

CAPÍTULO IV. LA RACIONALIDAD ECONÓMICA DE LOS PRECIOS DISCRIMINATORIOS.

1. Introducción.

Probablemente el mayor problema analítico que nos encontramos al abordar el estudio de la discriminación de precios es la confusión existente entre la acepción económica del término y el sentido que pretenden darle los textos legales que la regulan.

Así, 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.

De ahí que se venga proponiendo en este estudio la elaboración de un concepto funcional y operativo de los precios discriminatorios, ya que las connotaciones de injusticia que tiene el término “discriminación” no siempre están presentes en los diferenciales de precios a que hace referencia.

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.

La cuestión es, ¿la discriminación de precios –en sentido económico- es siempre *discriminatoria* en el sentido legal? ¿Debe el derecho prohibir una práctica de mercado que, en las circunstancias que aquí se estudiarán, tiene una racionalidad económica y comercial cierta, o por lo menos demostrable?

2. Diferenciación versus discriminación en precios.

Como mejor puede apreciarse este “malentendido” es precisamente a partir del estudio del tenor literal de los textos legales que regulan la discriminación de precios, empezando por la normativa norteamericana, primera en el tiempo y cuya influencia en posteriores regulaciones está fuera de toda discusión. Por motivos de espacio y por acotar el ámbito de estudio, se analizará aquí únicamente la legislación federal, sin detenernos en cada una de las legislaciones de los diferentes Estados norteamericanos sobre discriminación de precios¹.

¹ *Vid.*, un reciente -y exhaustivo- estudio sobre esta cuestión en SAFERSTEIN, H. y BANG, S., “An Overview and Update of the Federal and State Law of Price Discrimination”, *1181 Practising Law Institute Corp.* 117, May 2000, págs. 119 a 659.

Ya hemos reflejado el concepto de discriminación de precios que ofrece la Robinson-Patman Act, en su Sección 2 (a). Sin embargo, cuando habla de *discriminación* de precios en realidad se está refiriendo únicamente a *diferenciación* de precios². Ya hemos dicho en la introducción a este capítulo que la discriminación en sentido económico tiene lugar cuando un productor aplica a sus consumidores o clientes diferentes precios de compra que no son proporcionales a los costes marginales de dicho productor. Por tanto, el que haya diferentes precios no indica que se esté discriminando, al igual que la identidad nominal de precios no significa que no se dé una discriminación.

De ahí que, a los efectos del texto legal y para enervar los mecanismos jurídicos que la ley ha previsto contra la discriminación de precios, basta con que haya una diferencia de precios. Esta formulación sencillamente se está ignorando por completo el sentido económico de la discriminación de precios³. Una manera de paliar esta errónea interpretación de la discriminación de precios y aproximar el concepto legal al económico es permitir que existan esas diferencias de precios si obedecen a una diferencia de costes; se trata de la aplicación de las “*affirmative defenses*”, previstas por el segundo párrafo de la Sección 2(a).

El reflejo de este malentendido en la jurisprudencia norteamericana no ha podido ser más desafortunado. Aunque en sus pronunciamientos más recientes ha empezado a manejar el concepto de discriminación económica en el sentido que aquí se le ha dado, “vender un producto a distintos clientes a precios que tienen una diferente proporción respecto al coste marginal de dichas ventas”⁴, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en uno de sus fallos más significativos sobre un caso de discriminación de precios “consagró” la falta de una distinción neta entre el concepto legal y el económico de esta figura cuando afirmó en la Sentencia *FTC v. Anheuser-Busch, Inc*⁵ que “una discriminación de precios en el sentido de la Sección 2(a) es sencillamente una diferencia en precios”.

Sin embargo, sí hay una distinción entre la discriminación de precios (como práctica que se entiende anticompetitiva) y la diferenciación de precios (en sentido económico), y esa distinción es importante⁶, pues:

1) La discriminación económica puede existir perfectamente en un contexto de igualdad de precios, lo cual es enteramente legal según la Robinson-Patman Act.

2) Las diferencias de precios pueden ser o no ser discriminatorias en el sentido económico, y ello depende de una gran variedad de consideraciones que la dicho cuerpo normativo no recoge entre sus previsiones legales.

3) La Robinson-Patman Act *favorece* la discriminación económica siempre que prescribe a los vendedores la uniformidad de precios entre los compradores, sin tener en cuenta el factor coste.

² *Vid.*, a este respecto, el análisis de esta Ley llevado en BORK, R. H., *The Antitrust Paradox*, Ed. Free Press, Nueva York, 1983, págs. 383 y 384.

³ *Vid.*, para un desarrollo pormenorizado de esta “disociación” entre la definición legal de discriminación de precios que aporta la Robinson Patman Act y el concepto económico de precio discriminatorio, BAKER, J., “Product Differentiation through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues”, *42 Antitrust Bull.* 177 (1997), pág. 180, nota 5.

⁴ *Falls City Indus. v. Vanco Beverage, Inc.*, 460 U.S. 428, 443 n. 10 (1983).

⁵ 363 U.S. 536, 549 (1960).

⁶ ROWE, F., *Price Discrimination Under The Robinson-Patman Act*, 1962, pág. 30, nota nº 2.

Por ello, veremos a continuación qué criterios pueden emplearse para una correcta comprensión del término “precios discriminatorios” y, en consecuencia, una lógica extracción de las consecuencias normativas pertinentes.

En este sentido, así como la normativa canadiense sobre discriminación de precios contenida en la *Competition Act* –párrafos 50 (1) (a) y 50 (1) (c)- no aporta ninguna novedad a la correspondiente norteamericana, sí lo hace un interesante documento emanado del ‘Bureau of Competition Policy’, las *Predatory Pricing and Price Discrimination Enforcement Guidelines*, que hasta cierto punto puede afirmarse son unas directrices que se “apartan” bastante de la literalidad de la ley a la que supuestamente van referidas⁷.

Hay autores⁸ que no han considerado adecuada para una correcta identificación de la discriminación de precios -en sentido económico- la aproximación de la relación precio-coste marginal, ya que sólo es válida en el supuesto clásico de consumidor final en el que la misma curva de costes marginales se aplica a los diferentes mercados en los que el producto es vendido. Si se abandona -o simplemente se va más allá- esta hipótesis de trabajo, entonces puede darse una situación en la que aún habiendo ratios precio/coste marginal diferentes para diferentes ventas, los precios no han de considerarse discriminatorios. El estándar que se sugiere es el de que existe discriminación de precios en sentido económico cuando el vendedor obtiene más beneficio vendiendo a un grupo de consumidores que a otro.

El ejemplo clásico para ilustrar esta postura es el de los descuentos que los productores conceden a los minoristas que llevan a cabo ciertas funciones como por ejemplo, el almacenaje, gestión de stocks, inventarios, publicidad de los productos, distribución. Así, en el supuesto⁹ de una empresa productora de carburantes –como, por ejemplo, Repsol- supongamos que puede distribuir la gasolina a un coste de 5 pts/litro, los costes de producción son de 85 pts/litro, y no hay costes fijos. A Repsol le puede resultar igualmente rentable tanto llevar a cabo ella misma la función de distribución y vender la gasolina a las gasolineras al precio que maximiza el beneficio a partir de un coste marginal de 90 pts/litro, como venderle la gasolina a las gasolineras al precio que maximiza el beneficio a partir de su coste marginal de 85 pts/litro, y que ellas desempeñen la función de distribución.

Para una determinada curva de demanda, si el precio que maximiza el beneficio en el caso de que Repsol haga la distribución son 100 pts/litro, el precio que maximiza el beneficio si esa función la desempeñan las gasolineras sería de 95 pts/litro. El hecho de que Repsol le cobre a unas gasolineras 100 pts/litro y a otras 95 pts/litro no debería considerarse -en sentido económico- discriminación de precios, ya que el beneficio por unidad en ambos casos es el mismo, 10 pts¹⁰.

De donde se deduce que el análisis de la discriminación de precios a partir del ratio precio/coste marginal tendría una doble consecuencia negativa:

⁷ Vid., HUNTER, L. y HUTTON, S., “Is the Price Right?: Comments on the Predatory Pricing and Price Discrimination Enforcement Guidelines of the Bureau of Competition Policy”, *38 Mc Gill L. J.* 830 (1993).

⁸ CELNICKER, A. y SEAMAN, B., “Functional Discounts, Trade Discounts, Economic Price Discrimination and the Robinson-Patman Act”, *4 Utah L. Rev.* 816 (1989), págs. 816 y 817.

⁹ Ejemplo tomado de CELNICKER, A. y SEAMAN, B., *op.cit.*, pág. 817.

¹⁰ En este ejemplo, para el caso de que Repsol no distribuya -y se encarguen de ello las gasolineras- su precio es 95 pts/litro y el coste marginal 85 pts/litro, mientras que si lo hace, su precio es de 100 pts/litro y su coste de 90 pts/litro. Por tanto, aunque los beneficios son iguales en ambos casos, no lo son los ratios precio/coste marginal: 1,12 en el primer caso (95/85) y 1,11 en el segundo (100/90).

1) Daría lugar a una distribución ineficiente de recursos y a un perjuicio de los consumidores, ya que el valor marginal de los bienes para éstos varía de unos a otros.

2) Favorecería la formación de estructuras de mercado monopolísticas, ya que mediante esas prácticas se puede uno aprovechar de los beneficios adicionales que la discriminación económica genera.

En cambio, llevando a cabo el análisis a partir de la obtención de beneficio se evitarían estos errores en la valoración de las políticas de precios, ya que, volviendo al ejemplo anterior, Repsol no obtiene “superbeneficios” cobrando 100 pts/litro cuando hace la distribución y 95 pts/litro cuando no. Por tanto, no se verá tentada de incurrir en prácticas monopolísticas. Por otro lado, no hay desorden en la asignación de recursos entre los consumidores ya que para ambos grupos el valor marginal bruto de cada litro adicional es de 100 pts. El que el valor marginal neto de cada litro sea de 95 pts para las gasolineras que llevan a cabo funciones de distribución se debe exclusivamente su propia estructura de costes en el desempeño de esa función.

Por tanto, y al contrario de los supuestos en los que sí existe discriminación de precios económica, nadie se beneficia de que un litro de gasolina se traslade de la zona de “consumo a bajo precio” a la zona de “consumo a precio alto”.

3. Diferentes grados de discriminación.

Siguiendo la ya clásica terminología¹¹ de PIGOU, los economistas distinguen generalmente las tres clases siguientes de discriminación¹²: La de *primer grado*, o discriminación de precios perfecta, en la que cada unidad es vendida al precio máximo que el consumidor está dispuesto a pagar con lo que el productor consigue apoderarse del total del excedente del consumidor. La de *segundo grado*, en la que debido a que existe información incompleta sobre las preferencias de los individuos, el productor todavía puede extraer el excedente del consumidor, aunque sea imperfectamente, aproximándose a la anterior a través de un menú amplio de precios. Y finalmente, la de *tercer grado*, que es aquella en la que el productor puede observar alguna señal relacionada con las preferencias de los consumidores y hacer uso de ella para dividirlos en dos o más grupos en función básicamente de sus elasticidades de demanda y aplica diferentes precios en los diferentes mercados así obtenidos.

Como se ha señalado, esta clasificación no es arbitraria ni meramente académica, sino que “es importante por dos razones: primero, se basa en los diferentes grados de información de que dispone el comprador; segundo, los diferentes grados de discriminación tienen diferentes implicaciones en cuanto a la eficiencia económica y a la redistribución de ingresos”¹³.

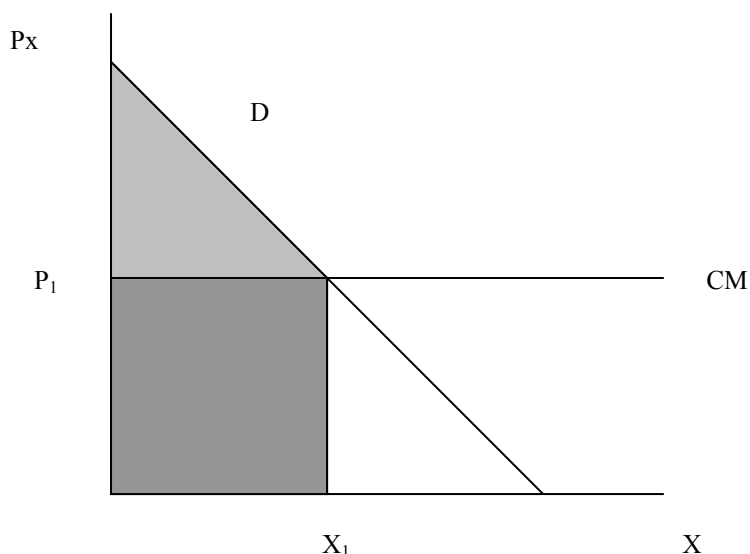
En todo el análisis de los diferentes grados posibles de discriminación de precios un concepto esencial es el de *excedente del consumidor*, ya que como hemos visto en las anteriores definiciones una de las cualidades que mejor distingue a la discriminación de precios en sus diferentes grados es precisamente qué cantidad de excedente del consumidor son capaces de extraer. El concepto se ilustra con la Figura 4.1.

¹¹ PIGOU, A.C., *The Economics of Welfare*, 4ª ed., Macmillan, Londres 1920, págs. 240-256.

¹² *Vid.*, por todos, RUTHERFORD, D., *Routledge Dictionary of Economics*, Londres, 1995 y VARIAN, H., *Intermediate Microeconomics, A Modern Approach*, 4ª ed., Norton 1996.

¹³ CARROLL, K. y COATES, D., “Teaching Price Discrimination: Some Clarification”, *66 S. Econ. J. 2* (1999), pág. 470.

Figura 4.1



A partir de este gráfico¹⁴ se aprecia como, para un precio (P_1) de un determinado bien (x), siempre hay un grupo de consumidores que estarían dispuestos a pagar más por adquirir una unidad del bien (x_1). La suma de las cantidades que hubieran pagado de más (el área sombreada en gris claro) es lo que recibe el nombre de excedente del consumidor, el cual, en un régimen de precio único “queda fuera” del alcance del productor que se limita a obtener sus beneficios (número de unidades multiplicado por precio de venta, área sombreada en gris oscuro). Veamos más detenidamente cada uno de los grados posibles de discriminación y cómo en cada uno de ellos el productor se hace con una mayor cantidad de excedente del consumidor.

A) Discriminación de precios de primer grado.

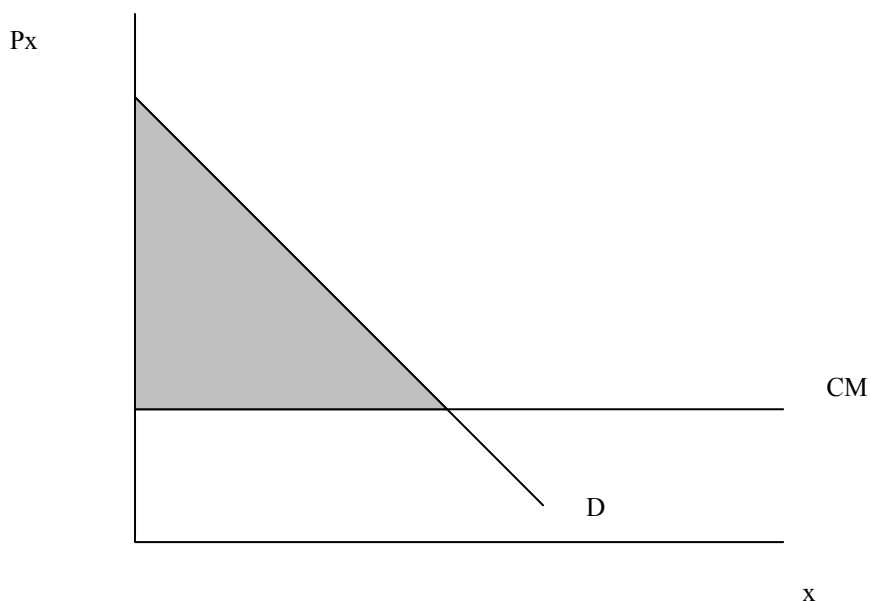
Consiste en la venta de diferentes unidades de producto a diferentes precios de tal modo que cada precio sea la máxima cantidad de dinero que un consumidor está dispuesto a pagar, ya que cada unidad se vende al *precio de reserva*. Sucede, por ejemplo, cuando los consumidores tienen demandas unitarias y el productor conoce exactamente el precio reserva de cada consumidor. Se denomina también discriminación perfecta de precios, y es un concepto ideal o teórico, del cual hay muy pocos ejemplos en la vida real. Un ejemplo próximo a la realidad puede ser el de un médico de una pequeña localidad que cobra a sus pacientes precios diferentes en función de su capacidad para pagar.

El rasgo económico más característico de este tipo de discriminación es que a través de ella el monopolista extrae la totalidad del excedente del consumidor¹⁵, ya que aplica a cada consumidor el precio que éste está dispuesto a pagar; gráficamente se puede ilustrar este tipo de discriminación con la Figura 4.2, en la que el área sombreada representa el excedente del consumidor que pasa a manos del productor.

¹⁴ Nos hallamos en un contexto de productor monopolista o con poder de mercado suficiente para actuar con independencia de sus competidores. Para satisfacer las condiciones de primer orden que maximizan el beneficio el nivel de equilibrio se logra a partir de la equivalencia $P = CM$ (precio igual a coste marginal).

¹⁵ *Vid.*, para una demostración algebraica de esta afirmación, TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 206.

Figura 4.2



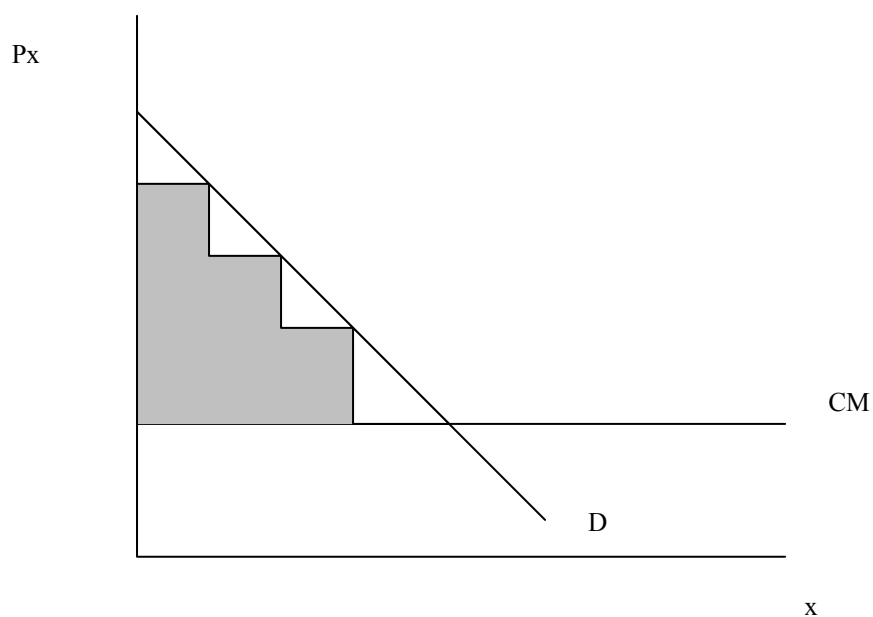
B) Discriminación de precios de segundo grado.

Consiste en establecer diferentes precios para diferentes cantidades, pero sometiendo a todos los clientes al mismo programa de descuentos. Así, cada persona que compra una misma cantidad de producto paga el mismo precio. El tipo más frecuente de discriminación de este tipo son los descuentos por volumen.

Este tipo de discriminación tiene lugar cuando el monopolista no puede diferenciar a los consumidores individualmente, como ocurría en el supuesto anterior. Sin embargo, ello no significa que trate de discriminar entre los consumidores y ofrezca un único paquete para todos los consumidores. Lo que hará entonces será ofrecer un menú de paquetes para que los consumidores elijan. Se lleva a cabo una “división” de la demanda agregada en bloques, y a cada uno se le aplica un precio distinto (el más aproximado a su precio de reserva). Gráficamente se puede ilustrar este tipo de discriminación con la Figura 4.3, en la que el área sombreada representa el excedente del consumidor que pasa a manos del productor.

Con esta estrategia la única dificultad con la que tiene que contar el monopolista es la del arbitraje personal, es decir la posibilidad de que a un consumidor a quien se le dirige un determinado paquete quiera comprar un paquete destinado a otro consumidor. Como veremos en un apartado posterior, la capacidad de evitar este arbitraje se convierte entonces en requisito imprescindible para que la discriminación de precios pueda efectuarse de forma eficaz.

Figura 4.3



En la práctica, esta modalidad de discriminación se traduce en el sistema de fijación de precios conocido como *Tarifas en dos partes*. Una Tarifa en dos partes consiste en un precio que tiene dos componentes, uno fijo –no depende de la cantidad de bien que se consume- y otro variable, asociado al volumen de compra o nivel de consumición del bien. Este tipo de tarifas son bastante habituales en la vida real. Así, la factura del teléfono se compone de la parte fija consistente en contratar el servicio y comprar o alquilar la terminal, y la variable que depende del número de llamadas que se hagan. Las cámaras fotográficas tienen la parte de la cámara y la de los carretes que se hagan. Un parque de atracciones cobra la entrada al recinto y el precio según los viajes que uno haga en cada atracción. Un taxi cobra la bajada de bandera a tanto alzado y luego una cantidad en función del tiempo o la distancia recorrida.

El principal atractivo de la tarifa en dos partes es su simplicidad y el hecho de que evita que el arbitraje sea completo, ya que no puede darse el caso de que una única persona compre la parte fija del bien y revenda la variable a los consumidores. Como podrá advertirse fácilmente, en el fondo la tarifa en dos partes corresponde, de hecho, a un sistema de descuentos sobre la cantidad: el precio medio del bien decrece con el número de unidades compradas. Las consecuencias económicas de esta tarifa en términos de los beneficios y del bienestar se han analizado¹⁶ en profundidad, y la conclusión a la que se llega es que al tratarse de una forma imperfecta de la discriminación de primer grado, la de segundo grado tiene unos efectos parecidos a aquella, es decir que el volumen de producto final y la eficiencia son mayores que aquellos asociados a un precio único monopolista. No obstante se ha sugerido desde

¹⁶ *Vid.*, por todos, TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 218.

otros ámbitos –bastante minoritarios- de la doctrina¹⁷ que ese razonamiento no es válido para supuestos en los que las curvas de demanda individuales no son idénticas.

Una variante de este tipo de discriminación es la denominada estrategia de *bienes relacionados en la venta*. En efecto, algunas veces un fabricante produce un bien “básico” que debe ser consumido en una cantidad fija, habitualmente una unidad, mientras que un bien “complementario”, que puede ofrecer una industria competitiva, se consume en cantidades variables. Un mayor consumo del bien complementario indica una mayor disposición a pagar por el bien, con lo que las ventas del producto complementario sirven al productor para medir el precio de reserva. Así, el productor puede hacer uso de la estrategia de bienes relacionados en la venta para llevar a cabo una discriminación de precios de segundo grado.

El ejemplo típico de esta estrategia, que pronto dejó de ser un ejemplo de libro de texto para convertirse en un caso de la jurisprudencia, es el de las fichas perforadas que antes eran utilizadas en los ordenadores. El productor del ordenador (el bien consumido en cantidad fija) podría, en general, aumentar sus beneficios exigiendo que los consumidores le comprasen también a él el bien complementario (las fichas perforadas). Esto fue precisamente lo que hizo el “gigante azul” en la era informática anterior a Microsoft, IBM, que exigía a sus consumidores que comprasen únicamente fichas perforadas IBM. Al entenderse que esta práctica era anticompetitiva, fue objeto de la correspondiente denuncia ante las autoridades antitrust estadounidenses, en un largo proceso que acabó con uno de los “grandes” pronunciamientos antitrust del Tribunal Supremo norteamericano, la Sentencia *International Business Machines Corp. v. United States*¹⁸, que obligó a esta empresa a cesar en esa práctica anticompetitiva.

Finalmente, también se ha señalado que en sectores en los que el bien –o servicio- que se vende no es almacenable (lo que significa que los costes de mantenimiento de capacidad infrautilizada para responder a una demanda incierta son mucho mayores que en otros sectores) y en los que los precios no se ajustan con la suficiente rapidez como para “vaciar” el mercado, “hay un tipo de discriminación de precios de segundo grado, los descuentos por compra anticipada, que es la mejor manera de maximizar beneficios en un escenario de condiciones de demanda incierta y altos costes de inventario, y ello aún en ausencia de poder de mercado”¹⁹.

Este tema de los descuentos por compra anticipada ha sido objeto en la última década de un intenso debate doctrinal²⁰, y aunque se puede aplicar a varios sectores, es evidente su especial idoneidad para el del transporte aéreo de viajeros, en el cual siempre ha habido discusión sobre si las tarifas que habitualmente aplican las compañías aéreas son o no son precios discriminatorios; se ha señalado que “el sector del transporte aéreo tiene dos características que lo hacen perfecto para practicar la discriminación de precios: puede evitar que los viajeros revendan los billetes (arbitraje) y ha diseñado técnicas para distinguir a los clientes por su disposición a pagar”²¹. Estas

¹⁷ KWOKA, JOHN E., “Output and Allocative Efficiency under Second-Degree Price Discrimination”, *Economic Inquiry*, Vol. 22, Abril 1984, pág. 285.

¹⁸ 298 U.S. 131 (1936).

¹⁹ DANA, J., “Advance-Purchase Discounts and Price Discrimination in Competitive Markets”, *106 J. Pol. Econ.* 395 (1998), pág. 396.

²⁰ *Vid.*, GALE, I. y HOLMES, T., “The Efficiency of advance-purchase discounts in the presence of aggregate demand uncertainty”, *10 Int. J. Ind. Org.* 413 (1992).

²¹ SCHWIETERMAN, J., “Fare is Fair in Airline Regulation. The Decline of Price Discrimination”, *Regulation*, Julio / Agosto 1985, pág. 33.

técnicas se dirigen, sobre todo, a distinguir entre lo que se ha venido en llamar viajeros *de negocios* y viajeros *de placer*, y se señalan, entre otras: exigencias de compra por anticipado, viaje de ida y vuelta, exigencias de estancia mínima, vuelos sin escalas, estancia de fin de semana, etc., las cuales, como es obvio, discriminan perfectamente a viajeros con alta y baja elasticidad de demanda.

En una tesis doctoral (no publicada) sobre esta cuestión defendida en la *Harvard Law School* se intenta “analizar la estructura de precios del sector aéreo y determinar si la estructura tarifaria es discriminatoria o está justificada por consideraciones de tamaño y coste”²². Como *proxy* para medir la discriminación de precios se emplea la diferencia entre el margen –sobre costes- que se usa en el precio de viajeros por motivos de negocios y el margen que se aplica a los viajeros que viajan por otros motivos (turismo, vacaciones, familia, etc.), en el período 1979 a 1981 en 29 conjuntos de ciudad destino-ciudad origen. Tras elaborar las oportunas series temporales y datos de sección cruzada se llega a la conclusión de que “las regresiones elaboradas sobre las ecuaciones estimadas no apoyan la hipótesis de que exista discriminación de precios en el sector del transporte aéreo”²³. En parte, este resultado se explica por la promulgación, en 1978, de la Ley de Desregulación del Sector Aéreo, que llevó a muchas compañías a no emplear la capacidad que tenían de discriminar en precios.

C) Discriminación de precios de tercer grado.

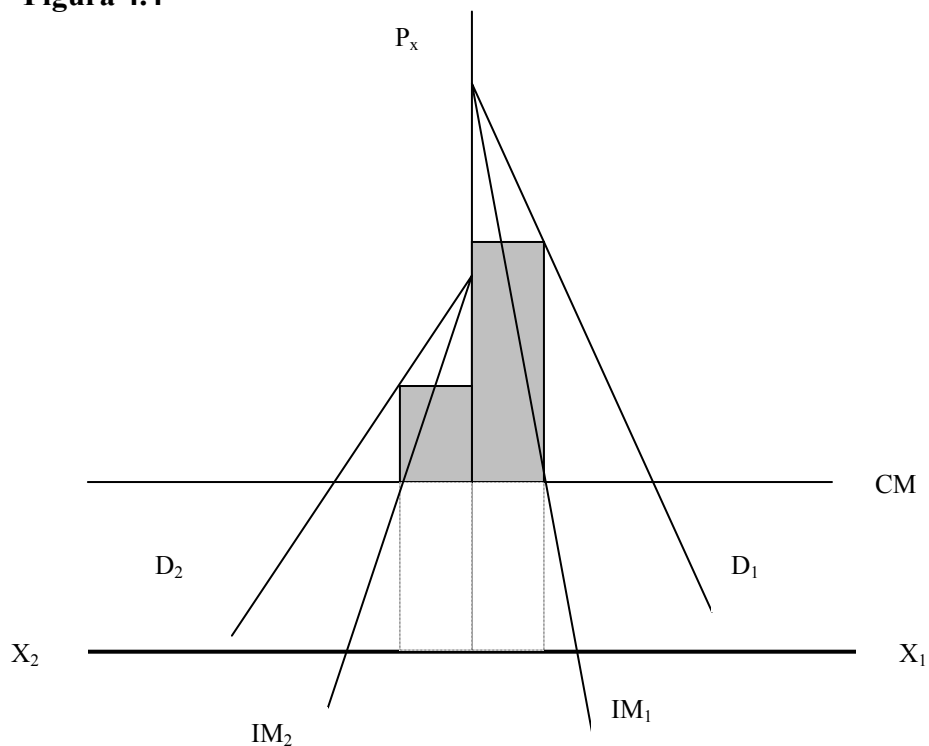
Consiste en aplicar diferentes precios a diferentes clientes, pero cada unidad de producto vendida a una persona tiene el mismo precio. Esta, como tendremos oportunidad de ver a lo largo de estas páginas, es la forma más común de discriminación. La discriminación se efectúa frecuentemente sobre la base de alguna “señal” (en el sentido económico de la expresión) que puede servir de base para determinar las preferencias de los consumidores; así, se utilizan los ingresos, la edad o el estatus de estudiante o desempleado del cliente, lugar de residencia, tipo de ocupación, etc. La diferencia respecto a la discriminación de segundo grado es que en la de tercer grado se utiliza una señal directa sobre la demanda, mientras que en aquella se realiza una selección indirecta de los consumidores a través de sus elecciones entre los diferentes paquetes.

En la representación de la figura 4.4 podemos ver gráficamente como en este tipo de discriminación el productor divide a sus consumidores en dos o más submercados (X_1 y X_2), cada uno con su propia curva de demanda (D_1 y D_2) y maximiza sus beneficios (siguiendo la regla de primer orden del monopolista, $CM = IM$) independientemente en cada mercado. Una vez más, el área sombreada representa el excedente del consumidor que pasa a manos del productor.

²² TITENS, M., “Price Discrimination in the Airline Industry: Are the Airlines taking unfair advantage of the businessman?”, *Tesis doctoral (no publicada)*, Harvard Archives: HU 92. 83.838 (1983), pág. 27.

²³ *Ibid.*, pág. 48.

Figura 4.4



Para el caso del monopolista que discrimina en múltiples mercados la teoría económica es bastante concluyente. Así, se supone que produce un único producto y que es capaz de dividir la demanda agregada en varios grupos o “mercados”, basándose en alguna información exógena, del tipo de la mencionada en el párrafo anterior. Estos grupos tienen cada uno una curva de demanda distinta, y con pendiente negativa. Suponemos también que el monopolista conoce esas curvas de demanda, y que no puede darse el arbitraje entre grupos. Si el monopolista actúa de manera que su conducta maximice sus beneficios, se demuestra²⁴ que los márgenes relativos sobre los precios vienen dados por la *regla de la elasticidad inversa*, de manera que la elección de precios óptima implica que el monopolista debería aplicar un precio más alto en los mercados con menor elasticidad de demanda. Esta regla explicaría por qué algunas empresas privadas ofrecen descuentos a los estudiantes y a los jóvenes sin fines redistributivos, o por qué los precios de los servicios de médicos²⁵ y abogados²⁶ son elegidos –en ocasiones– en función del nivel de renta del consumidor.

²⁴ Vid., SCHERER, R. y ROSS, M., *op.cit.*, pág. 491.

²⁵ Vid., escrito hace ya más de cuarenta años, KESSEL, R., “Price Discrimination in Medicine”, *3 J. L. & Econ.* 20 (1960), en donde se afirma, entre otras cosas, “el interés económico de la profesión médica por mantener la discriminación de precios ha llevado a oponerse contra las nuevas técnicas de anunciar los servicios médicos en el sentido de que se promete la utilización de los recursos existentes de doctores de manera más eficiente que hasta ahora” (pág. 52).

²⁶ Vid., un poco más reciente que el artículo anteriormente citado, pero también con “solera”, LATHAM, R. J. y SCHECHTER, M. C., “The price structure of the legal services industry: minimum fee schedules and price discrimination”, *Antitrust Bull.*, Spring 1979, págs. 43 a 62.

En todo el análisis anterior se ha supuesto que los compradores del bien producido por el monopolista eran los consumidores, en el sentido de indicar que el bien era un producto final. Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de ver reiteradamente, la legislación norteamericana contra la discriminación de precios se promulgó sobre todo pensando en la discriminación de tercer grado en mercados de bienes intermedios (el ejemplo típico es el que enfrenta a las grandes cadenas comerciales con los pequeños comercios y tiendas independientes). Los estudios²⁷ existentes en la literatura económica sugieren que el análisis anterior no puede aplicarse tan fácilmente en este otro supuesto, ya que por un lado la demanda de los “consumidores” es interdependiente, y por otro los distribuidores estarán más interesados que los consumidores en la integración de la producción. Así, en el ejemplo propuesto, cuando la discriminación es permitida, el monopolista puede aumentar el precio para las tiendas locales. En ciertas condiciones, esta actuación puede reducir los incentivos de la cadena de tiendas a integrarse, lo cual permite al monopolista aumentar también el precio para ésta. Las consecuencias negativas de la no integración y el aumento final de precios tanto para las tiendas locales como para las cadenas comerciales hacen que no esté tan claro –como se ha pretendido en ocasiones– que la discriminación de precios sea siempre beneficiosa en estos mercados.

4. El principio de libre fijación de precios.

La libertad de determinación de los precios es la esencia del proceso competitivo, la garantía del ajuste eficiente entre oferta y demanda. El significado del precio es básico como factor de competencia, pues proporciona información inmediata sobre la escasez del bien y la valoración que merece por quienes participan en el mercado. Al margen de la discusión que hemos reseñado en el Capítulo I sobre los fines del derecho antitrust, una cuestión parece clara: es misión fundamental del mercado asignar recursos de manera eficiente, y el mecanismo a través del cual esa asignación puede llevarse a cabo no es otro que el mecanismo de los precios. Por ello, la fijación de precios es, sin duda ninguna, la práctica que más repugna a las autoridades antitrust, resolviéndose su ilicitud *per se*.

Así lo ha reconocido, desde el principio, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia. En la Resolución *Lámparas de Incandescencia*²⁸, durante la vigencia de la ya derogada Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, afirma con una rotundidad y clarividencia que llama la atención si se tiene en cuenta la fecha relativamente temprana –para nuestra incipiente entonces economía de libre mercado– en que recayó:

“está reconocido por la jurisprudencia que la sola determinación, publicación y difusión de tarifas de precios, aunque no se apliquen estrictamente y de modo uniforme, influye en el mercado, coarta su libertad e impersonalidad y altera su flexibilidad, es decir, limita la competencia; en un sistema económico de libre competencia, como la propia Constitución de 1978 y la Ley 110/1963 contemplan, los precios deben ser consecuencia de la acción competitiva libre entre los

²⁷ *Vid.*, por ejemplo, KATZ, M. L., “The Welfare Effects of Third-Degree Price Discrimination in Intermediate Good Markets”, *77 Am. Econ. Rev.* 154 (1987), págs. 154 a 167.

²⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Sección Primera), de 9 de marzo de 1983.

empresarios, según las Leyes propias del mercado, y el fijar precios iguales para productos idénticos por varias empresas da lugar a prácticas prohibidas, ya que se sustituye la libre fijación individual de los precios por cada empresario por la decisión de alguna manera concertada, de éstos; la fijación de los precios es tal vez la más destacada de las prácticas restrictivas de la competencia que la Ley 110/1963 trata de reprimir (...) y por ser los precios el sistema nervioso central de la economía, la fijación de éstos interfiere en las fuerzas libres del mercado y per se constituye una limitación de la competencia (Considerando 6º)”.

La competencia en precios permite que el consumidor ejerza su soberanía mediante la búsqueda de la oferta que le resulte más satisfactoria, de manera que cuando subsiste la libertad de los oferentes en el proceso de formación de los precios, subsiste con ella la presión para orientar su actividad según el principio de economía y, con ello, hacia la racionalización de sus recursos. Por tanto, la libertad de competencia en precios se reputa como un medio de ajuste idóneo entre la oferta y la demanda, por su indiscutible potencial para provocar reacciones en el mercado, siendo así un mecanismo indispensable e insustituible para una economía de mercado, en las palabras del TDC que hemos recogido, *el sistema nervioso central de la economía*.

La discriminación de precios no es, en sentido técnico, lo que se ha venido entendiendo tradicionalmente como fijación de precios, tanto desde el punto de vista vertical²⁹ como en el plano horizontal³⁰. Sin embargo, sí tiene idéntico efecto falseador de la libre competencia en el mercado, y como tal se considera igualmente práctica restrictiva de la competencia, en la medida en que una política de precios discriminatorios falsea la asignación de recursos, priva al consumidor de la facultad de llevar a cabo decisiones racionales en función de los precios que se le ofertan, y provoca en la parte discriminada una situación de desventaja competitiva. Como hemos tenido oportunidad de ver, en el ámbito de la Unión Europea tiene, además, un efecto de desintegración de los mercados y compartimentación de diferentes áreas en submercados separados.

Por tanto, en esta práctica más que en ninguna otra pensamos que es necesario, por tanto, un análisis caso por caso, más que una prohibición absoluta. Fruto de la indeterminación en cuanto a los fines en las políticas antitrust de la que hemos hablado anteriormente tuvo lugar una de las creaciones más acertadas del Derecho sobre la libre competencia, la llamada *rule of reason*. En efecto, en 1911, en la histórica sentencia *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*³¹ contra el imperio del petróleo formado por John D. Rockefeller, el Tribunal Supremo estableció que la distinción entre la eliminación de la competencia por vía de fusión y un acuerdo entre competidores debería determinarse aplicando una “regla de la razón” que permitiera una más completa y más flexible investigación sobre las consecuencias económicas del acuerdo en cuestión. Dos son las cuestiones básicas que hay que tener en cuenta al respecto:

²⁹ *Vid.*, en nuestra doctrina, SOLER MASOTA, P., “Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)”, *RGD*, año LII, núm. 619, marzo 1996, págs. 2215 a 2234.

³⁰ *Vid.*, FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “La fijación horizontal de precios”, *ADI*, Año 1984-1985, págs. 169 a 183.

³¹ 221 U. S. 1 (1911).

- la idea de que algunos acuerdos son necesarios para que exista un comercio, un tráfico mercantil, si bien es cierto que algunos de dichos acuerdos eliminan la rivalidad o competencia entre partes; y,

- la idea de que la eliminación parcial de competencia a veces es necesaria para el mantenimiento de la competencia misma.

En el mismo día en que se dictó esa sentencia contra el monopolio del petróleo, el Tribunal Supremo también se pronunció sobre otro gran monopolio, el de los cigarrillos, resolviendo el no menos importante asunto *United States v. American Tobacco Co.*³², dando lugar a una formulación de la *rule of reason* como un razonamiento (en terminología anglosajona ampliamente difundida en la literatura sobre Derecho antitrust, hablaríamos de un *test*) en tres fases: el concepto *per se*, el poder de mercado y la intencionalidad específica; en la formulación del Juez WHITE: “*las palabras ‘restricción de la competencia’ (...) sólo abarcan actos, o acuerdos, o combinaciones de éstos (...) que por su naturaleza intrínseca o sus consecuencias o por el propósito evidente de los mismos, dañen seriamente a la competencia*”. La consagración definitiva de esta doctrina vendría siete años más tarde, en 1918, con la Sentencia *Chicago Board of Trade v. United States*³³, en la que el Juez BRANDEIS vino a formular la cuestión clave en toda esta discusión:

“...la legalidad de un acuerdo o una regulación no puede determinarse a partir de un razonamiento tan simple, de si restringe la competencia. Cualquier acuerdo que afecte al comercio, cualquier regulación del comercio, restringe. Limitar, restringir, obligar, es precisamente lo que buscan. El verdadero test de legalidad es si la restricción impuesta es tal que simplemente regula y gracias a eso favorece la competencia o si es tal que limita o destruye la competencia”.

Esta creación judicial nace como reacción a las prohibiciones *per se* existentes en el Derecho antitrust norteamericano, las cuales precisamente lo que buscan es “ahorrarse” toda la discusión y el debate entre los efectos competitivos y anticompetitivos de una conducta enjuiciada en sede antitrust. No hemos encontrado mejor explicación –bastante ilustrativa, además, de los asuntos que aquí se están debatiendo– del motivo de la existencia de las prohibiciones *per se* que la que da el propio Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia *United States v. Topco Associates, Inc.*³⁴.

³² 221 U. S. 106 (1911).

³³ 246 U. S. 231 (1918).

³⁴ 404 U. S. 596 (1972): “*nuestra incapacidad para sopesar, de forma razonable, la destrucción de la competencia en un sector de la economía y la promoción de la misma en otro es una razón importante por la que hemos formulado las prohibiciones per se (...). Si hay que tomar una decisión que suponga mayor competencia en un sector de la economía a cambio de sacrificar parte de competencia en otro, esto tiene que decidirlo el Congreso, no los particulares ni los Tribunales. Los agentes privados son demasiado conscientes de sus propios intereses al tomar esas decisiones, y los Tribunales carecen de la equipación y la posición necesaria para hacerlo. Analizar, interpretar y evaluar los innumerables intereses enfrentados así como las inacabables series de datos que sería necesario tener en cuenta para tomar esas decisiones, y llevar a cabo el delicado juicio sobre qué valores importan más a la sociedad en determinadas áreas de la economía, es algo que sólo los representantes democráticamente elegidos por el pueblo pueden hacer*”.

5. Posible racionalidad económica de los precios discriminatorios.

Una vez sentado el principio jurídico -¡y económico!- de la libertad de fijación de precios, surge la cuestión de ¿en qué circunstancias es mejor una política de precios discriminatorios frente a una política de precio uniforme?.

La discriminación de precios, para empezar, supone romper la llamada “ley del precio único”, que afirma que en un mercado competitivo dos productos iguales han de ser vendidos a precios iguales. Este fue, por ejemplo, el argumento de una de las partes en el asunto *Matsushita v. Zenit*³⁵ ante el Tribunal Supremo norteamericano, en donde se acusó a la compañía japonesa de introducir aparatos de televisión en Estados Unidos a precios predatorios. Al final se demostró que los aparatos de uno y otro país no eran idénticos (variaban sus especificaciones técnicas, se vendían en diferentes niveles de distribución y tenían diversas condiciones de garantía y mantenimiento), por lo que no era aplicable la “ley de precio único”.

A pesar de todo lo que se ha escrito sobre los efectos de la discriminación de precios, y la “bondad” o “maldad” de esta práctica desde un punto de vista económico, somos de la opinión de que todavía no hay una respuesta clara a la pregunta tantas veces formulada sobre el carácter anti o procompetitivo de esta práctica. Quizá ello se deba sencillamente a que es una de esas preguntas que realmente no tienen una respuesta, o por lo menos no tienen una respuesta única.

Por otro lado, llegados a este punto es inevitable que en la discusión aparezcan elementos que trascienden el dato meramente empírico, ya que hablar sobre qué es mejor, si una política de precio único o su contrario, conlleva necesariamente una referencia a una escala de valores, unos objetivos y unos principios que están por encima del ordenamiento jurídico y que son precisamente lo que el cuerpo de las leyes y su aplicación por los organismos correspondientes pretenden salvaguardar.

Ya hemos abordado en el primer Capítulo la discusión en torno a los fines de las políticas antitrust, y de las diversas maneras en que puede enfocarse la valoración de los efectos que una determinada práctica tiene en el mercado y sobre los agentes que operan en el mercado. Baste recordar aquí simplemente que, hoy en día, lo que está latente en todo este debate es una discusión más profunda, y es la cuestión de si las políticas implementadas por las autoridades monetarias y las agencias antitrust, así como las decisiones que se vayan tomando en sede judicial, han de tener como criterio orientador el objetivo de la maximización del bienestar del consumidor y la asignación eficiente de recursos, o han de contemplar también otros fines.

Desde luego, para gran parte de la doctrina norteamericana (como hemos visto, sobre todo la más cercana a los postulados del análisis económico del Derecho y a la escuela de Chicago), la cuestión es clara: “el único objetivo auténtico de la normativa antitrust americana es la maximización del bienestar del consumidor”³⁶. Para otro sector de la doctrina (el más ligado a la escuela de Harvard) no lo es tanto, ya que “el concepto de eficiencia -en términos de bienestar del consumidor- es a la vez un concepto fuerte y débil: fuerte, porque es la condición mínima y necesaria para que el sistema económico

³⁵ *Matsushita Electric Industrial Corp., Ltd., et al. v. Zenith Radio Corp. et al.*, 475 U.S. 574 (1986).

³⁶ BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 51.

esté en equilibrio; débil, porque es solamente uno de los muchos valores que nuestra sociedad considera importantes”³⁷.

Con independencia de cuál sea la solución a la discusión anterior, también se ha reseñado que lo cierto es que ninguno de esos fines -al menos como objetivo primario- es el que persigue la normativa de defensa de la competencia en el seno de la Unión Europea. En un estudio sobre la regulación en el sector eléctrico, y haciéndose eco del debate sobre los fines que animan el Derecho de la competencia, se ha puesto de manifiesto acertadamente que el objetivo del Derecho Comunitario de la Competencia es otro, pues “frente a los objetivos de carácter predominantemente político que en origen justificaron la promulgación de la normativa antitrust en los Estados Unidos (...), lo cierto es que actualmente existe cierto consenso en cuanto a la naturaleza y a los presupuestos esencialmente económicos del Derecho de la competencia (...). Es éste un objetivo que presenta importantes particularidades en el ámbito europeo, al entenderse aquí a otros intereses o fines que se encuentran en el núcleo mismo del Derecho europeo, como serían los de propiciar la integración de los mercados o la propia libertad de circulación de las mercancías”³⁸.

Es igualmente admitido que la aplicación de dicho Derecho debe estar siempre guiada por la realización de los fines de la Unión -uno de cuyos objetivos principales, acabamos de decirlo, es la consecución de un Mercado Único integrado por todos los Estados miembros-, dado el *carácter instrumental* de las normas sobre Competencia. Los artículos 81 y 82 del Tratado CE, cuyos destinatarios son las empresas, tratan de evitar los problemas que amenazan este objetivo, declarando la incompatibilidad con el Mercado Común (y en consecuencia, la prohibición) de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas, prácticas concertadas o abusos de posición dominante que tengan el efecto de falsear o restringir la competencia en el comercio intracomunitario. Por tanto, como punto de partida del análisis económico que vamos a efectuar de la discriminación de precios, hay que empezar diciendo -desde la perspectiva jurídica que preside este trabajo- que esta práctica de la discriminación de precios se prohíbe en el Derecho comunitario de competencia principalmente por entender que, si no se evita, debido a su efecto “desintegrador” de mercado, será más difícil la consecución de los objetivos que marca el Tratado de la Unión Europea.

Ahora bien, este fin de la integración de mercados no es ajeno o incompatible con el principio de eficiencia al que antes hemos hecho referencia, y que es el orientador de gran parte de las políticas antitrust norteamericanas. De ahí que, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, “muchos opinan que la discriminación de precios favorece la competencia y aumenta la eficiencia, y que por eso no debe prohibirse por las leyes antitrust”³⁹. Otros -incluido el autor de la cita anterior- piensan lo contrario, que esa convicción en los efectos beneficiosos de la discriminación de precios no está fundamentado correctamente desde un plano teórico, y que permitir esta

³⁷ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª ed., Nueva York 1997, pág. 6

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La Regulación del Sector Eléctrico: Intervención Normativa sobre el Mercado y Defensa de la Competencia”, en *Regulación Sectorial y Competencia*, Ed. Civitas, Madrid 1999, pág. 116.

³⁹ KATZ, M.L., “Price Discrimination and Monopolistic Competition”, *Econometrica*, Vol. 52, nº 6, Noviembre 1984, pág. 1453; la cita se refiere, entre otros, al profesor ROBERT BORK, que en su libro *The Antitrust Paradox*, cit., afirma (pág. 295) “...even if price discrimination could be readily identified and costlessly prohibited, it is unclear whether, on balance, discrimination benefits or injures consumers, and there is some indication that its net effect is beneficial”.

práctica provocará un aumento o una disminución del volumen de producto final dependiendo de las estructuras de coste de las empresas y de las condiciones de demanda.

Veremos a lo largo de los apartados siguientes cuál es el entendimiento actual de la cuestión, ya que conocer los efectos de esta práctica y, en consecuencia, poder emitir un juicio acerca de cuándo la discriminación de precios beneficia y cuando perjudica, en el plano estrictamente económico, nos ayudará a elaborar una valoración jurídica adecuada, conforme a los ya definidos postulados del análisis económico del Derecho.

6. Requisitos de una discriminación eficaz.

Como ya se ha avanzado, para que la discriminación de precios sea eficaz -es decir, consiga los efectos que se persiguen con su utilización- ha de llevarse a cabo en determinadas circunstancias. Vamos a detenernos brevemente en estos requisitos que la teoría económica ha identificado, ya que, como tendremos ocasión de comprobar, es frecuente que en la jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión se planteen muchas veces discusiones de índole económica al respecto, en el sentido de que no es difícil encontrar pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o de la Comisión que desestiman la demanda planteada contra una empresa en la que se le imputaban prácticas de precios discriminatorios apoyándose en el argumento de la ausencia de uno de estos requisitos.

Para que un vendedor lleve a cabo una discriminación de precios eficaz, la teoría económica⁴⁰ exige que se cumplan tres requisitos previos:

- 1) El vendedor ha de tener cierto control sobre los precios, es decir ha de gozar de una posición de poder en el mercado.
- 2) Tiene que ser capaz de distinguir a sus clientes o consumidores en función de la elasticidad de demanda-precio que éstos presenten, bien individualmente o bien en grupos, que también pueden formarse a partir de los precios de reserva.
- 3) Tiene que ser capaz de evitar el arbitraje, entendiendo por tal la “reventa” llevada a cabo por los clientes que gozan de un precio bajo a los que tienen un precio alto.

Sobre estas tres condiciones se pueden, naturalmente, hacer múltiples variaciones y matices; por ejemplo, se ha señalado⁴¹ acertadamente que puesto que también es discriminatorio aplicar el mismo precio a dos clientes distintos si el coste de la venta ha sido diferente, ahí no hace falta ni separarlos por elasticidad de demanda ni evitar el arbitraje -que no puede producirse-; o que en el sector servicios⁴² la “reventa” de, por ejemplo atención médica o educación es virtualmente imposible, con lo que tampoco es necesario evitar el arbitraje. Igualmente, se pueden formular estas condiciones de manera distinta, añadiendo⁴³ una cuarta, que sería el que existan efectivamente diferentes elasticidades de demanda en un mercado. Por último, es de destacar⁴⁴ que en el caso de las empresas que prestan servicio público -al margen de

⁴⁰ *Vid.*, por todos, SCHERER, R. y ROSS, M., *op.cit.*, pág. 489.

⁴¹ BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 395.

⁴² SCHERER, R. y ROSS, M., *op.cit.*, pág. 489.

⁴³ CELNICKER, A. y SEAMAN, B., *op.cit.*, pág. 820.

⁴⁴ BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 519.

quién ostenta la propiedad del capital, si el Estado o un concesionario- están especialmente “cualificadas” para llevar a cabo de forma eficaz esta práctica, ya que suelen gozar de poder monopolístico –por su estatus legal-, tienen toda la capacidad necesaria para impedir o restringir la transferencia de sus servicios entre los consumidores y, finalmente, suelen operar con costes unitarios, que disminuyen a medida que aumenta su nivel de producción.

A) Poder de mercado.

No es posible determinar con exactitud y precisión qué grado de poder de mercado es el necesario para llevar a cabo eficazmente una política de discriminación de precios. Esto es así por varios motivos:

En primer lugar, lo que la teoría económica clásica ha exigido en estos casos no es tanto el poder de mercado en sí mismo como cierto control sobre los precios, que puede ser ejercido unilateralmente (a través de una práctica de abuso de posición dominante), a través de la formación de un cártel (el mismo fenómeno de poder de mercado, pero conseguido a través de un acuerdo colusorio entre dos o más empresas). Últimamente se admite también que, sin que necesariamente exista una situación de dominio, es posible que una empresa ejerza un control sobre los precios, cuando tiene empresas clientes o proveedoras que dependen económicamente de ella. Y, como corolario a esta doctrina, no falta quien aboga por una discriminación de precios sin poder de mercado⁴⁵.

En segundo lugar, y como vimos en el Capítulo anterior -al tratar el marco legal de las prácticas discriminatorias-, porque el concepto mismo de “poder de mercado” es un concepto que, en el ámbito jurídico podemos calificar como perteneciente a la categoría de “concepto jurídico indeterminado” y en el ámbito económico, *mutatis mutandis*, lo mismo, ya que la teoría económica no ha ofrecido nunca una definición precisa de qué se entienda por poder de mercado.

Finalmente, porque la determinación del poder de mercado en la práctica está sujeta a una serie de variables de contenido amplio y susceptibles de diversas interpretaciones. Prueba de ello son los largos desarrollos argumentales en los que el Tribunal de Justicia de la Comunidad y la Comisión, así como nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia conjugan elementos como cuota de mercado, nivel de integración vertical, solidez financiera, pertenencia a un grupo multinacional, fuerza de ventas, desarrollo y consolidación de la red comercial, etc.

En el conocido caso *Eastman Kodak Co. v Image Technical Services, et al.*, se definió el poder de mercado como “*el poder de forzar a un comprador a hacer algo que no haría en un mercado competitivo; (...) la capacidad de una única empresa de elevar los precios y restringir el volumen de producto final*”⁴⁶.

El poder de mercado -su aparición y su mantenimiento- siempre ha sido una de las mayores preocupaciones del derecho antitrust, y por ello en ocasiones se ha llegado a perseguir prácticas que, siendo en sí mismas perfectamente legales, llevaban a la adquisición o perpetuación de una posición de poder de mercado, como p. ej. en el caso *E.I. duPont de Nemours & Company*⁴⁷, en el que la Federal Trade Commission llevó a

⁴⁵ Vid., LEVINE, M., “Price Discrimination without Market Power”, Harvard Law School, *Discussion Paper No. 276*, February, 2000.

⁴⁶ 504 U.S. 451 (1992), Fto. Jco. nº 18.

⁴⁷ 96 F.T.C. 653 (1980).

cabo un juicio histórico en contra de estas prácticas, y ha quedado como un ejemplo paradigmático de sanción de una conducta estratégica que, siendo en sí misma perfectamente válida y absolutamente legítima, fue llevada a juicio por crear una situación en la que una empresa gozaba de un alto nivel de poder de mercado.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que resolvió el caso *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*⁴⁸, el Tribunal clarificó la cuestión de qué cuota de mercado es la necesaria para entender que se tiene poder de mercado, entendido éste como capacidad para subir los precios por encima de su nivel competitivo. En el estudio de este caso, se plantea la posibilidad de que exista una práctica de discriminación de precios en ausencia de poder de mercado.

Así, suponiendo⁴⁹ que una empresa tenga un 60 % de cuota de mercado de un bien perfectamente homogéneo, entendemos que esa empresa tiene -y ejerce- poder de mercado, elevando los precios por encima del nivel competitivo. ¿Puede esta empresa discriminar en precios, a través, por ejemplo, de acuerdos anudados o de otros medios? Si lo hace, subirá los precios de aquellos clientes con una elasticidad de demanda más rígida y los bajará para aquellos clientes con una demanda más elástica. Pero ante esa medida, sus clientes en la zona de precio alto se irán a las empresas rivales (el resto del 40 % del mercado), y a su vez, todos los clientes con demanda elástica del resto de las empresas acudirán demandar los productos de precio bajo. El único resultado de este intento de discriminación será una reubicación de los clientes en función de la rigidez de sus demandas, y el intento de discriminar habrá fallado.

La conclusión que se extrae es que hace falta una cuota de mercado más elevada (y por tanto, un elevado nivel de poder de mercado) para llevar a cabo eficazmente políticas discriminatorias que para otro tipo de prácticas de “simple” ejercicio de poder de mercado. En otras ocasiones, sin embargo, como en el asunto *Brooke Group, Inc. v. Brown & Williamson Tobacco Corporation*⁵⁰, el Tribunal consideró que una empresa con una cuota de mercado del 12 % había llevado a cabo no ya prácticas de precios discriminatorios, sino de precios predatorios, práctica parecida y cuya aparición -como tendremos oportunidad de ver más adelante- es frecuente que esté ligada a la discriminación.

En el caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*⁵¹, por ejemplo, una cadena comercial de productos alimenticios fue acusada de “discriminación predatoria de precios” contra una empresa de carácter local. No obstante, aunque ambas pueden aparecer conjuntamente, tienen entidad propia y han de ser estudiadas por separado.

En lo que respecta al Derecho comunitario, el grado relevante del poder económico es aquel que está contenido en el ya estudiado concepto de *posición dominante*. Así, recordando el significado del art. 82 del Tratado CE ya expuesto⁵², para

⁴⁸ 466 U.S. 2 (1984).

⁴⁹ Ejemplo tomado de, KWOKA, J.E./WHITE, L.J. (Editors), *The Antitrust Revolution, The Role of Economics*, Oxford University Press, 2ª ed. Nueva York, 1994, pág. 392.

⁵⁰ 61 U.S. 4699 (1993).

⁵¹ 386 U.S. 685 (1967).

⁵² “una posición de fuerza económica que goza una empresa y que le posibilita impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante, facultándole para comportarse de una manera apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en último término de los consumidores”, Sentencia del TJCE, *Michelin c. Comisión*, Asunto 322/81, (1983) Rep. 3461, 3503.

la determinación de esta posición de dominio, los criterios⁵³ seguidos por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia no se limitan a la cuota de mercado (que es, evidentemente, el más importante), sino que atiende también a factores como las capacidades o atributos diferenciados, el tamaño y fuerza globales, los derechos de propiedad intelectual y las barreras de entrada en el mercado.

B) Capacidad de evitar el arbitraje.

El segundo de los requisitos que la teoría económica ha identificado como necesarios para que se lleve a cabo una discriminación eficaz es la capacidad de evitar el arbitraje. Convencionalmente⁵⁴, se distinguen dos tipos de arbitraje:

El primer tipo de arbitraje está asociado con la *transferencia de bienes*. Ya hemos visto que si los costes de transacción son bajos, cuando un consumidor obtenga un bien a un precio bajo siempre considerará la posibilidad de revendérselo al consumidor que lo está obteniendo a un precio más alto. Estos costes, o la naturaleza misma del bien (o servicio) ofrecen una pista para determinar cuándo la discriminación de precios es factible. Son factores que favorecen el arbitraje la homogeneidad de los bienes, su carácter duradero, la posibilidad de transporte y almacenamiento; lo dificultan o impiden básicamente la personalización del bien o servicio (tratamiento médico, asesoramiento legal, viajes, etc...), el carácter perecedero (determinados alimentos), o simplemente que el bien lo sea de consumo instantáneo (suministro eléctrico, llamadas telefónicas, etc...). Por tanto, entre un arbitraje perfecto (aquel que se puede llevar a cabo sin ningún coste de transacción) y la ausencia de arbitraje, se da una amplia gama de posibilidades cuya aproximación a uno u otro extremo será un factor importante a la hora de valorar la presencia de una práctica de discriminación de precios.

El segundo tipo de arbitraje está asociado con la *transferencia de demanda* entre diferentes conjuntos de bienes ofrecidos a los consumidores. En este caso no se da una transferencia física del bien entre los consumidores, sino que éstos simplemente escogen entre las diversas opciones que se les ofrecen, que pueden consistir en paquetes precio-cantidad (comprar una unidad del bien a un precio P_1 o comprar, en una oferta, dos unidades del bien cuyo precio unitario es P_2) o paquetes precio-calidad (viajar en avión en clase Turista o en clase Business).

La valoración que esta distinción ha merecido es que “en términos de discriminación, los dos tipos de arbitraje son de naturaleza muy diferente. La transferencia del producto tiende a evitar la discriminación, mientras que la transferencia de la demanda puede inducir a que el productor aumente la discriminación”⁵⁵. Precisamente, una de las objeciones más comunes del Derecho antitrust⁵⁶ a las restricciones verticales nace de que éstas lo que persiguen es la división de mercados que, añadido a los medios para evitar el arbitraje, facilite la discriminación de precios.

Uno de los ejemplos más claros de hasta qué punto esto es necesario nos lo ofrece, en el ámbito de la jurisprudencia norteamericana, el caso de la pretendida fusión

⁵³ Vid., para una exposición más detallada de esta cuestión, 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. 515 a 525.

⁵⁴ TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 204.

⁵⁵ TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 205.

⁵⁶ BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 295.

entre Coca-Cola y Dr. Pepper, la primera y cuarta empresas por volumen de negocio en el sector de los refrescos hechos a base de bebidas carbonatadas (operación que no llegó a consumarse debido a una advertencia formal de la Federal Trade Commission que entendió que dicha concentración sería anticompetitiva, y un juicio ante el Juzgado del Distrito Federal). En efecto, en la decisión judicial *F.T.C. v. Coca-Cola Co.*⁵⁷ se puso de manifiesto cómo a través de una serie de promociones de marketing, rebajas y planes de descuentos, las empresas productoras de CSD⁵⁸ (*carbonated soft drinks*) aplicaban diferentes precios en diferentes mercados. Dado que el producto que constituye el mercado de las productoras de CSD es el concentrado que luego da lugar a la bebida, lo que hacían para evitar el arbitraje -y asegurar así la eficacia de la discriminación de precios- era exigir a las empresas embotelladoras que vendieran la bebida únicamente en las áreas comerciales que tenían previamente asignadas.

Por su parte, la jurisprudencia comunitaria nos ofrece también abundantes ejemplos de prácticas dirigidas a evitar el arbitraje. Quizá uno de los más paradigmáticos, también por ser la primera Sentencia en abordar directamente y como punto central la discriminación de precios, es la ya comentada decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad en el asunto *United Brands*⁵⁹.

Recordemos brevemente que *United Brands Co.* era un grupo empresarial que gozaba de una posición dominante en una parte sustancial del mercado europeo de los plátanos. La Comisión entendió que dicha empresa discriminaba al aplicar diferentes precios a sus distribuidores para Europa, que estaban situados en los puertos alemanes de Róterdam y Bremerhaven, según cuál fuera el destino de sus productos. La manera en que *United Brands* impedía el arbitraje, y de esta manera llevaba a cabo de forma eficaz su política de discriminación de precios era a través de la *cláusula del “plátano verde”*, que prohibía a los distribuidores revender los plátanos mientras estuvieran todavía verdes. Habida cuenta del carácter rápidamente perecedero de este tipo de fruta, es evidente que dicha cláusula impedía cualquier posibilidad de hacer llegar mercancías a personas distintas del consumidor final.

Esto fue fácilmente identificado por el Tribunal de Justicia, que ratificó en este punto la Decisión de la Comisión *Chiquita*⁶⁰ –que se había recurrido y es la que da origen a este pronunciamiento- cuando afirmó en el párrafo nº 130 de la Sentencia “*la Comisión opina que el recurrente ha abusado de su posición de dominio frente a los distribuidores, en primer lugar usando una cláusula incorporada a sus condiciones generales de venta por la que les prohíbe revender sus plátanos mientras estén todavía verdes*”. Añade, en el párrafo nº 135 del mismo texto que “*a parte del hecho de que esta obligación contribuye a reforzar y consolidar la ya existente posición de dominio de United Brands Company, hace que sea casi imposible el comercio de plátanos verdes de UBC, tengan marca o no, y en un Estado miembro o entre varios. Por ello, esta cláusula tiene un efecto parecido a la prohibición de las exportaciones*”.

⁵⁷ 641 F. Supp. 1128 (1986).

⁵⁸ La definición del mercado relevante se llevó a cabo a través de este concepto, de *carbonated soft drinks*, más que a través de otras posibilidades de mercado de producto como podía ser, por ejemplo, el de bebidas en general, o productos líquidos consumibles. Con un mercado así definido, resultó que las consecuencias de la anunciada fusión entre Coca-Cola y Dr. Pepper, más otra que también estaba proyectada entre PepsiCo y Seven-Up, implicaría un grado de concentración de mercado inaceptable desde un punto de vista de mantenimiento de la competencia.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. E.C. Commission*, Caso 27/76, (1978) E.C.R. p. 207.

⁶⁰ Decisión de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975 (IV/26.699 – *Chiquita*), D.O.C.E. L95/1, de 9 de abril de 1976.

Por otro lado, los medios empleados para evitar el arbitraje pueden ir dirigidos también a que no se revendan determinados tipos de mercancías, o mercancías con un uso determinado. Es importante no olvidar que lo que se persigue no es tanto obstaculizar la libre circulación de mercancías, sino aprovecharse de las diferencias de precios existentes en los distintos mercados (bien por las condiciones de oferta y demanda de los mismos, o por la regulación estatal de los precios) para llevar a cabo políticas discriminatorias. Así, en la Decisión *European Sugar Industry*⁶¹, la Comisión multó –entre otras muchas- a la azucarera alemana Westdeutschen Zuckervertriebsgesellschaft GMBH & Co. KG por obligar a los clientes que le compraban el azúcar para integrarla en procesos productivos o para exportarla a terceros países a no revenderla para consumo doméstico en el territorio comunitario.

En el marco del artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea encontramos también importantes pronunciamientos respecto a esta cuestión. Uno de los más tempranos es la polémica Decisión *Kodak*, en la que se condenó a esta compañía por un supuesto acuerdo colusorio consistente en la aplicación, vía Condiciones Generales de Venta, de precios discriminatorios⁶². Resumidamente, esta compañía establecía en el art. 1 de sus Condiciones Generales de Venta (para todas sus filiales) que todas las operaciones que se hicieran con Kodak en un determinado territorio nacional debían canalizarse a través del establecimiento principal de Kodak en ese país.

Como se ha puesto de manifiesto acertadamente por la doctrina, la intención de Kodak a través de esta práctica no era otra que “asegurar que no hubiera incentivos derivados de un diferencial de precio para que un comprador situado en un país de *precio alto* obtuviera los productos Kodak de alguna filial situada en un país comunitario de *precio bajo*”⁶³. Es decir, se quería evitar que los importadores “paralelos” o “irregulares” ejercieran una función de arbitraje de precios entre diversos mercados nacionales de la Comunidad.

C) Distinguir clientes por su elasticidad de demanda.

El último requisito que se exige en la teoría económica para practicar eficazmente una política de discriminación de precios es conocer las diferentes elasticidades⁶⁴ de demanda de los clientes entre los que se quiere discriminar.

⁶¹ Decisión de la Comisión, de 2 de enero de 1973 (IV/26.918 - *European Sugar Industry*), D.O.C.E. L140/17, de 26 de mayo de 1973: “la principal explicación de esto es el hecho de que la azúcar para integrar en procesos industriales o para exportación a terceros países sería vendida, en principio, a precio intervenido, y por tanto más barata que la azúcar destinada a consumo doméstico en la Comunidad” (párrafo nº 15).

⁶² Decisión de la Comisión, de 7 de Julio de 1970 (IV/24.055 – *Kodak*), D.O.C.E. L 147/24, de 7 de julio de 1970: “esto significa que cuando una filial de Kodak en el Mercado Común provee a suministradores de otro Estado miembro, distintos de la propia empresa Kodak establecida en ese país, éstos tienen que pagar por la compra a dicha empresa, y a los precios establecidos por ella, perdiendo por tanto todo interés las posibles importaciones directas, con independencia de los respectivos niveles de precios” (párrafo nº 16).

⁶³ SCHEUERMANN, F.S., “Common Market and Uncommon Prices? Reflections on the *Kodak* Decision and Price Discrimination under Article 85 of the Treaty”, *J. World Trade L.*, núm. 5, 1971, pág. 536.

⁶⁴ Entendemos por elasticidad la medida del cambio porcentual en una variable provocado por la variación en una unidad porcentual en otra variable. Este concepto es habitualmente usado desde la Teoría Económica para describir, por ejemplo, cómo la cantidad demandada de un bien responde a variaciones en el precio. *Vid.*, para un mayor abundamiento en el concepto, NICHOLSON, W., *Microeconomic Theory*, Ed. The Dryden Press, pág. 680.

Desde un punto de vista microeconómico se entiende que un monopolista que opere en dos mercados separados, cuyas funciones de demanda pueden ordenarse por su elasticidad-precio, obtendrá un mayor beneficio aplicando un mayor precio en el mercado menos elástico⁶⁵. Es frecuente la afirmación de lo complicado que resulta la separación de clientes según su elasticidad. En la práctica, puede resultar más sencillo de lo que a primera vista parece, por varios motivos.

En primer lugar, el dato de la elasticidad de demanda no siempre se puede obtener de forma empírica, pues su cuantificación exacta exige una serie de cifras y observaciones que no siempre son posibles en la realidad o cuyo coste en términos de recursos empleados es prohibitivo. Si bien esto es cierto, no lo es menos que las nuevas tecnologías de recogida de datos (sistemas mecanizados de etiquetas, códigos de barras, sistemas informatizados de cobro y gestión de inventarios, etc.) permiten a las empresas tener una información detallada sobre hábitos de consumo, “historial” de compra de los clientes, etc, y se ha señalado que ello permite estimaciones de demanda mucho más precisas que sí permitirían “con estimaciones de la demanda de los hogares disponible, una empresa puede ofrecer descuentos individualizados, practicando una casi perfecta discriminación de precios”⁶⁶.

En segundo lugar, porque en el comercio no hace falta un conocimiento exacto de la cifra -en términos numéricos- de la elasticidad de demanda; basta saber que unos clientes están dispuestos a pagar más que otros por la compra o adquisición de un bien. A veces ni siquiera es suficiente con que estén dispuestos, basta con que no tengan otra alternativa.

En tercer lugar porque, en la práctica, una de las formas que más frecuentemente observamos de discriminación de precios es la que tiene lugar entre consumidores situados en diferentes mercados, y en ese caso el dato de la elasticidad no es relevante a los efectos de llevar a cabo la discriminación ya que la “separación” de los mercados es suficiente para aplicar los diferentes precios.

En cuarto lugar, se ha discutido⁶⁷ la validez de los postulados microeconómicos que subyacen en este análisis, afirmándose que de las condiciones de primer orden de maximización de beneficios no se sigue necesariamente la ya mencionada relación inversa entre precio y elasticidad de demanda; así mismo, se ha dicho⁶⁸ que el punto de partida de este escenario es erróneo, negando la hipótesis de que los consumidores que más usan el bien tienen una demanda menos elástica.

En quinto lugar, cuando el análisis se lleva a cabo en un contexto de mercado oligopolístico, recientes estudios demuestran que esta práctica de separar clientes puede incluso perjudicar a las empresas, y que “la discriminación de precios basada en las elasticidades cruzadas irán en contra del interés colectivo de las empresas en el mercado”⁶⁹. Simplificando –quizá en exceso- la cuestión se ha llegado a decir que “las diferencias de precios pueden ser, simplemente, un comportamiento racional, que maximice beneficios, y conforme a las condiciones económicas en cada mercado”⁷⁰.

⁶⁵ Vid., por todos, TIROLE, J., *op.cit.*, págs. 208 y 209.

⁶⁶ KISER, E., “Heterogeneity in Price Sensitivity and Retail Price Discrimination”, *80 Amer. J. Agr. Econ.* 1150 (1998), pág. 1150.

⁶⁷ Vid., por ejemplo, JEITSCHKO, THOMAS D. y THON, DOMINIQUE, “Third Degree Price Discrimination and Price Elasticities”, April 1999, <http://www.ssrn.com> (Visitada el 30.V.2000).

⁶⁸ LIEBOWITZ, S. J., “Tie-In Sales and Price Discrimination”, <http://www.pub.utdallas.edu> (Visitada el 11.XI.1999).

⁶⁹ CHEN, Y., “Oligopoly price discrimination and resale price maintenance”, *RAND J. Econ.*, Vol. 30, núm. 3, Otoño 1999, pág. 442.

⁷⁰ HENDERSON, R.C., “Taxes, Market Structure and International Price Discrimination”, *J. World Trade L.*, Vol. 23, núm. 6, 1989, pág. 164.

Finalmente, observamos en la realidad del tráfico mercantil multitud de prácticas y mecanismos que permiten a las empresas segmentar sus mercados en función de la mayor o menor disposición de sus clientes a pagar, y en consecuencia de su elasticidad. Baste como ejemplo la enumeración de métodos empleados por las compañías aéreas para diferenciar entre viajeros *de negocios* y viajeros *de placer*.

Por lo tanto en el análisis de esta condición, se trata de ver “hasta qué punto un vendedor puede agrupar a sus clientes y aplicar diferentes precios a diferentes grupos”⁷¹. En este sentido, una de las clasificaciones posibles de consumidores bastante útil para estudiar la discriminación de precios es la que distingue entre “consumidores bien informados” y “consumidores mal informados”. Lo acertado de esta distinción resulta patente cuando se utiliza para estudiar las pautas de comportamiento de los consumidores ante el precio y de qué manera eso puede influir en su idoneidad para recibir la discriminación. Los bien-informados hacen sus compras, habitualmente de gran tamaño, en las tiendas donde encuentran un menor precio. Los mal-informados bien eligen las tiendas donde compran al azar, o bien van siempre a la misma tienda, pero en ningún caso se preocupan de llevar a cabo una búsqueda para conseguir los mejores precios.

En estas circunstancias, es evidente que la competencia entre las empresas será mayor por conseguir vender a los bien-informados, a la vez que se intentará discriminar negativamente (aplicarles un mayor precio) a los mal-informados. Se ha demostrado en estudios econométricos⁷² que el equilibrio basado en una política de precios discriminatorios es el más eficiente cuando la proporción de consumidores mal informados es mayor en el mercado, mientras que si abundan más los consumidores bien informados se consigue un mayor nivel de bienestar social con una política de precio uniforme.

Por otro lado, se ha sugerido que una de las formas de llevar a cabo esta separación es a través de la *calidad* del producto ofrecido: “la calidad tiene bastantes ventajas, desde el punto de vista del monopolista, sobre la cantidad, como vehículo para la discriminación de precios, ya que no admite reventa o compradores múltiples, y es menos perceptible para los compradores y las agencias reguladoras”⁷³.

Las Decisiones de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han identificado este requisito económico y lo han incluido en sus fallos cuando han tenido que pronunciarse sobre conductas de discriminación de precios. Así, en la Decisión *Vitaminas*⁷⁴, la Comisión entendió que Hoffmann-La Roche, la gran multinacional de productos farmacéuticos, se había aprovechado de las diferentes elasticidades de los tres grandes grupos de clientes que tenía (las empresas que incorporan vitaminas en sus productos: empresas farmacéuticas, empresas alimentarias y empresas de piensos animales) para llevar a cabo una política de precios discriminatorios.

⁷¹ DAM, K. W., *op.cit.*, pág. 29.

⁷² *Vid.*, por ejemplo, KATZ, M., *op.cit.*, pág. 1454.

⁷³ O’KEEFE, M., “Quality and Price Discrimination”, *Tesis Doctoral (no publicada)*, defendida en la Harvard Law School, Harvard Archives: HU 90.11558.40, 1990, pág. 3.

⁷⁴ Decisión de la Comisión, de 9 de junio de 1976 (IV/29.020 – *Vitaminas*), D.O.C.E. L233/27 de 16 de agosto de 1976: “las condiciones de la demanda son muy distintas, y, además de vender vitaminas a clientes a gran escala o grupos multinacionales que operan en los tres sectores, también vende cantidades inferiores a pequeñas y medianas empresas (como p.ej. empresas de repostería y confitería, pastelerías y pequeños laboratorios) y a intermediarios (como p.ej. fabricantes de pan)” (párrafo nº 9).

7. Los “costes sociales” de la discriminación de precios.

Todo el análisis económico que venimos llevando a cabo se basa en un modelo de bienestar del consumidor⁷⁵ ampliamente difundido desde que se empezaron a llevar a cabo las políticas antitrust. En él se entiende que el sistema de fijación de precios monopolista conlleva a un sistema de producción deficiente en el que no existe una adecuada asignación de recursos y por tanto tiene lugar una pérdida de eficiencia, ya que las empresas se enfrentan a una curva de demanda inclinada, y por tanto para el monopolista su ingreso marginal (y por tanto, su coste marginal) es inferior al precio⁷⁶.

Este modelo se ilustra en la Figura 4.5, y en él se puede apreciar la relación de intercambio existente entre los dos factores que afectan a las políticas antitrust, la eficiencia *productiva* y la eficiencia *asignativa*.

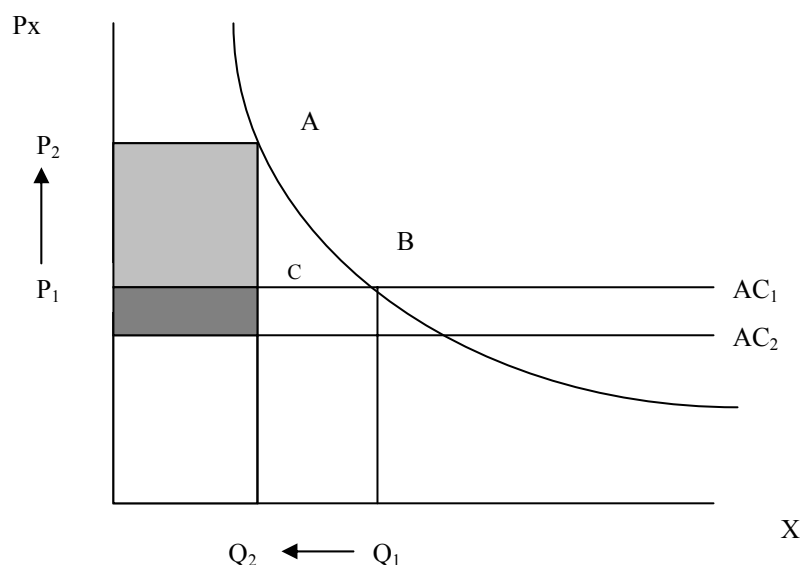
Sí es importante hacer notar que, desde un punto de vista del análisis antitrust, se entiende que el coste social del monopolio es igual a la pérdida sufrida por los precios y el comportamiento monopolístico menos los beneficios sociales que el monopolio pueda producir. La “monopolización”, o en términos más europeos, el abuso de posición dominante, es un proceso más que un resultado. Desde un punto de vista de política económica y de derecho de defensa de la competencia, la cuestión del coste social del monopolio es siempre una relación de intercambio entre las ganancias y las pérdidas relativas asociadas al mismo⁷⁷.

Figura 4.5

⁷⁵ *Vid.*, para mayor información sobre el funcionamiento del modelo y su aplicación a las políticas antitrust, BORK, R. H., *op.cit.*, Capítulo 5: *The Consumer Welfare Model*, págs. 108 y ss.

⁷⁶ Para una exposición más detallada de los modelos de competencia imperfecta y los “costes sociales” del monopolio, *Vid.*, SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W., *Economía*, 14ª Ed., Mc Graw Hill, 1993, Capítulo XXIII, págs. 607 a 640.

⁷⁷ *Vid.*, HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1999, pág. 18 y ss.



El funcionamiento del modelo puede ilustrarse si se aplica, por ejemplo, a los efectos de una fusión entre empresas. Por regla general, la supuesta fusión tendrá como consecuencia una reducción de costes medios (*average costs*) en el largo plazo reflejada en el paso de AC_1 a AC_2 . A la vez, el aumento del poder de mercado derivado de la concentración de ambas empresas que les llevará a reducir el volumen de producto fabricado de Q_1 a Q_2 , con el consiguiente aumento de los precios del nivel P_1 al nivel P_2 . Vemos por tanto que los consumidores han perdido un volumen de producto por el que estaban dispuestos a pagar una cantidad –por encima de los costes- equivalente al área triangular ABC situada debajo de la curva de demanda: las *pérdidas de peso muerto*. A la vez, han ganado en *ahorro de costes* el área sombreada en gris oscuro. Si éstos son mayores que el peso muerto, la fusión habrá supuesto una ganancia neta para los consumidores; si el peso muerto es mayor, habrá supuesto una pérdida neta. Ello dejando de lado en nuestro análisis la apropiación por parte del productor del *excedente del consumidor*, representado en el gráfico por el área sombreada en gris claro, ya que este elemento obedece a consideraciones redistributivas de renta que no son las que ahora nos ocupan.

Este gráfico sirve perfectamente para ilustrar la mayor parte de los problemas a los que se enfrenta el análisis antitrust, ya que muestra la relación entre los “polos” presentes en cualquier debate al respecto: la eficacia *asignativa* (hace referencia a la asignación de recursos en la economía en su conjunto) y la eficacia *productiva* (el uso eficiente de los recursos por una determinada empresa).

Sin embargo, además de las reservas ya expresadas, no puede dejar de señalarse otra importante limitación; el gráfico sólo sirve para ilustrar los problemas económicos a los que se enfrenta el derecho de la competencia, pero ni los cuantifica, ni –mucho menos- los resuelve. Esto es así porque no sabemos la medida del área triangular ABC que representa las pérdidas de peso muerto, ni tampoco las medidas del área sombreada en gris oscuro, que representa el ahorro de costes. También es oportuno recordar que no siempre existe ese intercambio, y en muchas ocasiones el análisis económico podrá evidenciar que alguna de esas áreas sencillamente no existe, en cuyo caso la decisión a tomar es sencilla.

Hay prácticas que conllevan una pérdida por peso muerto y prácticamente ningún ahorro de costes. Es el caso, por ejemplo, de la múltiple variedad de posibilidades de acuerdos de fijación de precios. Se restringe el output, de manera que Q_2 queda a la izquierda de Q_1 , creando el área ABC; sin embargo, no se da un ahorro de costes, con lo que no surge la línea AC_2 ni por tanto el área sombreada en gris oscuro. Otras, por el contrario, pueden significar para el mercado una mejora desde el punto de vista de la eficiencia y ninguna pérdida. Es entre éstas donde algunos autores⁷⁸ sitúan precisamente la discriminación de precios; otro ejemplo válido puede ser el de una fusión que no conlleve una disminución de output (Q_1 se mantiene donde está, con lo que no surge el área ABC), pero en cambio sí se reducen costes (se pasa de AC_1 a AC_2 , con la consiguiente creación del área sombreada en gris oscuro). De hecho, podría incluso darse el caso de un Q_2 a la derecha de Q_1 , con lo que el volumen de producto final aumentaría como consecuencia de las reducciones de costes.

Así, lo que se ha venido en llamar *costes sociales*⁷⁹ son las pérdidas derivadas de un empeoramiento en la situación de equilibrio del mercado. Este concepto engloba los gastos en los que las empresas incurren para llegar a la situación de monopolistas en el mercado, y reviste una particular importancia a la hora de diseñar las políticas antitrust, ya que éstas siempre supondrán un equilibrio entre ganancias derivadas de una práctica y los respectivos –cuando existan– costes sociales.

El razonamiento que se hace habitualmente es el siguiente. El monopolista simple aplica un precio uniforme y maximiza sus beneficios. En el análisis convencional, el único coste social de este monopolio es el de las pérdidas provocada por el “peso muerto”. Estos súper-beneficios no se consideran coste social porque todo lo que pierden los consumidores es exactamente igual a lo que gana el monopolista. Los beneficios generados por el monopolista atraerán recursos de otras empresas que tienen una expectativa de convertirse también en monopolistas, lo que generará un proceso que terminará cuando el valor esperado de convertirse en monopolista menos los costes que ello conlleve sea igual al mejor uso alternativo de esos recursos. Si este análisis es correcto, el coste actual del monopolio es exactamente igual a los beneficios monopolistas. De ahí que se entienda que, al aumentar sus beneficios gracias a la discriminación de precios, “los costes sociales del monopolio son mayores en el régimen de precios discriminatorios que en el régimen de precio único”⁸⁰.

Esta conclusión, aunque es correcta, exige algunas matizaciones. En primer lugar, porque dicho análisis es válido únicamente en el caso de discriminación perfecta, la cual hemos visto que tiene lugar raramente en la práctica. A partir de ahí, el efecto sobre el output y por tanto sobre la pérdida de peso muerto no es necesariamente la que antes se ha indicado. Precisamente, uno de los errores que tradicionalmente se achacan al análisis del monopolio es que “ignora el hecho de que la oportunidad de obtener un beneficio vía rentas monopolísticas atraerá recursos y esfuerzos de las empresas para vender, y de los consumidores para que no se les apliquen precios monopolísticos. El coste de esos recursos es un coste del monopolio, de igual manera que es un coste la

⁷⁸ Vid., por ejemplo, BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 109.

⁷⁹ Vid., para un desarrollo extenso de la teoría de los costes sociales y su aplicación al régimen de monopolio, POSNER, R., “The Social Costs of Monopoly and Regulation”, *83 J. Pol. Econ.* 807 (1975), págs. 807 y ss.

⁸⁰ ZANON DI V., L., “Price Discrimination under article 86 of the E.E.C. Treaty: The United Brands Case”, *Int'l & Com. L. Q.*, nº 31, Enero 1982, pág. 42.

sustitución de productos que cuestan más a la sociedad producir que el producto monopolizado”⁸¹.

Además, no se discute tanto el que un monopolista maximice sus beneficios a través de la discriminación de precios como la obtención del poder de monopolio a través de medios sancionables según categorías antitrust. Por ello, mientras que en este segundo caso dichos recursos empleados para conseguir de esta manera el poder de mercado hay que añadirlos al peso muerto, en cambio, para el primer caso, “los recursos empleados para adquirir el poder de mercado vía eficiencia, por el contrario, no pueden añadirse al peso muerto, porque no han sido desperdiciados”⁸².

Así pues, y aceptando la construcción lógica de que los beneficios esperados del monopolio se convierten en *costes sociales*, se llega a la conclusión del profesor POSNER de que “los costes sociales de la discriminación de precios son mayores que aquellos de precio único monopolista, a pesar de que el output del monopolista que lleva a cabo una discriminación de precios perfecta es el mismo que el que se obtendría en condiciones de competencia”⁸³.

Como conclusión a este debate nos parece acertada, como aproximación al problema –y sólo como aproximación–, la afirmación del profesor BORK de que “la misión última del derecho antitrust puede resumirse como el esfuerzo por mejorar la eficiencia asignativa sin hacer que empeore tanto la eficiencia productiva que haya ganancia para el consumidor y mucho menos pérdida de bienestar”⁸⁴.

8. Efectos de la discriminación de precios.

Desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia, los “efectos” de una conducta o práctica restrictiva han de ser juzgados en referencia a la competencia que existiría en ausencia de dicha práctica o conducta⁸⁵. Por ello, se entiende que son significativos tanto los efectos potenciales como los reales, que ha de tenerse en cuenta el contexto económico completo y que han de ser –al menos en el ámbito del art. 81.1 TCE– efectos *apreciables* sobre la competencia o en el comercio entre Estados miembros. No obstante, no es necesario demostrar que el acuerdo o conducta hayan afectado en realidad el comercio entre Estados miembros, es suficiente demostrar que es susceptible de provocar ese efecto.

Es necesario saber en qué medida una política de precios discriminatorios va a afectar a una serie de variables o aspectos del funcionamiento del mercado, o al mercado mismo. Pero ese estudio se hará en la medida en que nos proporcione instrumentos de análisis y elementos de juicio para poder valorar una conducta en su conjunto, atendiendo además los criterios de otra índole que también sean pertinentes (objetivos de integración, redistributivos, políticas regionales y sociales, etc.).

Por tanto, se trata de ver, a continuación, el alcance de los efectos que una política de precios discriminatorios tiene sobre el mercado y la competencia. Como ya hemos anunciado, el estudio de estos efectos parte de una premisa: la toma de posición

⁸¹ POSNER, R., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1976, pág. 11.

⁸² BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 113.

⁸³ POSNER, R., *op.cit.*, pág. 243.

⁸⁴ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 91.

⁸⁵ *Vid.*, para un estudio en detalle de los efectos de los acuerdos restrictivos de la competencia en el marco de los arts. 81 y 82 del Tratado de la UE, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, págs. 125 y ss.

respecto a cuál sea el valor más importante de los que el Derecho de la Competencia tiene como objetivo proteger. Además, habida cuenta de la enorme variedad de manifestaciones que esta figura puede adoptar en la práctica, habrá que considerar también cuáles de ellas han de ser objeto de regulación.

Ya hemos visto cómo el carácter y la peculiaridades propias de cada legislación determinan los objetivos, a corto plazo, de las políticas de defensa de la competencia que en cada caso se implementen. Sin embargo, se ha apuntado que, en el largo plazo, el objetivo de estas políticas -y de los textos legislativos a través de los cuales se aplican- siempre “reflejará un equilibrio entre los objetivos de la eficiencia económica, la justicia social y la libertad política”⁸⁶. Desde un punto de vista económico, ese equilibrio se reflejará a su vez en la valoración que se da al impacto que tienen las políticas de discriminación de precios en cuatro grandes áreas: la redistribución de ingresos, la asignación de recursos, la estructura de los mercados y el volumen de producto final.

En los Estados Unidos, las críticas⁸⁷ más feroces que ha recibido la ley Robinson Patman van dirigidas a denunciar el hecho de que esa regulación lo único que consigue es reducir la eficiencia económica, reducir también el nivel de bienestar social, provocar una mala asignación de recursos, y un desperdicio de los mismos. Se ha señalado acertadamente⁸⁸ que constatar los efectos negativos de la discriminación de precios económica es perfectamente compatible con la crítica de la Robinson Patman Act, ya que ésta no se dirige contra la *discriminación de precios* sino únicamente contra las *diferencias de precios*. Iremos viendo en apartados siguientes en qué áreas de la economía se proyecta la influencia de esta norma. Lo cierto es que desde la fecha en que se promulgó -1936- hasta la actualidad incontables decisiones sobre políticas de precios en los Estados Unidos han estado regidos por esta Ley; si, como esperamos poder demostrar a lo largo de este trabajo, los presupuestos sobre los que se construyó y la forma de aplicarla han sido incorrectos, debido a ella “la necesaria deformación de los procesos del mercado y la destrucción de riqueza nacional han sido enormes”⁸⁹.

No se trata de adelantar aquí una valoración global sobre la discriminación de precios en Estados Unidos, pues nos faltan todavía los elementos de juicio necesarios para ello. Pero sí es necesaria una rehabilitación de esta figura, y hacer que el concepto económico de discriminación, que en esa disciplina existe carente de todo significado peyorativo, cuando haga su aparición en el mundo del derecho de la competencia no esté demonizado, ya que hay sectores y situaciones -como p.ej., cuando existen elevados niveles de costes fijos en una rama de actividad- en los que “la discriminación de precios es la verdadera esencia de cómo funciona la competencia”⁹⁰.

Por su parte, la doctrina europea no ha sido más benévola con la regla establecida en el art. 82 del Tratado de la Unión Europea (antes art. 86 TCEE). Es evidente que, al igual que ocurre en el ámbito estadounidense, es imposible dar una valoración global de la práctica de la discriminación de precios en términos de “buena”

⁸⁶ BLAKENEY, M., *op.cit.*, pág. 494.

⁸⁷ *Vid.*, por ejemplo, “Antitrust Law – Robinson Patman Act – Ninth Circuit rules that secondary-line Price Discrimination cannot be rebutted by showing of no anticompetitive effect”, *11 Harv. L. Rev.* 616 (1997), pág. 616.

⁸⁸ CELNICKER, A. y SEAMAN, B., *op.cit.*, pág. 820, nota nº 31.

⁸⁹ BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 384.

⁹⁰ RIDYARD, D., “Regulation of Price Discrimination and Predation by Dominant Firms – Lessons from the OFGAS Valueplus Decision”, *NERA Working Paper N° 7*, Julio 1998, pág. 16.

o “mala”, ya que la complejidad y variedad de situaciones en los que dicho fenómeno puede encontrarse hace que un enfoque más cauto y pragmático no sólo sea aconsejable, sino absolutamente necesario. Con todo, las valoraciones que han seguido a la ya comentada decisión *United Brands* no pueden ser más negativas. En esa sentencia se hace un análisis de las políticas de precios de las empresas, estableciéndose la norma de interpretación para los casos de discriminación. En opinión de parte de la doctrina, “si se sigue esa pauta, en primer lugar se verán perjudicadas las regiones más pobres de la Comunidad Económica Europea en beneficio de las más ricas, y en segundo lugar se introducirán ineficiencias en las estructuras comerciales de las empresas de la Comunidad”⁹¹.

La Sentencia *United Brands* ha sido analizada con profusión, y las conclusiones que se extraen de la misma parecen ser siempre las mismas: “los consumidores no mejoran su posición porque tienen que pagar el mismo precio (...); la eficiencia económica tampoco aumenta porque prohibir la discriminación favorece la integración vertical de las empresas, con lo que lo único que se consigue es un reforzamiento de una posición de dominio ya existente”⁹²; “por desgracia, la legislación comunitaria está todavía insuficientemente desarrollada para ofrecer criterios claros”⁹³. Particularmente pesimista se presenta un sector de la doctrina italiana, encabezada por el profesor PARDOLESI, cuando afirma que “parece que una decisión así de compleja e impenetrable va a enturbiar cualquier expectativa de futuro”⁹⁴.

Veamos, pues, los principales efectos que las políticas de precios discriminatorios tienen sobre las rentas o ingresos, la asignación de recursos, el volumen de producto (*output*) final y la estructura de los mercados.

A) Redistribución de rentas.

El efecto de la discriminación de precios en la redistribución de rentas se puede considerar desde una doble perspectiva: por un lado, “la discriminación lleva a una redistribución de los ingresos desde los clientes hacia quien discrimina en precios”⁹⁵; por otro, “redistribuye la renta desde los grupos con elasticidad baja hacia los grupos con elasticidad alta y hacia el monopolista”⁹⁶. Una de las razones más claras para que un vendedor discrimine en precios es precisamente realizar -a costa de los clientes- mayores beneficios de los que obtendría si no discriminara, beneficios que por ello se han venido en denominar “supracompetitivos”, es decir superiores a los que se tendrían si los precios fueran los competitivos.

El que esto sea bueno o no, ya no es una cuestión de teoría económica sino más bien de política legislativa; sin embargo, parece claro que el crecimiento de los beneficios del monopolista a expensas de los consumidores no es muy deseable, además de que los grupos con demanda más elástica son a menudo (aunque no siempre) los consumidores con mayor capacidad adquisitiva. O puede ocurrir que el mercado más rígido sea el doméstico, y el más elástico el extranjero, con lo que entrarían en juego consideraciones de tipo proteccionista. Igualmente, a veces no resulta fácil encontrar

⁹¹ BISHOP, W., “Price Discrimination under Article 86: Political Economy in the European Court”, *Mod. L. Rev.*, Mayo 1981, n° 44, pág. 282.

⁹² ZANON, L., *op.cit.*, pág. 51.

⁹³ SIRAGUSA, M., “The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices”, *CMLR*, n° 16, 1979, pág. 193.

⁹⁴ PARDOLESI, R., “Art. 86 trattato CEE: il prezzo del `decollo””, *Il Foro Italiano*, Vol.4, 1978, c. 536.

⁹⁵ BLAKENEY, M., *op.cit.*, pág. 495.

⁹⁶ TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 213.

una explicación económica para las diferentes tasas y honorarios que cobran los diferentes profesionales por sus servicios⁹⁷. En todos estos casos, es necesario que para considerar “buena” o “mala” la discriminación hace falta considerar más importantes los intereses de los miembros del mercado más rígido (en terminología⁹⁸ de la profesora ROBINSON, el *mercado más fuerte*) que los del mercado más elástico (*mercado más débil*).

Un ejemplo práctico de cómo la discriminación de precios puede operar esta redistribución de rentas de manera socialmente beneficiosa nos lo ofrece el *Supermarket Report* de la Competition Commission⁹⁹ inglesa, al que venimos haciendo referencia en estas páginas. En efecto, al examinar las tácticas comerciales de las grandes cadenas de distribución alimenticia en el Reino Unido y señalar que el hecho de hacer pagar más a unas determinadas poblaciones por el hecho de que en esos mercados locales no exista competencia para la oferta es discriminatorio, añade que “si los costes varían en función de circunstancias de mercado regional, entonces un precio uniforme significaría que los consumidores en áreas de bajo coste están subsidiando a los consumidores en áreas de alto coste. Esto además implica una redistribución de rentas socialmente indeseable de zonas de bajos ingresos a zonas de altos ingresos (si las áreas de bajos costes coinciden con las zonas de bajos ingresos)”¹⁰⁰.

Para el sector de la doctrina más ligado a la escuela de Chicago, en cambio, y según el modelo de bienestar del consumidor a que antes hemos hecho referencia, se ha sugerido que “los efectos respecto a la redistribución de ingresos en la actividad económica han de ser totalmente excluidos en la valoración de la legalidad antitrust de dicha actividad”¹⁰¹. Coherentemente con la postura de considerar la eficiencia como valor último ordenador de la vida económica, en el análisis antitrust no han de tenerse en cuenta objetivos de otra índole, como pueden ser políticas sociales o regionales.

No compartimos esta posición. Aunque es cierto que la opinión sobre una determinada distribución de la renta descansa necesariamente sobre un juicio de valor, que excede el mero análisis de eficiencia económica, pensamos que la legalidad de una conducta es precisamente fruto de una valoración, y que si una actividad tiene unas determinadas consecuencias en la forma en que las rentas van a quedar repartidas entre los diversos agentes que operan en el mercado, esas consecuencias han de tenerse en cuenta –y mucho- a la hora de enjuiciar la conducta.

Como se ha señalado acertadamente, a la hora de valorar el efecto de la discriminación de precios sobre la redistribución de rentas entran en juego “los juicios dependerán de evaluaciones subjetivas (...), la aprobación o crítica dependerá de situaciones particulares o sentimientos personales”¹⁰². No vemos la razón de que éstas hayan de excluirse del juicio antitrust.

B) En la asignación de recursos.

⁹⁷ *Vid.*, por ejemplo, la comparación que se hace para Estados Unidos entre los sueldos de los médicos, abogados, ingenieros, contables, auditores, deportistas y profesores, en SCHERER y ROSS, *op.cit.*, pág. 494, donde se sugiere que el *enriquecimiento* de algunas de estas profesiones es debido a la capacidad que tienen para discriminar entre clientes según su capacidad de pagar.

⁹⁸ ROBINSON, J., *op.cit.*, pág. 204.

⁹⁹ *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).

¹⁰⁰ *Ibid.*, Párrafo nº 7.129, pág. 127.

¹⁰¹ BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 111.

¹⁰² ZANON, L., *op.cit.*, pág. 39.

Otro de los efectos de la discriminación de precios que hay que tener en cuenta a la hora de valorar esta práctica y emitir un juicio sobre su legalidad es la asignación de recursos que provoca. La discriminación de precios se ha condenado frecuentemente porque es síntoma de comportamiento monopolístico, y la explotación de un poder monopolístico implica una mala asignación de recursos. Sin embargo, se ha señalado acertadamente¹⁰³ que esta crítica no está bien enfocada, ya que lo correcto sería preguntarse en qué circunstancias (régimen de precio único o régimen de precios discriminatorios) *dentro* de un monopolio se asignan los recursos de manera más eficiente. Es decir, que dado que la discriminación de precios no es una manera de conseguir el poder de mercado, la discusión no hay que plantearla en términos de asignación eficiente o ineficiente de recursos, sino “entre diferentes grados de asignación ineficiente de recursos, ya que se supone que el que discrimina ya es dominante antes de empezar a discriminar”¹⁰⁴.

Además, no es infrecuente que en esta fase del análisis se olviden otros efectos de la discriminación de precios en la asignación de recursos. La discusión suele plantearse en términos de discriminar o no entre clientes a los que ya se está llegando, y no se consideran potenciales mercados. Así, una de las eficiencias que la discriminación de precios consigue es que permite no sólo que todos los consumidores de un mercado tengan acceso al bien o servicio, sino llegar a mercados que, de otra manera, no serían rentables para el empresario¹⁰⁵. El primer supuesto es así porque si el empresario tuviera que elegir un precio único, al tener que satisfacer la condición de maximización de beneficios, probablemente elegirá un precio que los consumidores de renta más baja no podrán pagar. El segundo tiene lugar a través de los *subsídios cruzados*, por medio de los cuales el empresario puede financiar la actividad en un mercado poco rentable con los beneficios que obtiene en otros mercados.

En cambio, una clara ineficiencia en lo que a asignación de recursos se refiere es que bajo políticas de precios discriminatorios el consumidor al que se le aplica el precio alto está pagando una cantidad de dinero mayor que la que correspondería a un precio competitivo por el producto en cuestión. Igualmente, se ha sugerido¹⁰⁶ que, en el caso en que la discriminación se efectúe sobre bienes intermedios, se traslada una ineficiencia al mercado en el que operan los agentes a quienes vende el discriminador, ya que se estén creando disparidades de coste competitivo que no tienen nada que ver con la eficiencia de los agentes en el mercado, sino que son fruto de que unos compran a un precio más barato que otros, y eso a su vez lo trasladan al precio del producto final.

Como hemos tenido oportunidad de ver en el apartado anterior, la expectativa de rentas monopolísticas –es decir, beneficios supracompetitivos– en un mercado atraerá a una serie de recursos a ese mercado hasta reducir el precio del monopolista hasta el nivel normal¹⁰⁷. Como a este equilibrio se ha llegado no por una disminución de beneficios sino por un aumento de costes, se entiende que dichos recursos han sido “malgastados” desde un punto de vista de eficiencia económica, dando lugar a los ya estudiados “costes sociales”.

Por el contrario, en lo que a la distribución se refiere, la regla de la discriminación de precios parece que será más beneficiosa que la política de precio único, ya que al permitir al mayorista ofrecer importantes descuentos a aquellos

¹⁰³ SCHERER y ROSS, *op.cit.*, pág. 495.

¹⁰⁴ ZANON, L., *op.cit.*, pág. 39.

¹⁰⁵ BLAKENEY, M., *op.cit.*, pág. 497.

¹⁰⁶ POSNER, R. (1976), *op.cit.*, pág. 177 (Nota nº 14).

¹⁰⁷ POSNER, R. (1975), *op.cit.*, pág. 807.

minoristas que lleven a cabo esta función con un mayor ahorro de costes, provocará que subsistan los sistemas de distribución eficientes mientras que desaparecerán los ineficientes¹⁰⁸.

A este respecto, la consideración que hay que hacer sobre el peso de la eficiencia en la valoración global que se otorgue a la discriminación de precios es la misma que planteamos en el apartado anterior respecto al efecto de distribución de ingresos. La eficiencia en la asignación de recursos en el mercado es algo que hay que tener muy en cuenta cuando se enjuicie, desde el punto de vista del derecho de la competencia, una práctica pretendidamente anticompetitiva. Volveremos continuamente sobre el tema de la eficiencia, ya que, como se ha visto, para los juristas-economistas de la escuela de Chicago éste es el concepto clave de todas las políticas antitrust. Acabamos de decir que no compartimos esta opinión, pero desde luego no nos parece aceptable la opinión que imperó durante una larga temporada en los pronunciamientos antitrust del Tribunal Supremo norteamericano –manifestada, por ejemplo, por el Juez Douglas en el conocido caso *Procter & Gamble*¹⁰⁹- de que, en esta materia, el tema de la eficiencia es irrelevante.

C) Sobre el volumen de producto final.

Por la influencia que tiene sobre el bienestar social, la influencia de la discriminación de precios sobre el volumen de producto final en un mercado es uno de los temas que ha sido estudiado con más profusión por los autores, siendo una variable macroeconómica que, no obstante, no es fácil determinar con precisión.

De hecho, ante la dificultad que existe en la práctica de cuantificar con precisión el bienestar social, algunos autores llegan incluso a proponer esta medida del crecimiento del producto final como “test” para la valoración del impacto de la discriminación en el bienestar de los consumidores¹¹⁰. Por la importancia que tiene este criterio a la hora de valorar la “bondad” o “maldad” de la discriminación, y las diferencias que reviste situarse en uno u otro escenario económico, dedicaremos a esta cuestión todo el Apartado siguiente, limitándonos aquí a esbozar un resumen de lo que la Teoría Económica ha identificado para cada uno de los modelos que ha estudiado.

Como hemos indicado en la introducción a este capítulo, el análisis de qué signo experimentará la variación del volumen de producto final fruto de aplicar la discriminación de precios está muy influido por el tipo de modelo que empleemos, teniendo en cuenta además que el rigor científico con el que los modelos pueden ser tratados varía bastante de uno a otro.

En el *modelo de competencia perfecta* está claro que ninguna empresa tiene, por sí misma, poder de modificar el volumen del producto final, ya que si quisiera, por ejemplo, reducirlo para que aumentaran de precio sus productos, el resto de agentes del mercado rápidamente subirían su volumen de producción para hacer frente a esa demanda desatendida, con lo que el equilibrio se restablecería con una redistribución de las cuotas de mercado, pero no se alteraría ni el nivel de precios ni el producto final. Por tanto, en este escenario la discriminación de precios es implanteable.

¹⁰⁸ CELNICKER, A. y SEAMAN, B., *op.cit.*, pág. 853.

¹⁰⁹ *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967): “Possible economies cannot be used as a defense to illegality. Congress was aware that some mergers which lessen competition may also result in economies but it struck the balance in favor of protecting competition”.

¹¹⁰ BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 395.

Para el caso del *monopolista* la teoría económica también es clara: en general, se entiende que el monopolista tiene el poder de modificar a su antojo el volumen de producto final. Si quiere elevarlo cuenta únicamente con la limitación de la capacidad productiva; si quiere reducirlo, que será lo más habitual, ya que de esa manera elevará sus ingresos, cuenta -en ausencia de barreras de entrada significativas- con la amenaza de entrada de nuevos competidores que vengan a llenar el vacío dejado por la reducción de oferta, de nuevas empresas atraídas por la expectativa de obtención de rentas monopolísticas. La inmensa mayoría de estudios y análisis sobre políticas de discriminación de precios van referidos a este escenario; así, en el caso de discriminación de precios de primer grado, es evidente que siempre se consiguen mayores outputs que con un monopolio de precio único, tanto que se aproxima al nivel de producto que se obtendría en un mercado competitivo, por lo que en este caso la discriminación minimiza las ineficiencias productivas del monopolio simple¹¹¹. Para el caso de la discriminación imperfecta, en cambio, los efectos no están tan claros, ya que si las funciones de demanda no son lineales, tienen que satisfacerse unas determinadas condiciones para que aumente el volumen de producto final. Aunque autores como el profesor BORK opinan que ésa será la consecuencia más probable¹¹², esta posición no está admitida por toda la doctrina. Sobre todo, se ha dicho¹¹³ que aunque aumente el output no necesariamente tiene porqué aumentar el bienestar, y esto es lo que en última instancia es relevante respecto al efecto de la discriminación de precios sobre el volumen de producto final.

La teoría sobre los *mercados oligopolísticos* es una de las menos desarrolladas en la ciencia económica, y sin embargo es una de las más necesarias, ya que parece que es el escenario más conforme a la realidad hacia la que caminan los mercados modernos. Con los elementos de juicio existentes, se ha afirmado que, consecuencia de aplicar una política de precios discriminatorios, “no parece que en los mercados oligopolísticos vaya a apreciarse una reducción sustancial del volumen de producto final”¹¹⁴.

La conclusión a este apartado es, una vez más, que no es posible emitir un juicio global sobre el efecto de la discriminación de precios sobre el volumen de producto final.

D) En la estructura de los mercados.

El estudio de los efectos de la discriminación de precios sobre la estructura de los mercados ha sido frecuentemente omitidos en los trabajos y análisis existentes, probablemente debido a que su origen y fuente principal es la doctrina norteamericana, y Estados Unidos es un mercado ya integrado que no necesita perseguir, al menos como uno de sus fines prioritarios, el de la unidad, objetivo en cambio consagrado como fundamental en el Tratado de la Unión Europea, en el sentido de crear un Mercado Común integrado por todos los Estados Miembros.

En este sentido, y a partir del relevo del Comisario de Competencia Karel Van Miert por Mario Monti en Junio de 1999, uno de los criterios que se va a tomar como

¹¹¹ Esta conclusión es ya un “lugar común” en la doctrina; *Vid.*, por todos, POSNER, R. (1976), *op.cit.*, pág. 64.

¹¹² BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 397.

¹¹³ YAMEY, B., “Monopolistic Price Discrimination and Economic Welfare”, *J.L. & Econ.*, 1974, págs. 377 a 380.

¹¹⁴ BORK, R.H., *op.cit.*, pág. 181.

referencia para analizar el grado de integración del Mercado Común Europeo es precisamente la ausencia de disparidades sustanciales de precios en su seno. A tal efecto se ha encargado a un grupo de expertos la elaboración de un estudio detallado de la dispersión de precios en la Zona Euro, uno de cuyos primeros resultados ha sido la reciente publicación por parte de la Comisión Europea del *Informe sobre el funcionamiento de los mercados comunitarios de productos y capitales*¹¹⁵, sobre el que volveremos seguidamente. En la medida, por tanto, en que la discriminación de precios tenga un efecto desintegrador del mercado, causante de compartimentaciones a nivel nacional, será perseguida y sancionada por las autoridades comunitarias de Defensa de la Competencia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sido bastante taxativa en este aspecto. Ya señaló tempranamente en el Asunto *Technique Minière*¹¹⁶ que debía prestarse una especial atención a si un acuerdo era capaz de compartimentar el mercado de determinados productos entre los Estados miembros. El requisito de que el acuerdo pueda afectar al comercio está claramente cumplido si pudiera dar lugar a una compartimentación de los mercados nacionales, dificultando de este modo la *interpenetración económica* que el Tratado pretende conseguir.

Por otro lado, el prerequisite de poder de mercado a que antes hemos hecho referencia implica que la estructura del mercado en cuestión tiene un cierto grado de *concentración*, y el “discriminador” una posición de dominio, por sí mismo o a través de un cartel con otras empresas. Sin embargo, se ha dicho acertadamente que “las consecuencias negativas de la concentración de mercado no pueden atribuirse a la discriminación de precios, que es una consecuencia de dicha concentración y no su causante”¹¹⁷. Sin embargo, no es menos cierto que la capacidad de discriminar en precio, al aumentar las expectativas del beneficio derivado de un mercado concentrado, convierten el objetivo de llegar a ser monopolista en algo más atractivo que si sólo fuera posible una política de precio único.

Finalmente, desde hace tiempo el Tribunal de Justicia ha considerado que el comercio entre Estados miembros puede estar afectado en el sentido del art. 81.1 del Tratado UE si el acuerdo altera la *estructura competitiva* en el Mercado Común en una medida apreciable. Cuando el Tribunal ha apreciado este efecto lo ha hecho para incluir en el ámbito de su jurisdicción también aquellos casos en que las mercancías vendidas o los servicios prestados tenía lugar fuera de los límites geográficos del Mercado Común. Lo que ha interpretado entonces es que se considera afectado el comercio cuando se ve afectada la estructura competitiva. No es necesario que afecte a la integración o al nivel de concentración, basta que se vea alterada –entendemos que perjudicada– la estructura de la competencia. Esta formulación, que tiene su origen en el asunto *Commercial Solvents*¹¹⁸, se usa frecuentemente en casos relativos tanto al art. 82 como al art. 81.1. De hecho, en los grandes asuntos de discriminación de precios (*United Brands*, *Hoffman-La Roche*, *ECS/AKZO*, entre otros) que estamos estudiando en diversos apartados de este trabajo, el efecto sobre la estructura y la compartimentación de mercados se consideraron alternativamente.

Vemos por tanto que es necesario analizar la influencia de la discriminación de precios sobre la estructura de los mercados desde una triple perspectiva: la del nivel de

¹¹⁵ Comisión Europea, *Reforma económica: Informe sobre el funcionamiento de los mercados comunitarios de productos y capitales*, de 26 de enero de 2000, COM (2000) 26 final.

¹¹⁶ (1966) Rep. 235, p. 251.

¹¹⁷ BLAKENEY, M., *op.cit.*, pág. 498.

¹¹⁸ *Commercial Solvents c. Comisión*, Asuntos 6 y 7/73, (1974) Rep. 223, 252-253.

concentración del mercado, la del nivel de integración de los mercados y la de la estructura de la competencia misma en el mercado en cuestión.

a) Nivel de concentración del mercado.

Evidentemente no se trata aquí de hacer un desarrollo ni un estudio completo del tema de la concentración de los mercados, sino de ver en qué medida puede influir sobre ella –o verse influida- la discriminación de precios.

Una primera reflexión necesariamente ha de apuntar hacia qué valoración merece, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, el que un mercado esté altamente concentrado, frente a la opción de un mercado atomizado en multitud de empresas pequeñas.

Para el sector doctrinal más próximo a la escuela de Chicago, los procesos que culminan en la “ruptura” o división de grandes compañías (*divestiture, breaking up firms*) suelen tener consecuencias netamente negativas. En opinión del profesor POSNER, “la de-concentración puede imponer grandes costes a la sociedad al obligar a las empresas a funcionar con mayores costes; (...) no se puede soslayar el sacrificio que suponen, en términos de eficiencia y economías de escala, los procesos de de-concentración, diciendo que la eficiencia no es un factor importante en las concentraciones”¹¹⁹. Los postulados de la Teoría de la Organización Industrial y del Derecho antitrust mantienen, en general, que mayores índices de concentración de los mercados afectarán –perjudicándolos- a la estructura competitiva del mismo y al bienestar del consumidor. Siendo esto cierto, no lo es menos que hay algunos sectores en los que, por sus peculiaridades, una fusión o adquisición que aumentara el índice de concentración puede a lo mejor traer consigo precios más bajos. Este por lo menos fue el caso debatido en el asunto *U.S. v. Carilion Health System*¹²⁰, ante el Juzgado del Distrito Occidental de Virginia, que abordó una pretendida fusión entre dos hospitales de Virginia, y que se saldó con un pronunciamiento a favor de la misma, ya que los demandados por el Departamento de Justicia consiguieron probar –a través básicamente de estudios econométricos y regresiones que establecían una relación de comportamiento entre las variables *precio y concentración de mercado*- que no había ningún efecto anticompetitivo.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, una de las voces más autorizadas en el derecho de competencia europeo, el profesor MICHEL WAELBROECK, opina sin lugar a dudas¹²¹ que en el ámbito del derecho comunitario, el ordenamiento antitrust tiene dos objetivos claramente definidos: por un lado, evitar que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegue a una partición del Mercado Común; por otro, favorecer los procesos de concentración necesarios para, sin entrar en contradicción con el objetivo anterior, que las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño para estar en condiciones competitivas equiparables a las de sus homólogas estadounidenses y japonesas.

Pues bien, parece que, en la medida en que la discriminación de precios aumenta los incentivos a la concentración empresarial –en la medida en que hace más atractiva la adquisición de un grado suficiente de poder de mercado como para poder implementar

¹¹⁹ POSNER, R. (1976), *op.cit.*, págs. 89 y 91.

¹²⁰ 707 F. Supp. 840, 1989.

¹²¹ WAELBROECK, MICHEL, “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law”, en *Fordham Corporate Law Institute*, 22nd Annual Conference, 26 y 27 Oct, 1995, (Barry Hawk Editor, 1996), Chapter 10, págs. 147 a 160.

eficazmente esta política de precios- sí es un factor que favorecería esa concentración de los mercados a la que, en cierta medida, el derecho comunitario aspira.

Por otro lado, un importante aspecto de la incidencia de la regulación sobre los precios discriminatorios en cuanto al grado de concentración de los mercados hace referencia a la cuestión de la facilidad de entrada a los mismos. En efecto, si una empresa se está planteando entrar o no en un mercado que está dominado por otra, es evidente que la respuesta de ésta será más “agresiva” frente al nuevo rival si la discriminación de precios está permitida que si está prohibida. Por ello, como han señalado en su estudio los profesores ARMSTRONG y VICKERS, “la política de precios discriminatorios puede afectar significativamente al nivel de entrada que tiene lugar en un mercado, y aún al hecho de que ésta tenga lugar o no”¹²².

b) Nivel de integración de los mercados.

Como anunciábamos con anterioridad, el tema de la integración de los mercados y los elementos que se entienden contrarios a esta integración (no por ser necesariamente los causantes de la misma, sino por evidenciar la falta de integración, v.gr. la dispersión de precios), va a cobrar una creciente importancia en los próximos años en el seno de las políticas de defensa de la competencia implementadas por las autoridades antitrust comunitarias.

No se trata de introducir un nuevo elemento en las políticas de competencia de la Comunidad, pues, como tendremos ocasión de ver, la persecución de todo aquello que supusiera una compartimentación de mercados (*isolating markets*) ha sido una constante en la Jurisprudencia comunitaria desde sus inicios, y la cantidad de Sentencias y Decisiones al respecto es abrumadora. Se trata ahora de llevar a cabo una implementación de las políticas de competencia con una mayor perspectiva, atendiendo no sólo al comportamiento de una empresa o un cártel merecedor de sanción, sino a la estructura del Mercado Común, al comportamiento de sus precios en su conjunto. En la Decisión *Kodak*, anteriormente citada, encontramos expuesta -hace ya más de 30 años- una formulación clara de este principio¹²³.

Como era de esperar, ésta fue una de las cuestiones abordadas con mayor profundidad por la Sentencia *United Brands*. Con claridad meridiana –pero errando en su análisis- afirma el Tribunal de Justicia en los párrafos nº 232 y 233 de su pronunciamiento que¹²⁴:

“estos precios discriminatorios, que varían según las circunstancias de cada Estado miembro, son un obstáculo para la libre circulación de mercancías y su efecto era aumentado por la cláusula de prohibición de los plátanos verdes y por la reducción del suministro de las

¹²² ARMSTRONG, M. y VICKERS, J., “Price Discrimination, Competition and Regulation”, *J. Ind. Econ.*, Vol. 41, nº 4, Diciembre 1993, pág. 335.

¹²³ Decisión de la Comisión, de 7 de Julio de 1970 (IV/24.055 – *Kodak*), D.O.C.E. L 147/24, de 7 de julio de 1970: “estas Condiciones de Venta tienen el efecto de compartimentar los mercados de cada Estado miembro y de excluir de cada uno de ellos la competencia de los precios aplicados en el resto. En consecuencia, estas Condiciones restringen la competencia en el Mercado Común y son capaces de afectar al comercio entre Estados miembros” (párrafo nº 17).

¹²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. E.C. Commission*, Caso 27/76, (1978) E.C.R. p. 207.

cantidades solicitadas. Esta rígida partición de los mercados nacionales se creaba a partir de los niveles de precios, que eran artificialmente diferentes, situando a unos distribuidores en desventaja competitiva, si se compara con cómo serían las condiciones de mercado si la competencia no hubiera sido falseada”.

Comentando este aspecto concreto, han señalado los profesores WAELBROECK y FRIGNANI que “desde un punto de vista económico, el hecho de que un proveedor adopte una política de precios consistente en aplicar en cada mercado lo que éste ‘pueda soportar’ no altera las condiciones de la competencia. Sin embargo, en *United Brands* la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea consideraron dicha práctica como una discriminación ilegal”¹²⁵.

En el párrafo nº 290 de esta Sentencia, al establecer la gravedad de estas prácticas de cara a la imposición de la correspondiente sanción, el Tribunal de Justicia señala que los efectos de la conducta de *United Brands* son “*manifiestamente incompatibles con los objetivos del Tratado de la integración de mercados*”. En un primer estadio de su desarrollo, la legislación comunitaria tendente a conseguir este objetivo lo ha hecho aún a costa de sancionar conductas o acuerdos cuya naturaleza, mirada desde una perspectiva únicamente económica, era pro-competitiva. (*Vid.*, por ejemplo, la Sentencia *Consten / Grundig*¹²⁶).

Es evidente que la empresa clásica que fabricaba un único producto y lo vendía en un único mercado no tiene en la actualidad vigencia alguna. Las empresas habitualmente fabrican una amplia gama de productos, y los venden en varios mercados a la vez. Al intentar maximizar el precio en cada mercado, aprovechándose de las segmentaciones tanto horizontales como verticales y de las consiguientes diversas condiciones de demanda, el resultado es una combinación de discriminación de precios de segundo y tercer grado, “mal vista” por las autoridades de competencia ya que, como se ha señalado “se tiene la opinión de que las variaciones geográficas en los precios son injustas, o por lo menos reflejan barreras a la competencia, y la limitación de semejante desigualdad es uno de las piezas clave para conseguir el ambicionado mercado único que señala el Tratado de la Unión Europea”¹²⁷.

En la década de los 90, una de las Decisiones más emblemáticas de la Comisión relativa al efecto que puede tener la discriminación de precios sobre la compartimentación de los mercados nacionales es sin duda ninguna el pronunciamiento *Tetra Pak II*¹²⁸, en el que, a lo largo de sus más de sesenta páginas, se lleva a cabo un pormenorizado estudio de esta cuestión. Como es sabido, el grupo Tetra Pak es uno de los líderes mundiales en el sector del acondicionamiento en envases de cartón de

¹²⁵ WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 583.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, (1979) Rep. 461, Apartado nº 89: “(...) *lo que tiene verdadera importancia es si el acuerdo puede constituir una amenaza, directa o indirecta, actual o potencial, a la libertad de comercio entre los Estados miembros, de tal forma que pueda perjudicar el logro de los objetivos propios de un mercado único entre los Estados. Por tanto, el hecho de que el acuerdo fomente un incremento incluso importante, en el volumen de comercio entre los Estados no es suficiente para excluir la posibilidad de que el acuerdo pueda ‘afectar’ dicho comercio de la forma antes mencionada*”.

¹²⁷ IRELAND, N., “On the Welfare Effects of Regulating Price Discrimination”, *J. Ind. Econ.*, Vol. 40, nº 3, Septiembre 1992, pág. 237.

¹²⁸ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 1991 (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), *D.O.C.E.* L 72/1, de 18 de marzo de 1992.

productos alimenticios líquidos y semilíquidos. El grupo opera tanto en el sector del envasado no aséptico de productos frescos como en el del envasado aséptico de productos de larga conservación, donde disfruta de una posición de cuasi monopolio. El denunciante en esta ocasión fue el grupo Elopak, principal competidor de Tetra Pak en el sector de acondicionamiento en envases de cartón de líquidos alimenticios frescos, pero cuyas actividades no se extendían, en el momento de la denuncia, al sector aséptico.

El 27 de septiembre de 1983, Elopak Italia presentaba una denuncia ante la Comisión contra Tetra Pak Italiana y sus sociedades asociadas en Italia, por entender que en años precedentes ésta había intentado reducir la capacidad competitiva de Elopak en dicho país siguiendo unas prácticas comerciales que debían considerarse abusivas al tratarse de una empresa en posición dominante. Según Elopak estas prácticas consistían fundamentalmente en la venta de un determinado tipo de envases de cartón (los envases “Rex”) a precios abusivos, la imposición de condiciones desleales al suministro de máquinas de llenado de estos envases, y en algunos casos, la venta de este material a precios también abusivos.

Del análisis de las Condiciones contractuales de venta (obligación de utilizar únicamente envases Tetra Pak en las máquinas, obligación de suministro exclusivo, obligación de informar a Tetra Pak de toda mejora o modificación aportada a los envases, presentación mensual de un informe, etc.) y de arrendamiento material (prohibiciones relativas al añadido de accesorios, a las modificaciones y al desplazamiento del material, obligación de utilización exclusiva de cajas, embalajes o contenedores de transporte Tetra Pak, obligación de dar preferencia a Tetra Pak en materia de aprovisionamiento, etc.) y de los envases de cartón Tetra Pak (exclusividad de aprovisionamiento, duración del contrato, fijación unilateral de los precios por Tetra Pak sin marco de referencia contractual, etc.) concluye la Comisión en el párrafo nº 146 de la Decisión que:

“habida cuenta de la posición del grupo Tetra Pak en el mercado y del sistema de distribución autónomo que ha establecido, las restricciones de la competencia derivadas de las cláusulas contractuales son suficientes para hacer posible una compartimentación de los mercados nacionales dentro de la Comunidad”.

En definitiva lo que la Comisión refleja en su pronunciamiento es la idea de que la separación de mercados es un requisito necesario para llevar a cabo eficazmente una política de discriminación de precios; así, insiste la Comisión en el párrafo nº 154 de la Decisión en que:

“estas disparidades (de precios) han sido posibles por la política de separación de los mercados que Tetra Pak ha conseguido mantener artificialmente, creando así las condiciones que permiten el éxito de políticas tales como una política dirigida a maximizar los beneficios, basada en la discriminación (...)”.

La Decisión fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia, quien en su Sentencia *Tetra Pak c. Comisión*¹²⁹ confirmó en su práctica totalidad la postura de la

¹²⁹ “el Tribunal de Primera Instancia declara que las disparidades de precio comprobadas no podían responder a condiciones objetivas del mercado. En el presente caso, las importantes diferencias de

Comisión y reprodujo en el párrafo nº 170 de su pronunciamiento la valoración expuesta.

Igual razonamiento encontramos en otra de las Sentencias claves en lo que a política de precios de las empresas se refiere, la recaída en el Asunto *Hoffmann-La Roche*¹³⁰. Este importante pronunciamiento, dictado como consecuencia del recurso planteado por dicha empresa a la ya citada Decisión *Vitaminas*, da cuenta de la llamada “English Clause”, según la cual aquellos clientes de Hoffmann-La Roche que tuvieran ofertas de competidores de ésta en condiciones más favorables que las establecidas en su contrato, podían reclamar a Hoffmann-La Roche que reajustara los precios de sus productos hasta igualar las condiciones de la oferta recibida. Esta cláusula, conocida en nuestra doctrina como *Cláusula de Cliente Más Favorecido*, tiene –como veremos– una peculiar relevancia en el tema que nos ocupa. La conclusión del Tribunal de Justicia, recogida en el párrafo nº 126 de su Sentencia fue que:

“la actual redacción de bastantes de las cláusulas inglesas (incluidas en los contratos de Hoffmann-La Roche) implica que la partición de mercados se mantendrá, haciendo posible aplicar diferentes precios en los diferentes Estados miembros”.

Finalmente, un ámbito donde las consideraciones en torno a la compartimentación de mercados y la discriminación de precios¹³¹ son particularmente frecuentes es el de las *importaciones paralelas*. Por importaciones paralelas se entiende la importación en un Estado miembro de la Comunidad Europea, a través de canales distintos de los previstos por el fabricante y con independencia de su voluntad, de productos originales lícitamente puestos a la venta en otro Estado miembro. En la práctica, el elemento determinante para que esto ocurra es la existencia de una diferencia en el precio de venta de dichos productos en dos o más Estados miembros.

Es indiscutible que, en las mercancías de precio libre, dicho fenómeno es económicamente deseable y constituye un elemento importante para la consecución de un verdadero mercado único¹³², ya que provoca una convergencia de los precios a la baja a la vez que impulsa la eficiencia y la competitividad empresarial. Sin embargo, en algunos sectores, como p.ej. el de los productos farmacéuticos, hay un factor que viene a alterar el razonamiento anteriormente expuesto: el hecho de que las diferencias en los precios obedecen a unos mecanismos de control que existen en algunos Estados miembros (entre ellos España) y en otros no. Como ha sido puesto de manifiesto por la

precios de las máquinas y de los envases de cartón observadas, se produjeron en el marco de una compartimentación de los mercados nacionales provocada por las cláusulas contractuales de venta asociada, reforzada por el sistema de producción y de distribución autónoma de Tetra Pak, y por el cuasi monopolio ejercido por el grupo en los mercados asépticos en toda la Comunidad”. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak Internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-83/91, (1994) Rec. p. II-0755.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 85/76, (1979) E.C.R. p. 461.

¹³¹ *Vid.*, por ejemplo, MALUEG, D. y SCHWARTZ, M., “Parallel imports, demand dispersion, and international price discrimination”, 37 *J. Int. Econ.* 167 (1994), en donde se señala –una vez más– cómo una ventaja de permitir la discriminación de precios es que hay mercados que son servidos, habitualmente países más pobres con demandas bajas, que bajo un régimen de precio uniforme quedarían desabastecidos (pág. 190) y que más que permitir una discriminación absoluta, se consigue maximizar el bienestar con “sistemas mixtos” que mitiguen el impacto redistribucional de los precios discriminatorios (pág. 191).

¹³² BERCOVITZ, A., “Las importaciones paralelas de medicamentos en la C.E.E.”, *RD Pr.*, Diciembre 1986, pág. 996.

doctrina, se entiende que “las importaciones paralelas de medicamentos provocan un falseamiento de la competencia en aquellos mercados en los que el precio no se halla intervenido”¹³³. Ya no se exportan “mejores condiciones de competencia”¹³⁴ sino el resultado de una mera intervención administrativa.

No se trata aquí de hacer un estudio detallado de esta importante cuestión, y sus efectos sobre el objetivo de integración del Mercado Común. Sí tenemos que insistir en que la discriminación de precios juega un papel esencial en el comercio paralelo¹³⁵, y éste a su vez tiene un papel muy relevante en cuanto a la integración de mercados se refiere. Esto ha dado lugar a numerosas Decisiones de la Comisión, en todo tipo de ámbitos y sectores comerciales.

En el ámbito del comercio paralelo de especialidades farmacéuticas al que antes se ha hecho referencia, multando a empresas que mediante prohibiciones a la exportación de sus productos impedían el comercio entre Estados miembros –en la Decisión *Johnson & Johnson*¹³⁶, se abordó las restricciones a la comercialización entre el Reino Unido y Alemania del test de embarazo “Gravindex” desarrollado por dicha empresa-. Lo mismo que entre empresas de juguetes electrónicos y coches teledirigidos (Decisión *Polistil/Arbois*¹³⁷) o de alta tecnología aplicada a la utilización de controles numéricos en la automatización de procesos industriales (Decisión *Siemens/Fanuc*¹³⁸). En todos ellos, como en otras decisiones recaídas en el sector de bebidas alcohólicas (Decisión *Hennessy/Henkell*¹³⁹), la argumentación de la Comisión es invariable: utilizar, bien a través de cláusulas de prohibición de las exportaciones o a través de políticas de doble precio, sistemas para protegerse de las importaciones paralelas de los cuales se derive una compartimentación de los mercados nacionales es una práctica que se entiende contraria a los objetivos del Mercado Común.

De igual modo ha razonado, en este sector, el Tribunal de Justicia, cuando se ha pronunciado sobre recursos a Decisiones de la Comisión, como p. ej., en la Sentencia recaída en el caso *Distillers*¹⁴⁰, insistiendo en que una política de doble precio consistente en cobrar diferentes cantidades por el mismo producto según se destine a consumo interno o a la exportación, es una práctica contraria a los objetivos del Tratado de la Unión Europea.

Por tanto, y para acabar este Apartado, se puede extraer una conclusión, cuya importancia básica se deriva del hecho de que, como ha quedado dicho, el derecho

¹³³ FOLGUERA, J. y MASSAGUER, J., “Las importaciones paralelas de medicamentos ante el derecho comunitario: aspectos relativos a la libre circulación de mercancías y a los derechos de propiedad industrial”, *Informe CEDEF sobre importaciones paralelas*, 1995, pág. 39.

¹³⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., “El injustificado comercio paralelo de medicamentos de precio intervenido”, *GJ*, nº 201, Junio / Julio 1999, pág. 76.

¹³⁵ *Vid.*, a este respecto, DÍEZ ESTELLA, F., “Los precios discriminatorios como defensa frente a las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la Unión Europea (Comentario a la Resolución del TDC, de 16.X.98, Expte. MC 29/98, *GLAXO*)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000.

¹³⁶ Decisión de la Comisión 80/1283/CEE, de 25 de noviembre de 1980 (IV/29.792 – *Johnson & Johnson*), *D.O.C.E.* L 377/16, de 31 de diciembre de 1980.

¹³⁷ Decisión de la Comisión 84/282/CEE, de 16 de mayo de 1984 (IV/30.658 – *Polistil/Arboris*), *D.O.C.E.* L 136/9, de 23 de mayo de 1984.

¹³⁸ Decisión de la Comisión 85/618/CEE, de 18 de diciembre de 1985 (IV/30.739 – *Siemens/Fanuc*), *D.O.C.E.* L376/29, de 31 de diciembre de 1985.

¹³⁹ Decisión de la Comisión 80/1333/CEE, de 11 de diciembre de 1980 (IV/26.912 – *Hennessy/Henkell*) *D.O.C.E.* L383/11, de 31 de diciembre de 1980.

¹⁴⁰ Sentencia del TJCE, de 10 de julio de 1980, Asunto 30/78, *Distillers Company Limited c. Comisión de las Comunidades Europeas*, (1980) E.C.R. p. 2229.

comunitario de competencia “enjuicia” la bondad o maldad de la discriminación de precios con la “vara de medir” de la integración de mercados. Se trata de lo siguiente; si no se distingue adecuadamente entre diferenciación de precios (en sentido económico) y discriminación de precios (en sentido legal), por un lado; y no se distinguen, por otro, el hecho de “aprovecharse” de la existencia de disparidades de precios de las medidas anticompetitivas que se implementan para favorecer esos diferenciales, y en consecuencia los órganos comunitarios sancionan cualquier disparidad de precios per se, entonces estarán consiguiendo precisamente el objetivo contrario a lo que persiguen, ya que imponer unos precios uniformes cuando el mercado discurre por otros cauces es, sencilla y llanamente, acentuar las diferencias económicas y sociales ya existentes.

En palabras de los profesores WAELBROECK y FRIGNANI, “en nuestra opinión, el simple hecho de que una empresa dominante adapte su política comercial a las diferentes condiciones de mercado no constituye un abuso (...). Si se prohíbe a las empresas que detentan una posición de dominio beneficiarse de los precios más altos que puede obtener en algunos Estados miembros que los que obtiene en otros, se le estará haciendo responsable indirecto a esa empresa de la falta de consecución del objetivo del mercado único”¹⁴¹.

Esto se deduce de todo lo expuesto hasta aquí, en el sentido de que los precios discriminatorios no dividen el mercado, sino que aprovechan la compartimentación *preexistente* para obtener un beneficio supracompetitivo. Lo anticompetitivo no son, por tanto, los precios, sino las fórmulas empleadas para crear –o mantener- la división de los mercados. Pero, salvo en circunstancias concretas –como las señaladas para el sector de especialidades farmacéuticas-, prohibir los precios discriminatorios en la Unión Europea no lleva sino a alejarse del ansiado fin de la integración en un Mercado verdaderamente Único.

c) Alteración de la estructura de la competencia.

Además de apreciar, como hemos tenido oportunidad de ver que la discriminación de precios tiene unos determinados efectos sobre el nivel de concentración en los mercados así como el grado de integración de los mismos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la Comisión han tomado en consideración, en otras ocasiones, el efecto de esta práctica empresarial sobre un elemento cuya delimitación dificultad plantea no pocas dificultades: la estructura de la competencia. Decimos que plantea no pocas dificultades porque en ocasiones no es sencillo distinguir cuándo una conducta o acuerdo pretendidamente anticompetitivo lo es hasta el punto de que sus resultados –que no necesariamente son perjudiciales desde un punto de vista netamente económico- caigan sin embargo en la categoría jurídica de “efectos apreciables” sobre el comercio intracomunitario.

En línea con la tan denostada jurisprudencia norteamericana derivada de la *Robinson Patman Act*, encontramos algunas Sentencias del Tribunal de Justicia y Decisiones de la Comisión que parecen sacrificar aspectos netamente beneficiosos de la competencia (v.gr. un aumento del volumen de comercio) en aras de la protección de la estructura competitiva de los mercados. Así, siguiendo el precedente antes citado *Consten/Grundig*, en la Decisión *Napier Brown/Irish Sugar*¹⁴² la Comisión sancionó una conducta de la empresa British Sugar PLC por un supuesto abuso de la posición

¹⁴¹ WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *op.cit.*, pág. 585.

¹⁴² Decisión de la Comisión, de 18 de julio de 1988 (IV/30.178 – *Napier Brown / Irish Sugar*), D.O.C.E. L 284/41, de 19 de octubre de 1988.

dominante que ostentaba en el mercado británico del azúcar granulado consistente en una negativa de suministro. Y se afirma en el párrafo nº 80 de la Decisión que “*el hecho de que la negativa de British Sugar a suministrar aumentara efectivamente el comercio entre los Estados miembros no impide que la acción de British Sugar afecte al comercio en el sentido del artículo 86*”.

Al enfrentarse a un concepto tan difuso como la *estructura de la competencia* es cuando más se echa de menos un estándar económico a la hora de valorar y juzgar prácticas de las empresas presuntamente “anticompetitivas”. En terminología anglosajona, y más concretamente norteamericana, podemos decir que aquí más que en ningún sitio está totalmente fuera de lugar aplicar prohibiciones *per se*, siendo necesario introducir categorías de enjuiciamiento más próximas a la *rule of reason*. En efecto, no es fácil discernir cuando una práctica empresarial que se prejuzga anticompetitiva a lo mejor lo único que supone es una reacción eficiente frente a las imperfecciones del mercado.

De ahí que, una vez más, la conclusión que puede extraerse a este respecto es la de afirmar, categóricamente, que la discriminación de precios no es, en cuanto a la estructura competitiva de un mercado, ni favorable ni perjudicial *per se*, sino que habrá que estar a un análisis caso por caso para poder evaluar sus efectos sobre el mercado y, en consecuencia, su hipotético carácter anticompetitivo.

9. La discriminación de precios y el bienestar social.

Llegamos, finalmente, a la valoración económica que, para un amplio sector doctrinal, más importancia tiene de cara a emitir un juicio legal sobre la discriminación de precios: su impacto sobre el bienestar social. A pesar de todos los matices que se han expuesto, y el debate sobre los fines de las políticas antitrust tanto en Norteamérica como en la Unión Europea, lo cierto es que en la mente del legislador y de las autoridades que aplican el derecho de la competencia late esta cuestión fundamental siempre que se enfrentan a una práctica pretendidamente anticompetitiva: ¿en qué forma esta conducta afecta al bienestar social?

Como tendremos ocasión de ver, gran parte de las opiniones sobre la aplicación de la Robinson Patman Act a las políticas de precios de las empresas alaban la consecución de objetivos de bienestar del consumidor¹⁴³ o critican las ineficiencias derivadas de esta ley americana sobre precios discriminatorios.

Habida cuenta de que la respuesta a estas cuestiones va a venir altamente condicionada por el modelo económico en el que se lleve a cabo el análisis y por los instrumentos mismos de análisis que utilicemos (empezando por el concepto mismo de *bienestar social*) vamos a efectuar el desarrollo de esta cuestión en cuatro apartados. Primero se llevará a cabo un “repaso” de los postulados microeconómicos que subyacen en las políticas de Defensa de la Competencia. A continuación, las conclusiones a las que se han llegado en la teoría económica del impacto de las políticas de precios

¹⁴³ *Vid.*, por ejemplo, MAY, K., “Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.: A Victory for Consumer Welfare under the Robinson Patman Act”, 28 *U. Rich. L. Rev.* 507 (1994), en donde se afirma (pág. 507), recogiendo una conocida afirmación del fiscal KENNETH STARR, que “la Robinson Patman Act no puede verse como un acto de esquizofrenia del Congreso, una isla anticompetitiva situada en el –por otro lado– turbulento mar de la eficiencia procompetitiva y la maximización del bienestar del consumidor, los grandes principios de las leyes antitrust norteamericanas”.

discriminatorios en los dos escenarios más comunes en los mercados reales: el monopolio y el oligopolio. Finalmente, se aportará un apartado de conclusiones.

A) Algunos postulados microeconómicos previos.

Las políticas que se implementan en la Unión Europea van orientadas hacia la consecución de un objetivo muy concreto: la mejora del bienestar social. Para ello, se asumen implícitamente una serie de postulados microeconómicos sobre el comercio y la competencia que, aunque han sido saliendo ya a lo largo de este capítulo, quizá convenga ahora recordar de forma sistemática y sucinta¹⁴⁴.

El primero hace referencia al libre comercio. Tradicionalmente, el argumento que se ha utilizado para la defensa del libre comercio es el de la “ventaja comparativa”: dos o más países gozarán de un mayor nivel de bienestar si cada uno produce y exporta aquellos bienes y servicios que puede producir *comparativamente* de manera más eficiente. Este enfoque, sin embargo, no es tan útil cuando analizamos el comercio intraindustrial, es decir, aquel que se da entre países cuyo nivel de desarrollo es parecido y también lo son, en consecuencia, los ratios de recursos empleados en la producción de bienes.

El segundo concepto a tener en cuenta es el de competencia. El objetivo tradicional de las políticas en este área ha sido precisamente promover la competencia y evitar las conductas y comportamientos que puedan restringirla. Esto se fundamenta en un sencillo análisis económico: en el modelo neoclásico, la competencia es preferida al monopolio porque genera un equilibrio de precios que consigue una asignación eficiente de recursos, a partir de la relación *precio = coste marginal*, y anula los beneficios extraordinarios (entendidos como aquellos fuera del beneficio normal de la empresa).

En este tipo de modelos¹⁴⁵, la ausencia de barreras de entrada es beneficiosa, y también lo es el arbitraje (adquirir bienes en un mercado y venderlos en otro en donde su precio sea mayor), ya que son dos condiciones necesarias -aunque no suficientes- para impulsar la eficiencia empresarial: el productor no eficiente está continuamente “amenazado” por productores que pueden ser más eficientes que él, lo que le obliga a mejorar sus procesos o se verá obligado a salir del mercado.

Sin embargo, a partir de los trabajos de SCHUMPETER¹⁴⁶, se empieza a considerar a la competitividad como la pieza clave para el progreso. Nuevas firmas y tecnologías sustituyen a las anteriores. El mercado es impulsado por empresarios dinámicos e innovadores. Estar a la cabeza es esencial y sólo triunfa el que arriesga. La presunción sigue siendo favorable a la competencia, pero no como una forma de asegurar una asignación eficiente de recursos vía precios sino como un medio de obtener la necesaria recuperación de la inversión realizada para el desarrollo y lanzamiento de nuevos productos, recuperación que se conseguirá únicamente vía rentas monopolísticas, derivadas de una posición -siquiera temporal- de dominio del mercado.

Esta afirmación, que ha pasado a la historia como la hipótesis schumpeteriana y es compartida con igual entusiasmo por economistas como J. K. GALBRAITH¹⁴⁷, viene

¹⁴⁴ Esta sección está inspirada en BOOER, T., EDMONDS, P., GLYNN, D. y OGLIALORO, C., “Economic Aspects of the Single European Market in Pharmaceuticals”, *ECLR*, vol. 20, nº 5, mayo 1999, pp. 256 y ss.

¹⁴⁵ *Vid.* SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W., *op.cit.*, págs. 179 a 186 para una explicación más detallada de la eficiencia y la equidad en los mercados competitivos.

¹⁴⁶ SCHUMPETER, J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Ed. Harper Ross, N. Y., 1942, pág. 81.

¹⁴⁷ GALBRAITH, J.K., *American Capitalism*, Ed. Houghton Mifflin, Boston, 1952, pág. 91.

a significar que los monopolios y los oligopolios son los motores de la invención dinámica y del crecimiento tecnológico en una economía capitalista. Por ello, unas políticas excesivamente atomizadoras y contrarias a los grandes grupos empresariales podrían conllevar la destrucción de fructíferos avances derivados de los potentes recursos destinados a las áreas de I+D que aquellos poseen.

El tercer concepto clave es el de excedente del consumidor. Como ya se ha visto en un apartado precedente, a partir de un diagrama simple de oferta y demanda, (*Vid. SUPR.*, Figura 4.1.), siempre hay un grupo de consumidores que están dispuestos a pagar por la cantidad X un precio superior al establecido en el equilibrio (P_x); la suma de las cantidades que hubieran pagado de más es lo que recibe el nombre de excedente del consumidor.

Un ejemplo servirá para aclarar este concepto: el consumidor A está dispuesto a pagar €1.200 por un ordenador nuevo; el consumidor B, cuyos ingresos son inferiores, pagaría sólo €1.000. Si el ordenador cuesta €1.100, A lo comprará y tendrá además un excedente del consumidor de €100, mientras que B esperará. Si debido a una mejora tecnológica el ordenador pasa a costar €900, A lo comprará, con un excedente del consumidor de €300, y B también lo comprará, con un excedente del consumidor de €100. El total del excedente del consumidor ha pasado de €100 a €400.

En igual sentido, se define el excedente del productor como la diferencia entre las rentas derivadas de la utilización de unos servicios o factores productivos y el coste que supone la adquisición y mantenimiento de cada uno de ellos.

Los economistas siempre han admitido que un cambio que suponga que al menos unos mejoren y otros se queden igual (conocido como óptimo de Pareto) es, en general, una ganancia. Esta medida se aplica perfectamente a la mejora del bienestar, siendo el criterio de medida del bienestar social -según el esquema de Marshall- la suma del excedente del consumidor y del excedente del productor. En este modelo, como ya se ha explicado anteriormente, la política de precios viene definida por la regla *precio = coste marginal*, entendiéndose que es ésta relación la que asegura una asignación eficiente de recursos y la que maximiza el bienestar social.

B) La discriminación llevada a cabo por un monopolista.

Habiendo definido así el bienestar social, está claro que el monopolista¹⁴⁸ se verá beneficiado por la discriminación de precios, ya que, como mínimo, siempre puede aplicar precios uniformes en cada mercado. Siguiendo la regla de la elasticidad inversa antes mencionada, los consumidores de los mercados con una elasticidad baja se verán afectados negativamente por la discriminación, mientras que los consumidores de los mercados con alta elasticidad se verán beneficiados. En estas condiciones es posible demostrar¹⁴⁹ que la discriminación de precios reduce el nivel de bienestar si no hace aumentar el output total.

Hace más de medio siglo JOAN ROBINSON demostró algebraicamente que si a un monopolista -que aplica un precio único en dos mercados diferenciados de bienes

¹⁴⁸ Es importante precisar aquí una cuestión terminológica. Desde el punto de vista económico se entiende por monopolio un mercado en el que existe una única empresa ofertando determinados bienes o servicios. Sin embargo, en el mundo jurídico anglosajón y más específicamente norteamericano, las conductas que tratan de “monopolizar” un mercado (*attempt to monopolize*) son las sancionadas por el artículo 2 de la Sherman Act, que trasladado al ordenamiento jurídico comunitario equivalen a las conductas de “abuso de posición dominante”. Por tanto, las referencias a la literatura norteamericana han de entenderse hechas bajo esta distinción entre los significados en uno y otro ámbito.

¹⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 210.

finales con igualdad de costes- se le permitiese discriminar en precios, el volumen de producto total no cambiaría si ambos tienen funciones de demanda lineales¹⁵⁰. Este análisis, tras ser rápidamente aceptado por la doctrina, ha sido generalizado para funciones de demanda no lineales¹⁵¹, ampliado a otros supuestos introduciendo los precios de reserva y la función de utilidad¹⁵² y aplicado también, como hemos visto en apartados anteriores, a mercados de bienes intermedios¹⁵³ y a la discriminación de segundo grado¹⁵⁴.

Desde el punto de vista de la *integración vertical* la discriminación de precios juega un papel muy importante también, ya que en la medida en que permitir discriminar evita decisiones de integración vertical, y esto trae consigo habitualmente un aumento de los precios, eso es claramente perjudicial para el bienestar¹⁵⁵. Sin embargo, una cierta mejora del bienestar social debida a la discriminación de precios también se consigue evitando los costes sociales y las ineficiencias que suponen, en muchos casos, la integración de las funciones de los proveedores y suministradores que llevan a cabo las empresas¹⁵⁶, con lo que esta integración vertical significa de posible creación de una situación de dominio de mercado o reforzamiento de una ya existente. Por la relevancia que la discriminación de precios tiene de cara a la integración vertical en los mercados este tema será objeto de estudio detallado en un apartado posterior¹⁵⁷.

Si se tienen en cuenta otros factores relacionados con el bienestar (en general la compra de un bien siempre está asociada con un “mal” que es necesario para su obtención, como el tiempo gastado, búsqueda de la tienda, el regateo, comparación entre diferentes precios, etc.), se puede demostrar también que la discriminación mediante el tiempo de espera¹⁵⁸ que tiene que hacer un consumidor para adquirir un bien puede ser superior en el sentido de Pareto.

En el informe sobre el sector de la distribución comercial de alimentos elaborado por la Competition Commission¹⁵⁹ inglesa se define perfectamente el fenómeno de la discriminación de precios llevada a cabo por un monopolista, cuando se afirma (Párrafo nº 7.113) que “los diferenciales de precios es un área de preocupación para la DGFT, especialmente si las tiendas quieren explotar su poder local monopolístico”; en el informe se le llama a esto *price flexing*, y se describe con toda nitidez cómo las grandes cadenas comerciales inglesas (Budgens, CWS, Netto, Safeway, Sainsbury y Tesco) variaban sus precios –de un mismo producto- en función de las condiciones del mercado local y de la presencia o no de competidores en esa área.

¹⁵⁰ ROBINSON, J., *Economics of Imperfect Competition*, Ed. Macmillan, Londres 1933.

¹⁵¹ SCHMALENSEE, R., “Output and Welfare Implications of Monopolistic Third-Degree Price Discrimination”, *71 Am. Econ. Rev.* 242 (1981), págs. 242 a 247. Quiero agradecer al profesor RICHARD SCHMALENSEE el tiempo que me dedicó y las conversaciones mantenidas en el *Sloan Center* del M.I.T. sobre los precios discriminatorios, así como sus valiosas sugerencias y aportaciones para esta investigación.

¹⁵² VARIAN, H., “Price Discrimination and Social Welfare”, *75 Am. Econ. Rev.* 870 (1985), págs. 870 a 875.

¹⁵³ KATZ, M. L. (1987), *op.cit.*, págs. 154 a 167.

¹⁵⁴ KWOKA, JOHN E., *op.cit.*, págs. 282 a 286.

¹⁵⁵ *Vid.*, TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 217.

¹⁵⁶ KATZ, M. (1987) *op.cit.*, pág. 163.

¹⁵⁷ *Vid.*, INFRA, Capítulo IV, Apartado 3 C).

¹⁵⁸ CHIANG, R. y SPATT, C., “Imperfect Price Discrimination and Welfare”, *Rev. Econ. Studies*, 1982, núm. 49, págs. 155 a 161.

¹⁵⁹ *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).

Finalmente, tenemos que decir que en un contexto de mercado monopolístico, la conclusión a la que se llega -a la luz del debate expuesto- es únicamente la de que “la discriminación de precios puede aumentar o disminuir el bienestar”¹⁶⁰, siendo por tanto imposible con los elementos de juicio que proporciona actualmente la teoría económica dar una pauta más concluyente a este respecto. Habrá que estar, por tanto, a cada caso concreto y llevar a cabo un análisis pormenorizado de las condiciones del mercado existentes para dilucidar cómo se ve afectado el bienestar social introduciendo –o permitiendo- una práctica de precios discriminatorios.

C) El modelo oligopolístico.

En un escenario de oligopolio la conclusión a la que se llega tras hacerse la pregunta de cuál es el impacto de una política de precios discriminatorios sobre el bienestar social no es menos ambigua. Hemos tenido oportunidad de ver en el apartado anterior cómo la mayor parte de los estudios empíricos que han analizado el impacto de la discriminación de precios sobre el bienestar social lo han hecho en un escenario de monopolio o siguiendo los presupuestos del modelo de competencia perfecta. Del hecho de que la discriminación de precios tiene lugar en el contexto de un mercado oligopolístico da cuenta el propio Tribunal Supremo norteamericano, en la Sentencia *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Co.*¹⁶¹.

Afortunadamente, en la última década han empezado a proliferar también el mismo tipo de estudios, pero llevados a cabo para contextos de competencia imperfecta y oligopolio. Como ya se advirtió en la introducción a este capítulo, el enfoque jurídico de esta investigación no permite ni aconseja reproducir aquí, pese a su indudable interés, el razonamiento y los métodos de análisis que se han utilizado para esos estudios, limitándonos a recoger los resultados que arrojan para hacer de ellos un elemento de juicio sobre la juridicidad o antijuridicidad de la discriminación de precios.

Así, el profesor CORTS, en un análisis pionero en la materia, ha concluido¹⁶² que el clásico intercambio entre bienestar de los consumidores (unos mejoran y otros empeoran) típico de la discriminación monopolista puede no tener lugar en la discriminación de tercer grado entre empresas en competencia imperfecta, aunque en determinadas circunstancias y para evitar la pérdida de beneficios que supone una guerra de precios, las empresas pueden llegar a la conclusión de que la mejor estrategia son los pactos o compromisos de no aplicar políticas de precios discriminatorios. En el caso de oligopolios con fuerte simetría en la demanda (las empresas clasifican a sus consumidores y en consecuencia dividen los mercados según los mismos criterios de

¹⁶⁰ KATZ, M. L. (1984), *op.cit.*, pág. 1470.

¹⁶¹ 509 U. S. 209 (1993), Párrafo nº 35: “*la Robinson Patman Act, que reforma la Sección 2 de la Clayton Act, no contiene ningún elemento que sugiera la exclusión de su ámbito de aplicación cuando el daño al primer nivel tiene lugar en un contexto oligopolístico. Al contrario que la Sherman Act, cuyas cláusulas sólo consideran algunas formas de acuerdos expresos y monopolio, la Robinson Patman Act está formulada en términos más amplios (...). Rechazamos la creación de una exención de responsabilidad ‘per se’ para las prácticas predatorias de discriminación de precios cuando se alegue que la fase de recuperación tendrá lugar a través de una política de precios supracompetitivos en un contexto de mercado oligopolístico*”.

¹⁶² CORTS, K. S., “Third-Degree price discrimination in oligopoly: all-out competition and strategic commitment”, *RAND J. Econ.*, Vol. 29 (2), Verano 1998, págs 306 a 323.

elasticidad), se ha demostrado, en cambio, que los efectos de la discriminación de precios son similares a los que tendría en un mercado monopolístico¹⁶³.

Para el caso de la utilización del mantenimiento del precio de reventa (*Resale Price Maintenance*) en mercados oligopolísticos, se puede verificar que permitiendo a las empresas mayoristas discriminar en precios respecto a distribuidores y minoristas puede hacer aumentar el bienestar aún en el caso de que no aumente el volumen de producto final¹⁶⁴. Igualmente, cuando una firma que opera en un mercado oligopolístico es filial –por estar integrada verticalmente, o porque sus materias primas son el producto de la empresa en el mercado anterior- de otra, que ostenta una posición monopolista, ésta puede obtener un mayor beneficio discriminando –aunque no sea en precios- entre las competidoras de la empresa del mercado posterior¹⁶⁵.

De donde se deduce que, si carecemos en mercados monopolísticos de una pauta clara y unívoca sobre los efectos de la discriminación de precios, todavía se puede decir mucho menos de los mercados oligopolísticos. La conclusión, de cara al estudio que venimos realizando, es pues que habrá que estar a cada caso concreto y examinar, para cada comportamiento de una empresa a la que se acusa de prácticas supuestamente anticompetitivas, los efectos que sobre ese mercado y en ese momento tienen esas conductas.

D) Conclusiones.

De todo lo dicho anteriormente cabe extraer una única conclusión firme: no contamos –de momento- con una Teoría Económica lo suficientemente desarrollada para poder predecir, de forma general y empírica, los resultados que tendrán políticas de precios discriminatorios sobre el bienestar social. Como ese juicio es, no obstante, insoslayable para hacer una valoración sobre la legalidad de dicha práctica, habrá que estar entonces a cada caso concreto y llevar a cabo el correspondiente estudio de mercado en cada situación particular.

Ejemplos de estas soluciones *ad casum* los encontramos por doquier en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y las Decisiones de la Comisión. En el asunto *Siemens / Fanuc* antes citado, se afirma respecto al impacto de una política de precios discriminatorios sobre el bienestar social que “*debido a las diferencias de precios de los Sistemas de Control Numérico entre la Comunidad Económica Europea y el lejano Oriente y teniendo en cuenta la ausencia de comercio paralelo, para los consumidores en el Mercado Común es imposible obtener ningún beneficio*”¹⁶⁶.

En el ámbito de la jurisprudencia norteamericana también encontramos pronunciamientos en los que prácticas que se habían considerado siempre como ilegales per se pueden tener efectos beneficiosos sobre el bienestar del consumidor y por tanto no hay razón para prohibirlas. Fue, por ejemplo, lo que sucedió con los acuerdos horizontales de fijación de precios para la emisión de partidos de fútbol entre las grandes cadenas de televisión ABC, CBS y NBC y la NCAA, que agrupaba a todos los Clubes de fútbol americano, en donde el Tribunal Supremo reconoció, en la Sentencia

¹⁶³ HOLMES, T.J., “The Effects of Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly”, *79 Am. Econ. Rev.* 244 (1989), págs. 244 a 250.

¹⁶⁴ CHEN, Y., “Oligopoly Price Discrimination and Resale Price Maintenance”, *RAND J. Econ.*, Vol. 30 (3), Otoño 1999, págs. 441 a 445.

¹⁶⁵ ECONOMIDES, N., “The Incentive for non-price discrimination by an input monopolist”, *16 Int. J. of Ind. Org.* 271 (1998), págs. 271 a 284.

¹⁶⁶ Decisión *Siemens / Fanuc*, cit., párrafo nº 28.

*National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*¹⁶⁷ que en determinados acuerdos de cooperación y joint ventures los acuerdos sobre precios pueden ser necesarios para que se llegue a ofertar el bien o servicio, y que algunas restricciones horizontales, al reducir los costes de transacción, pueden redundar en beneficio del consumidor.

En paralelo con la evolución de los estudios sobre el oligopolio se está desarrollando una teoría económica sólida que explique el efecto que, en ese tipo de escenarios, tienen prácticas empresariales que frecuentemente aparecen ligadas a la discriminación de precios. Así, se ha sugerido¹⁶⁸ que en un escenario oligopolístico, la discriminación de precios de tercer grado impide al productor obtener unos márgenes óptimos sobre sus mercancías, lo que le lleva a imponer un mantenimiento de precio de reventa (MPR). Bajo ciertas condiciones, pues, el bienestar del consumidor puede aumentar gracias al MPR incluso cuando disminuya el volumen de producto final. Otros estudios han analizado la discriminación de precios oligopolística en relación a otros factores del mercado como pueden ser la localización¹⁶⁹ de las fábricas o plantas industriales con las que la empresa opere. Como se puede advertir, el abanico de factores es tan amplio que resulta inabarcable, y por tanto inútil pretender una respuesta única.

Finalmente, hay sectores en los que la discriminación de precios cumple una indudable función social y constituye una práctica no sólo procompetitiva, sino la única que garantiza la viabilidad económica de una empresa; así, como se ha puesto de manifiesto, en el sector del transporte aéreo, “en algunas circunstancias, cuando un precio uniforme establecido al nivel del coste marginal resulta inferior al coste medio de producción, el servicio *sólo* puede ofrecerse si las empresas pueden practicar la discriminación de precios. Al salir beneficiados tanto los productores como los consumidores con la supervivencia de este servicio, la discriminación de precios cumple en estos casos una función socialmente beneficiosa”¹⁷⁰.

10. El poder de compra ante la discriminación de precios.

A) Introducción.

Nos encontramos, finalmente, ante un tema tan apasionante como frecuentemente ignorado por la doctrina. En efecto, el poder de mercado desde el lado de la demanda, el *buyer bargaining power* derivado de la existencia de un único comprador (llamado *monopsonista*) o bien varios pero que pueden actuar conjuntamente (*oligopsonio*) tiene importantes consecuencias desde el punto de vista del bienestar del consumidor en el modelo que estamos estudiando, y en esta hipótesis la discriminación de precios puede jugar un papel importante.

Al igual que en el Apartado anterior, no se trata aquí de hacer un análisis exhaustivo de estas figuras ni profundizar en los postulados microeconómicos que caracterizan el ejercicio del poder de mercado desde el lado de la demanda, pero sí ver en qué medida la discriminación de precios puede contribuir al ahorro de costes sociales

¹⁶⁷ 468 U. S. 85 (1984).

¹⁶⁸ CHEN, Y., *op.cit.*, pág. 451.

¹⁶⁹ *Vid.*, sobre esta cuestión, LEDERER, P. J. y HURTER, A. P., “Competition of Firms: Discriminatory Pricing and Location”, *Econometrica*, Vol. 54, nº 3 (Mayo 1986), págs. 623 a 640.

¹⁷⁰ SCHWIETERMAN, J., *op.cit.*, pág. 38.

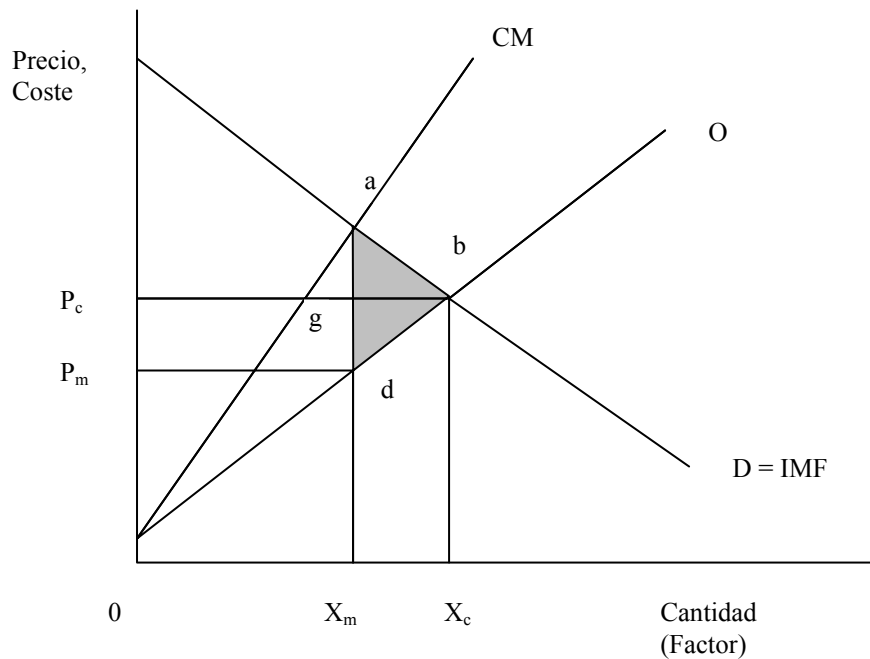
derivados del ejercicio del *poder de compra*, o es una práctica netamente anticompetitiva derivada del ejercicio de esta forma de poder de mercado.

En cualquier caso, nos parece un tema de creciente interés, por la apreciable tendencia de los demandantes a organizarse en cooperativas y todo tipo de asociaciones para llevar a cabo las compras conjuntamente. Como se ha señalado, “dado que el objetivo de muchos ‘grupos de compra’ es la obtención de precios más favorables y otros términos para sus transacciones, este tipo de operaciones pueden dar lugar a violaciones de la Robinson Patman Act (...). Aunque algunos de los primeros casos bajo esta ley implicaban precios discriminatorios que obtenían grupos de compra, no ha habido aplicación por parte de el gobierno de esta cuestión en años recientes”¹⁷¹.

B) Impacto sobre el bienestar social.

El caso más claro –el llamado *monopsonio puro*– es el del poder de mercado de un único comprador que se enfrenta a unos vendedores perfectamente competitivos. El análisis económico de este supuesto es análogo al del monopolio (en el que un único vendedor se enfrenta a una curva de demanda que aglutina a compradores perfectamente competitivos), y las consecuencias en términos de bienestar son también parecidas.

Figura 4.6



Se ha señalado que, “aunque la mayor parte de los conflictos en sede antitrust sobre abusos de poder de mercado incluyen a vendedores monopolistas más que a

¹⁷¹ FENTON, K., “Antitrust Counseling in Group Buying Issues”, *12-SPG Antitrust* 23 (1998), pág. 26.

compradores, el monopsonio puede generar unos costes sociales similares a los del monopolio”¹⁷².

El modelo se ilustra en la Figura 4.6¹⁷³. Suponemos un mercado en el que la oferta y la demanda son competitivas, y por tanto el equilibrio competitivo se obtiene donde se cruzan ambas (curvas O y D), resultando un precio de equilibrio P_c y una cantidad X_c . Imaginemos que se trata de un mercado de bienes intermedios, en el que el producto comercializado son materias primas o cualquier tipo de *factor* que es empleado por los compradores como *input* en un estadio posterior de su proceso productivo. Entonces, la demanda representada por la curva D significará también el ingreso medio obtenido a partir del input que luego se utiliza para fabricar el producto final, por lo que podemos referirnos a esta curva también como la demanda derivada del input, que es igual al ingreso medio del factor ($D = IMF$).

Consideremos ahora qué consecuencias tiene la actuación del monopsonista sobre los precios de mercado, cuando ejerce su poder de demanda. Dado que la curva de oferta (O) a la que se enfrenta tiene pendiente positiva, a medida que compre más unidades del bien (su input) será necesario un mayor nivel de producción para ajustarse al incremento de demanda, lo que llevará a un aumento del coste unitario del factor. Como este aumento de coste unitario afecta no sólo a la nueva producción sino también a la ya existente, cada unidad adicional cuesta más que el coste medio (la curva de costes marginales, CM, está a la izquierda de la curva de oferta, O). Si suponemos que el monopsonista es precio aceptante en el mercado inferior (donde él vende su producto, se enfrenta a una demanda perfectamente competitiva), para maximizar su beneficio elegirá un nivel de producción para el que se igualen su demanda derivada (del input) y su coste marginal (del factor), dando lugar a un precio de equilibrio P_m y una cantidad X_m . Para esos niveles de precio y cantidad la pérdida del bienestar del consumidor es la representada por el área sombreada *abd*.

Esta pérdida de bienestar es consecuencia de que el monopsonista restringe las compras por debajo del nivel competitivo, y ello motiva que existan recursos que no se emplean (pérdida de *eficacia asignativa*). Como consecuencia de ello cae el precio pagado por el input (en el mercado de bienes intermedios), pero como el monopsonista se enfrenta a una demanda competitiva (en el mercado de bienes finales), el precio de su producto no se ve afectado por su poder de compra, con lo que el excedente del productor se reduce en la cantidad representada por el área $P_c b d P_m$, mientras que el excedente del consumidor aumenta la cantidad representada por la diferencia entre el rectángulo $P_c g d P_m$ y el triángulo *abg*, quedando como pérdida neta de bienestar el triángulo *gbd*.

En consecuencia, el bienestar va a verse perjudicado por el ejercicio de poder monopsonista en un mercado en el que los compradores son capaces de aprovechar una oferta competitiva para hacer que los precios alcancen niveles infra-competitivos. Esta pérdida de bienestar es debida únicamente a la reducción del excedente del productor, ya que, a menos que el monopsonista también tenga poder de mercado cuando vende su producto, el consumidor final no se ve afectado.

¹⁷² HOVENKAMP, H., *op.cit.*, pág. 14.

¹⁷³ Ejemplo gráfico y desarrollo tomado de DOBSON, P.; WATERSON, M. y CHU, A., “The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power”, Office of Fair Trading, *Research Paper n° 16*, Septiembre 1998, págs. 11 y ss.

Esta afirmación exige dos matizaciones¹⁷⁴. La primera es constatar que pueden existir beneficios derivados del poder monopsonista que contrarresten las pérdidas del bienestar social. Así, está reconocido por la doctrina que hay mercados (p.ej. los de productos agrícolas) y fases del proceso productivo (almacenamiento, distribución) en los que el poder de compra claramente mejora la eficacia productiva (por un mejor aprovechamiento de la logística, economías de escala, ahorro de costes de transacción y de búsqueda, etc.). Una vez más, nos hallamos ante el delicado equilibrio entre eficacia asignativa y eficacia productiva.

La segunda, y más importante para nosotros, es que si el monopsonista pudiera practicar la discriminación de precios (p. ej., porque la ley no lo prohíbe, o no hay posibilidad de arbitraje) en la compra de sus productos, podría entonces obtener la totalidad del excedente que se generaría en condiciones de mercado competitivo. Como se deduce de la Figura 3.6, al no estar obligado a establecer un único precio (un precio uniforme) se erradicaría la pérdida de bienestar social en el mercado del factor-input.

C) Implicaciones en el Derecho antitrust.

Desde el punto de vista del Derecho antitrust, la implicación más importante del ejercicio del poder monopsonista es que reduce más que aumenta el output final en el mercado en que opera, y esto es a veces difícil de detectar, ya que el principio de maximización del bienestar del consumidor –que, como hemos visto, guía gran parte de los ordenamientos en esta materia- puede llevar a pensar que bajar los precios es bueno, y por tanto el ejercicio del poder monopsonista no es un problema desde la óptica antitrust. Sin embargo, como ya hemos hecho notar, no hay que olvidar que:

1) El comprador monopsonista que revende en un mercado competitivo aplicará el mismo precio, pero su producto final será inferior al que tendría si fuera un comprador competitivo.

2) El comprador monopsonista que revende en un mercado no competitivo, de hecho aplicará un precio superior al que aplicaría si fuera un comprador competitivo.

De la importancia de esta cuestión en el Derecho antitrust –en general-, y para el tema que estamos estudiando, la discriminación de precios en particular, da buena cuenta la opinión de los profesores AREEDA y KAPLOW, quienes tras analizar la normativa estadounidense sobre abusos en el mercado cometidos por monopolistas que quieren maximizar su beneficio cobrando a unos consumidores más que a otros por un mismo producto, afirman que “sin embargo, no era esa la preocupación de la Sección 2 de la Clayton Act en la versión dada por la Robinson Patman Act de 1936, que se dirige expresamente contra la discriminación de precios. Esta ley no se orienta directamente a los consumidores sino a los competidores del vendedor que discrimina o al comprador que recibe un precio inferior”¹⁷⁵; y, más adelante, se sorprenden estos autores que la responsabilidad del comprador (*buyer liability*) por una práctica de discriminación de precios que él ha recibido o inducido conscientemente se regulara en la Sección 2 (f) de la Robinson Patman Act como un mero apéndice, ya que “a la Robinson Patman Act le preocupaba principalmente el impacto de la discriminación de precios sobre los compradores menos favorecidos. El principal daño que percibió el Congreso en 1936

¹⁷⁴ Vid., “The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power”, U. K. Office of Fair Trading, *Research Paper n° 16*, Septiembre 1998, párrafo n° 4.14.

¹⁷⁵ ARREDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª Ed., Nueva York 1997, pág. 923.

fue la concesión de descuentos ‘injustos’ a los grandes compradores en detrimento de los pequeños. Y, aunque la Sección 2 (a) parece estar dirigida a los vendedores, se entendió desde el principio que el vendedor que discriminaba era la ‘víctima inocente’ del poder de mercado del comprador”¹⁷⁶.

En efecto, hace ya más de cuarenta años había reconocido el propio Tribunal Supremo en *F.T.C. v. Henry Broch & Co.*¹⁷⁷ que:

“la Robinson Patman Act se promulgó en 1936 para limitar y prohibir todos aquellos mecanismos por los que los grandes compradores obtienen preferencias discriminatorias respecto a los pequeños en virtud de su mayor poder de compra”.

Sin embargo, años más tarde, en *Automatic Canteen Co. of America v. F. T. C.*¹⁷⁸, se planteó si los descuentos (que llegaban a alcanzar una diferencia del 33% respecto a otros) que la empresa Canteen –dedicada a la venta en máquinas expendedoras de caramelos y chucherías- exigía a sus proveedores constituían una infracción de la Sección 2 (f) de la Robinson Patman Act. El Tribunal Supremo rechazó la postura de la Federal Trade Commission que apoyaba la postura de que la carga de la prueba recaía en los vendedores, y por tanto eximía a los compradores si no sabían que aquellos estaban cometiendo una violación de la Sección 2 (a). Al no tener habitualmente dicha información, concluyó, la Sección 2 (f) implica responsabilidad para el comprador sobre la base de una responsabilidad del vendedor, que ha de probarse expresamente.

Como se ha señalado acertadamente, “la Sentencia *Automatic Canteen* claramente establece que las defensas de la Sección 2 (a) potencialmente disponibles para los vendedores constituyen un obstáculo para la aplicación de la Sección 2 (f) contra los compradores”¹⁷⁹.

Esta cuestión de si la “meeting competition defense” disponible para cualquier vendedor servía para eximir a cualquier comprador fue resuelta –aunque parcialmente- en *Great Atlantic & Pacific Tea Company v. F. T. C.*¹⁸⁰; al argumento del demandado de que permitirlo sería ir contra el objetivo básico de la Robinson Patman Act, que es limitar los abusos cometidos por los grandes compradores, se respondió que:

“la respuesta rápida a estas afirmaciones del demandado es que el Congreso no promulgó la Sección 2 (f) para que un comprador fuera responsable aún en el caso en el que el vendedor tuviera una defensa válida. El lenguaje nítido de la Sección 2 (f) establece que un comprador sólo es responsable si recibe una discriminación de precios ‘prohibida por esta Sección’. Por tanto, si el vendedor tiene una justificación válida basada en la meeting competition defense, simplemente no hay discriminación de precios prohibida”.

D) El sector de la distribución comercial.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pág. 979.

¹⁷⁷ 363 U. S. 166 (1960), Párrafo nº 168.

¹⁷⁸ 346 U. S. 61 (1953).

¹⁷⁹ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *op.cit.*, pág. 981.

¹⁸⁰ 440 U. S. 69 (1979), Párrafo nº 78.

Ya se ha señalado, en el Capítulo anterior, que la preocupación de las autoridades antitrust a este respecto ha llevado a la aparición, en los últimos años, de numerosos informes sobre la situación competitiva de este mercado, como el de la Competition Commission¹⁸¹ inglesa, el de la Office of Fair Trading¹⁸², o el de la propia Dirección General de Competencia de la Comisión Europea¹⁸³.

Por ser el más completo, nos detendremos brevemente en el primero de ellos, *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom* (en adelante *Supermarket Report*). En efecto, este extenso informe elaborado por la *Competition Commission* a propuesta del Director General de la OFT analiza en detalle las siguientes tácticas comerciales –en relación con los clientes– de los supermercados en el Reino Unido: promociones, cupones de fidelidad, alineamientos y guerras de precios, discriminación de precios, ventas bajo coste, liderazgo en precios y productos de marca propia.

Pues bien, este informe dedica todo el Capítulo 11 a *Las relaciones entre las cadenas comerciales y sus proveedores*, en el que se da cuenta de las quejas que existen en cuanto a las relaciones entre estos grandes clientes y sus proveedores, a la par que cierta aprensión y miedo a las represalias llevó a muchos empresarios a no querer ser nombrados¹⁸⁴. Después de hacer constar (Párrafo 11.1) la preocupación existente en la OFT de que el poder de compra derivado del tamaño no signifique mejor calidad o precios más bajos para los consumidores sino poder explotativo, se especifica (Párrafo 11.2, pág. 231) cómo, en muchas líneas de producto, muchos proveedores venden la totalidad de su producción a las grandes cadenas comerciales¹⁸⁵.

El ejercicio del poder de compra, en lo que a nuestro estudio hace referencia se detalla al referir los proveedores las obligaciones que les eran “impuestas” de vender por debajo de costes (Párrafo 11.83, pág. 244), obligación de conceder descuentos (Párrafo 11.88, pág. 245), obligación de participar en promociones (a costa propia, naturalmente), todo ello bajo la presión de que si no cumplían estos requerimientos podrían sufrir consecuencias negativas para su negocio.

La conclusión a la que se llega en el *Supermarket Report* en este punto es que “el efecto neto del pago de tasas, descuentos y ofertas varias es, como era de esperar, que algunas partes pagan menos que otras por sus suministros”¹⁸⁶. Tampoco sorprende que, en su propuesta final, la *Competition Commission* inglesa sugiera un “Código de Conducta” para estos agentes comerciales en el que un tema recurrente es evitar, dentro de las variadas prácticas abusivas contempladas, precisamente el trato discriminatorio¹⁸⁷.

¹⁸¹ *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).

¹⁸² *Competition in Retailing*, Research Paper nº 13, Office of Fair Trading, Septiembre 1997 (disponible en la página web del organismo: <http://www.oft.org.uk>, visitada el 30.X.2001).

¹⁸³ *Buyer Power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union*, Informe preparado para la DGIV, nº IV/98/ETD/078, Mayo 1999.

¹⁸⁴ *Vid.*, los tintes un tanto “dramáticos” con los que los que participaron en la elaboración de este informe remitiendo cuestionarios o participando en vistas orales, exigían la absoluta confidencialidad como garantía necesaria para dar cualquier información, Párrafo 11.22, pág. 234.

¹⁸⁵ Así, se pone el ejemplo de que los cuatro principales cadenas del país compran el 70% de la totalidad de la producción de las dos principales marcas de jabón de limpieza doméstica, *Ariel* y *Persil*.

¹⁸⁶ *Supermarket Report*, Párrafo 11.102, pág. 247.

¹⁸⁷ Así, se afirma (Párrafo 11.134, pág. 253) que “En un mercado que funcione correctamente, la competencia ha de garantizar que los proveedores: ... c) no reciban condiciones comerciales injustas o discriminatorias”, señalándose también (Párrafo 11.135, pág. 253) que el Código de Conducta que se está proponiendo “aspira a conseguir ... c) prohibir la discriminación contra los proveedores que no

Recientemente, y a raíz del rechazo¹⁸⁸ por parte de la Comisión Europea de aprobar la fusión entre las empresas KESKO y TUKO, precisamente por este tipo de cuestiones, se ha vuelto a poner de manifiesto la importancia del poder de compra en el ámbito de la distribución comercial, y su relación con la discriminación de precios, señalando, eso sí, que “su enfoque (el de la Robinson Patman Act) hacia la protección de los pequeños distribuidores en la medida en que se opone a la protección del mercado de oferta es, de esta manera constituido, un instrumento inadecuado para abordar las cuestiones planteadas por la Decisión *Kesko /Tuko*”¹⁸⁹.

E) Tratamiento en la jurisprudencia.

En la última década encontramos multitud de Decisiones de la Comisión y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las que se plantean el análisis del poder de mercado, esta vez en el lado de la demanda. Recientemente, el pronunciamiento *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*¹⁹⁰ lleva a cabo un acertado razonamiento al reconocer (Fto. Jco. n° 93 y ss.) que, si bien es cierto que su reducida cuota de mercado (1’4 % del total del Mercado Común) y la pertenencia de sus clientes a grupos industriales internacionales limitaban su capacidad de influir en la fijación de los precios del azúcar, ese poder de mercado por el lado de la demanda no era lo suficientemente fuerte como para contrarrestar su acreditada posición de dominio.

Igualmente, en la reciente Decisión *Airtours – First Choice*¹⁹¹, se traslada el análisis anterior del mercado de la distribución comercial de alimentos al mercado de la “distribución” de viajes turísticos y el complejo entramado de relaciones entre los participantes en el proceso: agencias de viajes, operadores turísticos y compañías aéreas. Así, aunque la descripción del *poder de compra* de que gozan los operadores turísticos integrados verticalmente se lleva a cabo en los considerandos n° 124 y ss., se señala en el n° 81 que “los operadores turísticos se ven, pues, obligados a ser distribuidos ampliamente por medio de las agencias de sus grandes competidores si desean aumentar su cuota de mercado. La posición de fuerza de la que gozan los grandes operadores turísticos en la distribución también les permite, sin embargo, discriminar a los más pequeños operadores de varias maneras, en particular imponiéndoles comisiones claramente más elevadas”. No falta sin embargo quien opina que “no debe existir una presunción de que la existencia de poder de compra es *per se* perjudicial para la competencia”¹⁹².

En Estados Unidos, la Sección 2 (c) de la Robinson Patman Act se diseñó para evitar aquellos acuerdos espurios de intermediación (*brokerage*) por los que los grandes compradores conseguían grandes descuentos camuflados como “comisiones de venta”. Este tipo de situaciones tiene lugar habitualmente cuando en “intermediario” no presta

contribuyan en ciertas promociones; ... f) prohibir la discriminación en los estándares de calidad exigidos a un proveedor y a otro por el mismo producto”.

¹⁸⁸ Decisión de la Comisión, *Kesko / Tuko* (Asunto No. IV / M. 784) *D.O.C.E.* L 110/53 (1997).

¹⁸⁹ CURTIN, J.; GOLDBERG, D. y SAVRIN, D., “The European Commission’s rejection of the KESKO / TUKO Merger: Leading the Way to the Application of a ‘Gatekeeper’ analysis of Retailer Market Power under U. S. Antitrust Laws”, *40 B. C. L. Rev.* 537 (1999), pág. 581.

¹⁹⁰ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, *E.C.R.* 1999, p. 0000.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² OVERD, A., “Buyer Power”, *ECLR*, Vol. 22 (6), 2001, pág. 249.

realmente ningún servicio de intermediación al vendedor¹⁹³, sino que se trata simplemente de un comprador de gran volumen con poder monopsonista u oligopsonista. También se utiliza esta Sección para los casos de soborno comercial¹⁹⁴, y es necesario para la responsabilidad del vendedor que discrimina que se demuestre la existencia de un daño o perjuicio para la competencia¹⁹⁵.

Así lo entendió igualmente el Tribunal Supremo en una de las primeras sentencias que dictó sobre la discriminación de precios, la ya comentada *F.T.C. v. Morton Salt Co.*¹⁹⁶. Como hemos tenido oportunidad de ver, esta necesidad de evitar que la “purchasing ability” devenga en abuso de poder de mercado, ha sido el *leit-motiv* de la normativa sobre discriminación de precios en los Estados Unidos.

Para un sector doctrinal, “las dos posibles fuentes de una discriminación de precios derivada de un poder monopsonístico son las economías de escala no explotadas y las diferencias en la elasticidad de oferta no explotadas”¹⁹⁷. Las primeras porque implican exceso de capacidad productiva, lo que permite que una empresa pueda salir del mercado sin incurrir en costes adicionales, lo que lleva a que los posibles compradores les “exijan” mejores condiciones; las segundas porque el comprador se aprovecha de esas diferencias en la oferta para conseguir precios distintos por factores (input) de igual calidad.

Siendo evidente que este poder monopsonístico puede –y a lo mejor debe– constituir una infracción de la Robinson Patman Act por practicar precios discriminatorios, estos autores concluyen que “las prohibiciones de la Robinson Patman Act no parecen dirigirse al discriminador monopsonista. El texto de la ley va contra las prácticas discriminatorias de los grandes vendedores, no de los grandes compradores”¹⁹⁸.

Igualmente, se ha señalado¹⁹⁹ que en un mercado de bienes intermedios caracterizado por una estructura de demanda oligopsonística, en el que los compradores actúan de forma colusoria y por tanto consumen todo el producto que el mercado puede ofrecer a un precio determinado, si no es posible la discriminación de precios entre diferentes vendedores, un comprador que quiera aumentar su volumen de compras tendrá que ofrecer un mayor precio por todos los bienes que compra.

¹⁹³ *F.T.C. v. Henry Broch & Co.*, 363 U. S. 166 (1960), Párrafos nº 168 y 169.

¹⁹⁴ *Harris v. Duty Free Shoppers Ltd. Part.*, 940 F.2d 1272 (9th Cir. 1991), Párrafo nº 1274.

¹⁹⁵ *Edison Elec. Inst. v. Henwood*, 832 F. Supp. 413 (D. D. C. 1993), Párrafo nº 419.

¹⁹⁶ 334 U. S. 37 (1948): “*la historia legislativa de la Robinson Patman Act evidencia que el Congreso consideró pernicioso (siendo algo que la vigente Clayton Act, de 1914, permitía en su sección 2) el que un comprador grande pudiera obtener una ventaja competitiva sobre un comprador pequeño simplemente por su mayor capacidad de compra*” (Párrafo nº 44).

¹⁹⁷ BLAIR, R. y HARRISON, J., “Antitrust Policy and Monopsony”, 76 *Cornell L. R.* 297 (1991), pág. 330.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pág. 334.

¹⁹⁹ DOWD, J. M., “Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input markets”, 76 *B. U. L. Rev.* 1075 (1996), pág. 1086.