedor se denomina “discriminación de primer nivel”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano aplica a los posibles perjuicios causados por una discriminación de precios de primer nivel (*Primary-line injury*) el mismo test que baraja para los precios predatorios. Así lo evidencian sentencias como *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*³⁰ y *O. Hommel Co. v. Ferro Corp.*³¹, y así lo entiende también el profesor BORK: “la teoría de que la discriminación de precios puede perjudicar la competencia en el nivel del vendedor es simplemente la teoría de la predación a base de recortes en los precios”³².

Por otra parte, el simple perjuicio causado a una empresa competidora no es suficiente para entender que una política de precios diferenciados es discriminatoria en el sentido de la Robinson Patman Act. Para apreciar la existencia de un ilícito antitrust, se ha exigido además que se demuestre la existencia de un perjuicio al mercado. Así, en la Sentencia *F.T.C. v. Anheuser Busch, Inc.*³³, se estableció que el daño a un competidor, en cuanto opuesto al daño a la competencia, no era suficiente para establecer una infracción de la Robinson Patman Act, sino que era necesario demostrar también la existencia de un perjuicio generalizado en el mercado.

No obstante, la primera decisión importante del alto tribunal estadounidense en este sentido y la que, durante muchos años ha marcado la pauta de interpretación de la *Primary-line injury* fue la controvertida *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*³⁴, en la que se entendió que no era admisible que una empresa de ámbito nacional aplicase precios más bajos en un mercado local que los aplicados en mercados cercanos, con el objeto de competir en dicho mercado con la empresa regional allí dominante.

Resumidamente, los hechos fueron los siguientes: antes de que Utah Pie entrara en el mercado en 1957 y construyera una fábrica en el año siguiente, el mercado de tartas congeladas de frutas de Salt Lake City era surtido por divisiones locales de empresas nacionales cuyas plantas productivas estaban en otros sitios. Al tener unos costes de transporte sensiblemente inferiores, Utah Pie comenzó una política agresiva introduciendo sus productos a precios notablemente más bajos que los de sus rivales. En su primer año de operaciones en Salt Lake City obtuvo el 66’5 % del mercado. En 1961 esta cifra descendió hasta el 45’3 %, debido a la respuesta en precios de sus competidores, que hicieron los oportunos recortes en Salt Lake City mientras que mantenían los precios anteriores para el resto de mercados en los que operaban. En todo el período que duró la supuesta discriminación de precios, el mercado de tartas congeladas de frutas de Salt Lake City experimentó un considerable crecimiento, pasando de 57.000 docenas de tartas en 1958 a casi 267.000 docenas en 1961. La supuesta víctima de la discriminación, Utah Pie, no sólo

²⁹ 978 F.2d 98 (3rd Cir. 1992), Párrafo nº 106.

³⁰ 459 U. S. 825 (1982).

³¹ 659 F.2d 340 (3rd Cir. 1981), *cert.denied*, 455 U. S. 1017 (1982).

³² BORK, R., *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, Ed. Free Press, Nueva York, 1993, pág. 386.

³³ 363 U. S. 536 (1960).

³⁴ 386 U. S. 685 (1967).

mantuvo su posición privilegiada en el mercado sino que aumentó su volumen de ventas total y sus beneficios durante todo ese período.

Sin embargo, la demandante -*Utah Pie*- alegó que los tres demandados -*Pet Milk Company*, *Carnation Milk Company* y *Continental*- habían dañado la competencia al vender tartas congeladas de frutas a precios discriminatoriamente bajos en el mercado de Salt Lake City. Un tribunal local resolvió que a pesar de no haber actuado de forma colusoria, cada uno de los demandados por su cuenta había infringido la Robinson Patman Act. El Tribunal de Apelaciones casó esta sentencia, y el Tribunal Supremo reafirmó la resolución inicial.

Como puede advertirse, en este pronunciamiento se consideró como más lesivo para la competencia una política de precios agresivos emprendida por una empresa que quería abrirse hueco en un mercado que la posible desaparición de una empresa local que estaba allí instalada y era dominante. Esto concuerda con la decisión adoptada en la temprana Sentencia *Moss v. F.T.C.*³⁵, en la que se consideró que el mero hecho de “captar” negocio de otros competidores constituía suficiente perjuicio para la competencia como para infringir la Robinson Patman Act.

Afortunadamente, y como consecuencia del desarrollo del Derecho antitrust, y en especial del análisis económico del mismo, el Tribunal Supremo ha rectificado esta postura en sentencias posteriores, como *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*³⁶ o *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*³⁷, que serán objeto de un estudio más detallado en otros apartados. De ellas se desprende que se apreciará la existencia de un perjuicio en este nivel si los precios son predatorios, es decir que se lleva a cabo un estudio de los precios en relación a los costes de la empresa, y se tiene en cuenta así mismo las posibilidades de éxito de dicha política de precios discriminatorios, en el sentido de que tiene que haber posibilidades reales de que la empresa, que gozará en el futuro de una posición de dominio en el mercado, recupere las pérdidas en las que ahora incurre por los bajos niveles a los que sitúa sus precios (*Theory of recoupment*).

Desde luego, la valoración que la Sentencia *Utah Pie* ha merecido desde amplios sectores doctrinales no ha podido ser más devastadora: “no hay ninguna teoría económica merecedora de tal nombre que pueda encontrar un daño a la competencia en los hechos de este caso. Los demandados fueron acusados no de perjudicar la competencia, sino simplemente de competir. La sentencia del Tribunal Supremo afirma la infracción de la Sección 2 (a) de la Robinson Patman Act solamente porque el precio de mercado de las tartas congeladas descendió en Salt Lake City. No puede haber una demostración más clara de que la decisión *Utah Pie* de que la ley (contra la discriminación de precios) es esencialmente anticompetitiva y contraria a los intereses de los consumidores”³⁸.

b) Segundo Nivel.

Al contrario de lo que hemos visto en el apartado anterior, para apreciar la existencia de un perjuicio derivado de una discriminación de precios de segundo nivel (*Secondary-line injury*) es suficiente con que el vendedor aplique a uno de sus compradores

³⁵ 148 F.2d 378 (2d Cir.), *cert.denied*, 326 U. S. 734 (1945).

³⁶ 475 U. S. 574 (1986).

³⁷ 509 U. S. 209 (1993).

³⁸ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 387.

un precio superior al que aplica al resto. Este fue el razonamiento seguido en la importante decisión *F.T.C. v. Morton Salt*³⁹, sentencia que, como hemos tenido oportunidad de ver repetidamente⁴⁰, es una de los pronunciamientos del Tribunal Supremo más demonizados por el pensamiento antitrust dominante en la década de los 70 y 80 y principios de los 90.

Al igual que con la *Primary-line injury*, es necesario plantearse qué nivel de perjuicio es el exigido para apreciar la existencia de una *Secondary-line injury*: el daño general al mercado, o un daño concreto a un operador. La cuestión, que ha suscitado un amplio debate, parece saldarse a favor de la posibilidad de reputar como discriminatoria según la Robinson Patman Act una conducta consistente en aplicar precios diferentes con la simple prueba de que se ha perjudicado a uno de los competidores del comprador, sin necesidad de demostrar que se ha ocasionado un perjuicio general a la competencia en ese mercado. Así por lo menos parece desprenderse de resoluciones de tribunales inferiores como la Sentencia *JF Feeser, Inc. v. Serv-A-Portion, Inc.*⁴¹ o *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*⁴², así como en las recientes *Chroma Lighting v. GTE Products Corp. et Sylvania Lighting Services*⁴³ y *Osram Sylvania Products, Inc. v. Non Der Ahe*⁴⁴. No obstante, no faltan tampoco decisiones que mantienen exactamente la tesis contraria, como *George Haug Co. v. Rolls Royce Motorcars, Inc.*⁴⁵.

Tampoco la crítica ha sido muy benévola con la legislación sobre discriminación de precios en este segundo nivel, por lo menos en sectores doctrinales ligados a la Escuela de Chicago: “hay muy pocas posibilidades de que la discriminación de precios (de segundo nivel) pueda perjudicar a los consumidores alterando la competencia entre ellos. Sin embargo, la ley se aplica rígidamente para evitar diferenciales de precios entre clientes competidores, y el único resultado es la prohibición de modelos más eficientes de hacer negocios”⁴⁶.

En este contexto, cobra especial importancia la distinción entre discriminación de precios *sistemática* y discriminación de precios *esporádica*. En efecto, somos de la opinión de que las discriminaciones transitorias tienen lugar en cualquier tipo de mercado activo, saneado y competitivo. Las subidas y bajadas de precios en los mercados competitivos suelen empezar con un operador del lado de la oferta que modifica sus precios aquí y allá, para ver qué resultado produce esto en el mercado, y toma así el pulso a las fuerzas competitivas de la demanda con las que se tiene que enfrentar. Los cambios inherentes y consustanciales a los movimientos de la oferta y la demanda, las estructuras de costes de las empresas y los mercados en su conjunto hacen que la falta de reflejos de un vendedor para

³⁹ 334 U. S. 37 (1948).

⁴⁰ *Vid.*, a parte de otras opiniones ya recogidas en páginas precedentes, la recientemente manifestada en GAVIL, A., “Secondary Line Price Discrimination and the Fate of *Morton Salt*: To Save It, Let It Go”, 48 *Emory L. J.* 1057 (1999), en donde se afirma que “desde hace más de medio siglo, jueces, tribunales, abogados y comentaristas se han enfrentado al reto de aplicar el test desarrollado por el Tribunal Supremo en el Asunto *Morton Salt*, que implica un estándar minimalista para el efecto sobre la competencia de una discriminación de precios en el Segundo Nivel” (pág. 1058), y se propone una alternativa a este test que ni lo suplante ni pretenda situarse al nivel de la interpretación que se ha hecho de *Brooke Group*.

⁴¹ 909 F. 2d 1524 (3rd Cir. 1990).

⁴² 51 F. 3d 1421 (5th Cir. 1995).

⁴³ 111 F.3d 653 (9th Cir. 1997).

⁴⁴ 118 S. Ct. 357 (1997).

⁴⁵ 1997-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 71, 972 (S.D.N.Y. 1997)

⁴⁶ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 387.

subir o bajar los precios de forma selectiva para irse adaptando a esos cambios, desemboque en una rigidez de precios y un mercado menos sensible a demandas y costes cambiantes. Como ha señalado el profesor BORK, “la capacidad de hacer discriminaciones transitorias es un valioso elemento del continuo proceso de ajuste, y es una pena que la ley se inmiscuya en dichas discriminaciones”⁴⁷.

Sin embargo, cuando lo que nos encontramos son discriminación de precios recurrentes, las que hemos calificado como sistemáticas o persistentes, entonces el análisis ha de ser diferente, porque el mantenimiento de las mismas puede no ser síntoma de un mercado competitivo sino del ejercicio de un poder monopolístico. Por otra parte, es aquí donde entran en juego las defensas o justificaciones frente a la imputación de estar practicando una política de precios discriminatorios, ya que si esos diferenciales entre el precio aplicado a un cliente y el aplicado al resto tienen su razón de ser en el diferente coste que me supone surtir a uno y a otro, entonces la ley nunca debería prohibirlos, puesto que estaría con ello coartando los incentivos para imaginar y poner en práctica formas eficientes de hacer negocios y crear o aumentar mercados.

c) Tercer Nivel.

Los supuestos en los que el Tribunal Supremo norteamericano se ha pronunciado sobre una infracción de la competencia originada por una discriminación de precios de tercer nivel (*Tertiary-line injury*) son escasos y poco relevantes, por lo que nos limitaremos a este breve esbozo de esta figura sin entrar a un análisis detallado de la misma.

En concreto, en la importante Sentencia *Texaco v. Hasbrouck*⁴⁸ se aborda esta cuestión por el Tribunal Supremo norteamericano; este había sido el principio sentado en *Falls City Indus., Inc. v. Vanco Beverage, Inc.*⁴⁹, y se apoya en la literalidad del texto de la Robinson Patman Act, que específicamente hace referencia no sólo a los efectos perjudiciales de la discriminación de precios en las personas que bien conceden o a sabiendas aceptan el beneficio de dicha discriminación, sino también a los “clientes de cualquiera de ellos”.

3. Elementos objetivos que caracterizan la discriminación de precios.

A) En el objeto de la prestación.

De la literalidad de la mayor parte de los textos legales que regulan la figura parece desprenderse que ésta afecta únicamente a la discriminación entre clientes o consumidores que adquieren *bienes*, excluyéndola por tanto en la prestación de servicios. Así⁵⁰, en la

⁴⁷ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 388.

⁴⁸ 496 U. S. 543 (1990), Párrafo nº 57, “*el daño competitivo integrante de un ilícito de la Robinson Patman Act no sólo se limita al daño a la competencia entre el comprador favorecido y el discriminado; también abarca el daño a la competencia entre sus clientes*”.

⁴⁹ 460 U. S. 428 (1983), Párrafo nº 430.

⁵⁰ *Vid.*, para un estudio detallado de diversas legislaciones de discriminación de precios en Derecho comparado, BLAKENEY, M., “The Foreign Face of Robinson Patman: Comparative Price Discrimination Laws”, *Syracuse J. Int'l L.*, Vol. 9, 1982, pp. 21 a 61.

Robinson Patman Act se habla expresamente de “commodities”⁵¹; la ley australiana, la *Trade Practices Act*, por su parte, habla de “goods”; la ley canadiense, la *Combines Investigation Act*, excluye expresamente la aplicación a los servicios, refiriéndose en su articulado únicamente a “articles” y “products”, definidos en sentido amplio, de manera que incluyen cualquier tipo de propiedad real o personal, como el dinero, la energía, siendo así que “los tipos de ‘articles’ que entran en el ámbito del Párrafo 50 (1) (a) de la Competition Act se entienden en sentido más amplio que los ‘commodities’ de la Robinson Patman Act”⁵².

Sin embargo, otras legislaciones sí extienden el ámbito de aplicación de sus leyes de discriminación de precios a los servicios, como por ejemplo Irlanda, cuyas *Fair Trading Rules* y *Restrictive Trade Practices Act* sí admiten esta posibilidad.

Más dificultad plantea, en la actualidad, acomodar el articulado de leyes como la Robinson Patman Act (1936) a los nuevos productos que han hecho aparición en el mercado en la llamada “Nueva Economía”, o que pertenecen a la “antigua economía”, pero cuyo encaje en las normas antitrust proyecta algunas sombras, así como los nuevos contratos empleados en la distribución de los mismos. Es el caso, por ejemplo, de los productos de software y las licencias a través de los cuales se distribuyen. Es evidente que la exclusión de este tipo de operaciones de la cobertura de las leyes antidiscriminación dejaría sin protección a un elevado número de agentes económicos. Tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia norteamericana, se ha defendido que “basándonos en la historia legislativa de la RPA y la literalidad de sus preceptos, el software parece encajar en el concepto de *commodity* en cuanto bienes, productos o mercaderías”⁵³.

Respecto a la cuestión de si la RPA se aplica únicamente a la venta de bienes, o puede incluir también otras formas de distribución (v. gr., las licencias), la jurisprudencia norteamericana no parece abonar esta posibilidad⁵⁴, lo cual plantea un problema ya que los productos de software técnicamente no se venden a los usuarios, sino que se licencian. La doctrina más reciente también recoge⁵⁵ esta postura, y, como se ha señalado, los tribunales han rechazado expresamente la aplicación de esta ley a los préstamos monetarios⁵⁶, los seguros⁵⁷, créditos, procesamiento de fotografías⁵⁸, publicidad en un periódico⁵⁹, títulos valores⁶⁰ u otros activos intangibles. En cambio, sí se ha entendido que la electricidad⁶¹ entra en el concepto de *commodity* manejado por la RPA, mientras que se ha excluido la

⁵¹ Los tribunales norteamericanos han delimitado con bastante precisión el concepto de *commodity*, incluyendo en la definición “goods, wares, merchandise, machinery or supplies”, y excluyendo expresamente los servicios. *Vid.*, *CBS v. Amana Refrigeration, Inc.*, 259 F.2d 375 (7th Cir. 1961), *cert. denied*, 369 U. S. 812 (1962).

⁵² GOLDMAN, C. y BODRUG, J., “The Canadian Price Discrimination Guidelines and Their Application to Cross-Border Transactions”, 62 *Antitrust L. J.* 635 (1994), pág. 647.

⁵³ VOORHEES, J., “Price Discrimination and Software Licensing: Does the Robinson-Patman Act Fail to accommodate Modern Technology?”, *Wash. U. L. Q.*, Vol. 69 (1), 1991, pág. 326.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 332.

⁵⁵ BRILEY, M., “Price Discrimination under the Robinson Patman Act”, *U. Tol. L. R.*, 1996, Vol. 27, págs. 403 y ss.

⁵⁶ *Texas Gulf Sulphur Co. v. J. R. Simplot Co.*, 418 F.2d 793 (9th Cir. 1969), Párrafo nº 809.

⁵⁷ *Freeman v. Chicago Title & Trust Co.*, 505 F.2d 527 (7th Cir. 1974), Párrafos nº 531 y 532.

⁵⁸ *Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak, Co.*, 703 F.2d 534 (9th Cir. 1983), Párrafo nº 546.

⁵⁹ *Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers, Inc.*, 51 F.3d 1191 (3d Cir. 1995).

⁶⁰ *White Indus., Inc. v. Cesna Aircraft Co.*, 611 F. Supp. 1049 (W. D. Mo. 1985), Párrafo nº 1068.

⁶¹ *City of Kirkwood v. Union Elec. Co.*, 671 F.2d 1173 (8th Cir. 1982).

aplicación a los servicios de telefonía de larga distancia⁶² o el mantenimiento y activación de teléfonos móviles⁶³.

La cuestión que cabe plantearse es pues, ¿qué tipos de elementos integran el tipo legal de la discriminación de precios?; y, una vez delimitada esta cuestión, ¿qué grado de similitud tienen que guardar entre ellos para apreciar la discriminación?. Finalmente, ¿cuándo se ha de entender que los precios son *diferentes* a los efectos de contravenir las leyes y ser considerados como abusivos?.

a) Similitud en el bien, producto o servicio.

La discusión sobre cuándo nos hallamos ante dos productos iguales o distintos, es muy amplia y su análisis en profundidad excedería el propósito de este epígrafe. La diferenciación física de productos, a lo largo de la historia ha sido considerada por la doctrina antitrust tanto como una barrera de entrada a un mercado⁶⁴ como una forma de producir eficiente⁶⁵. A los efectos que aquí nos interesan, se trata de saber cuándo dos productos –sin ser necesariamente idénticos- tienen la suficiente similitud como para ser comparables a los efectos de aplicación de la normativa sobre discriminación de precios.

En Estados Unidos la Robinson Patman Act, en su Sección 2 (a) establece que la prohibición de la discriminación de precios se aplicará únicamente a “compradores de bienes de igual tipo y calidad” (el subrayado es nuestro). A partir de la Sentencia *F.T.C. c. Borden Co.*⁶⁶, del Tribunal Supremo, el estándar para determinar cuándo dos productos son de “igual tipo y calidad” es si son substancialmente idénticos en sus características físicas y químicas. Esta postura, defendida por el ponente, el magistrado WHITE, no fue compartida por todos los miembros del Tribunal; en concreto, por un voto particular⁶⁷ de los magistrados STEWART y HARLAN.

Por su parte, la Federal Trade Commission había sostenido en una decisión anterior, la recaída en el asunto *Quaker Oats Co.*⁶⁸ que “*si hay diferencias físicas sustanciales que afectan a las preferencias de los consumidores o a la comerciabilidad, dichos productos no son de igual tipo y calidad*”. Este tipo de argumentación fue seguido por otros tribunales, lo que nos lleva a poder afirmar que bajo la Sherman Act, el test de la intercambiabilidad funcional desde la perspectiva del consumidor será el que se aplique para determinar si las diferencias entre los productos en cuestión tienen la suficiente entidad como para hacerlos “distintos”. Así, en *Morning Pioneer, Inc. v. Bismarck Tribune Co.*⁶⁹, se dijo que, con independencia de su identidad física, dos periódicos no eran de “igual tipo y calidad” por las diferencias en sus plazos de entrega, y contenidos en noticias y publicidad. En *A.A.*

⁶² *National Communications Ass'n. v. AT&T*, 808 F. Supp. 1131 (S.D.N.Y. 1992).

⁶³ *Metro Communications Co. v. Ameritech Mobile Communications, Inc.*, 984 F.2d 739 (6th Cir. 1993).

⁶⁴ BAIN, *Barriers to New Competition*, Cambridge, Harvard University Press, 1956, Capítulo I.

⁶⁵ BORK, R., *op.cit.*, págs. 312 y 313.

⁶⁶ 16 U. S. 153 (1966), Párrafo nº 3.

⁶⁷ *Ibid.*, Párrafo nº 10: “*no hay nada intrínseco a los conceptos de ‘igual tipo y calidad’ que exija la exclusión de los atributos comerciales de un producto en su definición. El bien adquirido por un comprador no sólo incluye sus componentes químicos, que cualquier laboratorio competente puede sintetizar, sino una completa gama de intangibles comerciales que distinguen el producto en el mercado*”.

⁶⁸ Trade Reg. Rep. 17.134 (1964), nº 22.214.

⁶⁹ 493 F.2d 383 (8th Cir. 1974), nº 389.

*Poultry Farms Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*⁷⁰, se afirmó que un factor esencial a la hora de determinar la similitud era si las ventas tenían lugar simultáneamente, y que los productos especiales, aunque eran físicamente indistinguibles para el consumidor, no eran necesariamente de “igual tipo y calidad” que las otras ventas, ya que se comercializaban bajo condiciones diferentes.

Recientemente se ha perfilado más este requisito de “*same grade and quality*” aplicándose incluso a productos de diferentes vendedores⁷¹, insistiendo en el carácter objetivo y prescindiendo de la valoración del consumidor⁷², estableciendo cuándo dos modelos de avioneta de diferentes años pueden compararse a estos efectos⁷³, o bien estableciendo que el paso de tiempo y la obsolescencia técnica⁷⁴ convierten a dos productos que en principio eran iguales en diferentes a los efectos de la Robinson Patman Act.

En el ámbito comunitario, para la apreciación de esta similitud el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el pronunciamiento que marca la pauta en lo que a precios discriminatorios se refiere, el asunto *United Brands*⁷⁵ simplemente tuvo en consideración –*Vid.*, Párrafo nº 204– que los plátanos eran del mismo origen geográfico, del mismo tipo (*Cavendish Galery*), prácticamente la misma calidad, y se vendían bajo la misma marca (*Chiquita*). Es evidente que este caso no planteaba ninguna dificultad, pues los productos eran idénticos; lo que resta es saber, ¿qué criterios son los determinantes para establecer un grado suficiente de similitud física entre dos productos?

Por su parte, la Comisión Europea, en su Decisión *HOV SVZ / MCN*⁷⁶ se refirió expresamente a la cuestión de la intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda para mantener que, a los efectos de las grandes compañías transportistas marítimas, los puertos de Alemania, Holanda y Bélgica podían considerarse equivalentes en términos de precios, equipamientos e infraestructuras. A su vez, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia *ECS / AZCO*⁷⁷ contempló la existencia de una discriminación de precios en un sector en el que los productos no eran intercambiables, basándose en la apreciación de la Comisión de que los aditivos farináceos (el producto que se discutía) constituían una “área identificable de negocio”, en el sentido de que los consumidores querían comprar toda una gama de productos, y esto los hacía comparables a los efectos del artículo 86. c). Tratado CE.

Como conclusión a este Apartado sobre el grado de similitud necesario entre dos productos para que sean comparables a los efectos de detectar un posible trato discriminatorio en precios, pensamos que la pauta más acertada –y sobre la que existe un mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y por tanto ofrece unas directrices claras a los

⁷⁰ 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989), nº 1407.

⁷¹ *Tel-Instrument Elec. Corp. v. Teledyne Indus., Inc.*, 934 F.2d 320 (4th Cir. 1991).

⁷² *DeLong Equip. Co. v. Washington Mills Abrasive Co.*, 887 F.2d 1499 (11th Cir. 1989), cert.denied, 494 U. S. 1081 (1990).

⁷³ *White Indus., Inc. v. Cessna Aircraft Co.*, 657 F. Supp. 687 (W. D. Mo. 1986), aff'd, 845 F.2d 1497 (8th Cir.), cert.denied, 488 U. S. 856 (1988).

⁷⁴ *Dyno Nobel, Inc. v. Amotech Corp.*, 1999-2 Trade Cases ¶ 72,605 (D. Puerto Rico 1999), 1999 WL 478315.

⁷⁵ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C 27/76, E.C.R. (1978) p. 0207.

⁷⁶ Decisión 94/210/CE de la Comisión, *D.O.C.E.* (1994) L 104/34.

⁷⁷ Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV c. Comisión*, Asunto C – 62/86, E.C.R. (1991) p. I – 3359.

agentes y a las autoridades antitrust- es sencillamente remitirse a los criterios existentes ya analizados en lo relativo a la *delimitación del mercado relevante*, y sobre ese marco analítico valorar si dos productos compiten entre sí.

b) Diferenciación en los precios.

Nos enfrentamos ahora a la cuestión de discernir cuándo dos precios aplicados a un mismo producto, o a dos transacciones comerciales equivalentes, son distintos, y por tanto discriminatorios.

Esta cuestión, en ocasiones, no es sencilla, pues la práctica mercantil y las técnicas de venta introducen multitud de elementos que pueden fácilmente distorsionar el análisis. De esto da buena cuenta el *Supermarket Report* de la Competition Commission⁷⁸ inglesa, cuando señala (Párrafo 7.5, pág. 102) que “las comparaciones de precios entre establecimientos no son sencillas. Cuando se venden productos de marca, la comparación es directa y clara entre establecimientos. Sin embargo, cuando las marcas no son iguales o se usan productos de marca privada, pueden existir diferencias de calidad. A la vez, existen muchos otros aspectos en los que la oferta de un supermercado se aparta de la calidad y el precio, como características añadidas, atención al cliente, tiempo de espera en las colas para comprar y para pagar en caja, variedad y cantidad de productos ofrecidos, horario de apertura al público, parking, servicio a domicilio, etc. Igualmente, los precios que realmente se pagan son difíciles de averiguar por el uso –tan extendido– de las campañas promocionales”.

Esta labor de análisis plantea especiales dificultades cuando la comparación ha de hacerse entre diferentes países, como daba cuenta, hace ya prácticamente treinta años, la Comisión en su Decisión *European Sugar Industry*⁷⁹.

Igualmente, cuando la comparación no se hace entre dos productos únicos sino entre dos “paquetes” de productos (o servicios), se dificulta enormemente el análisis, ya que es difícil ponderar entonces factores como los costes suplementarios de información y negociación, los riesgos, etc. La dificultad inherente a esta cuestión se ha vuelto a poner de manifiesto por la Comisión en la importante Decisión *Airtours – First Choice*⁸⁰.

En el caso de bienes que se venden en un mismo mercado, esta comparación sí reviste más sencillez, en el sentido de que basta con una mera constatación de la cifra (en

⁷⁸ *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, U. K. Competition Commission Report, Julio 2000 (disponible en la página web oficial de dicho organismo, <http://www.competition-commission.org.uk/reports/446super.htm>, visitada el 1.X.2001).

⁷⁹ 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 11: “la comparación de precios entre varios Estados miembros no puede ser más que meramente aproximada, ya que es difícil determinar cómo las diferentes empresas calculan sus costes de transporte, empaquetado y marketing, o qué plazos pactan para la entrega y el pago, o si las diferencias en la calidad se reflejan en los precios”.

⁸⁰ Decisión 2000/276/CE de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999 (Asunto IV/1.524), D.O.C.E. L 93/1, de 13 de abril de 2000. A la hora de analizar el mercado de los viajes combinados para decidir sobre la concentración propuesta, la Comisión hace la siguiente consideración, relevante para nuestro estudio: “puede, por ejemplo, ser difícil para los consumidores individuales efectuar una comparación directa de los precios entre unos viajes combinados y unas vacaciones equivalentes cuyos distintos elementos se compran separadamente” (Considerando n. 7).

unidades monetarias) exigida por uno y otro. Con todo, dos factores que no parecen –a primera vista- tener relación con nuestro tema de estudio van a tener, sin embargo, una importancia capital.

Por un lado, la entrada en vigor de la moneda única, el Euro (€) el 1 de enero de 2002 ha supuesto la fácil e inmediata comparación de los niveles de precios de los productos a lo largo y ancho de toda la Unión Europea, y pensamos que eso contribuirá decididamente si no a la eliminación de las prácticas discriminatorias, sí desde luego a su más fácil detección por parte de las autoridades antitrust.

Por otro, la –tan manida- globalización y el desarrollo de Internet, con la proliferación de páginas web dedicadas a la comparación de precios entre empresas que ofrecen sus productos *on line*, va a ser igualmente un elemento clave en el futuro de los mercados a la hora de detectar posibles prácticas discriminatorias de precios.

En el ámbito estadounidense, como ya se ha señalado, la discriminación de precios legal la constituye la “mera diferencia de precios”⁸¹, y se entiende que el concepto de precio a los efectos de comparar entre dos transacciones para determinar si ha habido discriminación incluye todo tipo de condiciones de crédito⁸², costes de entrega⁸³, términos de financiación de la compra⁸⁴, así como el coste del servicio técnico post venta⁸⁵.

B) En las relaciones comerciales.

La aplicación de las normas sobre discriminación de precios en todos los ordenamientos que hemos ido analizando plantea a veces problemáticas de índole parecida con independencia del modelo de regulación que se elija. Una de las más patentes es precisamente la que analizaremos a continuación: la determinación de cuándo nos encontramos ante relaciones comerciales comparables para apreciar si ha habido discriminación de precios entre una y otra.

En el ámbito de la Unión Europea esta cuestión la aborda el art. 82.1 Tratado CE, exigiendo para apreciar la existencia de dicha práctica que nos hallemos ante “transacciones equivalentes”.

Como ya hemos señalado, la Robinson Patman Act establece en su Sección 2 (a) que la prohibición de la discriminación de precios se aplicará únicamente a “compradores de bienes de igual tipo y calidad”.

Se ha dicho acertadamente que “en ambos ordenamientos la estructura fundamental del análisis de la comparabilidad es la misma: *primero*, los productos vendidos a los diferentes clientes han de ser comparables; *segundo*, la transacción comercial en su

⁸¹ *Vid.*, entre otras, *Hygrade Milk & Cream Co., Inc. v. Tropicana Prod. Sales, Inc.*, 1996-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,438 (S.D.N.Y. 1996); *Alan's of Atlanta, Inc., v. Minolta Corp.*, 903 F.2d 1414 (11th Cir. 1990). reh'g denied, 929 F.2d 704 (11th Cir. 1991) y *Best Brands Beverage, Inc. v. Falstaff Brewing Corp.*, 842 F.2d 578 (2d Cir. 1987).

⁸² *Liberty Lincoln-Mercury v. Ford Motor Co.*, 134 F.3d 557, 1998-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72,043 (3d Cir. 1998).

⁸³ *Bell v. Fur Breeders Agricultural Cooperative*, 3 F. Supp. 2d 1241 (D. Utah 1998).

⁸⁴ *Thomas J. Kline, Inc. v. Lorillard, Inc.*, 878 F.2d 791 (4th Cir. 1989), cert.denied, 493 U. S. 1073 (1990).

⁸⁵ *Tel-Phonic Servs., Inc. v. TBS Int'l, Inc.*, 975 F.2d 1134 (5th Cir. 1992).

conjunto también ha de ser razonablemente parecida”⁸⁶. Del primer estadio de este análisis nos hemos ocupado en el apartado anterior, veremos a continuación la comparabilidad de las relaciones comerciales en su conjunto.

a) La comparabilidad en las relaciones comerciales.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en pronunciamientos como la Sentencia *AKZO Chemie BV c. Comisión*⁸⁷, exige que exista una comparabilidad entre los clientes afectados para poder apreciar una práctica de discriminación de precios.

Sin embargo, no siempre ha sido así. La posición de un amplio sector doctrinal es bastante crítico respecto a la aplicación que las autoridades comunitarias han hecho de este requisito a los efectos de establecer la existencia de una práctica de precios discriminatorios. Comentando la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, se ha dicho que “hemos de llegar a la lamentable conclusión de que el requisito de equivalencia en las transacciones ha sido virtualmente expulsado del Tratado, o por lo menos su apreciación no es más que un trámite automático siempre que se aplican diferentes precios a transacciones de bienes del mismo tipo”⁸⁸. Igualmente se ha señalado, en relación al tratamiento de esta cuestión en la Sentencia *United Brands*, que, a los efectos de establecer si las transacciones eran equivalentes, “el Tribunal consideró los factores relativos a la naturaleza de los productos (variedad y calidad) y la manera en que las transacciones comerciales tuvieron lugar (descarga en el mismo puerto, en el mismo momento temporal y venta de las mercancías bajo iguales circunstancias)”⁸⁹.

En efecto, en la Sentencia *United Brands* el TJCE concluyó en la existencia de discriminación de precios basándose en el hecho de que los plátanos eran descargados con iguales costes en los puertos de Róterdam y Bremerhaven y eran vendidos a los maduradores / distribuidores en idénticas condiciones comerciales y términos de pago. Parece por tanto que, para la apreciación de existencia de “transacciones equivalentes” a los efectos de aplicación del artículo 82 Tratado UE, a parte de la similitud de los productos o bienes en cuestión, la relación comercial *en su conjunto* ha de ser también comparable. Sin embargo, como se ha señalado acertadamente, “al tener en cuenta la igualdad de costes de la transacción desde el punto de vista del proveedor y las condiciones comerciales que mencionó expresamente, el TJCE simplemente está aludiendo a un listado de ‘factores comerciales’ que serán tenidos en cuenta a la hora de evaluar la comparabilidad de las transacciones, pero no está dando unas directrices claras para su determinación”⁹⁰.

Por tanto, la cuestión clave es dilucidar qué factores de los que afectan o intervienen en las relaciones comerciales pueden condicionar su comparabilidad a los efectos de apreciar la existencia de una política de precios discriminatorios. A ello dedicaremos el

⁸⁶ SPRINGER, U., “Borden and United Brands Revisited: A Comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and U. S. Antitrust Law”, *ECLR*, Vol. 18, Issue 1, Jan-Feb. 1997, pág. 42.

⁸⁷ Sentencia del TJCE (Sala 5ª), de 3 de julio de 1991, C-62/86, E.C.R. (1991) p. I-3359, Párrafo nº 120: “*hay que hacer notar a continuación que no ha habido una política abusiva de discriminación de precios entre los molinos individuales del Grupo Allied y los ‘grandes independientes’, ya que estas categorías de clientes no son comparables*”.

⁸⁸ ZANON, L., *op.cit.*, pág. 318.

⁸⁹ SIRAGUSA, M., “The Application of Article 86 to the Pricing policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices”, *CMLR*, nº 16, 1979, pág. 181.

⁹⁰ SPRINGER, U. (1997), *op.cit.*, pág. 44.

epígrafe siguiente, advirtiendo, no obstante, que se trata ésta de una cuestión no exenta de dificultad; como han puesto de manifiesto los profesores WAELBROECK y FRIGNANI, “una de las mayores dificultades es determinar cuándo dos situaciones han de considerarse equivalentes. En la medida en que las situaciones económicas nunca son idénticas, ¿cuándo pueden las diferencias que las caracterizan constituir una justificación objetiva para un tratamiento diferenciado?”⁹¹.

b) Factores condicionantes de la comparabilidad.

1) La definición de mercado relevante.

La primera cuestión a plantearse es la relación entre el concepto de comparabilidad o equivalencia en las transacciones comerciales y la definición de mercado relevante. Parece que si dos productos físicamente iguales han sido vendidos por una empresa dominante, se podrían definir diferentes mercados de producto de acuerdo con las diferencias entre grupos de consumidores. Así lo consideró el TJCE en la Sentencia *Hoffmann-La Roche*⁹², cuando afirmó que si un producto puede emplearse en diferentes usos según diferentes necesidades económicas, puede haber un mercado distinto para cada uso del producto. La pregunta que cabe plantearse es ¿cabe una discriminación de precios “entre-mercados”?; es decir, ¿puede la empresa dominante aplicar diferentes precios a los clientes situados en diferentes mercados de acuerdo con el uso que hagan del producto?.

De la Sentencia *Tetra Pak Internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁹³ se extrae la conclusión clara de que la respuesta a si cabe apreciar discriminación de precios en dos mercados distintos es negativa; en aquel pronunciamiento el Tribunal de Primera Instancia afirmó que la comparación ha de hacerse para cada mercado separado tal y como éste ha sido definido a los efectos de la determinación de la posición de dominio.

2) La fuerza o capacidad negociadora.

Otro de los factores que han de ser tenidos en cuenta a los efectos de establecer la comparabilidad de las transacciones fue debatido en la ya comentada Sentencia *AKZO / ECS*⁹⁴. Aunque en su Decisión la Comisión había apreciado la existencia de precios discriminatorios, afirmó que en parte éstos estaban justificados porque reflejaban razonables diferencias en algunos factores comerciales de la transacción, como por ejemplo las diferencias en los costes de producción y entrega debidas a los diversos tamaños de los pedidos de los clientes. El TJCE, a parte de anular parcialmente la Decisión y reducir la multa a AKZO, no compartía además la apreciación de la Comisión de que los comerciantes pequeños (integrados en el Allied Group) eran comparables a las grandes cadenas independientes, debido a la diferente posición negociadora de unos y otros (en atención a los volúmenes de compra, y las condiciones que se les ofertaban).

⁹¹ WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *op.cit.*, pág. 580.

⁹² Asunto 85/76, (1979) *E.C.R.* 461, Párrafo nº 28.

⁹³ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, Asunto T – 83/91, *E.C.R.* (1994) p. II-0755, Párrafos nº 162 y ss.

⁹⁴ *AKZO Chemie c. Comisión, cit.*, nº 120.

En el *Supermarket Report* antes citado se da buena cuenta de cómo esta capacidad o fuerza negociadora afecta claramente a las relaciones comerciales entre las grandes cadenas comerciales que operan en el Reino Unido (*Asda, Safeway, Sainsbury, Somerfield, Tesco*, etc.) y sus proveedores, que salvo excepciones son pequeños fabricantes, ganaderos, productores, etc. En un epígrafe titulado *Relationship between Buyer size and supplier margins and prices* se estudian las siguientes cuestiones⁹⁵:

- la diferencia entre los márgenes brutos que los proveedores, en su conjunto, obtenían de las Grandes Superficies;
- para los proveedores considerados individualmente, la relación entre el margen bruto y el volumen de ventas a las Grandes Superficies; y,
- las diferencias en los precios de los productos pagados por las Grandes Superficies en cinco líneas de productos básicos respecto a los precios pagados por el resto de compradores (seleccionando una muestra estadística).

Ya hemos insistido bastante sobre esta cuestión en relación a los precios discriminatorios, con lo que no volveremos a incidir sobre ella. Simplemente queremos dejar constancia de este fenómeno comercial que, pese a su importancia y a ser un auténtico caldo de cultivo de prácticas abusivas, carece todavía de un tratamiento legal consistente que garantice la protección de las partes más débiles, sin que ello signifique un menoscabo del mantenimiento de una estructura competitiva eficiente.

3) *La fidelidad de los clientes.*

Una tercera cuestión que puede abordarse desde la perspectiva de la comparabilidad de transacciones comerciales es la de los descuentos de fidelidad, práctica que es la manera más frecuente de implementar una política de precios discriminatorios. Lo que se puede argumentar es que un cliente, con su fidelidad, actúa de una manera que hace que valga más a los ojos de la empresa proveedora que otro cliente, que compra menos o lo hace también de otras empresas ofertantes del bien. ¿Son ambos clientes comparables?

Tanto la Comisión como el TJCE han establecido⁹⁶ que este carácter de “cliente valioso” es irrelevante, y por tanto el grado de fidelidad –a pesar de que reduce las incertidumbres de la empresa proveedora, que por tanto podría, a través de un cálculo a largo plazo, llegar a un ahorro de costes- no es un factor comercial de los que pueden ser tenidos en cuenta para practicar la discriminación de precios; el concepto de “transacciones equivalentes” es por tanto un concepto *objetivo*.

4) *Situación en la cadena de la distribución.*

En lo que respecta a la discriminación de precios de “segundo nivel”, los clientes contra los que se discrimina han de estar necesariamente en el mismo estadio de la cadena comercial, es decir, han de competir entre ellos, ya que si no podría apreciarse el requisito de que esta práctica sitúe a unos en *desventaja competitiva* frente a otros. En cambio, en la discriminación de precios de primer nivel, dado que el que discrimina ha tenido que haber

⁹⁵ *Supermarket Report*, cit., Párrafo 11.102, pág. 247,

⁹⁶ *Vid.*, entre otras, *Suiker Unie c. Comisión*, (1976) 1 C.M.L.R. 295; *Hoffman-La Roche*, cit.; *Michelin c. Comisión*, (1985) 1 C.M.L.R. 282; *Tetra Pak II*, cit.

causado un perjuicio competitivo en su propio estadio de la cadena comercial, necesariamente ha de estar en situación de “relación competitiva” con los que han sido objeto de la discriminación. Por lo tanto, podemos concluir que un factor comercial a considerar a la hora de apreciar la comparabilidad de clientes es precisamente este de la relación competitiva.

En este aspecto, la normativa comunitaria guarda evidente paralelismo con ordenamientos como el canadiense, en el que “la discriminación de precios sólo se aplica respecto a las ventas realizadas a compradores que compiten en el mismo mercado por los mismos clientes finales. A estos efectos, los compradores que no venden en el mismo mercado geográfico o de producto no se consideran competidores”⁹⁷.

En cambio, este razonamiento es contrario a una parte de la práctica estadounidense, en donde se maneja la teoría del “comprador indirecto”, por la que se entiende⁹⁸ que cuando un proveedor controla sustancialmente las operaciones de su mayorista, el que éste le aplique un precio desfavorable a un distribuidor puede imputársele al proveedor en el sentido de plantear la existencia de una discriminación de precios con respecto a aquellos consumidores que le compran directamente a él. Así, en el conocido caso *Texaco Inc. v. Hasbrouck*⁹⁹, el Tribunal Supremo norteamericano rechazó expresamente la alegación de Texaco de que aplicar diferentes precios a los mayoristas (las empresas Gull y Dompier) y a los distribuidores (entre ellos Hasbrouck, el denunciante) no era discriminación a los efectos de la Robinson Patman Act porque no se encontraban en el mismo nivel de la cadena de distribución.

De hecho, esta cuestión se había planteado ya, con matices propios, treinta años antes en el asunto *F.T.C. v. Standard Oil Co.*¹⁰⁰, en el que el Tribunal Supremo también tuvo que aclarar hasta qué punto dos operadores que se encuentren en diferentes estadios de la cadena de distribución pueden, sin contravenir la Robinson Patman Act, recibir precios diferentes por los mismos productos. La postura del Tribunal, defendida por el ponente, el magistrado CLARK, fue la de confirmar la decisión de la Federal Trade Commission de considerar que los descuentos que Standard había hecho a cuatro “jobbers” (en cuanto categoría opuesta a la de “retailer”, y que se alcanza en función del volumen de ventas, sus infraestructuras de almacenamiento de combustible, equipamientos de entrega y situación financiera) no infringían la normativa sobre discriminación de precios, ya que se hacían de buena fe para enfrentarse a ofertas de otros competidores, por lo que encajaban en la previsión de la Sección 2 (b) (“meeting competition defense”).

Sin embargo, en un voto particular del propio presidente del Supremo, el magistrado DOUGLAS, al que se adhirieron los magistrados BLACK y BRENNAN, se dijo que

⁹⁷ GOLDMAN, C. y BODRUG, J., *op.cit.*, pág. 653.

⁹⁸ *Vid.*, por todos, AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª ed., Nueva York 1997, pág. 928 y ss.

⁹⁹ 496 U. S. 543, 570 (1990): “tanto Gull como Dompier recibían colmados descuentos en todas sus compras, y eso aunque la mayor parte de sus pedidos era revendido directamente a los consumidores. Ese margen adicional les permitía, evidentemente, una política de precios agresivos tanto en el nivel mayorista como en el de la distribución. En la medida en que Dompier y Gull compiten con los denunciados en el nivel de la distribución, la presunción de efectos negativos sobre la competencia cobra más fuerza. La ventaja competitiva que tenían en el mercado también constituye una evidencia tendente a rebatir cualquier presunción de legalidad que, de otro modo, tendrían sus ventas al por mayor”.

¹⁰⁰ 355 U. S. 396 (1958), Párrafo nº 6.

semejante interpretación era tergiversar el sentido de la RPA, ya que la clave del caso era la distinción que Standard se inventó entre “retailer” y “jobber”, y los precios reducidos que obtenían estos. Entre otras cosas, lo que se objeta¹⁰¹ al razonamiento del Tribunal es que dicha distinción es totalmente ficticia, ya que por cumplir unos determinados requisitos un “retailer” se convertía en un “jobber” aunque de hecho siguiera vendiendo al nivel de “retailer”, y que dichos requisitos o estándares eran arbitrarios, tanto en lo referente a los costes como en la cuestión de su funcionalidad.

Así, el hecho de que un comprador de material de impresión gráfica pueda haberlo adquirido a un precio más barato de otra fuente que no sea el comprador no origina una acción bajo la Robinson Patman Act, ya que no se trata de dos ventas hechas por el mismo vendedor¹⁰².

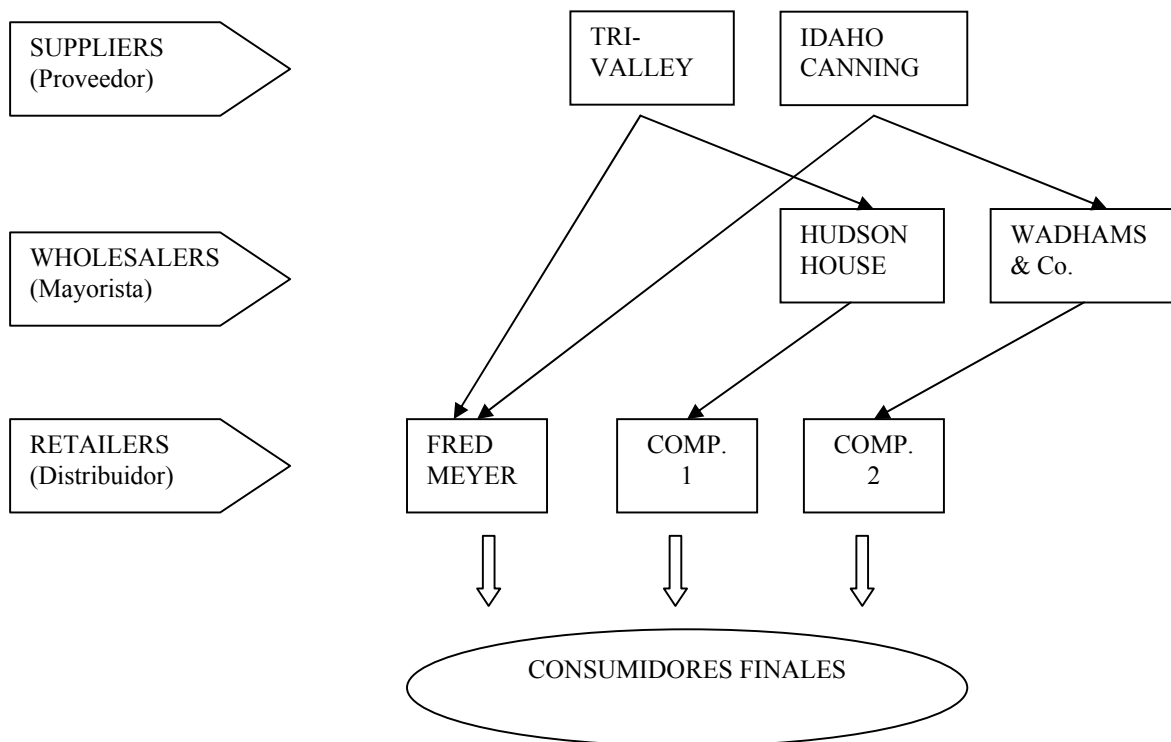


Figura 2.1: F.T.C. v. Fred Meyer.

Esta doctrina del “comprador indirecto” y la complejidad de determinar cuándo hay dos operadores que compiten entre sí en un entramado de relaciones proveedor-mayorista-distribuidor-consumidor final en los casos de discriminación de precios ya se había planteado con toda su crudeza hacía más de veinte años, en otra importante decisión del Tribunal Supremo, la recaída en el asunto *Federal Trade Commission v. Fred Meyer*,

¹⁰¹ *Ibid.*, Párrafo nº 8.

¹⁰² *La Mar Printing, Inc., et al. v. Minuteman Press International, Inc. et al.*, U. S. District Court, Northern District of Georgia, Atlanta División, Civil Action No. C 81-05 A., Filed May 14, 1981.

*Inc.*¹⁰³, de 1968, Sentencia decisiva en la configuración de la jurisprudencia sobre discriminación de precios en los Estados Unidos.

En efecto, en este caso los acusados eran dos proveedores de productos alimenticios, las compañías *Idaho Canning* y *Tri-Valley*, que vendían a unos mayoristas, *Hudson House* y *Wadhams & Co.*, y también directamente a distribuidores, como *Fred Meyer* (*Vid.* Figura 2.1). Pues bien, a través de una serie de descuentos promocionales ofrecidos a éste último por los proveedores, los mayoristas entendieron que quedaban en una situación de desventaja competitiva al vender ellos los productos –más caros- o los otros distribuidores que competían con *Fred Meyer*.

La alegación de *Idaho Canning* y *Tri-Valley* de que no habían infringido la *Robinson Patman Act* porque *Fred Meyer* era un distribuidor que no competía por tanto con los mayoristas desfavorecidos (*Hudson House* y *Wadhams & Co.*), fue rechazada por el Tribunal¹⁰⁴, quien concluyó que “*la Sección 2(d) de la Robinson Patman Act no exige una igualdad proporcional entre Meyer y los dos mayoristas*”¹⁰⁵, coherentemente con la postura mantenida dos años antes en la Sentencia *F.T.C. v. Borden Co.*¹⁰⁶, donde se afirmó que dicha Ley prohíbe el tratamiento desigual de clientes en “*transacciones comerciales razonablemente comparables*”. Este grado de “comparabilidad razonable” se ha ido delimitando en sucesivas sentencias que han tenido por objeto la discriminación de precios, como la recaída en el asunto *Texas Gulf Sulphur Co. v. J. R. Simplot Co.*¹⁰⁷, en donde se afirmó que las condiciones de mercado del conjunto de las transacciones tienen que ser comparables en lo que se refiere, por ejemplo a no equiparar contratos a largo plazo con ventas al contado.

Al año siguiente, en un supuesto muy parecido, la empresa *Standard* vendía a tres grupos de clientes: (1) sus propios distribuidores, (2) la empresa *Signal*, (3) la empresa *Perkins*; ésta última, que fue la demandante, ya que pagaba un precio superior que los otros dos, revendía a sus propios distribuidores. Por su parte, *Signal* revendía a *Western* (de la cual era propietaria del 60%) y ésta a su vez a *Regal* (de la cual era propietaria al 55%). La cuestión que se planteó fue, ¿eran los distribuidores de *Standard* competencia de los de *Perkins* y de los de *Regal*?

El jurado entendió que *Perkins* fue perjudicado por la discriminación de precios llevada a cabo por *Standard*. El tribunal de apelaciones, en cambio, dijo que ese hipotético perjuicio no estaba cubierto por la Sección 2 (a) de la *Robinson Patman Act*, ya que *Perkins* no competía con *Regal* sino con *Signal* (a quien vendía *Standard*), y por tanto no podía hablarse de discriminación de precios en un “cuarto nivel”. Finalmente, en Tribunal Supremo, en la Sentencia *Perkins v. Standard Oil Co. (Cal.)*¹⁰⁸ entendió que había que entender el concepto “cliente” en sentido amplio, tal como se había dicho en la decisión *Fred Meyer*, y por tanto anuló las anteriores sentencias por entender que los distribuidores de *Perkins* y los de *Standard* sí competían “indirectamente” a través de la cadena de propiedad y control *Signal-Western-Regal*.

¹⁰³ 390 U. S. 341 (1968).

¹⁰⁴ *Ibid.*, 347: “*si se le diera la razón a esta postura, un distribuidor que adquiriera los productos de un mayorista y no tuviera relación directa con el proveedor o fabricante, estaría desprotegido frente a los descuentos promocionales discriminatorios que recibieran sus competidores directamente del proveedor*”.

¹⁰⁵ 390 U. S. 341, 356 (1968).

¹⁰⁶ 16 L. Ed. 2d 153 (1966), nº 158.

¹⁰⁷ 418 F.2d 793 (9th Cir. 1969), nº 807.

¹⁰⁸ 395 U. S. 642 (1969).

Por tanto, usando otro ejemplo de la jurisprudencia podemos concluir que proveer de gasolina a las estaciones de servicio propiedad de una compañía a precio inferior al ofertado a estaciones en régimen de franquicia no se considera discriminación de precios ilegal, porque la RPA exige que la discriminación se lleve a cabo entre diferentes compradores, y las estaciones de servicio que puede poseer una empresa petrolífera no son “compradores” respecto de ésta¹⁰⁹. Al ser operadas íntegramente por la empresa, ser los empleados de la estación empleados de la empresa, la contabilidad y las decisiones estratégicas las mismas, no puede considerarse comprador a los efectos de la RPA.

Lo mismo que cuando una empresa petrolífera vende la gasolina a distribuidores independientes a un precio superior al que ofrece al distribuidor que opera con su franquicia, no puede considerarse discriminación de precios si no se demuestra que afecta negativamente a la competencia en el mercado¹¹⁰. Si no se lleva a cabo esta constatación, no puede imputarse a la empresa petrolífera una práctica discriminatoria.

En el ordenamiento comunitario la discusión reviste caracteres muy parecidos a los planteados en el ámbito estadounidense, en el sentido de tener que dilucidar cuándo dos agentes que operan en diferentes estadios o niveles de la cadena de comercialización de un producto compiten entre si a los efectos de ser objeto de una posible discriminación de precios. Así, esta cuestión ha sido abordada recientemente por el Tribunal de Primera Instancia en la Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*¹¹¹.

En el ámbito de la hipotética discriminación de precios en distribución de productos petrolíferos antes analizado también nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones, como por ejemplo la Resolución *B.P. Oil España*¹¹².

5) *Las características propias del cliente.*

Finalmente, un quinto factor condicionante de la comparabilidad de dos relaciones comerciales es sencillamente las características propias de un cliente, que pueden convertirle –en términos comerciales- en distinto de otro cliente parecido.

Así, en la citada *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, el Tribunal de Primera Instancia, al analizar las alegaciones tercera y cuarta de la recurrente, en las que se critican, entre otras, las acusaciones formuladas por la Comisión de

¹⁰⁹ *Joseph J. Shavrnock v. Clark Oil & Refining Co.*, U. S. District Court, Eastern District of Michigan, Northern Division. Civil No. 80-10204, Filed October 22, 1982.

¹¹⁰ *Bob Hamro v. Shell Oil Co.*, U. S. Court of Appeals, Ninth Circuit. No. 80-4257, Decided April 12, 1982; Appeal from District Court, Northern District of California.

¹¹¹ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, E.C.R. (1999) p. 0000: “*el Tribunal rechaza la distinción que el recurrente realiza entre los servicios ofrecidos a sus clientes en función del efecto que dichos servicios producen en su propia posición en el mercado. Este razonamiento efectivamente implica que servicios que sean idénticos en el nivel comercial, teniendo en cuenta todas las condiciones, no son equivalentes en el sentido del Artículo 86 c). dependiendo de si, por cualquier razón, comparten los objetivos económicos que la empresa dominante ha determinado para sí*” (Fto. Jco. 164).

¹¹² Resolución del TDC, de 13 de enero de 1997, Expte. R 172/96, Fto. Jco. nº 3: “*no cabe hablar de discriminación en materia de precios o comisiones por cuanto no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas, pues distintos son los supuestos de suministro a mayoristas y suministradores de instalaciones fijas en relación a las estaciones de servicio donde los operadores petrolíferos realizan importantes inversiones que no se corresponden con los otros sistemas de distribución*”.

discriminación de precios, se considera en el Fto. Jco. nº 137 la postura mantenida por *Irish Sugar* de que no puede hablarse de discriminación cuando no es lo mismo un cliente de azúcar industrial que únicamente sirve el mercado doméstico irlandés que un cliente que es una empresa internacional que se dedica a la exportación. Es más, precisamente este sistema favorecía la integración de mercados al promover las exportaciones.

El Tribunal respondió a esto en su Fto. Jco. nº 143 que esta argumentación no justificaba el alcance de la discriminación practicada, y que al no tener una justificación económica se estaba dejando a unos clientes en situación de desventaja competitiva frente a otros, llevando a cabo con ello una alteración de los mecanismos del mercado.

La recurrente volvió a plantear este argumento más adelante, y es recogido en la Sentencia en el Fto. Jco. nº 155, cuando se plantea que no hay discriminación posible cuando “*los socios comerciales de la empresa supuestamente dominante llevan a cabo transacciones comerciales de diferente naturaleza y operan en diferentes mercados de producto*”. Los empaquetadores no pueden ser dejados en desventaja competitiva frente a los productores industriales de alimentos y bebidas cuya materia prima es la azúcar.

Una parte importante de las características que pueden hacer a un cliente distinto de otro a los efectos de apreciar una “equivalencia de transacciones” es, sin duda ninguna, las funciones desempeñadas por unos y otros. Esta fue precisamente una de los razonamientos de *Aéroports de Paris* cuando recurrió la Decisión de la Comisión *Alpha Flight Services c. Aéroports de Paris*¹¹³, contraria a sus pretensiones. En la Sentencia que resolvió el recurso, *Aéroports de Paris c. Comisión de las Comunidades Europeas* el Tribunal de Primera Instancia recoge esta alegación de que para demostrar la existencia de precios discriminatorios hay que probar la “equivalencia de situaciones”¹¹⁴. Aunque ADP intentó argumentar que la auto-asistencia en tierra es distinta de la que se presta a terceros¹¹⁵, sus alegaciones fueron refutadas por el TPI (Párrafos nº 200 a 221).

En nuestro país ha prevalecido esta doctrina en toda la “saga” de Resoluciones en las que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a supuestas prácticas de precios discriminatorios en el sector de distribución de carburantes. Así, se afirma en la Resolución *CEPSA*¹¹⁶, con palabras idénticas a las citadas anteriormente de la Resolución *B.P. Oil España*¹¹⁷, que no cabe hablar de discriminación en materia de precios o comisiones en la medida en que no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas. En este sentido, el TDC insiste en distinguir los supuestos de suministro a mayoristas y suministradores de instalaciones fijas en relación a las estaciones de servicio donde los operadores petrolíferos realizan importantes inversiones que no se corresponden con los otros sistemas de distribución. Este tipo de

¹¹³ Decisión 98/513/CE, de 11 de junio de 1998 (IV/35.613), *D.O.C.E.* L 230/10, de 18.VIII.1998.

¹¹⁴ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98, E.C.R. 2000 p. 0000: “*en primer lugar, ADP mantiene que es misión de la Comisión demostrar la existencia de una discriminación de precios. Sin embargo, la Comisión ha invertido la carga de la prueba al simplemente señalar la diferencia entre los componentes variables de las tarifas en cuestión, cuando debería haber constatado la equivalencia de situaciones de las personas que ocupaban una propiedad de titularidad pública para poder entonces concluir que la diferencia de tarifas no estaba objetivamente justificada*” (Fto. Jco. nº 176).

¹¹⁵ *Ibid.*, “*dado que la asistencia en tierra llevado a cabo para uno mismo es distinto de la llevada a cabo para terceros y constituyen diferentes actividades, la tasa de tarifa aplicable para el auto-asistencia en tierra no puede tener influencia sobre el mercado de los que prestan ese servicio para terceros*” (Fto. Jco. nº 189).

¹¹⁶ Resolución del Pleno del TDC, de 1 de abril de 1998, Expte. R 280/97, Fto. Jco. nº 4.

¹¹⁷ Resolución del TDC, de 13 de enero de 1997, Expte. R 172/96, Fto. Jco. nº 3.

denuncias de 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 habían ya sido tratadas por el TDC en la Resolución *Petrodis*¹¹⁸ y en la Resolución *Repsol / BP / Cepsa*¹¹⁹.

C) En cuanto al resultado.

Desde el punto de vista del Derecho antitrust se entiende que los dos posibles efectos que pueden seguirse de una práctica de discriminación de precios son la reducción de la competencia y el perjuicio competitivo para una de las partes.

Esto se ha vuelto a poner de manifiesto con gran claridad en uno de los últimos asuntos en los que la Comisión ha abordado un sistema de precios discriminatorios, la Decisión *Virgin – British Airways*, en la que se explicita¹²⁰ la estrecha relación que existe en el resultado de perjudicar a un competidor con el resultado de perjudicar a la competencia.

No obstante, ambos serán examinados por separado, ya que entendemos que, aunque relacionados, tienen cada uno la suficiente entidad propia. Así mismo, suelen ser cláusulas que se insertan de manera diferenciada en las diferentes legislaciones que las recogen como requisito para apreciar la existencia de esta práctica.

Hay notables excepciones, como nuestra propia Ley de Defensa de la Competencia, que exige el primero de ellos –la reducción de la competencia- en la cláusula general del art. 1 (Conductas prohibidas): “... *produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia*”; y el segundo –el perjuicio competitivo- en la cláusula particular del apartado d) (discriminación de precios): “... *que coloquen a unos competidores en una situación de desventaja frente a otros*”. En cambio, para apreciar una conducta constitutiva de abuso de posición dominante el art. 6 no establece ningún requisito en cuanto al resultado en su cláusula general (apartado 1), pero sí exige el perjuicio para una de las partes en la cláusula específica de la discriminación de precios (apartado 2.d): “... *que coloquen a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros*”.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea establece iguales exigencias en su articulado para apreciar la existencia de una discriminación de precios, tanto si es una conducta prohibida del art. 81.1: “... *que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (...), ... que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*”, como si es un abuso de posición dominante del art. 82: “... *en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (...), ... que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*”. Como veremos a

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

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

¹²⁰ Decisión 2000/74/CE de la Comisión, de 14 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (Asunto IV /D-2/34.780), *D.O.C.E.* L 30/1 de 4.II.2000, Párrafo n. 111: “*estas comisiones discriminatorias harán que algunas agencias de viajes se sitúen en una situación de desventaja competitiva entre sí (...). Al distorsionar el nivel de ingresos en concepto de comisiones que las agencias de viajes obtienen (...) estos programas falsearán la competencia*”.

continuación, éste es uno de los aspectos más discutidos de la aplicación por parte de las autoridades comunitarias de la normativa sobre competencia, y ello ha llevado a afirmar a los profesores WAELBROECK y FRIGNANI que “el Tribunal no concede mucha importancia a la circunstancia de que la discriminación ha de tener como consecuencia una desventaja competitiva”¹²¹.

En general es un principio consolidado en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia, que un acuerdo al que inicialmente le sería de aplicación el artículo 81.1, no entra en el ámbito de la prohibición cuando es poco probable que afecte al comercio entre Estados miembros o restrinja la competencia en una medida apreciable. La falta de este efecto apreciable¹²² puede deberse a la poca incidencia que las partes tienen en el conjunto del Mercado Común o en una parte sustancial del mismo, o a otro tipo de razones. En todo caso, se trata de una cuestión de hecho que habrá que determinar en cada caso a la luz de las Sentencias del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y la Comunicación de la Comisión sobre *Acuerdos de Menor Importancia*¹²³.

Naturalmente, tal como afirmó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el Asunto *Consten y Grundig*: “no es necesario tener en cuenta los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es la prevención, restricción o distorsión de la competencia”¹²⁴. Habrá que estar, por tanto, al objeto del acuerdo, y a sus efectos, tanto en la competencia actual como potencial, así como los efectos frente a terceros.

La Decisión *Chiquita*¹²⁵, cuyo recurso dio lugar a la Sentencia *United Brands*, ofrece en su Apartado II. A) 3. un completo elenco de los efectos o resultados que caben esperar de una conducta de discriminación de precios.

Junto a ello, la Comisión señala una cuestión que raramente se aborda como tal en sus Decisiones o las Sentencias del TJCE, cual es el efecto de la práctica de discriminación de precios sobre las importaciones / exportaciones¹²⁶. Entendemos que este efecto sobre la libre circulación de mercancías y el comercio intracomunitario puede perfectamente subsumirse en el resultado de “reducción de la competencia”.

Igualmente, entendemos que cualquier daño o perjuicio que se ocasione a la estructura competitiva, en general, supone, en si mismo, un daño o perjuicio a los

¹²¹ WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *op.cit.*, pág. 585.

¹²² Sobre la teoría del efecto apreciable en Derecho comunitario, *Vid.*, por todos, BELLAMY, C./CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* (Edición española a cargo de Enric Picañol), Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 163 y ss.

¹²³ Comunicación (2001/C 149/05) de la Comisión sobre la revisión de su Comunicación de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, *D.O.C.E.* C 149/18, de 19 de mayo de 2001.

¹²⁴ Sentencia del TJCE, *Consten y Grundig c. Comisión*, Asuntos 56/64 y 58/64 (1966) Rep. 299, p. 342.

¹²⁵ 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: “esta política de diferenciar precios ha sido aplicada por UBC desde 1971 en el caso de clientes de los Países Bajos, Bélgica, Holanda y Alemania, y se extendió a Dinamarca e Irlanda en 1973. Dicha práctica tiene el efecto de mantener niveles de precios sustancialmente diferentes en cada uno de los Estados miembros en cuestión. De ahí que, los maduradores / distribuidores a quienes se aplican dichos precios están por ello situados en posición de desventaja competitiva (...). En consecuencia, se falsea la competencia”.

¹²⁶ *Ibid.*, Apartado II. A) 4: “la aplicación en las ventas de plátanos *Chiquita* de precios disimilares para prestaciones equivalentes según el Estado miembro en el que el cliente opera es la causa de animar o desanimar las exportaciones de dichos plátanos de un Estado miembro a otro según los diferentes niveles de precios en los Estados miembros”.

consumidores, en particular, aunque no se pueda identificar a uno en concreto o cuantificar las pérdidas sufridas. Esta cuestión se planteó en la Sentencia *Continental Can*¹²⁷; lo que nos interesa señalar ahora es que, de acuerdo con el Artículo 3 (f) del Tratado, la política comunitaria en este campo tiene como objetivo el mantenimiento de un sistema en la competencia no resulte falseada. Si esto es así, razona el Tribunal en los Párrafos nº 24 y 25 de la sentencia, con mayor motivo se ha de asegurar que la competencia no resulte “eliminada”, de ahí que las cláusulas de los artículos 81 y 82 del Tratado CE dirigidas al mantenimiento de este orden concurrencial saneado “no sólo se aplican a las prácticas que pueden causar un daño a los consumidores directamente, sino también a aquellas que son perjudiciales para ellos a través de su impacto en la estructura efectivamente competitiva” (Párrafo nº 26).

Por su parte, la Robinson Patman Act también establece claramente que la prohibición de la Sección 2(a) se aplicará:

“... cuando el efecto de dicha discriminación pueda ser el de reducir sustancialmente la competencia, o tienda a crear un monopolio en cualquier línea del comercio, o dañe, destruya, o perjudique la relación competitiva con cualquier persona que bien concede o recibe a sabiendas el beneficio de dicha discriminación, o con los clientes de cualquiera de ellos”.

Tal y como se ha señalado a este respecto, “desde la promulgación de la Robinson Patman Act, los comentaristas han interpretado esta cláusula como una prohibición de diferenciales de precios que tienen como resultado bien un perjuicio para la competencia en general o bien un perjuicio para un competidor en particular”¹²⁸.

El debate suscitado en torno a este requisito para apreciar una infracción de la RPA, y si era suficiente con demostrar la existencia de un daño a un competidor en concreto o hacia falta probar el perjuicio a la competencia en general, se había saldado –para los supuestos de discriminación de precios al segundo nivel- a favor de la primera opción a partir de la Sentencia *F.T.C. v. Morton Salt*¹²⁹.

Lo que no aclaró es si la inferencia que se obtiene de la demostración de que ha habido un daño a un competidor puede rebatirse demostrando que la competencia en el mercado permanece en “buen estado de salud”. Los tribunales de Circuito estadounidenses están divididos a este respecto, y así, el Circuito D. C. ha mantenido que sí, en la decisión *Boise Cascade Corp. v. F.T.C.*¹³⁰, ya que razonaba que la Robinson Patman Act ha de interpretarse de acuerdo con los objetivos pro competencia del resto de la legislación antitrust. Otros en cambio, como el Tercer Circuito en la decisión *J. F. Feeser, Inc. v. Serv-*

¹²⁷ Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 6-72, E.C.R. (1973) p. 0215.

¹²⁸ NOTE, “Antitrust Law – Robinson Patman Act – Ninth Circuit Rules That Secondary-Line Price Discrimination Cannot Be Rebutted By A Showing Of No Anticompetitive Effect”, *111 Harv. L. Rev.* 602 (1997), pág. 615.

¹²⁹ 334 U. S. 37 (1948): “los descuentos cuantitativos del acusado se traducen en diferenciales de precios entre los productores competidores lo suficientemente grandes como para que afecten al precio al que revenden la sal (...). Esto es suficiente para probar (...) que el resultado de dicha discriminación puede ser reducir sustancialmente la competencia”.

¹³⁰ 837 F.2d 1127 (D. C. Cir. 1988), Párrafo nº 1144.

*A-Portion, Inc.*¹³¹, han mantenido precisamente lo contrario, por entender que la normativa contra la discriminación de precios contenida en la Robinson Patman Act está encaminada precisamente a la protección de los competidores individuales en vez de la competencia considerada en su conjunto.

Por ello, en la reciente *Chroma Lighting v. GTE Products Corp.*, el Tribunal del Noveno Circuito ha mantenido que no se puede refutar la prueba de que un competidor se ha visto perjudicado por una discriminación de precios de segundo nivel ni siquiera demostrando que el mercado relevante sigue siendo competitivo, decantándose¹³² por la línea jurisprudencial de *Feeser* frente a la de *Boise*.

En este sentido, comenta el profesor BORK, “no hay, por tanto, ninguna razón por la que por la que la discriminación de precios pueda nunca causar un perjuicio en la competencia en el nivel de los clientes del vendedor. Debido a que la Robinson Patman Act entra en acción sólo cuando dicho daño es plausible, esta ley es incoherente con su resultado: es imposible que haya congruencia entre su principal concepto operativo y la realidad”¹³³.

Respecto al primer nivel, considera que “la teoría de que la discriminación de precios puede perjudicar la competencia al nivel del vendedor es sencillamente la teoría de la predación de precios”¹³⁴. Esto está admitido hoy sin discusión, tanto por la doctrina como por la propia línea jurisprudencial preponderante, como por ejemplo la citada *A. A. Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*¹³⁵, una Sentencia del Tribunal de Apelaciones para el Séptimo Circuito, que se pronunció sobre ambos aspectos -la existencia de precios discriminatorios y también la existencia de precios predatorios-.

Lo cierto es que el estándar de prueba exigido para las infracciones al primer nivel es sustancialmente mayor¹³⁶ que el exigido a la discriminación de precios al nivel de los compradores. En la Sentencia *Anheuser Busch, Inc. v. F.T.C.*¹³⁷ un Tribunal de circuito mantuvo que el daño a un competidor, en cuanto opuesto al daño a la competencia, no era suficiente para establecer una infracción de la Robinson Patman Act al primer nivel. Debido a que el estándar de la infracción de segundo nivel es mucho más fácil de cumplir, la práctica habitual de los Tribunales es plantear una infracción de primer nivel sólo en los casos en que no hay competencia entre los compradores favorecidos y desfavorecidos por la discriminación de precios.

Para los casos de discriminación de precios en este nivel la cuestión que antes se ha discutido sobre si se puede rebatir una acusación bajo la Robinson Patman Act

¹³¹ 909 F.2d 1524 (3rd Cir. 1990), Párrafo n° 1532.

¹³² 111 F.3d 653 (9th Cir.), cert. denied, 118 S. Ct. 357 (1997): “estamos convencidos que el lenguaje de la Robinson Patman Act añadido a la Sección 2ª de la Sherman Act –dañar, destruir o impedir la competencia- expresa la intención del Congreso de proteger a los competidores individuales, y no la competencia en el mercado, de los efectos de la discriminación de precios” (Párrafo n° 657).

¹³³ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 390.

¹³⁴ *Ibid.*, pág. 386.

¹³⁵ 881 F.2d 1396 (1989), Párrafo n° 1399: “cuando la discriminación tiene efectos del primer nivel –esto es, en el mismo mercado de la persona que ofrece los precios discriminatorios- la demanda tiene mucho en común con una afirmación de que el acusado lleva a cabo una política de precios predatorios prohibida por la Sección 2ª de la Sherman Act”.

¹³⁶ *Vid.*, entre otros, DAM, K. W., *op.cit.*, pág. 12.

¹³⁷ 289 F.2d 835 (7th Cir. 1961), Párrafo n° 840.

demostrando que la competencia se mantiene saneada se resuelve de manera contraria¹³⁸ a la que parece prevalecer por ahora para el segundo nivel. Así lo ha mantenido el Tribunal Supremo en decisiones como la ya estudiada *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*¹³⁹, en la que se afirma que “*en sus propios términos, la Robinson Patman Act condena la discriminación de precios sólo en la medida que supone un daño para la competencia*”, y por tanto concluye que dicha ley ha de ser interpretada de acuerdo con el principio amplio del derecho antitrust de proteger la competencia, no a los competidores.

Veremos a continuación, y por separado, cómo se han aplicado estos dos requisitos por las autoridades de competencia europeas y estadounidenses.

a) Desventaja competitiva para la parte discriminada.

1) En la jurisprudencia comunitaria.

Tanto el artículo 81.1 d) como el artículo 82.2 c) del Tratado de la Unión Europea establecen que se prohibirá la discriminación de precios sólo en el caso en que tenga como consecuencia situar a una de las partes en desventaja competitiva. Como ha puesto de manifiesto –de forma reiterada– el profesor WAELBROECK, “desafortunadamente, estas palabras parecen haberse olvidado totalmente, tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia”¹⁴⁰. En efecto, el sentir generalizado en gran parte de la doctrina es que “la Comisión y los Tribunales Europeos parecen ignorar habitualmente esta cláusula. En cambio, tienden a fijarse únicamente en si ha habido discriminación (aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes) y en si dicha diferencia de trato está objetivamente justificada”¹⁴¹.

El estudio de Sentencias como la ya citada *Hoffmann-La Roche* no hace sino confirmar esta tesis: todos los compradores de las vitaminas las procesaban para fabricar sus productos. En el caso de los fabricantes de piensos compuestos, que eran a quienes iban dirigidas la mayor parte de las ventas, el coste de las vitaminas vendidas por Hoffmann-La Roche representaban sólo una mínima parte del precio final, que en ocasiones no llegaba al uno por ciento. De ahí que, incluso un descuento del 5% hubiera tenido un efecto apenas imperceptible en la posición competitiva de los productores. En estas condiciones, “uno puede entonces preguntarse qué quiere decir la expresión *desventaja competitiva*; la respuesta parece ser que la discriminación en si misma implica algún tipo de desventaja competitiva para la parte contra la que se discrimina. Si esto es así, habría que preguntarse

¹³⁸ De hecho, los tribunales han sido reacios a extender este razonamiento a los casos de discriminación de precios de segundo nivel; *Vid.*, por ejemplo, *Chroma Lighting v. GTE Products et Sylvania Lighting Services*, 111 F.3rd 653, Párrafo nº 658, en donde se “declina” hacer esa transposición debido a las importantes diferencias entre ambos niveles de infracción de la Robinson Patman Act.

¹³⁹ 509 U. S. 209 (1993), Párrafo nº 113.

¹⁴⁰ WAELBROECK, MICHEL, “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law” *Fordham Corporate Law Institute*, 22nd Annual Conference, 26 y 27 Oct, 1995, (Barry Hawk Editor, 1996), Chapter 10, pág. 160.

¹⁴¹ SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, 67 *Antitrust L. J.* 641, 2000, pág. 661.

porqué se ha incluido semejante cláusula en el Tratado, ya que no añade nada a la esencia de la discriminación”¹⁴².

Igual conclusión parece extraerse del estudio de esta cuestión en la Sentencia *United Brands* y en el asunto *European Sugar Industry*: “la posición del Tribunal es incierta en este punto”¹⁴³. En efecto, en el primero el Tribunal aceptó la postura de la Comisión de que los maduradores / distribuidores que compraban en países donde los plátanos de marca ‘Chiquita’ se vendían caros estarían en situación de desventaja competitiva respecto de aquellos que comprarán en países de precio bajo¹⁴⁴. En el segundo, sin embargo, el Tribunal parece que sencillamente rechaza sin demasiadas contemplaciones la alegación de los acusados de que los compradores de azúcar de la empresa dominante no estaban en situación de desventaja competitiva, al afirmar que aquellos, y en particular los grandes compradores, competían con otros compradores en la fase de aprovisionamiento en sus respectivos procesos productivos.

Sin embargo, también hay pronunciamientos en los que las autoridades comunitarias sí entran al fondo de la cuestión. Por ejemplo, la Comisión en el asunto *ECS / AKZO*¹⁴⁵ lleva el razonamiento de la desventaja competitiva hasta un alto grado de desarrollo, al afirmar en el Párrafo nº 50 de su Decisión que la reducción general de precios en los aditivos farináceos, consecuencia de la aplicación de una política discriminatoria por parte de AKZO, provocó una reducción de los márgenes con los que ECS operaba, lo que le obligó a aumentar su nivel de endeudamiento para poder permanecer en el mercado, lo que a su vez provocó que aumentaran sus gastos financieros y en consecuencia disminuyeran sus recursos destinados a I+D con la subsiguiente pérdida de competitividad. Igualmente, en el Párrafo nº 77 rechaza –esta vez en relación a la cuestión de los precios predatorios– que la evaluación de el perjuicio competitivo se limite a la aplicación mecánica de un test sobre los costes marginales o variables.

En una importante resolución en esta línea, la Sentencia *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*¹⁴⁶, el Tribunal de Primera

¹⁴² ZANON, L., *op.cit.*, pág. 310, Nota nº 39.

¹⁴³ SIRAGUSA, M., *op.cit.*, pág. 181.

¹⁴⁴ *Vid.*, Párrafo nº 211 de la Sentencia, en el que el Tribunal detalla las diferencias entre los precios pagados por los compradores alemanes, por un lado, y los compradores belgas y holandeses, por otro, que oscilaban entre un 32 y un 37 % en 1971 y entre un 25 y un 54 % en 1974. Así mismo, la diferencia entre lo que pagaban los clientes daneses frente a los belgas y holandeses era de entre el 12 y el 54 % en el período de 1973 a 1974. Continúa el Tribunal diciendo que la mayor diferencia –un 138 %- es la registrada entre el precio aplicado en el puerto de Róterdam que UBC aplicaba a sus clientes de Irlanda, y el precio aplicado en el puerto de Bremerhaven a los clientes de Dinamarca.

¹⁴⁵ 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: “no tiene en cuenta consideraciones estratégicas a largo plazo que pueden subyacer a una política de predación en precios, y que son particularmente aparentes en este caso. Además, olvida la importancia fundamental del elemento de la discriminación, al permitir que un fabricante en posición dominante pueda recuperar sus costes al completo gracias a sus clientes regulares mientras que hace ofertas a precios más bajos a los clientes de su rival”.

¹⁴⁶ Sentencia de 1 de abril de 1993, Asunto T – 65/89, E.C.R. (1993) p. II-0389 (el subrayado es nuestro): “el Artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa en posición de dominio refuerce su posición a través de medios distintos de la competencia basada en los méritos. Esa exigencia no es cumplida en este caso por BG, que se basaba en una distinción entre, por un lado los clientes que comercializaban pizarra importada y producida por algunos de sus competidores, y por otro, los clientes ‘leales’ que la obtenían de BG. Este

Instancia ha dado un paso más a la hora de evaluar los efectos anticompetitivos de una práctica discriminatoria, en el sentido de que pocas veces encontramos pronunciamientos de las autoridades comunitarias de competencia la afirmación de que un comportamiento de una empresa es en si mismo anticompetitivo, precisamente por su finalidad o carácter discriminatorio.

En uno de los escasísimos supuestos en que se ha aplicado el artículo 81 a una práctica de precios discriminatorios, la ya estudiada Decisión *Kodak*¹⁴⁷, la Comisión sí consideró este requisito, y como se ha puesto de manifiesto, “en las circunstancias del asunto *Kodak* hay pocas dudas de que, permaneciendo iguales el resto de componentes de la venta, un precio sustancialmente superior aplicado a compradores de un Estado Miembro podía situarles en una situación de ‘desventaja competitiva’ *vis-à-vis* compradores de otro Estado Miembro en el que se ofreciera por el vendedor un precio más bajo”¹⁴⁸.

Sin embargo, en recientes pronunciamientos como la Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, el Tribunal de Primera Instancia sí da cumplida respuesta a estos interrogantes, al constatar¹⁴⁹, en su Fto. Jco. nº 145, contra las alegaciones esgrimidas por la recurrente contra la Decisión de la Comisión lo relativo a la desventaja competitiva.

2) En la jurisprudencia norteamericana.

En el ámbito antitrust estadounidense, una de las sentencias que con mayor profundidad han abordado la necesidad de un perjuicio competitivo para la parte contra la que se discrimina en precios es la conocida *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*¹⁵⁰.

Contra el argumento de que las ventas de *Utah Pie* no habían disminuido a pesar de la introducción de los productos de sus competidores en 1961, afirma el Tribunal que “*de nuevo, no compartimos el criterio del Tribunal de Apelación. (...) que se equivoca al no constatar que el precio bajo coste y discriminatorio de Continental le obligó (a Utah Pie) a reducir su precio a \$ 2.75*”¹⁵¹. Para el Tribunal Supremo, la estructura de precios decrecientes fue suficiente evidencia de que la discriminación de precios estaba perjudicando la competencia, y ese mismo tipo de razonamiento fue el que empleó años más tarde en *National Dairy Prods. Corp. v. F.T.C.*¹⁵².

criterio, que resulta en la provisión de servicios equivalentes en términos desiguales, es en si mismo anticompetitivo por razón de su finalidad discriminatoria, que persigue el efecto excluyente que de él se sigue”.

¹⁴⁷ Decisión 70/332/CE, de 30 de junio de 1970, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/24.055 – *Kodak*), D.O.C.E. L 147/24, de 7 de julio de 1970.

¹⁴⁸ SCHEUERMANN, F. S., “Common Market and Uncommon Prices? Reflections on the Kodak Decision and Price-Discrimination under Article 85 Rome Treaty”, *J. World T. L.*, nº 5, 1971, pág. 539.

¹⁴⁹ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, E.C.R. (1999) p. 0000: “*la Comisión no se limitó simplemente a constatar la naturaleza discriminatoria del sistema de descuentos para afirmar la infracción del Artículo 86; también ha demostrado que al concederlos se estaba situando a los competidores de la recurrente en el mercado del azúcar industrial que estaban fuera de Irlanda en una posición de desventaja competitiva*”.

¹⁵⁰ 386 U. S. 685 (1967), Párrafo nº 14: “*el Tribunal de Apelación ha ignorado casi por completo otro tipo de evidencia que apoya la conclusión del jurado en el sentido de que el comportamiento de Pet’s cumplía el test legal respecto a la cuestión del daño competitivo (...). No hubiera sido un paso irracional si el jurado hubiera concluido que había una relación entre los precios y las pérdidas*”.

¹⁵¹ *Ibid.*, Párrafo nº 17.

¹⁵² 412 F.2d 605 (7th Cir. 1969).

Sin embargo, en *American Oil Co. v. F.T.C.*¹⁵³, Sentencia que resolvió el conflicto que se originó cuando la compañía petrolífera bajo sus precios durante 17 días en la localidad de Smyrna como respuesta a una guerra de precios, el Tribunal rechazó la existencia de una violación de la Sección 2 (a) de la Robinson Patman Act por considerar que no había quedado suficientemente probada la existencia de un perjuicio para la competencia.

Como el debate de esta cuestión reviste diferentes caracteres según en qué nivel de la competencia nos encontremos (*Primary-line injury* o *Secondary-line injury*), y siempre ha significado discutir entre qué requisito era exigible, el daño para la parte discriminada o una reducción generalizada de la competencia en el mercado, nos remitimos a lo ya dicho respecto a estos dos niveles en la discriminación de precios.

3) La Resolución BT/ TELEFÓNICA.

Pocas de los pronunciamientos de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia son tan explícitos –y pensamos que acertados- al analizar un supuesto de discriminación de precios y el resultado que esta práctica provoca de situar a la parte contra la que se discrimina en una situación de desventaja competitiva como el recaído en la Resolución BT / TELEFÓNICA¹⁵⁴, en la que se condenó a nuestro operador por vincular la prestación de servicios donde podía existir competencia (voz internacional) con otros donde la competencia era mucho más difícil (servicios de voz nacional), aplicando además en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaban a unos competidores en situación de desventaja competitiva frente a otros (en este caso, frente a ella misma).

Aunque no se trata aquí de analizar con profundidad¹⁵⁵ esta importante Resolución, sí nos parece interesante detenernos brevemente en ella por la nitidez con la que el TDC lleva a cabo su análisis, y por tratarse de un sector, el de las telecomunicaciones, en el que la práctica de la discriminación de precios tiene una especial relevancia.

A este respecto, se ha dicho acertadamente analizando una serie de operaciones de concentración que han tenido lugar en este ámbito que “en cada uno de esos casos se ha intentado que los operadores dominantes no impidieran la entrada en el mercado de nuevos operadores; (...) las condiciones para autorizar dichas operaciones exigían que el operador dominante no discriminara contra los nuevos operadores, por ejemplo en materia de precios de un elemento tan esencial para el negocio de las telecomunicaciones como es la interconexión”¹⁵⁶.

Este tipo de conducta no es desconocida en el derecho comunitario; por citar simplemente algún ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el asunto *Ufex, DHL Internacional y Service CRIE*¹⁵⁷ estimó el recurso de casación planteado por entender que la recurrida había abusado de su posición dominante estableciendo

¹⁵³ 325 F.2d 101 (7th Cir. 1963), *cert.denied*, 377 U. S. 954 (1964).

¹⁵⁴ Resolución del Pleno del TDC, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97.

¹⁵⁵ *Vid.*, para un estudio detallado, DÍEZ ESTELLA, F., “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del TDC, de 21.I.1999, Expte. 412/97, BT/TELEFÓNICA)”, *GJ*, nº 208, Marzo/Abril 2000.

¹⁵⁶ PITT, E., “Telecommunications Regulation: Is it Realistic to Rely on Competition Law?”, *ECLR*, Vol. 20, nº 4, Abril 1999, pág. 245.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 4 de marzo de 1999, Asunto C-119/97 P.

condiciones comerciales discriminatorias en favor de una empresa del mercado de los servicios postales básicos y de correo rápido internacional. Por otro lado, en el asunto *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner*¹⁵⁸, sancionó -aplicando precisamente la doctrina de las infraestructuras esenciales- la práctica de discriminación de precios llevada a cabo por una empresa que gestionaba los servicios portuarios en una ciudad holandesa.

En el caso que nos ocupa, lo sucedido fue sencillamente que había un competidor, *British Telecom*, que quiere ofertar a sus clientes -en este caso, los miembros de la AMMI-, el servicio “Primex”, para lo cual necesita que TELEFÓNICA le alquile circuitos privados internacionales. Como ésta también podía ofertar ese servicio, lo que sencillamente hacía era hacer a los miembros de la AMMI importantes descuentos (que, según los casos, llegaban a ser del 30 y el 33%) que no aplicaba a otros operadores -BT-.

Simplificando, podríamos decir que cuando TELEFÓNICA se alquilaba a sí misma los circuitos aplicaba un precio distinto a cuando los alquilaba a otro operador.

Se intentó alegar que no existía aplicación de precios discriminatorios por no hallarnos ante prestaciones equivalentes: a BT se le prestaba un servicio de alquiler de circuitos, mientras que a los miembros de la AMMI se les prestaba un servicio de alquiler de circuitos multiplexados, que al estar basados en tecnología digital y técnicas de multiplexación tienen un mayor coste, lo que justificaría la diferencia de precios. Aunque en ningún momento el Tribunal puso en duda la capacidad técnica de TELEFÓNICA para prestar este tipo de servicios, lo que resultó acreditado en la fase de instrucción del expediente es que no empleó esa tecnología digital multiplexada para los miembros de la AMMI, ya que todas las pruebas obrantes al respecto confirman la utilización de circuitos analógicos. Además, aunque sí hubiera empleado circuitos digitales multiplexados, los precios aplicados tampoco hubiesen sido legítimos, pues existían unas tarifas reguladas que también afectaban a este tipo de circuitos, cuyo importe seguía siendo muy superior al aplicado efectivamente por TELEFÓNICA en su acuerdo con la AMMI.

Tenemos, por tanto, todos los elementos para el establecimiento de una conducta de discriminación de precios: en el marco de una posición de dominio, y sin justificación objetiva, aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que dejen a unos competidores en situación de desventaja competitiva frente a otros. Así lo reconoce¹⁵⁹ el TDC con indudable acierto y rigor técnico:

“Estos precios reducidos se aplicaban a los miembros de la AMMI, pero no a BT, cuando el servicio Primex ofertado por BT, que necesitaba circuitos alquilados, competía con el de alquiler de circuitos ofertado por Telefónica para satisfacer las necesidades de comunicación de dichas empresas. Por ello, esta conducta, que carece de justificación objetiva, era discriminatoria e impedía a BT el competir en el negocio del consumidor final de servicio de telecomunicaciones”.

Queda pues acreditada la infracción del art. 6.2.d) de la Ley de Defensa de la Competencia, por abuso de posición de dominio; por otro lado, al ser el mercado relevante geográfico -la totalidad del territorio español- una parte sustancial del Mercado Común, y la

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 17 de julio de 1997, Asunto C-242/95.

¹⁵⁹ Resolución TELEFÓNICA /BT, Expte. 412/97, cit., Fundamento de Derecho 6º.

conducta de Telefónica capaz de afectar sensiblemente al comercio intracomunitario, se infringe además el art. 82 del Tratado CE.

Finalmente, señalar que en este ámbito en nuestro país cobran especial fuerza las actuaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, creada como órgano independiente encargado de garantizar la aplicación de los principios de libre competencia (incluida la pluralidad de oferta de servicios, acceso e interconexión de redes y política de precios), transparencia e igualdad en este sector, quien ha ido emitiendo estos años Resoluciones y Acuerdos sobre prácticas de discriminación de precios.

Así, en documentos como el Informe *“Programas de descuentos de Telefónica”* se hace una valoración de la discriminación de precios que, por la luz que arroja en el debate que antes hemos reseñado, reproducimos textualmente:

“Estos planes discriminan a usuarios en función de la elasticidad de la demanda, sin una clara orientación a costes. La discriminación (...) no va necesariamente en contra del consumidor (...) es beneficiosa siempre y cuando conlleve un aumento del volumen de negocios. En el caso que nos afecta, la discriminación de precios supone una bajada de tarifas con una serie de condicionantes para unos sectores específicos del mercado, el de los pequeños o medianos usuarios (residencial) con demanda elástica. Como tal, es una medida que incentiva la demanda y beneficia a estos sectores del mercado sin repercutir en el resto de sectores”¹⁶⁰.

En otra ocasión, teniendo como protagonistas una vez más a Telefónica y BT, esta última solicitó la intervención de la CMT para que declara la existencia de un abuso de posición de dominio de Telefónica al denegarle ésta el acceso a su Red Pública Conmutada y a la Red Digital de Servicios Integrados para la prestación del servicio Interpista¹⁶¹. Igualmente, ante la solicitud de la empresa Intertrace S.L., la CMT resolvió que Telefónica no discriminó en la aplicación de las tarifas de contratación de líneas adicionales entre dicha empresa demandante y las asociadas de la AOTEP (Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público)¹⁶².

b) Reducción de la competencia en el mercado.

El otro elemento que suele exigirse, desde el punto de vista del resultado, para apreciar la existencia de una práctica de discriminación de precios es la reducción de la competencia en el mercado. La definición de qué ha de entenderse por “daño”, “restricción” o “reducción” de la competencia ha planteado no pocas dificultades

¹⁶⁰ Informe a la Secretaría General de Comunicaciones sobre solicitud de Telefónica de Modificación de los programas Descuentos *“Amigos y Familia Interprovincial Regional”* y *“Amigos y Familia Interprovincial”*, aprobado en la Sesión nº 29/99 del Consejo de la CMT, de 29 de julio de 1999.

¹⁶¹ Resolución de la CMT, del Expediente M. E. 36/98 sobre la solicitud de BT Telecomunicaciones, S.A. a Telefónica, S.A. del Acceso especial para su servicio Interpista, de 29 de octubre de 1998.

¹⁶² Resolución de la CMT, en el Expediente sobre la solicitud de intervención presentada por Intertrace S.L. para obligar a Telefónica a aplicar las tarifas de contratación de líneas adicionales y simultáneas de forma transparente y no discriminatoria, de 22 de diciembre de 1998.

conceptuales, tanto en el ámbito comunitario¹⁶³ como en el estadounidense¹⁶⁴, cuyo estudio detallado excedería el ámbito de este trabajo. Precisamente, uno de los principales postulados de la Escuela de Chicago, fue señalar¹⁶⁵ –pensamos que acertadamente– que, cuando las personas se ponen de acuerdo en cualquier forma de corporación o asociación están admitiendo, tácita o expresamente, la eliminación de la competencia entre ellos.

Si esto se percibe como una reducción de la eficiencia asignativa, y no se tiene en cuenta que también conlleva una mejora de la eficiencia productiva, tiende a “demonizarse” cualquier comportamiento de esta índole sin evaluar el efecto beneficioso que tiene sobre el proceso competitivo. Nos limitaremos por tanto a analizar en qué medida los efectos derivados de una práctica de precios discriminatorios son susceptibles de provocar un daño, reducción o restricción de la competencia.

1) *En el Derecho comparado.*

Al igual que en el apartado anterior, cuando hemos estudiado la exigencia de un perjuicio competitivo para una de las partes, no siempre el requisito del perjuicio al proceso competitivo en su conjunto es tenido en cuenta. En algunas ordenamientos, este “olvido” es un deseo expreso del legislador; así, en la legislación canadiense, “se prohíbe la discriminación de precios por el apartado 34 (1) (a) de la *Combines Investigation Act*, con independencia de sus efectos sobre la competencia en el mercado servido por el vendedor que discrimina o el mercado en el que compiten sus clientes”¹⁶⁶.

Otro tanto podemos decir del *Tratado Europeo del Carbón y del Acero*, el Tratado de París de 1951, que estableció la CECA, que prohíbe la discriminación de precios en su artículo 60, y lo hace con total independencia del efecto que dicha práctica tenga en la competencia en el mercado o en los competidores. Se ha afirmado que “en este esquema, conceptos como la reducción de la competencia, el daño actual o potencial a los competidores a varios niveles (...) no entran en escena de ninguna manera”¹⁶⁷.

Sí se exige este efecto de reducir sensiblemente la competencia en la *Trade Practices Act* (Sección 49.1) australiana, de la cual se ha destacado que “el rasgo más sobresaliente en la aplicación de la ley llevada a cabo por la Comisión es el constante empeño que se ha puesto en exigir, para declarar ilegal la discriminación de precios, una reducción sustancial de la competencia”¹⁶⁸ y en cambio se omite en la *Loi d’Orientation du Commerce et du l’Artisanat* (Secciones nº 37 y 38) francesa¹⁶⁹, la *Gesetz gegen*

¹⁶³ *Vid.*, para un desarrollo de este concepto, BELLAMY y CHILD, *op.cit.*, págs. 94 y ss.

¹⁶⁴ *Vid.*, entre otros trabajos que han sido dedicados a esta cuestión en el ámbito concreto de la discriminación de precios, DUNNE, F. H., “Functional Discounts under Hasbrouck and Secondary Line Competitive Injury”, 59 *Antitrust L. J.* 793 (1991); PAGE, W., “The Chicago School of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency”, 75 *Va. L. Rev.* 1221 (1989); MARASCO, A., “Tracing an Antitrust Injury in Secondary Line Price Discrimination Cases”, *Fordham L. Rev.*, Vol. L (5), April 1982.

¹⁶⁵ BORK, R. H., *op.cit.*, págs. 134 y ss.

¹⁶⁶ BLAKENEY, M. (1982), *op.cit.*, pág. 29.

¹⁶⁷ MUELLER, H., “The Prohibition of Price Discrimination in The European Coal and Steel Community: The Rules and their Enforcement”, 9 *Antitrust Bull.* 733 (1966), pág. 744.

¹⁶⁸ GRANT, R. M., “Recent developments in the control of price discrimination in countries outside North America”, *Antitrust Bull.*, Fall 1981, pág. 603.

¹⁶⁹ Se ha dicho de esta ley que “La ausencia de cualquier mención a la competencia refleja el hecho de que el principal objetivo de la ley es la protección de los pequeños y medianos distribuidores”, GRANT, R. M., *op.cit.*, pág. 606.

Wettbewerbsbeschränkungen (Secciones nº 19 y 20) alemana¹⁷⁰ y la *Restrictive Trade Practices Act* irlandesa¹⁷¹.

Por lo que respecta a nuestra propia *Ley de Defensa de la Competencia*, como hemos visto en la introducción a este epígrafe son diferentes los supuestos de práctica restrictiva de la competencia que se derive de un abuso de posición dominante (art. 6) de los que se deriven de un acuerdo colusorio (art.1). Mientras que en aquellos nada se dice del resultado “general” de reducción de la competencia, en los segundos es necesario que “*produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional*”. Si una conducta, por tanto, es capaz de producir este efecto en el mercado común pero no en el mercado nacional será imputable bajo el art. 81 TCEE pero no bajo el art. 1 LDC, como ocurrió en la Resolución *Panasonic*¹⁷², en la que el TDC entendió que una práctica concertada del grupo Matsushita con los distribuidores nacionales para dificultar el comercio intracomunitario impidiendo precisamente el arbitraje de precios entre países era susceptible de falsear la competencia en el mercado portugués, al evitar la entrada de productos vía comercio paralelo, pero no en el mercado español.

2) En la jurisprudencia comunitaria.

Al igual que en el caso anterior, la jurisprudencia que emana de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y las Decisiones de la Comisión no ofrece directrices claras sobre qué ha de entenderse por “daño”, “reducción” o “perjuicio” de la competencia en el mercado. En el caso que venimos analizando a este respecto, la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, parece evidente que su sistema de descuentos por fidelidad suponían, para el período de 1970 a 1974, solamente un 4% del total de ventas de vitaminas en el Mercado Común, cifra que no llegaba al 2% para algunas especialidades. Sin embargo, para apreciar este requisito, el Tribunal entendió que “*una empresa dominante opera en un mercado en el que la competencia ya está de por sí debilitada, con lo que cualquier debilitamiento de la misma constituye, en si mismo, un abuso*”¹⁷³.

En la Sentencia *United Brands*¹⁷⁴ este requisito lo contempla el TJCE en el párrafo nº 194 de su pronunciamiento, cuando afirma que “*en este asunto, la adopción de tal comportamiento está prevista para provocar un serio perjuicio a la competencia en el mercado de los plátanos al permitir permanecer en el negocio únicamente a las empresas que dependen de la empresa dominante*”.

¹⁷⁰ *Vid.*, para un análisis en profundidad de los cambios recientes en la legislación antitrust alemana, “The German Approach to price discrimination and other forms of business discrimination”, *Antitrust Bull.*, Spring 1982.

¹⁷¹ Igualmente, “La ausencia de cualquier mención a la competencia en la normativa irlandesa es quizá indicativo del gran peso que las autoridades de este país conceden a consideraciones de justicia y equidad más que al mantenimiento de una competencia activa”, GRANT, R. M., *op.cit.*, pág. 611.

¹⁷² Resolución del TDC, de 17 de diciembre de 1999, Expte. 408/97.

¹⁷³ Sentencia *Hoffmann-La Roche*, *cit.*, Párrafo nº 123.

¹⁷⁴ Sentencia de 14 de febrero de 1978, *cit.*: “*en un mercado dominado por unas pocas empresas grandes, la restricción llevada a cabo aún por un pequeño proveedor de otro Estado miembro es una infracción particularmente seria, especialmente cuando la empresa que la impone es de importancia considerable en el mercado. Las mismas consideraciones se aplican, a fortiori, bajo el Artículo 86, a un supuesto en el que la empresa dominante lleva a cabo un comportamiento orientado a impedir a un pequeño comerciante entrar en un nuevo mercado, o castigarle por haberlo hecho*” (Párrafo nº 89).

La Comisión, por su parte, también ha considerado este perjuicio a la competencia, bajo la fórmula de apreciar un “efecto sobre el mercado entre Estados Miembros” como requisito de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado UE. En la citada *ECS / AKZO*¹⁷⁵, al analizar el comportamiento “agresivo” de AKZO en el mercado de los aditivos farináceos con el objeto de obstaculizar la expansión de ECS en el mercado de los plásticos.

Lo mismo que en la Sentencia *Michelin c. Comisión*¹⁷⁶, en la que se delimitó con precisión el alcance que tenía que tener el “efecto” para la aplicabilidad del artículo 82; en su Decisión *Michelin*¹⁷⁷, la Comisión había mantenido que la posibilidad de que otros fabricantes de neumáticos entraran en el mercado de los Países Bajos se había reducido sensiblemente debido a que, con su conducta abusiva Michelin había restringido la libertad de compra, y que por tanto tenían sus plantas productivas en otros Estados miembros y por ello el 28 % de los neumáticos para vehículos pesados que competían con Michelin en ese mercado provenían de otros Estados miembros.

Ante esto, la recurrente alegó que la conducta que tiene lugar en un Estado miembro no puede afectar al comercio intracomunitario entre Estados miembros. A pesar de que el Tribunal resolvió a favor de Michelin, estableció¹⁷⁸ la línea de razonamiento que ha seguido la Comisión en multitud de pronunciamientos en materia de discriminación de precios, como por ejemplo la Decisión *Polistil / Arbois*¹⁷⁹, o más recientemente, la ya citada Decisión *Alpha Flight Services / Aéroports de Paris*¹⁸⁰.

3) En la jurisprudencia norteamericana.

A este respecto, en el ámbito estadounidense, el alcance de la palabra “pueda disminuir la competencia” de la Sección 2 (a) de la Robinson Patman Act fue el delimitado por el magistrado BLACK en la Sentencia *F.T.C. v. Morton Salt*¹⁸¹.

¹⁷⁵ Decisión de 14 de diciembre de 1985, *cit.*

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1981 relativa a un procedimiento de aplicación del Artículo 86 del Tratado CE (IV/29.491 – *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*), *D.O.C.E.* (1981) L 353/33.

¹⁷⁸ *Ibid.*, Párrafos 103 y 104: “cuando una empresa en posición de dominio obstaculiza la entrada de sus competidores al mercado da igual que dicha conducta se limite a un Estado miembro en tanto en cuanto sea capaz de afectar las pautas de comercio y competencia en el Mercado Común. (...) Ha de recordarse igualmente que el Artículo 86 no exige que se pruebe que la conducta abusiva ha afectado de hecho y apreciablemente el comercio entre Estados miembros; basta con que pueda producir dicho efecto”.

¹⁷⁹ Decisión 84/282/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1984, relativa a un procedimiento de aplicación del Artículo 85 del Tratado CE (IV/30.658 – *Polistil/Arbois*), *D.O.C.E.* L 136/9, de 23 de mayo de 1984.

¹⁸⁰ Decisión 98/513/CEE de la Comisión, de 11 de junio de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/35.613), *D.O.C.E.* L 230/10, de 18 de agosto de 1998: “así pues, los tipos de cánones comerciales aplicados en un mismo aeropuerto varían de un agente a otro y de un usuario a otro, lo que tiene importantes repercusiones sobre los precios y, en consecuencia, sobre la estructura de los costes soportados por las compañías de transporte aéreo. Por lo tanto, dichas discriminaciones tienen efectos anticompetitivos en el mercado de los servicios de transporte aéreo” (Párrafo nº 125).

¹⁸¹ 334 U. S. 37 (1948), Párrafo nº 7: “después de un cuidadoso examen de esta cláusula de la Robinson Patman Act, hemos concluido que esta ley no exige que los que discriminan hayan reducido la competencia efectivamente, sino que basta con que exista una posibilidad razonable de que ‘puedan’ provocar ese efecto”.

En contra de esta interpretación, y a favor de la doctrina de la “probabilidad” del efecto en vez de la “posibilidad”, se manifestaron los magistrados JACKSON y FRANKFURTER en su voto particular¹⁸². A pesar de esta opinión, diecisiete años más tarde, en la ya citada *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, cuyo ponente fue el controvertido magistrado WHITE, se seguía apostando por la “posibilidad” del daño a la competencia más que su “probabilidad”, incluso aunque la evidencia del mismo tuviera que constatarse de forma indirecta¹⁸³. Y ello a pesar de que, como la propia sentencia reconoce -*Vid.*, Párrafo nº 21-, Utah Pie seguía incrementando sus ventas y operando con beneficios.

Probablemente fue esta cuestión la que suscitó el voto particular de los magistrados STEWART y HARLAN, quienes tras constatar las cuotas de mercado de todas las empresas implicadas en 1958 –la acusada, Utah Pie, gozaba de un cuasi monopolio con una cuota del 66.5% del mercado- y compararlas con las de 1961 –Utah Pie había disminuido hasta un 45.3%, Pet tenía un 29.4% y el resto estaba repartido a partes iguales entre Continental, Carnation y otros operadores locales-, afirmaron¹⁸⁴ que:

“sólo si desoímos las enseñanzas tan duramente aprendidas en los asuntos de la Clayton y la Sherman Act puede la situación de 1961 ser considerada menos competitiva que la de 1958. Por tanto, si admitimos que la discriminación de precios alegada contra los demandados ha tenido algún efecto sobre la competencia, ese efecto ha tenido que ser beneficioso”.

A pesar de que el precedente “no gusta”, y así se ha manifestado repetidamente desde los más variados ámbitos (*Vid.*, por ejemplo la opinión del entonces magistrado EASTERBROOK, en la sentencia sobre discriminación de precios recaída en el importante asunto *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*¹⁸⁵), sin embargo, una cosa es el “sentir generalizado” y otra el precedente y la doctrina sentada, y ésta no es otra que la de la Sentencia *Utah Pie*, por estricta y mal enfocada que parezca, por lo que habrá que atenerse a ella.

En un pronunciamiento más reciente, *Texaco v. Hasbrouck*, se ha vuelto a plantear esta cuestión. Como hemos comentado anteriormente, uno de los aspectos más interesantes

¹⁸² *Ibid.*, Párrafo nº 21: “*así como acepto bastante de la decisión del Tribunal, no puedo aceptar su afirmación más significativa, la cual es una nueva interpretación de la Robinson Patman Act que sancionará la prohibición de cualquier descuento ‘si hay una posibilidad razonable de que puedan tener el efecto’, es decir, disminuir, dañar o prevenir la competencia. Pienso que la ley, tal como la promulgó el Congreso y tal como siempre la ha interpretado este Tribunal exige que se demuestre una probabilidad razonable de dicho efecto*”.

¹⁸³ 386 U. S. 685 (1967), Párrafo nº 15: “*nos parece claro que el jurado ha escuchado suficiente evidencia de la cual puede concluir que Pet había implementado prácticas predatorias en el mercado de Salt Lake City. Unido a la incidencia de precios discriminatorios atribuible a Pet, la evidencia en su conjunto estableció, más que negó, la posibilidad razonable de que el comportamiento de Pet hubiera producido una disminución de la competencia prohibida por la Ley*”.

¹⁸⁴ *Ibid.*, Párrafo nº 24.

¹⁸⁵ 881 F.2d 1396 (1989), Párrafo nº 1404: “*el hecho es que no se haya levantado ninguna voz a favor de Utah Pie en años. El sentir académico contrario a dicha sentencia, unido a la falta de afirmación reciente por parte del Tribunal Supremo ha llevado a muchos Tribunales de apelación a concluir que el estándar de responsabilidad por infracción de primer nivel de la Robinson Patman Act ha de ser el mismo que el de la Sección 2ª de la Sherman Act*”.

de esta sentencia es la delimitación de cuándo un mayorista y un distribuidor se encuentran en relación competitiva entre ellos. Estrechamente relacionado con éste, la cuestión de cuándo hay un daño para la competencia fue discutido por los magistrados SCALIA y KENNEDY, en un voto particular¹⁸⁶ favorable a la postura del ponente, el magistrado STEVENS.

A parte de su enorme importancia para el tema que estamos debatiendo, esta consideración del Tribunal Supremo también nos parece relevante para arrojar algo de luz sobre la cuestión de la necesidad de distinguir entre *diferenciales* de precios, como fenómeno económico, y *discriminación* de precios, como práctica anticompetitiva, ya que, como afirma el magistrado STEVENS, si un mercado está funcionalmente dividido, no es por causa de prácticas de precios discriminatorios, sino que éstos son meramente una política comercial seguida por un fabricante que puede –o no– ser aceptada por los distribuidores. Una vez más, centrarse en la discriminación es distraer la atención del problema real (la división del mercado, el poder monopolístico) a lo que simplemente es una manifestación, bien de ese poder, bien de la misma estructura del mercado en cuestión.

Igualmente controvertido en muchos de sus pronunciamientos ha sido el fallo recaído en el asunto *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Co.*, sentencia que resolvió la demanda planteada por Liggett & Myers contra B&W por supuestas prácticas predatorias y discriminatorias, empleadas por esta última para expulsar del mercado de los cigarrillos genéricos a la primera. Aunque el Tribunal de instancia dio la razón a la demandante, esta sentencia fue revocada en sede de apelación, al considerarse que B&W no podía causar un daño a la competencia cuando su cuota de mercado en el sector de los cigarrillos no era superior al 12%. El Tribunal Supremo confirmó la decisión del Tribunal de apelación en una resolución cuyo ponente fue el magistrado KENNEDY, opinión a la que se opusieron en un voto particular¹⁸⁷ los magistrados STEVENS, WHITE y BLACKMUN. Las razones aducidas¹⁸⁸ van en una triple línea de razonamiento:

1) Desde el punto de vista jurídico, se recuerda que la Robinson Patman Act se debe preocupar por el bienestar del consumidor y la competencia, como cuestiones opuestas a la protección de los consumidores individuales frente al “daño” que les puedan causar otros consumidores.

2) Como cuestión de hecho, el sector de cigarrillos genéricos experimentó un crecimiento de hasta el 15% del total de mercado con la entrada de B&W. La cuestión relevante es si los precios eran entonces supracompetitivos o no; el jurado opinó que sí, y el

¹⁸⁶ 490 U. S. 1105 (1990): “en mi opinión, hay un razonamiento que apoya la tesis de que un fundamento funcional para los diferenciales de precios –justificados en costes o no– impide ipso facto la probabilidad de daño competitivo, rebatiendo por tanto la argumentación de la demandante: en un mercado que está real y funcionalmente dividido, los distribuidores se encuentran en competencia entre ellos, no con los mayoristas. Esta competencia entre los distribuidores no puede ser dañada por el hecho de que el fabricante aplique unos precios inferiores a los mayoristas, ya que si el diferencial de precio se transmite, todos los distribuidores sencillamente comprarán del mayorista en vez de del fabricante”.

¹⁸⁷ 509 U. S. 209 (1993), Párrafo nº 61: “hoy, el Tribunal rechaza aquella posición. En vez de reenviar el caso al Tribunal de apelación para que resuelva otras cuestiones que han planteado las partes, el Tribunal sin embargo se empeña en revisar partes del voluminoso expediente del juicio, y llega a la conclusión de que no se sostiene la opinión del jurado de que la discriminación de precios llevada a cabo por B&W tenía una ‘posibilidad razonable de dañar la competencia’. En nuestra opinión la evidencia aportada es claramente suficiente para apoyar dicha conclusión”.

¹⁸⁸ *Ibid.*, Párrafos nº 81 a 88.

Tribunal rechazó esta postura, diciendo que las actividades promocionales contrarrestarían semejantes subidas de precios. Esta respuesta les parece insuficiente.

3) Desde un punto de vista económico, el Tribunal opina que las reducciones de precios suelen ser pro-competitivas. Esto es cierto sí, pero en la medida en que las reducciones no llevan a los precios a niveles por debajo de coste, como parece que es el caso de la política seguida por B&W para expulsar a Liggett. Entonces, la competencia sí es dañada a resultas de las políticas de precios.

Pocos casos han sido tan comentados¹⁸⁹ en la historia reciente del Derecho antitrust como éste. La cuestión de si puede llevarse a cabo una política de precios predatorios con sólo un 12% del mercado, el concepto de colusión tácita, la determinación de cuándo una bajada de precios beneficia o perjudica a los consumidores, fueron, entre otros, los temas que planteó esta importante sentencia.

Como conclusión a este apartado, podemos hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en el ámbito del derecho comunitario, puede contemplarse –con satisfacción– que las autoridades antitrust llevan a cabo un análisis pormenorizado de los efectos de una política de precios discriminatorios, tanto sobre la parte que queda en “desventaja competitiva” como sobre la estructura competitiva del mercado en su conjunto, para evaluar el carácter anti o procompetitivo de dichos precios. En gran número de ocasiones, este análisis evidenciará que la pretendida práctica restrictiva de la competencia no es tal, sino una manera eficiente de implementar un sistema de distribución comercial, ofrecer unos incentivos a quienes realicen determinadas funciones, etc.

En segundo lugar, en el ámbito del derecho norteamericano, falta una pauta clara sobre qué grado de intensidad tiene que tener el daño para constituir práctica anticompetitiva, si la mera “posibilidad” o una cierta “probabilidad”. Esto, unido a que sigue sin aclararse si la finalidad de la Robinson Patman Act es proteger a los competidores o proteger el proceso competitivo (a expensas de que desaparezcan los operadores menos eficientes), lleva a la existencia de un alto grado de inseguridad jurídica a la hora de prever el posible carácter anticompetitivo de una política de diferenciación de precios.

3. Delimitación subjetiva.

Un paso necesario en la delimitación de la figura de la discriminación de precios es la determinación de su ámbito de aplicación desde el punto de vista subjetivo, en un doble sentido: quiénes son los sujetos afectados por la prohibición, y qué grado de intencionalidad es el exigido para apreciar la existencia de esta práctica.

A) Ámbito de aplicación: sujetos afectados.

En el ámbito del Derecho comunitario este aspecto concreto no exige un especial análisis, en el sentido de que los sujetos afectados por la prohibición de practicar una política de discriminación de precios no reviste ninguna especificidad respecto a la

¹⁸⁹ *Vid.*, para un análisis en profundidad desde un enfoque tanto jurídico como económico, KWOKA, J. E. y WHITE, L. J. (Editors), *The Antitrust Revolution, The Role of Economics*, Oxford University Press, 2ª ed. Nueva York, 1994, págs. 260 a 299.

prohibición de prácticas anticompetitivas en general, por lo que nos remitimos a cualquier trabajo monográfico en este sentido para un estudio detallado del concepto de “empresa”¹⁹⁰ a los efectos de la aplicación del Artículo 81.1 del Tratado CE. En sentido más amplio, caben también otras referencias a los “sujetos”¹⁹¹ del Derecho comunitario a los efectos de la aplicación de los Artículos 81 y 82 del Tratado CE.

A modo de ejemplificación de esta doctrina, baste señalar que nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado en abundantes ocasiones en las que los sujetos de la presunta práctica discriminatoria eran colegios profesionales (un cambio de criterio respecto a la fijación de honorarios que afectaba a los promotores inmobiliarios y no al resto, Resolución *Aparejadores Valencia y Alicante*¹⁹²), entes de derecho público con capacidad jurídica privada (aplicación por parte de AENA de condiciones discriminatorias más favorables para ALDEASA que para el resto de las empresas que obtienen concesiones o autorizaciones de uso de los locales comerciales en los recintos aeroportuarios, Resolución *Aeropuertos Españoles*¹⁹³) y, por supuesto, las mismas Administraciones Públicas (exigir más requisitos a la Federación Gallega de la Construcción que a otras empresas de los que impone la legislación en el pliego de condiciones administrativas particulares para licitar a la obra de construcción de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad de Santiago, Resolución *Universidad de Santiago*¹⁹⁴).

En el ámbito del derecho norteamericano hemos visto al hablar de la comparabilidad de las relaciones comerciales, las dificultades que reviste la determinación de los sujetos que caen bajo la prohibición de la Robinson Patman Act, en el sentido de los diferentes estándares existentes según en qué línea del comercio tenga lugar la presunta discriminación.

La diferencia más radical entre este ordenamiento y el europeo es, sin duda ninguna, la inclusión en el ámbito de aplicación subjetiva de la ley a quienes *inducen* a la discriminación de precios, cláusula totalmente ausente en el Tratado de la UE. Así, en la ya comentada Sentencia *F.T.C. v. Fred Meyer, Inc.*¹⁹⁵, el Tribunal Supremo casó una decisión de la Federal Trade Commission en la que este órgano concluyó que:

“los acusados, el dueño de una cadena de supermercados y dos de sus ejecutivos, habían inducido ilegalmente a determinados proveedores a practicar políticas de discriminación de precios y campañas de ventas promocionales prohibidas por las Secciones 2 (a) y 2 (d) de la Clayton Act según la reforma operada por la Robinson Patman Act”.

¹⁹⁰ Vid., por todos, BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* (Edición española a cargo de Enric Picañol), Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 73 y ss.

¹⁹¹ Vid., por todos, DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 432 y ss. Son especialmente importantes, por su relevancia para nuestro estudio, los Apartados dedicados a las Empresas Titulares de Derechos Especiales o Exclusivos (pág. 446), las Empresas Gestoras de Servicios de Interés Económico General (pág. 447) y las Empresas Gestoras de Monopolios (pág. 449).

¹⁹² Resolución del TDC, de 14 de abril de 1998, Expte. R 374/96.

¹⁹³ Resolución del TDC, de 16 de noviembre de 1998, Expte. R 296/98.

¹⁹⁴ Resolución del TDC, de 2 de marzo de 1998, Expte. R 275/97.

¹⁹⁵ 390 U. S. 341 (1968), Párrafo nº 342.

Igualmente, en *Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. F.T.C.*¹⁹⁶ la cuestión planteada era la si la recurrente, la compañía Great Atlantic & Pacific Tea Co. había infringido la Sección 2 (f) de la Clayton Act, en la redacción dada por la Robinson Patman Act, al “haber, conscientemente inducido o recibido una discriminación de precios ilegal por parte de la compañía Borden Co.”.

B) La intencionalidad en la discriminación.

Sobre los efectos de la discriminación de precios en cuanto a la exclusión o perjuicio de competidores, se ha hablado ya con anterioridad, al considerar los posibles resultados o efectos sobre el mercado y sobre los rivales de la empresa discriminadora que pueden derivarse de esta práctica. Lo que toca analizar ahora es hasta qué punto la intención de excluir –o perjudicar- a un competidor puede ser un elemento que integre el tipo, teniendo en cuenta que para las autoridades comunitarias al menos el concepto de abuso de posición dominante es un concepto *objetivo*, lo que parece excluir cualquier consideración sobre el elemento intencional del mismo¹⁹⁷.

En todo caso, cabe distinguir diferentes grados de intencionalidad, en cuanto al objetivo perseguido se refiere, según se pretenda simplemente perjudicar o hacer daño a un rival, o se pretenda su exclusión del mercado, o no se pretenda nada en especial (hablaríamos en este supuesto de “falta de intencionalidad” en la discriminación). Por tratarse el segundo supuesto de la versión más radical de las aquí planteadas, y haber sido objeto de un intenso debate doctrinal en amplios sectores doctrinales, empezaremos este Apartado por el análisis de la intención eliminatória o “exclusionaria”¹⁹⁸ de la discriminación de precios.

La teoría sobre los efectos eliminatórios de determinadas conductas en el mercado ha estado presente en el debate antitrust desde sus comienzos. De hecho, éste fue uno de los temas que enfrentó más agriamente a la Escuela de Chicago con el análisis tradicional del pensamiento antitrust. Para el profesor BORK, “la teoría de que la competencia es perjudicada por el daño que se inflige a los competidores, su exclusión del mercado o de algún segmento de éste, es la más compleja, y se ha demostrado la más perniciosa para la integridad y la racionalidad del ordenamiento antitrust en su conjunto”¹⁹⁹. Es evidente que toda actividad empresarial implica la exclusión de alguien del mercado: la actividad que lleva a cabo un determinado agente no puede llevarla a cabo otro, y si alguien entra en un mercado y consolida una posición es porque otra persona ha perdido cuota de mercado o incluso ha salido del mismo. La cuestión es saber dilucidar cuándo esta exclusión es

¹⁹⁶ 440 U. S. 69 (1979).

¹⁹⁷ Así lo recoge, por ejemplo la reciente *Aéroports de Paris c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98, E.C.R. 2000 p. 0000, en la que se reafirma -en el Fto. Jco. nº 173- que “a este respecto, hay que recordar que el concepto de abuso es un concepto objetivo y no exige la intención de causar un daño”.

¹⁹⁸ Pese a lo dudoso de la inclusión de este término en nuestro léxico castellano, hemos optado por su uso en este Apartado pues refleja con más nitidez el matiz de “resultado perseguido de exclusión de un competidor” de las prácticas anticompetitivas aquí descritas, a falta de mejor traducción del equivalente inglés -que sí expresa con perfección dicha idea- *exclusionary conduct*.

¹⁹⁹ BORK, R. H., *The Antitrust Paradox*, The Free Press, New York 1993, pág. 136.

anticompetitiva, y cuándo obedece simplemente a criterios de eficiencia y a la “selección natural” implícita en todo proceso competitivo dinámico.

Tanto para el legislador como para el juez norteamericano, la cuestión de si el elemento intencional forma parte del tipo o ilícito antitrust no ofrece ninguna duda, como se desprende de Sentencias del estilo de *U. S. v. United States Gypsum Co.*²⁰⁰.

El Derecho antitrust comunitario, sin embargo, parece contemplar este elemento en un estadio posterior del análisis, el relativo a la imposición de la multa²⁰¹, pero no como parte integradora del ilícito. Así, en *Tetra Pak Internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*²⁰², el Tribunal de Primera Instancia se autoimpone el deber de indagar, en primer lugar, si las infracciones fueron cometidas deliberadamente o por negligencia, antes de verificar si los criterios en que la Comisión se basó en la Decisión para determinar el importe de la multa, son pertinentes y suficientes. El criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en Sentencias como *NV IAZ y otros c. Comisión*, es que esta condición se cumple cuando la empresa de que se trata no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las reglas de competencia del Tratado, tal como se afirma²⁰³ en la referida Sentencia tras dejar constancia de que el acuerdo firmado por las imputadas restringía de forma sensible la posibilidad de que se llevaran a cabo importaciones paralelas, y del conocimiento cabal por parte de los firmantes de este extremo, tanto en sus dimensiones legal como económica.

Esta posición del Tribunal se ha visto consolidada en pronunciamientos posteriores a través de posturas como la mantenida en la citada *Tetra Pak*²⁰⁴. Así mismo, en Sentencias como *BPB Industries Plc. and British Gypsum Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*²⁰⁵, se ha apreciado la existencia de esta intencionalidad por la misma naturaleza

²⁰⁰ 438 U. S. 422 (1978), Párrafo nº 12: “un efecto sobre los precios, sin más, no es suficiente para establecer una responsabilidad bajo la Sherman Act. Mantenemos que la idea que tiene en la mente o intención del acusado es un elemento del tipo de ilícito antitrust que ha de ser demostrado por pruebas e inferencias extraídas de ellas, y no puede por tanto deducirse del supuesto de hecho a través simplemente de apoyarse en presunciones legales de intencionalidad anticompetitiva por el efecto sobre los precios”.

²⁰¹ De acuerdo con la previsión contenida en el Artículo 15 (2) del Reglamento 17/62, *Primer Reglamento de aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado*, de 6 de febrero de 1962, D.O.C.E. L 13/24, de 21 de febrero de 1962, en la versión dada por el *Reglamento 1216/1999, por el que se reforma el Reglamento 17 (arts.81 y 82)*, del Consejo de la UE, de 10 de junio de 1999, DOCE L148/5, de 15 de junio de 1999.

²⁰² Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, Asunto T – 83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755, Párrafos nº 237 y ss.

²⁰³ Sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1983, Asuntos 96 a 102, 104, 105, 108 y 110/82, E.C.R. 1983 p. 3369, Párrafo nº 45: “al firmar el acuerdo con pleno conocimiento de estas circunstancias, actuaron en consecuencia deliberadamente, con independencia de que fueran conscientes de que, actuando así, estaban infringiendo las normas previstas por el Artículo 85.1 del Tratado CE”.

²⁰⁴ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, cit., Párrafo nº 238: “por lo que respecta a la cuestión de si las infracciones se cometieron deliberadamente o por negligencia (...) el Tribunal de Justicia ha declarado que esta condición se cumple cuando la empresa de que se trata no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las reglas de competencia del Tratado”.

²⁰⁵ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 1 de abril de 1993, Asunto T-65/89, E.C.R. 1993, p. II-0389, Párrafo nº 166: “el Tribunal considera que se deduce de la misma naturaleza de la conducta referida en la Decisión de la Comisión, que de hecho se caracterizaba por la imposición de una exigencia de no trabajar con otra pizarra que no fuera la producida por los apelantes, que éstos no podían ignorar que su conducta constituía

de la práctica cometida, en este caso la imposición de una cláusula de exclusividad. Frente a esta imputación no cabe ni siquiera alegar la inexistencia de precedentes, como no le valió a Michelin el hecho de que ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia se hubieran pronunciado respecto a un asunto de descuentos cuando recayó la Sentencia *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*²⁰⁶. Cuestión distinta es el método de prueba en el procedimiento de la existencia de esa intencionalidad y de la orientación de ésta²⁰⁷.

a) Intención de excluir a un competidor.

Pocas cuestiones han sido objeto de un debate doctrinal y jurisprudencial tan intenso en Estados Unidos como la cuestión de qué haya de entenderse por un “comportamiento monopolizante e injustificadamente eliminatorio”²⁰⁸, haciendo notar previamente que, en la literatura norteamericana que será examinada, el “objeto” de dicha exclusión se entiende en términos muy amplios, pudiendo ser un rival o competidor ya existente, o potencial, o incluso se habla de excluir la competencia misma, en el sentido de impedir el acceso a un mercado de nuevos operadores, porque lo ha llenado –o piensa llenarlo– ya la empresa dominante (*preemption*) o porque lo ha cerrado (*foreclosure*).

En efecto, a lo largo de la aplicación de las leyes antitrust contra el ejercicio del poder monopolístico la Federal Trade Commission y los Tribunales estadounidenses se han esforzado notablemente por definir unas pautas claras y precisas conforme a la *rule of reason* que permitieran discernir la legalidad o ilegalidad de comportamientos pretendidamente monopolizadores. Hacia los años 70 quedó más o menos fijada una regla²⁰⁹ conforme a la cual la prueba de una conducta monopolizante exigía demostrar una intención eliminatoria o anticompetitiva en la conducta de la empresa acusada de querer monopolizar un determinado mercado, a parte de demostrar que existiera una probabilidad razonable de que “trunfara” en su empeño.

una infracción del Artículo 86 del Tratado. En consecuencia, a los efectos de aplicación del Reglamento nº 17, esa conducta debe considerarse que ha sido llevada a cabo intencionalmente”.

²⁰⁶ Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, Asunto 322/81, *E.C.R.* 1983, p. 3461, Párrafo nº 107: “*el sistema de descuentos se había puesto en marcha deliberadamente. El hecho de que ni la Comisión ni el Tribunal se hayan pronunciado sobre un sistema de descuentos que tuviera las mismas características que el encausado en ningún caso exonera a Michelin. En todo caso, a la vista de anteriores decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal, Michelin debía haber previsto que dicho sistema caería en el ámbito de aplicación del artículo 86 del Tratado*”.

²⁰⁷ Así, en la Decisión *ECS/AKZO*, la Comisión estableció que cuando unos precios a niveles anormalmente bajos pueden ser susceptibles de varias explicaciones “*para demostrar la existencia de una infracción se exige la prueba de la intención de eliminar a un competidor o restringir la competencia*”, y continua afirmando que dicha prueba “*puede existir en forma de documentación interna de la compañía en la que se desarrolla el método de dañar a los competidores*”, o en caso de ausencia de esta documentación, “*la intención eliminatoria puede inferirse de las circunstancias del caso en su conjunto*” (Párrafo nº 80).

Decisión 85/609/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/30.698 –*ECS/AKZO*), *D.O.C.E.* L 374/1, de 31.XII.1985.

²⁰⁸ Como ya se ha hecho notar en una nota a pie de página anterior, somos plenamente conscientes de lo “forzado” de la traducción castellana que aquí hemos adoptado de la expresión original inglesa, *unreasonably exclusionary monopolizing behavior*, pero desafortunadamente no hemos encontrado otras palabras que reflejen fielmente el contenido de dichos términos.

²⁰⁹ *Vid.*, para un análisis más detallado de la evolución del derecho antitrust en este aspecto concreto, AREEDA, P. y TURNER, D., *Antitrust Law*, Vol. 3, Ed. Little Brown, Boston, 1978, págs. 312 a 355.

i) El asunto E. I. duPont de Nemours & Company.

Uno de los asuntos en los que se ha puesto de manifiesto la dificultad que entraña el llevar a cabo esta distinción ha sido el conocido *E. I. duPont de Nemours & Company*²¹⁰, que, para un sector doctrinal, después de más de veinte años “sigue representando el intento más significativo de abordar la importante cuestión de cómo enfocar, desde el punto de vista antitrust, una conducta que aparentemente es inocua, y sin embargo tiene la virtualidad de generar un poder de mercado duradero”²¹¹.

Resumidamente, los hechos que condujeron a dicha decisión fueron los siguientes: el dióxido de Titanio (TiO₂) es un pigmento químico empleado en la fabricación de pintura, papel, plásticos y otros productos, para hacerlos más blancos u opacos. DuPont desarrolló, hacia los años 40 una nueva fórmula de fabricación del TiO₂ consistente en un “proceso clorhídrico” que superaba notablemente el “proceso de sulfato”, el único anteriormente existente. Gracias a la investigación y al aprendizaje en esta técnica, unido a una serie de circunstancias –una reforma inesperada- de la legislación medio ambiental y de escasez de recursos de las materias primas empleadas en el proceso –escasez que afectó a sus competidores, pero no a DuPont por las características de su peculiar técnica de producción del TiO₂-, en pocos años DuPont se encontró con una ventaja competitiva sobre sus rivales en términos de capital y costes operativos muy notable.

A la dirección de la empresa se le planteo la posibilidad de llevar a cabo una política comercial de “mantenimiento-de-la-cuota-existente”, o bien adoptar una “estrategia-de-crecimiento”, que supondría absorber la creciente demanda del dióxido de Titanio durante los años 70, y que le llevaría –según sus estimaciones- a obtener una cuota de mercado del 65 % hacia 1985.

Esta segunda estrategia se componía de tres pilares esenciales:

1) Una política de precios que los mantuviera a unos niveles suficientemente elevados como para que generaran las rentas que permitieran a DuPont continuar su propia expansión interna, aunque tan elevados que llevaran a otros productores a invertir en plantas con el proceso clorhídrico y producir ellos el TiO₂.

2) Expansión de la capacidad productiva, convenientemente anunciada en los medios de comunicación de manera que los rivales se “desanimaran” y no construyeran ellos nuevas plantas productivas.

3) Negativa de conceder licencias de la tecnología del proceso clorhídrico, de manera que sus rivales no pudieran aprovecharse de las ventajas técnicas y en términos de ahorro de costes de ese proceso frente al que hasta entonces se venía empleando.

Aunque esta estrategia no contemplaba la captación de clientes de sus rivales, sino simplemente absorber el crecimiento previsto de la demanda de TiO₂, y ninguno de los tres elementos en sí mismos contravenían ninguna ley, la Federal Trade Commission entendió que adoptar esa estrategia y el conjunto de los tres elementos significaban la puesta en marcha de una serie de prácticas con el propósito y el previsible resultado de impedir la expansión de empresas competidoras, de manera que DuPont adquiriría, en el largo plazo,

²¹⁰ 96 F.T.C. 653 (1980).

²¹¹ KWOKA, J. y WHITE, L., (Editors), *The Antitrust Revolution, The Role of Economics*, Oxford University Press, 2ª Ed. Nueva York, 1994, pág. 157.

una posición dominante –monopolística- en el mercado doméstico de dióxido de Titanio. Este “efecto eliminador” de la estrategia de crecimiento constituyó el núcleo de la imputación que las autoridades antitrust hicieron contra DuPont.

Naturalmente, en su defensa DuPont alegó simplemente que su estrategia de crecimiento estaba motivada por objetivos comerciales legítimos, y no por un intento de perjudicar la competencia.

Finalmente, en su decisión la FTC admitió que el “efecto” de la estrategia-de-crecimiento de DuPont era netamente “eliminador”, pero sin embargo no encontró ninguna práctica anticompetitiva sobre la que establecer una infracción de las normas antitrust. Su conducta, por tanto, aunque eliminadora en sus efectos, era razonable, ya que atendía a legítimos intereses comerciales y se fundaba en sus capacidades tecnológicas y las oportunidades de mercado que se le habían presentado. La cuestión es, pues, como decíamos al principio, ¿cuándo nos hallamos ante una conducta de esta índole, pero en vez de razonable, no-razonable o injustificada?.

ii) *En la jurisprudencia norteamericana.*

Aunque el caso *DuPont* no es un asunto de discriminación de precios, nos ha parecido interesante detenernos en él con más detalle porque la problemática que plantea sí es la misma que vamos a encontrarnos en los casos de precios discriminatorios, en muchos de los cuales precisamente este elemento del *exclusionary effect* va a suponer la piedra de toque de su aceptación o rechazo por el ordenamiento antitrust.

Así, el profesor POSNER, comentando la Sentencia *United States v. United Shoe Machinery Corp.*²¹², que afirma que “el Tribunal se equivocó al considerar la alegación de que United había llevado a cabo una política de precios discriminatorios como táctica eliminadora”²¹³. La relación precio-coste marginal de los arrendamientos que United hacía era menor en las máquinas para las que los rivales ofrecían productos sustitutivos cercanos que en el resto. Sin embargo, esto no debiera sorprender a nadie, ya que la competencia haría que aumentara la elasticidad de demanda de la maquinaria de United, y por tanto se reduciría el precio que maximiza los beneficios, aunque es verdad que esta discriminación hacía que el mercado fuera menos atractivo para otros productores para aquellos segmentos a los que se ofrecía un precio más bajo. Sin embargo, y aquí está el núcleo de la cuestión, “no parece adecuado considerar esta consecuencia de la discriminación de precios como exclusionaria en el sentido peyorativo de la expresión. No había ningún tipo de precios bajo coste, sino simplemente variaciones en los diferentes mercados”²¹⁴.

Como hemos tenido oportunidad de ver repetidamente a lo largo de estas páginas, cuesta pensar en un motivo para prohibir la discriminación de precios cuando ese aplicar un precio inferior en aquellos mercados en los que la demanda es más elástica lo único que produce es un aumento del volumen de producto final y del beneficio del productor. Desde luego decir que “la entrada al mercado” es menos atractiva no nos parece motivo.

²¹² 391 U. S. 244 (1968).

²¹³ POSNER, R., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago 1976, pág. 206.

²¹⁴ *Ibid.*

iii) *En la jurisprudencia comunitaria.*

La jurisprudencia comunitaria no es, ni mucho menos, ajena a esta cuestión, y encontramos en las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal abundantes pronunciamientos al respecto, como el recaído en un asunto parecido al discutido en *United Shoe*, pues también implicaba el arrendamiento de maquinaria en condiciones supuestamente discriminatorias, *Tetra Pak II*²¹⁵.

Esta decisión fue recurrida, y el Tribunal de Justicia resolvió con la Sentencia *Tetra Pak c. Comisión* que también hemos comentado extensamente, haciendo un interesante apunte sobre esta cuestión, al afirmar²¹⁶ en su Fto. Jco. n° 189 que por su propia naturaleza, las pérdidas en las que la empresa incurría no podían tener otra racionalidad económica que no fuera la de eliminar a los competidores.

Esta cuestión, como no podía ser de otra manera, se planteó en toda su crudeza en el asunto paradigmático de la discriminación de precios, la Sentencia *United Brands c. Comisión*²¹⁷. En efecto, en el Fto. Jco. n° 183 de su pronunciamiento el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea hace una expresa referencia al *exclusionary effect* de la discriminación de precios al afirmar que:

“dicha conducta es contraria a los objetivos marcados por el Artículo 3 (f) del Tratado, detallados en el Artículo 86, especialmente en los párrafos (b) y (c), dado que la negativa de venta limitaría los mercados en perjuicio de los consumidores y llevaría a una discriminación que acabaría por eliminar a una empresa competidora del mercado de referencia”.

El efecto eliminatorio de la discriminación de precios está, en ese sentido, muy conectado con la posición dominante de la empresa discriminadora y con las condiciones de acceso al mercado que se ha definido como relevante. Así, en un Apartado anterior de la Sentencia *United Brands* se había constatado la existencia de esta dominación basándose en dos factores: por un lado, en el hecho de que *“aunque los ataques locales de algunos competidores pueden describirse como agresivos, hay que decir que UBC los ha soportado*

²¹⁵ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), D.O.C.E. L 72/1, de 18 de marzo de 1992: *“el análisis de los contratos italianos, y especialmente el análisis detallado de cierto número de operaciones comerciales realizadas en este país, que ha demostrado que las condiciones y los precios reales de venta/ arrendamiento de las máquinas podían diferir completamente de las condiciones nominales incluidas en los contratos, ha confirmado la existencia dentro de un mismo país de prácticas discriminatorias y eliminatorias cuya existencia entre distintos Estados miembros ya había sido puesta de manifiesto por el análisis de precios: 1) precios y condiciones de venta o arrendamiento discriminatorios entre los clientes, practicados con vistas a obtener algunos contratos y eliminar la competencia (...)”* (párrafo n° 161).

²¹⁶ Sentencia del TJCE, de 6 de octubre de 1994, cit.: *“el hecho de que en el conjunto de la actividad ‘máquinas’ en el Reino Unido se obtuvieran márgenes tanto netos como brutos negativos en 1982, 1983 y 1984, revela que Tetra Pak vendió constantemente sus máquinas no asépticas a precios inferiores no sólo a su precio de coste, sin también a su coste variable directo, (...) lo que demuestra de modo jurídicamente satisfactorio que la demandante practicó durante estos ejercicios una política de eliminación de sus competidores. En efecto, por su magnitud y por su propia naturaleza, tales pérdidas no pueden responder a ninguna racionalidad económica de no ser la de eliminar a los competidores”.*

²¹⁷ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, cit.

con éxito absoluto” (Fto. Jco. nº 119); por otro, a la existencia de *barreras de entrada*²¹⁸ (Fto. Jco. nº 122).

Más recientemente, en la Decisión *Napier Brown – British Sugar*²¹⁹, la Comisión ha vuelto a recalcar cómo se evaluará esta intención eliminatoria en el contexto de unas prácticas discriminatorias. Además, no es necesario que este efecto eliminatorio sea perseguido en sí mismo con la intencionalidad plena y deliberada de excluir a un competidor, basta con que el “exclusionary effect” se derive por sí mismo de la naturaleza del sistema de precios adoptado, como en el caso de la ya citada Sentencia del Tribunal de Primera Instancia *BPB Industries Plc. and British Gypsum Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*²²⁰.

Esto se ha vuelto a poner de manifiesto con gran claridad en uno de los últimos asuntos en los que la Comisión ha abordado un sistema de precios discriminatorios, la Decisión *Virgin – British Airways*, en la que se explicita la estrecha relación que existe en el hecho de excluir a un competidor con el resultado de perjudicar a la competencia y, por tanto, también a los consumidores²²¹.

Por tanto, si los descuentos tienen como resultado la exclusión de un competidor del mercado por la vía de garantizar un descuento a su vez al comprador que se comprometa a obtener todos sus aprovisionamientos de la empresa dominante, dichos descuentos serán considerados como “precios eliminatorios” y, por tanto, abusivos.

²¹⁸ Sobre esta cuestión cabe hacer una pequeña digresión, pues es un tema de interés en las políticas antitrust, y sobre el que falta todavía un concepto claro y una aplicación coherente. El Tribunal de Justicia, en el Fundamento Jurídico nº 122 de la Sentencia *United Brands* enumera las siguientes circunstancias bajo la rúbrica de “barreras de entrada”: el capital necesario para la creación y explotación de una plantación de plátanos, la diversidad de fuentes de aprovisionamiento (para evitar los efectos de las plagas o los desastres naturales), la logística necesaria para manejar un producto altamente perecedero, la estructura comercial y la red de agentes. Aunque no procede aquí analizar uno por uno, sí parece oportuno por lo menos decir que muchas de estas pretendidas barreras de entrada parecen más bien los costes y dificultades inherentes a cualquier negocio, y si UBC las ha superado es porque ha invertido y ha arriesgado. En este sentido, *Vid.*, BORK, R. H., *op.cit.*, Capítulo 16, en donde se mantiene la tesis de que las barreras de entrada sólo son objetables desde el punto de vista antitrust cuando son artificiales y con carácter netamente predatorio; en el resto de ocasiones son únicamente manifestaciones de una mayor eficiencia.

²¹⁹ Decisión 88/518/CE, de 18 de julio de 1988 (IV/30.178), *D.O.C.E.* L 284/41 de 19.X.1988: “*tal y como el Tribunal de Justicia sostuvo en el asunto United Brands, cuando quien ocupa una posición dominante en el mercado común, intenta eliminar a un competidor establecido asimismo en dicho mercado resulta indiferente si esta conducta afecta o no directamente al comercio entre Estados miembros, una vez que se ha demostrado que dicha eliminación tendrá repercusiones en los modelos de competencia en el interior del mercado común*” (Párrafo nº 79).

²²⁰ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 1 de abril de 1993, Fto. Jco. nº 40: “*las ofertas de pagos promocionales a agentes individualmente seleccionados, en vez de en virtud de un sistema general basado en criterios objetivos, sirvió para estrechar aún más las relaciones comerciales entre BG y los que recibían los pagos, reforzando los vínculos entre BG y dichos clientes como resultado de la naturaleza eliminatoria del sistema de descuentos*”.

²²¹ Decisión 2000/74/CE de la Comisión, de 14 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (Asunto IV /D-2/34.780), *D.O.C.E.* L 30/1 de 4 de febrero de 2000, Párrafo n. 106: “*el efecto de exclusión de estos sistemas de comisiones (discriminatorios) afecta a todos los competidores de BA así como a cualquier nuevo operador. Por lo tanto, son perjudiciales para la competencia en general y para los consumidores, en lugar de perjudicar únicamente a ciertos competidores de BA que no pueden competir con ésta por sus propios méritos*”.

Así, aunque el concepto de abuso es un concepto objetivo, en la reciente Decisión *Van den Bergh Foods Limited*²²², la Comisión Europea señaló que “*hay que hacer notar que la demandada no sólo era consciente de ese efecto eliminatorio de su política de exclusividad de sus cámaras frigoríficas, sino que ese efecto fue conscientemente perseguido*”, lo cual evidentemente “cualifica” el abuso de posición dominante cometido.

En consecuencia, y como conclusión a este Apartado, podemos afirmar que el elemento de la intencionalidad –dirigida a la eliminación directa de un competidor, su expulsión del mercado de referencia- integra el tipo de la discriminación de precios pero no como un elemento esencial, sino únicamente a los efectos del resultado. De manera que, a falta de prueba de la existencia de dicha intencionalidad, ésta puede perfectamente inferirse –o presumirse- si de la política discriminatoria se sigue la eliminación de un competidor.

b) Intención de perjudicar a un competidor.

En Sentencias como *AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, después de constatar que los precios que aplicaba a sus propios clientes estaban por encima de sus costes medios totales, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dejado claro cuáles son los criterios en los que se va a basar para apreciar la existencia de una intención de perjudicar a un competidor en el contexto de una práctica de precios discriminatorios²²³.

Las fórmulas que ese “hacer daño” ha ido adoptando a lo largo y ancho de la jurisprudencia comunitaria han sido de lo más dispares, unas más evidentes y otras no tan claras. En la Sentencia *BPB Industries Plc. and British Gypsum Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, el Tribunal de Primera Instancia habla de “penalizar”²²⁴ a otros comerciantes tras constatar que *British Gypsum* había retirado el descuento del 4% para aquellos comerciantes de Irlanda del Norte que tuvieran intención de importar pizarra también desde España, al tiempo que decidió conceder un descuento adicional del 5% para aquellos comerciantes que firmaran un acuerdo de suministro exclusivo con *British Gypsum*.

Por su parte, en el ámbito del derecho antitrust norteamericano, aunque la mayor parte de las decisiones judiciales de esta naturaleza hacen referencia al intento o efecto eliminatorio (*exclusionary effect*), que hemos comentado en el Apartado anterior, no faltan sin embargo sentencias en donde se trata la cuestión de perjudicar o dañar (*injure*) a un

²²² Decisión 98/531/CEE de la Comisión, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (Asuntos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436), *D.O.C.E.* L 246/1, de 4 de septiembre de 1998, Considerando nº 265.

²²³ Sentencia del TJCE (Sala 5ª), 3 de julio 1991, Asunto C-62/86, E.C.R. 1991 p. I-3359 (Párrafo nº 115): “*AKZO es por tanto capaz, al menos en parte, de compensar las pérdidas sufridas en las ventas a los clientes de ECS con los beneficios que obtiene de las ventas a los ‘grandes independientes’ que se encuentran entre sus propios clientes. Este comportamiento muestra que la intención de AKZO no era la consecución de una política general de precios favorables, sino la de adoptar una estrategia que hiciera daño a ECS*”.

²²⁴ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 1 de abril de 1993, *cit.* “*dicha práctica, en virtud de su naturaleza discriminatoria, estaba claramente dirigida a penalizar a aquellos comerciantes que tuvieran intención de importar pizarra, y disuadirles de hacerlo, reforzando de esta manera la posición de dominio de BG en el mercado de la pizarra*” (Fto. Jco. nº 119).

competidor, sin que eso signifique necesariamente expulsarle o excluirle del mercado. Así, en la ya citada *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*²²⁵, el Tribunal Supremo se habla de:

“ (...) la intención predatoria de Pet’s de dañar a Utah Pie. Como punto de partida, el jurado podría haber concluido que los precios discriminatorios practicados por Pet’s estaban dirigidos contra Utah Pie”.

Por tanto, y al igual que en el Apartado anterior, podemos concluir diciendo que la cuestión de si la intención de “hacer daño” a un competidor integra el tipo de la discriminación de precios se resuelve a abogando por la inclusión de este elemento en el resultado de la práctica discriminatoria, más que en sede del ámbito subjetivo de la intencionalidad.

En este sentido, así como compartimos la postura de las autoridades comunitarias de inferir la existencia de intencionalidad en el caso de eliminación de competidores, no podemos decir lo mismo del caso de perjuicio a los competidores, y mucho menos –como acaba de recogerse en palabras del TPI- que la naturaleza discriminatoria de la práctica sea, por si misma, razón suficiente para demostrar la intención anticompetitiva en la empresa que la practica. Sin tener que remitirnos a lo que venimos diciendo repetidamente en estas páginas, el perjuicio al competidor –o a la competencia- hay que demostrarlo, o por lo menos constatarlo, pero los precios discriminatorios *en sí mismos* –pensamos que esto ha quedado suficientemente probado- no tienen carácter anti o procompetitivo.

²²⁵ 386 U. S. 685 (1967), Párrafos nº 696 y 697.