

CAPÍTULO V. JUSTIFICACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS.

1. Introducción.

Como hemos tenido oportunidad de ver, las leyes sobre discriminación de precios habitualmente establecen una ecuación entre *diferenciación* de precios y *discriminación* en el sentido legal de práctica anticompetitiva y prohibida. Para paliar los efectos de semejante cláusula, la mayoría de los ordenamientos establecen una serie de justificaciones o defensas, que permitirían excepcionar la práctica de una política de precios discriminatorios de la prohibición general y evitar por tanto la sanción.

Entre éstas, las más frecuentes son la justificación basada en una diferencia de costes y la justificación basada en enfrentarse a ofertas de otros competidores. Junto a ellas, estudiaremos en este apartado igualmente otras que se contemplan tanto en determinados cuerpos legales como en la jurisprudencia, como son la existencia de diferentes condiciones de mercado, la existencia de precios intervenidos, la marca, la existencia de derechos de propiedad industrial, etc.

En la normativa estadounidense, el catálogo de las *affirmative defenses* está contenido en el Párrafo 2º de la Sección 2 (a) de la Robinson Patman Act, según el siguiente articulado:

“Teniendo en cuenta, que nada de lo que aquí se dice impide las diferencias que hacen referencia a las diferencias en el coste de producción, venta o distribución de los bienes, que sean consecuencia de los diferentes métodos o cantidades en los que dichos bienes son vendidos o entregados a los compradores.

(...) Teniendo en cuenta, además, que nada de lo que aquí se dice impide variar los precios en determinados momentos, en respuesta a las condiciones cambiantes que afecten al mercado o a la comercialización de los bienes en cuestión, como p. ej., el actual o previsible deterioro de bienes perecederos, la obsolescencia de artículos de temporada, caída en las ventas por estar bajo procedimiento judicial o ventas de buena fe por interrupción de negocio.

Teniendo en cuenta, sin embargo, que nada de lo que aquí se dice impedirá que un vendedor pueda refutar la acusación prima facie demostrando que su precio bajo o la provisión de servicios o prestaciones complementarias a un comprador o grupo de compradores lo hizo de buena fe para responder a un precio de un competidor, o los servicios o prestaciones complementarias facilitadas por éste”.

2. Diferencia de costes.

A) En la Robinson Patman Act y la Trade Practices Act.

La justificación de la discriminación de precios fundamentada en la diferencia de costes está expresamente prevista en la Sección 2 (a) de la Robinson Patman Act:

“estableciéndose que, nada de lo que aquí se contiene excluye diferenciales que se correspondan con diferencias en el coste de fabricación, venta o entrega que resulten de los diferentes métodos empleados o las cantidades en que dichos bienes son vendidos o entregados a los compradores”.

Así, la Robinson Patman Act parece reflejar el sentir de que unos diferenciales de precio que únicamente reflejan unos diferenciales de coste no deben ser considerados como discriminatorios, y por tanto no deben prohibirse. Sin embargo, se ha objetado que “los ahorros de costes han justificados muy pocos diferenciales de precios”¹ y que “esta justificación basada en las diferencias de costes es menos útil de lo que parece”². Ello, por varias razones.

En primer lugar, la carga de la prueba recae en el acusado, que es quien tiene que arbitrar los mecanismos que le hagan valedor de esta justificación.

En segundo lugar, los niveles de especificidad y exactitud de la evidencia que hay que presentar para acogerse a esta cláusula son tales que difícilmente la contabilidad que una empresa lleva habitualmente -¡incluso si la lleva de manera ordenada y refleja fielmente su situación patrimonial y su estructura de costes!- podrá ser suficiente de cara a rebatir la acusación de discriminación.

En este sentido, el Tribunal Supremo se pronunciaba en la Sentencia *Automatic Canteen Co. v. F.T.C.*³, hace ya casi medio siglo en los siguientes términos:

“la Comisión no se ha contentado con estimaciones contables; parece exigir un estudio que incluya recuentos numéricos de recibos y albaranes y, en algunas circunstancias, del número de artículos o partidas registradas en dichos documentos, u otro tipo de medidas cuantitativas (...) Tal como está configurada la prueba de esta defensa, demasiadas veces es imposible saber cuando un precio está justificado en costes”.

La exigencia rigurosa y restrictiva de estos requisitos han llevado a concluir a un amplio sector doctrinal que la “cost justification defense”, aunque claramente prevista y definida normativamente, no tiene virtualidad práctica.

Un ejemplo de justificación de costes incompleta, y por tanto inválida, es el que nos ofrece una vez más la sentencia *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*⁴, ya que los descuentos concedidos por *Pet's* a su cliente *Safeway* en las ventas de pasteles “Bel-air” únicamente son justificados con datos contables sobre costes a partir de 1961, sin particularizar para el mercado relevante definido en el caso, el de Salt Lake City, y sólo se hace referencia al 24 % del total de ventas de *Safeway*, siendo la evidencia relativa al 76 % restante incompleta y puramente deductiva. Todos estos factores llevan al Tribunal Supremo a considerar que la defensa basada en “cost justification” no podía ser empleada en este asunto.

¹ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen L. & Business, 5ª Ed., Nueva York 1997, pág. 963.

² BORK, R., *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, Ed. Free Press, Nueva York, 1993, pág. 391.

³ 346 U. S. 61 (1953), Párrafo nº 68.

⁴ 386 U. S. 685 (1967), Párrafo nº 694.

Igualmente, en *Texaco Inc. v. Hasbrouck*⁵, en un voto particular –aunque favorable a la posición de la mayoría- de los magistrados SCALIA y KENNEDY se argumenta que los descuentos concedidos por *Texaco* a los distribuidores *Gull* y *Dompier*, aunque técnicamente no pueden justificarse en base a costes, sí deberían escapar de la prohibición de precios discriminatorios, ya que obedecen a “descuentos funcionales”, práctica comercial eficiente y legítima que suele basarse en un ahorro en los costes, aunque no puedan particularizarse para un cliente concreto. La conclusión a la que se llega es que:

“el Tribunal no responde a esta cuestión, (...) pero afirma que la RPA permite esos descuentos funcionales razonables aunque el proveedor no pueda cumplir los rigurosos requisitos de la defensa basada en costes. Encuentro esta conclusión bastante confusa (...). No entiendo qué hace que un descuento funcional sea razonable si no cumple dichos requisitos”.

Con todo, el tipo de costes que justificaría un tratamiento diferenciado en los precios incluyen todos aquellos ahorros de gasto derivados de grandes volúmenes de compra, como los de fabricación derivados de uso de grandes líneas de producción⁶, coste de ventas⁷, gastos administrativos⁸, gastos de entrega, etc.

Para concluir este apartado sobre la justificación de costes en la Robinson Patman Act, queremos reproducir un párrafo de *United States v. Borden Co.*⁹, que no sólo vuelve a rechazar un uso razonable de esta defensa frente a una imputación de precios discriminatorios, sino que el magistrado DOUGLAS hace además una serie de interesantes consideraciones sobre la finalidad real de dicha ley:

“el asunto se ha intentado argumentar como si la concesión de descuentos fuera un derecho natural y que la ley debería interpretarse para facilitarlos. La ley (Robinson Patman Act) evidencia sin embargo un intento de controlar las prácticas que llevan al monopolio y a un empobrecimiento de nuestra clase media. Por tanto yo la interpretaría en un sentido de conservar nuestras empresas tradicionales lo más posible”.

Esta cláusula de la Robinson Patman Act ha inspirado otras legislaciones que también admiten la justificación en costes como medio para refutar una acusación de precios discriminatorios. Probablemente la más parecida es la Sección 49 (2) (a) de la *Trade Practices Act* australiana de 1974, que prácticamente reproduce literalmente el texto de su homóloga estadounidense. También por ello esta ley no ha estado exenta de críticas, que alcanzan naturalmente también a la RPA: “la insatisfactoria historia de la justificación de los costes de la Robinson Patman Act puede ser simplemente el reconocimiento de que esta justificación es imposible de formular sustantivamente, o, más a fondo, que el nexo causal entre precios y costes en un mercado competitivo es, a lo sumo, dudoso (...). La experiencia americana con la justificación de costes de la Robinson Patman Act es

⁵ 496 U. S. 543 (1990), Párrafo nº 579.

⁶ *Hanson v. Pittsburgh Plate Glass Indus., Inc.*, 482 F.2d 220 (5th Cir. 1973), *cert.denied*, 414 U. S. 1136 (1974), Párrafo nº 225.

⁷ *Acadia Motors, Inc. v. Ford Motor Co.*, 44 F.3d 1050 (1st Cir. 1995), Párrafo nº 1056.

⁸ *Mc Gahee v. Northern Propane Gas Co.*, 858 F.2d 1487 (11th Cir. 1988), Párrafo nº 1499.

⁹ 370 U. S. 460 (1962).

frecuentemente citada como evidencia de la con toda probabilidad igualmente fútil e impracticable excepción contenida en la Sección 49 (2) (a)”¹⁰.

B) En el ordenamiento comunitario.

En el ámbito del Derecho comunitario de competencia, una vez más tenemos que decir que el contenido y alcance de esta justificación es dudoso y presenta aún más áreas de indefinición que el correlativo estadounidense.

Ha sido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea quien ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse al respecto, llevando a cabo una delimitación más o menos precisa del contenido y alcance de esta justificación. Así, en el caso de *AKZO Chemie BV c. Comisión*¹¹, estableció (Párrafo nº 11) que:

“sin embargo, esta prohibición no impide que AKZO que aplique diferentes precios por los aditivos farináceos entre diferentes categorías de clientes que, de forma razonable y objetiva reflejen diferencias en los costes de producción y entrega atribuibles a los pedidos anuales del cliente, tamaño del pedido y otros factores comerciales”.

Ya anteriormente, en la Decisión *Chiquita*¹², la Comisión había expresado claramente que:

“las diferencias en los costes de transporte, impuestos y exacciones o las condiciones de marketing pueden justificar diferentes niveles de precio de venta al nivel de la distribución. Sin embargo, estas diferencias nunca podrán justificar objetivamente los diferentes precios de UBC a sus distribuidores / maduradores por transacciones equivalentes en Bremerhaven y Róterdam, y menos aún si se tiene en cuenta que las cantidades de plátanos vendidos a cada distribuidor / madurador eran aproximadamente las mismas”.

Tras el recurso, el TJCE reafirmó la postura de la Comisión en el párrafo nº 205 de la Sentencia *United Brands*¹³, cuando consideró que los plátanos que UBC exportaba a Europa eran descargados en los puertos de Róterdam y Bremerhaven, en donde los costes de descarga diferían en unos pocos centavos de dólar por cada caja de 20 Kg., por lo que no existía una razón objetiva que justificara la diferencia de precios a los que se vendían.

Más explícito es el pronunciamiento *Tetra Pak Internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*¹⁴ en el que el TPI, tras constatar la existencia de importantes diferencias de precios entre los diversos Estados miembros entre 1978 y 1984 para los

¹⁰ BLAKENEY, M., “Cost Justified Price Discrimination: Section 49 (2) (a) of the Trade Practices Act of 1974”, *U. West. Australia L. Rev.*, June 1980, pág. 303.

¹¹ Sentencia del TJCE (Sala 5ª), de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, *E.C.R.* (1991) p. I-3359.

¹² Decisión 76/353/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975, relativa a un procedimiento de aplicación del Artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.699) *D.O.C.E.* (1976) L 95/1, nº II. A). 3 b).

¹³ Sentencia de 14 de febrero de 1978, *cit.*

¹⁴ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, Asunto T – 83/91, *E.C.R.* (1994) p. II-0755, Párrafos nº 162 y ss.

envases de cartón Tetra Rex y Tetra Brik no asépticos, afirma en el Párrafo nº 165 de su Sentencia:

“en estas circunstancias, dado el carácter marginal de los costes de transporte y la estabilidad de los precios mundiales de las materias primas, en el presente caso, el cartón, que representa más del 70 % del precio de coste de los envases de cartón, el Tribunal de Primera Instancia estima que las diferencias de precios comprobadas no podían responder a factores económicos objetivos y que, por consiguiente, tenían carácter discriminatorio”.

Otros posibles criterios que parecen apuntarse a la hora de evaluar la posible objetividad de los diferentes precios son los de su convergencia¹⁵, o su “alineamiento” con los costes (elemento éste esencial en el actual debate sobre la liberalización del bucle local en las telecomunicaciones, en el que se exige principalmente que las tarifas de los operadores históricos -antiguos monopolistas, actuales operadores dominantes- se ajusten o se alineen con sus costes¹⁶). Del estudio de estos pronunciamientos se ha expresado que “puede ser, sin embargo, que la justificación basada en el coste, aunque no esté expresamente contemplada por el Tribunal, sí se encuentre implícitamente en sus razonamientos”¹⁷.

Como conclusión a este Apartado, podemos afirmar pues que, aunque la justificación basada en coste no está recogida en el ordenamiento comunitario tan expresamente como lo está en el estadounidense, es una defensa válida –si se consigue demostrar- frente a la imputación de practicar discriminación de precios.

3. “Meeting competition”.

B) El estándar norteamericano de la “buena fe”.

En el ámbito del derecho norteamericano, la posibilidad de que una empresa se enfrente a ofertas rivales ofreciendo mejoras en los precios a determinados clientes que no se ofrecen al resto escaparía a la ilegalidad, ya que esta justificación de la discriminación de precios está expresadamente contemplada como una de sus “affirmative defenses” en el articulado de la Robinson Patman Act, la cual establece en su Sección 2 (b):

¹⁵ Así se desprende del Párrafo nº 164 de la misma Sentencia Tetra Pak: “debe hacerse constar, contrariamente a las alegaciones de la demandante, que las diferencias entre los precios medios que, en 1984, oscilaban entre el 20 y el 37 % en los diferentes tipos de envases de cartón no revelan convergencia alguna. En consecuencia, la Comisión consideró acertadamente que diferencias de precios medios de tal magnitud registradas entre 1984 y 1986 no podían responder a diferencias materiales entre las distintas dimensiones de los envases de cartón de un mismo tipo o a la falta de uniformidad en las cantidades medias objeto de pedido”.

¹⁶ DE LA ROCHEFORDIERE, C., “Le dégroupage de la boucle locale: un pas de plus dans la libéralisation des télécommunications. Exemple de complémentarité entre la régulation sectorielle et les règles de concurrence du Traité”, CPN, nº 2, Junio 2000, pág. 38.

¹⁷ ZANON, L., *op.cit.*, pág. 313.

“estableciéndose, sin embargo, que nada de lo aquí previsto impedirá que un vendedor rebata la acusación hecha contra él demostrando que el precio inferior en la provisión de bienes o servicios a uno o varios compradores se hizo de buena fe para enfrentarse a un nivel igualmente bajo de precios de un competidor, o los servicios o prestaciones suministradas por un competidor”.

Aunque la literalidad del precepto no deja lugar a dudas, las circunstancias que tienen que rodear a la contraoferta para que pueda quedar cubierta por esta cláusula son de muy dudosa interpretación. Para empezar, el estándar más o menos amplio con que se interpreta la exigencia de la buena fe se ve coartado por la doctrina sentada en *Anheuser-Busch, Inc.*¹⁸ de “*meeting but not beating competition*”; se ha apuntado que “la característica fundamental para la validez de la justificación es que el vendedor *iguale*, pero no *supere* la oferta de precio inferior de su rival”¹⁹. De hecho, en otra sentencia que ha sentado los criterios de aplicación de esta “defensa”, la recaída en el asunto *Standard Oil Co. v. F.T.C.*²⁰, el Tribunal Supremo estableció que, así como “*hay un lenguaje claro y una práctica consolidada que permite, a un vendedor, a través de la Sección 2 (b), mantener a un cliente igualando realísimamente y de buena fe el precio que haya sido ofrecido a dicho cliente, sin tener por ello que necesariamente cambiar el precio al resto de clientes*”, sin embargo, las reducciones de precio con el objetivo de captar nuevos clientes –en cuanto opuestas a las reducciones de precio dirigidas a mantener a los actuales clientes- están fuera del ámbito de esta justificación²¹.

Siete años más tarde volvió a plantearse la misma cuestión, entre las mismas partes procesales, dando lugar a la sentencia *F.T.C. v. Standard Oil Co.*²², en la que el alto tribunal norteamericano volvió a sentar los principios de aplicación de la “*meeting competition defense*” de la Sección 2 (b) de la Robinson Patman Act. Así, se establece por ejemplo que es diferente –y por tanto, queda excluido del ámbito de aplicación de la justificación- los descuentos hechos como parte de una estrategia comercial que los realizados para igualar ofertas rivales (Párrafo n° 2); igualmente, en un voto particular de los magistrados DOUGLAS, BLACK y BRENNAN se aclara que el simple hecho de que un competidor ofrezca un precio inferior a un cliente de *Standard* no legitima a ésta para igualar la oferta, sino que ha de ser una oferta que cumpla todos los requisitos legales (Párrafo n° 12).

En un pronunciamiento posterior, el recaído en el asunto *U. S. v. United States Gypsum Co.*²³, se cuestionó si las verificaciones sobre los precios de los competidores y las ofertas recibidas por los clientes que son necesario realizar para aprovecharse de la “*meeting competition defense*” no sería una infracción de la Sección 1 de la *Sherman Act*,

¹⁸ 54 F.T.C. 277 (1957).

¹⁹ DAM, K., *op.cit.*, pág. 48.

²⁰ 340 U. S. 231 (1951), Párrafos n° 249 y 250.

²¹ Esta misma interpretación es compartida por el profesor WAELBROECK para la aplicación de esta justificación de la discriminación de precios en el ámbito del derecho comunitario; *Vid.*, WAELBROECK, M., “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law” *Fordham Corporate Law Institute*, 22nd Annual Conference, 26 y 27 Oct, 1995, (Barry Hawk Editor, 1996), pág. 159.

²² 355 U. S. 396 (1958).

²³ 438 U. S. 422 (1978), Párrafo n° 16.

en el sentido de constituir un intercambio recíproco de información sobre precios entre competidores, que evidentemente facilitan la interdependencia oligopolística y pueden devenir en práctica netamente anticompetitiva.

Al año siguiente, en la sentencia *Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. F.T.C.*²⁴ el Tribunal Supremo aclaró el test para determinar cuando un vendedor puede acogerse a la “meeting competition defense”.

Esta sentencia, que recoge el principio sentado en *F.T.C. v. A. E. Staley Mfg. Co.*²⁵, y fue confirmada explícitamente años más tarde en *Falls City Indus., Inc. v. Vanco Beverage, Inc.*²⁶, lleva a la conclusión de que, en el derecho estadounidense, el estándar de la buena fe es un estándar objetivo, y que no es necesario tanto una absoluta certeza como una razonable opinión de que es necesario, para mantener el negocio, llevar a cabo esas reducciones de precios. Además, en *Reserve Supply Co. v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*²⁷ se admite que un vendedor se “enfrente” a la competencia sobre una base territorial si su rival está ofreciendo precios inferiores sobre esa misma base.

Para un sector doctrinal, “la filosofía que está detrás de la meeting competition defense se fundamenta en el tradicional objetivo del Derecho antitrust de promover la competencia intermarca en el nivel del vendedor, aunque así se perjudique, dentro de un límite, la competencia intramarca en el nivel del comprador”²⁸.

B) El test comunitario de la “defensa de los intereses comerciales”.

Desafortunadamente, en el ámbito del Derecho comunitario de competencia es todavía bastante más incierto hasta qué punto y en qué circunstancias puede una empresa en posición dominante llevar a cabo una política de precios discriminatorios si el motivo de dicha discriminación es enfrentarse a la competencia de ofertas rivales a sus clientes. Por ello, se ha abordado el estudio de esta cuestión desde la perspectiva de los precios predatorios²⁹, o a modo de comparación entre el ordenamiento comunitario y el estadounidense³⁰.

Una vez más, ha sido la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *United Brands*³¹ la que arroja algo de luz sobre esta cuestión. En efecto, se afirma (Párrafo nº 189) que:

²⁴ 440 U. S. 69 (1979), Párrafos nº 11 y 15: “demostrar la existencia de hechos que llevarían a una persona razonable y prudente a pensar que el ofrecimiento de un precio inferior igualaría el precio igualmente bajo de un competidor. La creencia de buena fe, más que la absoluta certeza, de que se está haciendo un descuento en el precio para igualar el precio ofertado por un rival es suficiente para cumplir con los requisitos de la Sección 2 (b). Al ser la buena fe, más que la absoluta certeza, la clave de la justificación, un vendedor puede acogerse a ella aún en el caso de que, sin saberlo, haya hecho una oferta que no sólo haya igualado, sino que haya superado a la de su rival”.

²⁵ 324 U. S. 746 (1946): “a seller must show the existence of facts which would lead a reasonable and prudent person to believe that the granting of a lower price would in fact meet the equally low price of a competitor” (Párrafo nº 759).

²⁶ 460 U. S. 428 (1983), Párrafo nº 441.

²⁷ 971 F.2d 37 (7th Cir. 1992), Párrafos nº 42 y 43.

²⁸ BRILEY, M., “Price Discrimination under the Robinson Patman Act”, *U. Tol. L. Rev.*, Winter 1996, Vol. 27, pág. 408.

²⁹ ANDREWS, P., *op.cit.*

³⁰ SPRINGER, U., “ ‘Meeting Competition’: Justification of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law”, *ECLR*, Vol. 18 (4), Junio 1997, págs. 251 a 258.

³¹ Asunto 27/76, *cit.*, Párrafo nº 189.

“mientras que el hecho de estar en una posición dominante no priva a una empresa de la legitimidad para proteger sus legítimos intereses comerciales cuando éstos son atacados, y concediendo que a dicha empresa ha de concedérsele el derecho a adoptar cuántas medidas estime razonablemente oportunas para proteger dichos intereses”.

Por tanto, el Tribunal está admitiendo que aceptará la “protección de los *intereses comerciales*” como una justificación de prácticas discriminatorias de precios. Aunque UBC alegó que su política estaba objetivamente justificada, ya que lo único que hacía era aprovechar las diferentes disponibilidades de frutas de otros competidores, y su correspondiente efecto sobre la elasticidad, el TJCE objetó (Párrafo nº 227) que:

“una empresa dominante sólo puede aplicar un precio tal que se lleve del mercado ‘lo que éste pueda soportar’ si cumple igualmente con las reglas de la coordinación y regulación del mercado previstas por el Tratado”.

¿Significa esto que el Tribunal está dispuesto a aceptar como un posible ejemplo de “protección de los intereses comerciales” el adaptar –vía precios- la oferta a las diferentes condiciones de competencia de los mercados locales?. Esto significaría discriminar en precios entre Estados miembros, aplicando peores condiciones –desde el punto de vista de los consumidores- en aquellos Estados menos competitivos. Esta postura es aceptada por algunos autores³². A los pocos años se volvió a afirmar este principio en casi idénticos términos, en la Sentencia *Michelin c. Comisión*³³, cuando se dijo que “no se ha establecido que tales diferencias de trato entre diferentes operadores se deban a la aplicación de criterios no equitativos, y que no hay razones comerciales legítimas capaces de justificarlas”, lo que a contrario implicaría que si hubiera razones comerciales legítimas las diferencias de precios sí estarían justificadas y no podría acusarse a la imputada de prácticas discriminatorias. Recientemente, en la Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*³⁴, se ha vuelto a insistir en este criterio.

También es cierto que el Tribunal, en la misma Sentencia *United Brands* hizo un matiz importante a este supuesto reconocimiento de la “meeting competition defense”, al afirmar que “la interacción de la oferta y la demanda sólo puede sacársele partido en el estadio en que realmente se manifiesta”, y por tanto, al UBC no asumir los riesgos del mercado local de los consumidores, sólo podía aprovecharse de las diferentes situaciones competitivas de los Estados miembros “hasta un límite” (Párrafo nº 228). La conclusión

³² Vid., SPRINGER, U., *op.cit.*, pág. 253.

³³ Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 322/81, E.C.R. (1983) p. 3461, Párrafo nº 90.

³⁴ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, E.C.R. (1999) p. 0000; “de esta manera, ni siquiera la existencia de una posición dominante le priva a una empresa situada en dicha posición del derecho de proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos son amenazados. La protección de la situación comercial de una empresa en posición dominante con las características de la recurrente en el momento de autos debe reunir, para ser legal, como mínimo el requisito de basarse en criterios de eficiencia económica y estar en consonancia con los intereses de los consumidores” (Fto. Jco. nº 189). Estas condiciones no se cumplieron en el caso de *Irish Sugar*, y su pretensión no fue acogida por el TPI.

que se puede extraer de esta cláusula es que “de acuerdo con el TJCE, dependerá del grado de implicación económica en los mercados locales de los consumidores el que una empresa dominante pueda, y hasta qué punto, justificar su comportamiento con una ‘meeting competition defense’”³⁵.

Lo que es cierto es que la presencia de competidores locales es uno de los factores que más tienen en cuenta las grandes empresas a la hora de tomar sus decisiones en materia de precios, y así queda recogido por ejemplo en el *Supermarket Report* de la Competition Commission³⁶ inglesa, en el sentido de que tiene más peso esta consideración que otras como la cuota de mercado o las características –tamaño- del mercado local.

Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, en concreto en la Sentencia *British Gypsum*³⁷, en la que se reproducen literalmente las expresiones contenidas en *United Brands* anteriormente citadas.

C) El asunto *AKZO* y los precios selectivos.

En uno de los pronunciamientos que más en profundidad ha abordado esta materia, la Sentencia *AKZO*³⁸, por un lado se deja claro que una política de precios por debajo de coste es predatoria cuando es llevada a cabo por una empresa en posición dominante y con intención de eliminar a un rival, pero por otro no establece un criterio definido respecto hasta qué punto puede una empresa dominante enfrentarse a ofertas competidoras a través de una política de precios selectivos y bajo coste. Se limita el Tribunal a afirmar que “*la prohibición* (de los precios discriminatorios practicados por *AKZO*) *no le impedía hacer ajustes defensivos, incluso alineándose con los precios de ECS, para mantener a los clientes que eran originalmente suyos*” (Párrafo nº 156).

A diferencia del estándar norteamericano, en el que hemos visto que la buena fe juega un papel importante a la hora de invocar esta defensa, el ordenamiento europeo es más estricto, ya que en la Decisión que dio lugar a esa sentencia, la Decisión que resolvió el asunto *ECS / AKZO*³⁹, la Comisión exigió que *AKZO* no sólo demostrara que un competidor había ofertado un precio inferior, sino también que estaba realmente dispuesto y era capaz de proporcionar la prestación a su cliente en esas condiciones. Esto nos lleva a consideraciones en torno a la intencionalidad del competidor, así como su capacidad económica.

Respecto a la primera, además de lo ya dicho, añadir aquí que en el Párrafo nº 80 de su Decisión la Comisión sugiere que la intención de eliminar a un competidor sería algo

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *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), Párrafo nº 7.148, pág. 130.

³⁷ (1993) 5 C.M.L.R. 32, Párrafo nº 69: “*mientras que el hecho de estar en una posición dominante no priva a una empresa de la legitimidad para proteger sus legítimos intereses comerciales cuando éstos son atacados, y concediendo que a dicha empresa ha de concedérsele el derecho a adoptar cuántas medidas estime razonablemente oportunas para proteger dichos intereses, ese comportamiento puede ser denunciado si su propósito es reforzar esa posición de dominio y abusar de ella*”.

³⁸ Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV v. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 62/86, (1994) *E.C.R.* p. I – 3359.

³⁹ Decisión 85/609/CEE, de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, relativa a un procedimiento bajo el Artículo 86 del Tratado CEE (IV/30.698 – *ECS / AKZO*), *D.O.C.E.* L374/01, de 31 de diciembre de 1985.

evidente si un análisis de los costes estableciera que son totalmente irracionales, y por tanto no susceptibles de otra explicación que no sea esa. Es evidente que la discriminación de precios sistemática y por debajo del coste tiene la capacidad de expulsar a los pequeños comerciantes de un mercado dominado por una empresa; por eso, si el enfrentarse a la competencia se hace conscientemente con el objetivo de expulsarla del mercado, ese comportamiento está prohibido tanto en Estados Unidos⁴⁰ como en la Unión Europea⁴¹, en donde el concepto de “meeting competition” es únicamente defensivo y no puede por tanto emplearse con fines expansivos. Como se ha señalado a este respecto, “por tanto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea clarifica que la posibilidad de discriminar legalmente entre clientes con el objetivo de enfrentarse a una oferta rival es meramente defensiva, y por tanto cualquier intento de emplearla para reforzar una posición de dominio ya existente será considerada como abusiva en el sentido del Artículo 86”⁴².

Lo que todavía no está nada claro es si una política de precios selectivos que estén por encima de los costes medios pueden ser considerados como abusivos si se basan en criterios de eficiencia, no perjudican a los consumidores y no son parte de una estrategia eliminadora de competidores. Esta cuestión está así planteada ante el TJCE en el asunto *Fighting Ships*⁴³, en un recurso de apelación que busca la anulación de la Decisión de la Comisión *Cewal*⁴⁴, en la que se establece –en una opinión corroborada por el Tribunal de Primera Instancia en *Compagnie Maritime Belge Transports SA c. Comisión*⁴⁵– que los precios selectivos por encima de coste pueden ser abusivos si hay una evidencia clara de la intención del ofertante de eliminar a un competidor. En su opinión ante el TJCE, el Abogado General Fennelly había apoyado esta postura, pero en su razonamiento⁴⁶ se

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, *Falls City Indus., Inc. v. Vanco Beverage, Inc.*, 460 U. S. 428 (1983), que establece en su Párrafo nº 428 que una reducción de precios que deliberadamente supera la reducción ofertada por el rival está prohibida por las leyes antitrust.

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, Sentencia *AKZO, cit.*, Párrafo nº 155; también, Decisión ECS /AKZO, *cit.*, Párrafo nº 44: “Los métodos empleados por AKZO U. K. hacia los clientes de ECS como Allied Mills y los ‘grandes independientes’ no pueden ser considerados como medidas defensivas o competencia normal”.

⁴² SPRINGER, U, *op.cit.*, pág. 257.

⁴³ *Compagnie Maritime Belge and Dafra c. Comisión*, Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, Asuntos C-395 y 396/96P, *E.C.R.* (2000) p. I-1365.

⁴⁴ Decisión de la Comisión 93/82/CEE, de 23 de diciembre de 1992 (IV/32.448 y IV/32.450), *D.O.C.E.* (1993) L 34/20.

⁴⁵ Sentencia del TPI, de 8 de octubre de 1996, Asuntos T-24, T-26 y T-28/93, (1996) *E.C.R.* p. II-1201.

⁴⁶ “Normalmente, las contraofertas no discriminatorias realizadas por una empresa dominante que goza de posición de dominio y que no suponen ventas bajo coste no deben ser consideradas anticompetitivas. En primer lugar, porque aunque duren poco, benefician a los consumidores. En segundo lugar, porque si los competidores de la empresa dominante son eficientes deberían ser capaces de competir en iguales términos. El derecho comunitario de competencia no debe ofrecer a las empresas menos eficientes un puerto seguro donde protegerse de la competencia vigorosa, aún de las empresas dominantes. Sin embargo, es distinto el caso de una empresa que goza de posición de dominio próxima al monopolio, especialmente en un mercado en el que los recortes de precio pueden realizarse con relativa independencia de los costes, y lleva a cabo una política de recortes de precios selectivamente con el objetivo demostrable de eliminar toda la competencia. En esas circunstancias, aceptar que cualquier venta sobre coste es automáticamente aceptable permitiría a la empresa dominante en cuestión eliminar toda la competencia mediante la implementación de políticas de precios selectivos que en el largo plazo le permitiría aumentar los precios e impedir la entrada de nuevos competidores por el temor a ser objeto del mismo tratamiento”, *Opinión del Abogado General Fennelly*, presentada el 29 de octubre de 1988, Párrafo nº 136.

advierte que sugiere que los precios selectivos sobre coste sean considerados abusivos sólo en circunstancias excepcionales.

No escapa que la corroboración sobre las ofertas competidoras para poder acogerse a la “meeting competition defense”, al igual que en el supuesto norteamericano que hemos estudiado se planteó en *United States v. Gypsum Co.*⁴⁷, es susceptible de caer bajo el ámbito de aplicación del Artículo 81.1 del Tratado CE, como práctica anticompetitiva por acuerdos de fijación de precios⁴⁸. En este sentido, se ha señalado que “aún la adquisición de información relevante sobre los precios a través de los clientes mediante la inclusión de una cláusula al efecto en los contratos de distribución, lo que induce a los clientes del proveedor a informarle de las ofertas rivales, sería tratado como sospechoso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”⁴⁹.

Se trata de las llamadas “Cláusulas Inglesas” por las que si se obtiene una oferta más favorable de un rival, y el actual proveedor no la mejora, el cliente es libre de obtener sus pedidos de quien quiera sin perder por ello los descuentos y primas que venía obteniendo. Hicieron su aparición en la Sentencia *Hoffmann-La Roche*⁵⁰, y fueron declaradas abusivas *per se* por el TJCE, ya que eran un mecanismo por el que una empresa en posición de dominio obtenía de forma continuada una información sobre los precios y las condiciones del mercado y de sus rivales que alterarían gravemente el orden concurrencial.

D) El asunto *Irish Sugar*.

En la importante Decisión *Irish Sugar*⁵¹, la Comisión dejó claro que “*no hay duda de que una empresa en posición dominante tiene derecho a defender dicha posición compitiendo con las otras empresas de su mercado*”. En la Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de la Comunidades Europeas*⁵², que resolvió el recurso contra dicha Decisión, el Tribunal de Primera Instancia vuelve a insistir en que “*a una empresa en posición dominante tiene que permitírsele el adoptar las medidas que estime necesarias para proteger sus intereses*” (Fto. Jco. nº 112), siempre que la protección de su situación comercial “*se base en criterios de eficiencia económica y favorezca los intereses de los consumidores*” (Fto. Jco. nº 189). Este pronunciamiento es importante en muchos sentidos, y uno de ellos es el hecho de que es una de las primeras veces que en la jurisprudencia comunitaria aparece, en iguales términos a la jurisprudencia estadounidense, la expresión “*to meet competition*”⁵³, cuando contempla el Tribunal la alegación de la recurrente de que sus precios discriminatorios eran simplemente una respuesta a contraofertas rivales.

⁴⁷ 438 U. S. 422 (1978).

⁴⁸ *Vid.*, en el ámbito de la doctrina norteamericana, JOSEPH, R. y HARROP, B., “Proof of the Meeting Competition Defense: Investigation and Verification of Reported Competing Offers”, *62 Antitrust L. J.* 127 (1993).

⁴⁹ SPRINGER, U., *op.cit.*, pág. 254.

⁵⁰ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, Caso 85/76, *E.C.R.* (1979) p. 0461.

⁵¹ Decisión de la Comisión, de 14 de mayo de 1997 (Caso IV/34.621 – *Irish Sugar*), *D.O.C.E.* L 258/1 (1997).

⁵² Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, *E.C.R.* (1999) p. 0000.

⁵³ “*The contested decision states that between 1986 and 1988 the applicant granted a special rebate to certain retailers established in the border area between Ireland and Northern Ireland (Article 1). The Commission thus states, under the heading ‘Imports from Northern Ireland’ that, in order to meet competition from imports of sugar from Northern Ireland or from its own reimported sugar (point 54 of the contested decision),*

La conclusión que se ha extraído de la lectura de estos pronunciamientos es que “una empresa dominante puede aplicar una política de precios selectivos para enfrentarse a la competencia bajo una serie de estrictos requisitos, siendo el más importante de éstos que la política de precios selectivos no tenga como objetivo el reforzar la posición de dominio y se base en criterios de eficiencia económica y favorezca los intereses de los consumidores”⁵⁴.

Esta Decisión tiene especial importancia porque, a diferencia de *AKZO*, ninguno de los precios aplicados por *Irish Sugar* era predatorio (bajo coste), de ahí que su naturaleza abusiva se centre exclusivamente en su carácter selectivo. Las Decisiones de la Comisión que han precedido a *Irish Sugar* a la hora de plantear una posible defensa de la imputación de precios discriminatorios basada en el hecho de enfrentarse a una oferta rival de otro competidor son las siguientes⁵⁵:

En *Eurofix Ltd. c. Hilti AG*⁵⁶ la Comisión condenó una política de precios selectivos y discriminatorios concedidos a ciertos clientes, quedando constatado que dichas “rebajas” no eran la respuesta a los bajos precios de los competidores sino más bien una estrategia comercial dirigida a la captación de nuevos clientes. Sin embargo, antes de adoptar su decisión formal, la Comisión no consideró necesaria la adopción de medidas cautelares ya que Hilti AG se había comprometido a llevar a cabo una política de descuentos basada en unos principios transparentes, objetivos y uniformes, así como no discriminatorios, sujetos únicamente a tres excepciones, una de las cuales era “enfrentarse a una oferta competitiva”.

En *Iberian Trading UK Ltd. c. BPB Industries Plc.*⁵⁷, la Comisión afirmó que BPB había abusado de su posición dominante al implementar una política de precios discriminatorios en la forma de descuentos de fidelidad a aquellos agentes de la construcción en el Reino Unido que sólo compraran de sus materiales. Sin embargo, un sistema especial de descuentos ofrecido a los clientes de Hampshire y Dorset, donde la competencia era especialmente intensa, sí pudo estar justificado, porque se constató que no significaba un sistema de “alineamiento sistemático” con las ofertas rivales.

En *Napier Brown & Co. Ltd. c. British Sugar Plc.*⁵⁸, no se llegó a un pronunciamiento condenatorio de la política de precios de British Sugar de contraofertar a determinados clientes de Napier Brown a precios más bajos, pero del texto de la Decisión parece claro que la Comisión estimó que dicha estrategia era abusiva, al ser las ofertas a precio inferior⁵⁹ a las rivales.

Finalmente, en *Elopak Italia Srl c. Tetra Pak (nº 2)*⁶⁰, la Comisión ordenó a Tetra Pak que se abstuviera de llevar a cabo una política de precios predatorios y discriminatorios, así como de ofrecer a sus clientes ningún tipo de descuento o términos

the applicant restricted its supply in the border area (points 55 and 56) and granted rebates to retailers established along the border (points 57 to 69)” (Fto. Jco. nº 173). (El subrayado es nuestro).

⁵⁴ SPINKS, S. O., *op.cit.*, pág. 664.

⁵⁵ Seguimos, en esta parte de la exposición, el desarrollo de ANDREWS, P., *op.cit.*, págs. 52 y ss.

⁵⁶ (1989) 4 C.M.L.R. 677.

⁵⁷ (1990) 4 C.M.L.R. 464.

⁵⁸ (1990) 4 C.M.L.R. 196.

⁵⁹ En cambio, estableció igualmente (Párrafo nº 31 de la Decisión), que las contraofertas hechas para igualar (“made to match”) las ofertas rivales no serían consideradas abusivas.

⁶⁰ (1992) 4 C.M.L.R. 551.

favorables de pago que no estuvieran justificados objetivamente, rechazando expresamente la posibilidad de que Tetra Pak pudiera enfrentarse de esta manera a ofertas rivales.

La conclusión que podemos extraer de todos estos casos no es otra que la apuntada al principio de este Apartado. En palabras del profesor WAELBROECK, “no está del todo claro hasta qué punto la Comisión está dispuesta a aceptar que una empresa en posición dominante pueda reducir sus precios de forma selectiva a aquellos clientes que le demuestren que han recibido una oferta de precio más favorable por un competidor”⁶¹. Algunos autores norteamericanos califican esta actitud por parte del Tribunal de Justicia y la Comisión como una manifestación más del “carácter regulatorio”⁶² que afirman encontrar en el derecho antitrust comunitario, ya que no se permite a una empresa en posición dominante que lleva a cabo conductas abusivas que en cambio sí están permitidas a sus competidores “no dominantes”. No compartimos este análisis, ya que opinamos que el carácter abusivo o no de una conducta no lo determina únicamente la posición dominante o no de la empresa que la lleva a cabo, y por tanto los precios de una y otros no pueden compararse como si de una fórmula algebraica se tratara, sino hay que tener en cuenta más factores.

4. Diferentes condiciones de mercado.

Bajo el epígrafe “diferentes condiciones del mercado” queremos hacer referencia a una posible justificación de los precios discriminatorios que de hecho fue una de las alegaciones esgrimidas por United Brands para justificar la venta de sus plátanos Chiquita a diferentes precios en diferentes países. En efecto, esta compañía argumentó que lo único que había hecho era adaptar sus precios dependiendo de lo que el mercado era capaz de admitir (“*what the market can bear*”). La Comisión, en su Decisión *Chiquita*⁶³, estableció que ésta no era una justificación objetiva para la discriminación de precios.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no rechazó explícitamente la alegación de *UBC* al respecto, pero estableció que una empresa dominante sólo puede aplicar precios hasta el nivel “que el mercado es capaz de admitir” si cumple además con las reglas establecidas en el Tratado de la UE respecto al mantenimiento de un orden concurrencial saneado así como la consecución del objetivo de un mercado único e integrado. Aunque se admitió que:

“las diferencias en costes de transporte, fiscalidad, impuestos aduaneros, costes laborales, gastos de marketing y publicitarios y la densidad de la competencia pueden eventualmente resultar, en la fase de la distribución, en diferentes niveles de precios de venta en cada uno de los Estados miembros”.

⁶¹ WAELBROECK, M., *op.cit.*, pág. 158.

⁶² JEBSEN, P. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 502.

⁶³ Decisión 76/353/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975, relativa a un procedimiento de aplicación del Artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.699) *D.O.C.E.* (1976) L 95/1, nº 15.

En cambio estableció que el juego de la oferta y la demanda sólo puede tenerse en consideración por una empresa dominante a la hora de determinar el precio únicamente en la fase de la cadena comercial en que dicho juego es manifiesto, y dado que UBC no asumía los riesgos de los mercados locales en donde operaba, sólo podía tener en consideración las diferencias existentes en los mercados locales “*de forma limitada*”⁶⁴. La verdad es que el Tribunal tampoco explica demasiado bien qué entiende por “*asumir los riesgos del mercado local*”, limitándose a afirmar que en el asunto *United Brands* ese riesgo era asumido por los distribuidores.

Es inmediatamente apreciable el paralelismo entre esta supuesta justificación de la discriminación de precios y la que se ha estudiado en el epígrafe anterior, la “*meeting competition defense*”, siendo la diferencia básica entre ambas que esta segunda va específicamente orientada a escudarse en la existencia de ofertas rivales, mientras que la primera simplemente se basa en una situación genérica de las condiciones de la presión competitiva en un mercado determinado.

La conclusión de este razonamiento ha sido apuntada hace ya tiempo desde amplios sectores doctrinales: “la Sentencia *United Brands* no establece un criterio claro respecto a cuándo puede entenderse que aplicar ‘lo que el mercado sea capaz de admitir’ constituye una justificación aceptable para una política de precios diferenciados en diferentes Estados Miembros”⁶⁵. Lo único que puede extraerse de este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a los efectos de precisar el alcance de esta hipotética justificación de los precios discriminatorios es que tiene que haber algún tipo de proporcionalidad entre:

- el grado de implicación y el nivel de riesgo que la empresa dominante asume en el mercado local, y
- la manera en que tiene en cuenta las condiciones locales de oferta y demanda a los efectos de reflejar las diferencias de precios existentes en el mercado en sus propios precios.

En cualquier caso, la valoración que esta postura de las autoridades comunitarias merece es negativa; 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”⁶⁶.

Así, en *Tetra Pak c. Comisión*⁶⁷, el Tribunal de Primera Instancia contempla el argumento de *Tetra Pak* en cuanto a los precios supuestamente discriminatorios de los precios de las máquinas de envasado, en el sentido (Párrafo nº 156) de que:

⁶⁴ (1978) E.C.R. 207, 298.

⁶⁵ SIRAGUSA, M., *op.cit.*, pág. 183.

⁶⁶ WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *op.cit.*, pág. 585.

⁶⁷ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755.

“es difícil comparar baremos y precios medios de venta y alquiler, como hace la Comisión. Por otra parte, el interés de esta comparación es nulo, ya que es práctica corriente en la industria conceder rebajas en las máquinas. Además, las comparaciones efectuadas por la Comisión entre los precios practicados en Italia, donde el consumo de la leche UHT es más importante, y los practicados en países en los que prácticamente no se vende leche UHT, como Grecia e Irlanda, no permite deducir conclusiones válidas. Por añadidura y en todo caso, las diferencias entre los precios de las máquinas en los distintos Estados miembros responden a diferencias históricas específicas de los mercados locales”.

Lo mismo que en la Decisión *ECS / AKZO*⁶⁸, que hemos analizado anteriormente, en la que la Comisión además de negarse a aceptar la alegación de que los precios ofertados por AKZO a los clientes de ECS eran simplemente contraofertas, añade que *“no puede admitirse que reflejen ‘niveles de mercado’ en tanto en cuanto AKZO U. K. era capaz de mantener al mismo tiempo sus precios anteriores (y bastante más altos) a sus propios clientes”.*

5. Otras justificaciones.

Es natural que, en los años de aplicación de la normativa sobre discriminación de precios, hayan ido surgiendo todo tipo de justificaciones para refutar la acusación de estar cometiendo esta supuesta práctica anticompetitiva. Dado que su aparición ha sido más bien coyuntural, y en la mayoría de los casos su entidad no resiste el mínimo análisis jurídico o económico, haremos aquí una breve referencia a las mismas, obviando su estudio detallado para centrarnos en las que sí pueden sistematizarse.

En la práctica comunitaria se han aducido como posibles justificaciones para la implementación de una práctica de discriminación de precios motivos de cohesión económica y social, y la promoción de un país como destino turístico, en la Decisión de la Comisión *Aeropuertos Portugueses*⁶⁹.

Un buen elenco de posibles justificaciones nos lo ofrece el Fto. Jco. nº 184 de la reciente Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁷⁰, en la que el Tribunal de Primera Instancia afirma que:

“en las particulares circunstancias de este caso, el recurrente no puede basarse, para demostrar que los descuentos especiales concedidos entre 1986 y 1988 a determinados distribuidores establecidos en la zona fronteriza con Irlanda del Norte eran legales, ni en las prácticas de precios de los operadores en el mercado británico, ni en su situación financiera, ni

⁶⁸ Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1985, *cit.*, Párrafo nº 44.

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

⁷⁰ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, *E.C.R.* (1999) p. 0000.

en la naturaleza defensiva de su conducta, ni en la pretendida existencia de un comercio ilegal”.

Igualmente, en la ya citada *Tetra Pak Internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁷¹ encontramos un intento audaz de justificar la práctica de precios discriminatorios, en el Párrafo nº 205 de la Sentencia:

“la demandante alega que las diferencias de precio entre clientes pueden explicarse por el funcionamiento normal de las fuerzas del mercado. Una serie de razones explican que en todos los mercados en los que reina una fuerte competencia, existan divergencias de precio entre productos parecidos o similares. La demandante evoca, a este respecto: 1) un poder de negociación distinto según los clientes, 2) concepciones diversas, 3) una información incompleta en el mercado, 4) la incertidumbre respecto a las reacciones de los competidores, 5) una toma de decisiones descentralizada”.

Igualmente frecuentes son las argumentaciones –que exceden el ámbito propio de la discriminación de precios- que intentan excluir la aplicación del Derecho antitrust de determinados sectores, y en consecuencia escapar de la prohibición de discriminar en precios. Así se ha sugerido, por ejemplo, con el transporte aéreo⁷², la televisión por cable⁷³, etc.

A) Licencias o Franquicias.

Como ha quedado visto, una de las principales objeciones que se plantean a los acuerdos de franquicias es la compartimentación de mercados que éstos llevan a cabo. En efecto, aunque no suele especificarse expresamente en el contrato, el franquiciado cuenta habitualmente con que el franquiciador no concederá una segunda franquicia dentro de su área o mercado. Esto es, bajo cierto punto de vista, una evidente división de los mercados, requisito *sine qua non* para implementar una práctica de precios discriminatorios eficaz.

Esta separación entre los segmentos de mercado de baja-elasticidad y alto-precio respecto al segmento de alta-elasticidad y bajo-precio puede crearse artificialmente con el objeto de llevar a cabo una discriminación de precios frente a los primeros. La cuestión es, ¿estaría justificada dicha discriminación si en un mercado hay una licencia o una franquicia y en el otro no?

Nuestra opinión, hecha desde el ámbito del Derecho antitrust y por tanto dando prioridad a éste frente a consideraciones de propiedad intelectual o industrial, es que se trata de mercados separados de manera jurídica, pero no artificial ni anticompetitiva, y por tanto en ausencia de otras prácticas restrictivas de la competencia no debería impedirse, si

⁷¹ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, Asunto T – 83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755, Párrafo nº 205.

⁷² GESELL, L. y FARRIS, M., “Antitrust Irrelevance in Air Transportation and the Re-Defining of Price Discrimination”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 57(1), Fall 1991.

⁷³ BELL, D. “Price Discrimination: Territorial Pricing for Cable TV Services and the Meeting Competition Defense under the Cable TV Consumer Act”, *19 J. Legis.* 63 (1993).

las condiciones concurrenciales así lo permiten, comercializar un producto a precios distintos en uno y otro mercado.

B) Precios intervenidos.

Uno de los asuntos en los que la posibilidad de admitir la intervención estatal de los precios como justificación de las presuntas discriminaciones fue la ya comentada Decisión de la Comisión *European Sugar Industry*⁷⁴, en la que se planteó esta cuestión debido a que desde el 1 de julio de 1968 la producción y distribución de azúcar en la Comunidad ha estado sujeta a la regulación del Reglamento nº 1009/67/EEC, destinado a proteger las necesarias garantías respecto al empleo y nivel de vida de los productores de azúcar así como evitar tanto la sobreproducción como la escasez de oferta, y cuyo mecanismo básico para la consecución de estos objetivos era la asignación de cuotas de producción y la fijación de precios intervenidos. En el caso de Italia, además, las autoridades competentes habían fijado también unos umbrales máximos de precio de venta al consumidor, conocidos como el “sovraprezzo”. Cuando la Comisión examina las diferencias entre los precios pagados en Italia y en otros Estados miembros como Alemania u Holanda, hizo la siguiente consideración: “*las regulaciones comunitarias no tienen por objetivo determinar la manera en que se forman los precios en los mercados de los Estados miembros*” (Párrafo nº 11).

Igualmente, el Tribunal de Primera Instancia, en su Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁷⁵ rechaza que pueda justificarse una práctica de precios discriminatorios sobre la base de una intervención estatal en los mecanismos de fijación de precios, o de los deseos de un gobierno de promocionar un determinado sector económico, en este caso también el del azúcar. En efecto, al ser acusada *Irish Sugar* de discriminar en precios contra aquellos comerciantes de azúcar industrial que suministran al mercado doméstico irlandés, alegó que lo que pretendía era promover la exportación de productos basados en el azúcar de acuerdo con el deseo del Gobierno irlandés de promocionar económicamente este sector (Párrafo nº 127). Sin embargo, no se admite esta justificación, y se señala (Párrafo nº 129):

“en este caso, el argumento basado en el deseo del Gobierno irlandés de promocionar las exportaciones de azúcar irlandés no le sirve al recurrente en su defensa (...), ya que ese deseo era de unas características tales que no privaban a la empresa de tomar sus decisiones independientemente en lo que a su política comercial se refiere”.

Por otro lado, en nuestro país uno de los pronunciamientos más importantes del Tribunal de Defensa de la Competencia relativo a un caso de precios discriminatorios, la ya comentada Resolución *GLAXO*⁷⁶, precisamente se intentó argumentar desde la base de la intervención de precios, pues en su respuesta a la demanda (recogida en el Fundamento de Derecho 8º de la Resolución) intentó alegar la no existencia discriminación de precios

⁷⁴ Decisión 73/109/EEC, de la Comisión, de 2 de enero de 1973, relativa a un procedimiento de aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/26.918 – *European Sugar Industry*), D.O.C.E. L140/17 de 26 de mayo de 1973.

⁷⁵ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, *cit.*

⁷⁶ Resolución del TDC, de 16 de octubre de 1998, Expediente MC 29/98 *GLAXO*.

desde la base de que GLAXO sólo fijaba uno de los precios con criterios objetivos, mientras que el otro era fijado por la Administración.

Para rebatir las afirmaciones de GLAXO sobre la intervención administrativa de precios, hace el Tribunal una remisión al artículo 100 de la Ley 25/1990 del Medicamento y a la regulación sobre el régimen de fijación de precios industriales⁷⁷, teniendo en cuenta, además, que al decidir libremente comercializar sus productos en España -sin tener ninguna obligación para ello-, debe aceptar todas las consecuencias de nuestra normativa en esta materia. Sin embargo, somos de la opinión de que sí debería haberse tenido en cuenta esta consideración y admitir como válida la justificación de la discriminación de precios basada en esta intervención de precios.

C) Productos de marca.

Ya hemos considerado, en un caso de supuesta discriminación de precios, el tema de si dos productos que físicamente sean iguales se pueden considerar como productos distintos a los efectos de aplicación de la ley, en caso de que tengan marcas distintas, por ejemplo, o uno tiene marca conocida y el otro es un producto de los denominados de “marca blanca” que se adquieren principalmente en grandes superficies.

Por otro lado, un debate anterior a éste es el planteado en torno a si la publicidad y el marketing de un producto son características ajenas a él o lo integran de una manera constitutiva. Para el profesor BORK, “al fin y al cabo, el producto no es concebido únicamente como un objeto físico, sino más bien como un conjunto de servicios o prestaciones que se van a derivar de ese objeto”⁷⁸. Se señalan, en el contexto de la fijación horizontal de precios y la división de mercados, igualmente, las eficiencias derivadas de esta práctica comercial⁷⁹.

En la Sentencia *F.T.C. c. Borden Co.*⁸⁰ el Tribunal Supremo estableció que si hay un grado suficiente de similitud física entre los productos en cuestión⁸¹, las diferentes formas de etiquetado o envasado no son factores que diferencian los productos a los efectos de determinar si son de “igual tipo y calidad”, y eso a pesar de que una etiqueta puede tener más atractivo para los consumidores y por tanto permitiría un precio mayor de mercado para un segmento sustancial de público. Más recientemente, la misma problemática se planteó a la hora de evaluar la supuesta discriminación de precios entre los cigarrillos genéricos de Liggett y los cigarrillos comercializados bajo marca, en el asunto *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*⁸².

⁷⁷ Real Decreto 271/90, de 23 de febrero, en virtud de la remisión que hace al mismo la Disposición Transitoria octava de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁷⁸ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 318.

⁷⁹ *Ibid.*, págs. 275 y ss.

⁸⁰ 383 U. S. 637 (1966).

⁸¹ El acusado producía y vendía leche en polvo bajo la marca nacionalmente conocida, Borden, así como otros tipos de leche que eran física y químicamente iguales bajo otras marcas privadas propiedad de sus cliente. La F.T.C. entendió que eran productos de “igual tipo y calidad” a los efectos de aplicación de aplicación de la Sección 2 (a) de la RPA, y por tanto las diferencias de precio discriminatorias. El Tribunal de Apelación casó la decisión de la F.T.C. al entender que, jurídicamente, la leche de marca privada no era de igual tipo y calidad que la leche marca Borden. El Tribunal Supremo, por el contrario, concluyó que las etiquetas o marcas no diferencian productos a los efectos de aplicación de la Sección 2 (a).

⁸² 509 U. S. 209 (1993).

Recogiendo esta postura jurisprudencial, han afirmado los profesores AREEDA y KAPLOW que “los productos físicamente iguales que tienen diferente nombre comercial presentan un problema. Aunque los consumidores de hecho valoran las marcas, el Tribunal Supremo ha mantenido que las marcas no aíslan de la ley a bienes que son de igual calidad y grado”⁸³.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en la Sentencia *United Brands*⁸⁴ mencionó expresamente el hecho de que los plátanos se vendían con la misma etiqueta a los maduradores / distribuidores. No se sabe⁸⁵ hasta qué punto puede desarrollarse el argumento *a contrario*, en el sentido de extraer la conclusión de que el TJCE hubiera permitido la venta de los plátanos a diferentes precios si éstos llevaran diferentes etiquetas de marca. Somos de la opinión de que el hecho de que los consumidores pagan diferentes precios por productos de marca y no de marca refleja simplemente una realidad económica, y es la de que las “etiquetas” o la imagen de marca de un producto pueden y de hecho crean diferencias comerciales significativas entre productos que, físicamente, son muy parecidos sino idénticos.

Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este Apartado es que ha de reconocerse la existencia de una defensa o refutación de una acusación de práctica de precios discriminatorios, tanto para la Sección 2 (a) como para el Artículo 82 (c), consistente en que el productor pueda demostrar –usando por tanto el *labelling* como defensa frente a una imputación de precios discriminatorios⁸⁶- que el producto al que aplica un *premium* ha conseguido un grado de aceptación en el mercado durante un periodo de tiempo y con datos contrastables, sensiblemente superior a la del resto de sus productos sin marca.

D) Patentes y derechos de *copyright*.

a) El conflicto entre Derecho antitrust y las patentes.

El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual e industrial es un área que no pocas veces entra en conflicto con la normativa antitrust⁸⁷. Podemos afirmar, igualmente, que este conflicto cobra especial envergadura en el ámbito específico de la discriminación de precios, su relación con las patentes⁸⁸ y con los derechos de autor o *copyright*⁸⁹, y por ello nos detendremos en este Apartado con una mayor extensión.

Siendo evidente que las leyes sobre patentes van dirigidas precisamente a garantizar al dueño o licenciataria de las mismas una serie de derechos de exclusividad sobre un

⁸³ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *op.cit.*, pág. 931.

⁸⁴ *United Brands Co. c. Comisión*, Asunto 27/76, (1978) 1 C.M.L.R. 429.

⁸⁵ SPRINGER, U., “Borden and United Brands Revisited: A Comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and U. S. Antitrust Law”, *ECLR*, Vol. 18, Issue 1, Jan-Feb. 1997, pág. 52.

⁸⁶ Gran parte de la doctrina americana acepta esta posibilidad, si se cumplen unos ciertos requisitos; *Vid.*, por ejemplo, GIFFORD, D. J., “Price Discrimination and Labelling”, *25 Buff. L. Rev.* 403 (1976), pág. 413.

⁸⁷ *Vid.*, entre otros, el interesante trabajo de KAPLOW, L., “The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal”, *97 Harv. L. Rev.* 1813 (1984).

⁸⁸ *Vid.*, para un análisis jurídico-económico de esta cuestión, HAUSMAN, J. y MACKIE-MASON, J., “Price Discrimination and Patent Policy”, *RAND J. Econ.*, Vol. 19, n° 2, 1988.

⁸⁹ *Vid.*, MEURER, M., “Copyright Law and Price Discrimination”, Boston University School of Law, *Working Paper n° 01-06*, Junio 2001, disponible en <http://papers.ssrn.com> (visitada el 2.X.2001).

derecho de propiedad industrial cuya explotación en régimen monopolístico le permita recuperar la inversión realizada, no es menos cierto que ello no puede suponer una *carte blanche* que le permita actuar con total impunidad en el mercado. Como ha señalado el profesor POSNER, “alguien podría tratar de defender los resultados de estos casos en el plano legal más que el económico de que las leyes sobre patentes no se han diseñado para permitir a sus propietarios la práctica de la discriminación de precios”⁹⁰.

No es, evidentemente, nuestro objetivo aquí entrar a la raíz de este problema, cuestión que excedería con creces el ámbito de nuestro estudio, sino simplemente apuntar los elementos del conflicto entre las leyes sobre patentes y las leyes antitrust que afectan directamente a la discriminación de precios, bien a nivel de mercado interno, bien con operaciones en mercados internacionales⁹¹, y examinar en qué medida puede justificarse una práctica de precios discriminatorios argumentando este tipo de derechos.

En este sentido, como siempre que hablamos de la discriminación de precios, es importante distinguir entre la figura como tal y los medios empleados para aplicarla en el mercado. Aún en el supuesto de que estemos convencidos de la conveniencia –genérica- de la discriminación de precios en el ámbito de las patentes, hay que analizar la conveniencia concreta de las diferentes prácticas restrictivas con las que ésta se implementa. Los *royalties discriminatorios* es uno de los mecanismos más directos y eficaces a tal efecto. Cuando el titular percibe que hay usuarios de la patente con un mayor precio de reserva que otros probablemente intente aplicar un precio acorde con la intensidad del uso⁹². Otra posible manera de aplicar precios discriminatorios es mediante las *ventas anudadas*, por las que se liga el uso de un producto relacionado que vende el titular de la patente con la obtención de la licencia⁹³. Son también frecuentes las *restricciones territoriales*, a través de las cuales el titular de la patente puede hacer un seguimiento cercano del uso y el resultado que se está obteniendo de la misma⁹⁴.

b) La propuesta de KAPLOW.

Se entiende que una práctica infringe las leyes antitrust cuando es anticompetitiva; sin embargo, la finalidad última de las patentes es precisamente “recompensar” al inventor limitando la competencia, lo que le permitirá un cierto período en el que gracias a la extracción de rentas monopolísticas podrá recuperar la inversión realizada. Partimos por tanto de la base de ciertos males asociados a las prácticas monopolísticas es el precio que la sociedad tiene que pagar a cambio de estimular los procesos inventivos. En este sentido, resulta natural preguntarse, desde un punto de vista económico, cómo puede la sociedad “comprar” un determinado nivel de actividad inventiva al mínimo coste, es decir, cuánto de

⁹⁰ POSNER, R. A., *op.cit.*, pág. 177.

⁹¹ *Vid.*, en este sentido, un trabajo algo antiguo pero ciertamente pionero, KUSHNER, J. y MASSE, I., “Patents as a basis for International Price Discrimination”, *Antitrust Bull.*, May 1976, págs. 639 a 565, en donde se ofrece una detallada investigación empírica de los precios discriminatorios practicados entre Estados Unidos y Canadá basándose en derechos de propiedad industrial.

⁹² *Vid.*, BAXTER, “Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis”, 76 *Yale L. J.* 267 (1966).

⁹³ *Vid.*, MARKOVITS, “Tie-Ins and Reciprocity: A Functional, Legal and Policy Analysis”, 58 *Tex. L. Rev.* 1363 (1980).

⁹⁴ *Vid.*, GIBBONS, “Field Restrictions in Patent Transactions: Economic Discrimination and Restraint of Competition”, 66 *Colum. L. Rev.* 423 (1966).

ese nivel puede la sociedad recibir a cambio de cada unidad de pérdidas monopolísticas que tiene que soportar.

De entre las muchas soluciones propuestas para abordar esta cuestión, utilizaremos en nuestro análisis el ratio propuesto por el profesor KAPLOW, formulado como el cociente: Recompensa de la Patente / Pérdidas Monopolísticas

Su aplicación parte del principio de que “en general, cuanto mayor sea el ratio más deseable será la práctica en cuestión”⁹⁵. Dos ejemplos ayudarán a entender la aplicabilidad de este test. Imaginemos un inventor que ha desarrollado una aplicación técnica –aplicación menor, lo que hace que los royalties cobrados sean también pequeños- que mejora la productividad de determinados procesos; si empieza a licenciar dicha aplicación imponiendo restricciones en materia de precios y situando estos por encima del nivel al que estaban antes de la introducción de estos acuerdos, su recompensa consistirá en los royalties cobrados más un porcentaje, proporcional a su cuota de mercado, de las rentas monopolísticas derivadas de los sobre precios cobrados. A no ser que su cuota de mercado sea muy elevada, su recompensa por emplear este sistema será relativamente pequeña en comparación con los costes sociales impuestos, por lo que el ratio resultante será relativamente pequeño.

Sin embargo, si introducimos el elemento de la discriminación de precios y consideramos la posibilidad de que el titular de la patente cobre mayores royalties a empresas en sectores en los que su aplicación es más valiosa, en vez de cobrar un precio uniforme, estos royalties discriminatorios tendrán dos consecuencias: por un lado, aumenta la recompensa que recibe el titular de la patente al apropiarse éste del excedente del consumidor de aquellos sectores en los que se valora más ese proceso técnico; por otro, hace que el output en esos sectores disminuya y en cambio aumente en los que se aplica un royalty inferior. Aún en el caso de que el resultado final de estos cambios en el volumen de producto final sea una pérdida monopolística neta, será relativamente pequeña, ya que los efectos sobre el producto final se compensan entre sí. De ahí que el denominador del ratio sea relativamente pequeño, y en cambio el numerador relativamente grande, ya que toda la recompensa va al titular de la patente, lo que da lugar a un cociente sensiblemente superior al del ejemplo anterior. El resultado se alcanzado así mediante la transferencia de excedente sin una pérdida neta –o siendo ésta pequeña- de recursos económicos.

Esta última cuestión, de hasta qué punto puede conseguirse ese aumento de beneficios para el titular de la patente sin que ello signifique una pérdida social, es decir, gracias a una transferencia de excedente del productor, será el referente a la hora de permitir o no la práctica de la discriminación de precios a los titulares de patentes industriales.

Esta es la opinión defendida desde la perspectiva económica, en la que los profesores HAUSMAN y MACKIE-MANSON han demostrado⁹⁶ algebraicamente cómo, para un nivel determinado de recompensa para el titular de la patente, el permitir la discriminación de precios implica mayor bienestar social que el imponer un precio uniforme, ya que nos encontramos ante un óptimo en el sentido de Pareto derivado de los

⁹⁵ KAPLOW, L., *op.cit.*, pág. 1831.

⁹⁶ HAUSMAN, J. y MACKIE-MANSON, *op.cit.*, págs. 255 y ss.

efectos beneficiosos de la discriminación (la posibilidad de servir nuevos mercados, economías de escala, economías de aprendizaje, etc.).

Siguiendo la línea de razonamiento del profesor KAPLOW, pueden analizarse las propuestas que se han hecho en este sentido examinado en qué medida reflejan ambos aspectos de la cuestión (los que aquí hemos situado como numerador y denominador del ratio propuesto). Así, el profesor BOWMAN está a favor de permitir la discriminación de precios principalmente porque aumenta el nivel de recompensa que recibe el titular de la patente⁹⁷. En un tipo de razonamiento que ya hemos encontrado otras veces a lo largo de estas páginas, afirma este autor que no permitir la discriminación de precios sería ineficiente ya que constituiría un incentivo para la integración vertical de las empresas grandes y con más recursos, en detrimento de las pequeñas, a pesar de que éstas fueran también eficientes.

Por otro lado, y atendiendo esta vez al denominador del ratio, SULLIVAN ha señalado que la conveniencia de que los titulares de patentes se les permita la práctica de precios discriminatorios depende en gran medida del efecto que ello tenga sobre el volumen de producto final y las consiguientes pérdidas monopolísticas⁹⁸. Como hemos tenido oportunidad de constatar reiteradamente, es imposible determinar a priori cuál será el efecto de una práctica de discriminación de precios sobre el volumen de producto final, si el de aumentarlo o el de disminuirlo, con lo que no parece que este criterio pueda ofrecer una pauta muy fiable para la cuestión de las patentes, como no lo ofrece para la práctica de la discriminación de precios en general.

De ahí que, de cara a establecer algún tipo de criterio en este sentido, nos parece más adecuado acudir al ratio propuesto por el profesor KAPLOW, ya que el efecto de “transferencia de excedente” puede ser superior incluso aunque el efecto “reducción del output” sea negativo, y en consecuencia aumentar el valor del ratio aunque aumente el denominador. La aplicación de este test nos permitiría extraer conclusiones ciertas sobre los hipotéticos beneficios de una práctica de precios discriminatorios llevada a cabo por titulares de patentes, y ello aunque los efectos sobre el output fueran inciertos.

Por otro lado, como apunta este autor, “dado que la discriminación de precios es una de las maneras más eficientes de explotar una patente –tiene un elevado ratio-, una buena manera de recompensar adecuadamente a los titulares de patentes podría ser permitirles que discriminaran en precios, ajustando adecuadamente el período de validez de la patente”⁹⁹.

El ratio propuesto por el profesor KAPLOW no siempre indica claramente cuándo este tipo de prácticas deben ser permitidas en el ámbito del derecho antitrust y de patentes simplemente porque son las que implementan una política de precios discriminatorios. Si, por ejemplo, unos royalties discriminatorios por sí mismos consiguen su propósito, el test basado en el ratio simplemente indicará que se prohíba cualquier práctica restrictiva adicional, ya que su uso como un medio de discriminación de precios sólo aumenta el denominador, y por tanto hace disminuir el cociente –aunque también hace que aumente el numerador, al aumentar los beneficios del titular de la patente-.

⁹⁷ BOWMAN, W. S., *Patent and Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1973, pág. 101.

⁹⁸ SULLIVAN, L., *The Law of Antitrust*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1977, pág. 540.

⁹⁹ KAPLOW, L., *op.cit.*, pág. 1876.

c) *La discriminación de precios ante el copyright.*

Se ha señalado¹⁰⁰ -pensamos que acertadamente-, que la discriminación de precios es un fenómeno ampliamente difundido en los mercados de obras protegidas por derechos de copyright. Así, los suscriptores de una revista pagan mucho menos que quienes la compran en un quiosco (*Vid.*, a este respecto, la significativa Sentencia *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*¹⁰¹); las salas de cine ofrecen diferentes precios por sus proyecciones en días entre semana que en el fin de semana¹⁰²; los productos de software son vendidos a un precio inferior a estudiantes y entidades académicas que a profesionales¹⁰³; las editoriales cobran un precio muy superior por ediciones de libros de pasa dura o de bolsillo¹⁰⁴; etc. Para algunos autores, el análisis del copyright empleado en la protección de canciones, discos, libros y películas les lleva a concluir que “todo el derecho de la propiedad intelectual actúa promoviendo la discriminación de precios”¹⁰⁵.

Las cuestiones suscitadas van en varias direcciones: ¿es este fenómeno evitable? ¿es deseable?, finalmente, ¿pueden justificarse los precios discriminatorios esgrimiendo la existencia de derechos de *copyright*?

En un extenso y complejo artículo, esta cuestión fue explorada por primera vez por el profesor FISHER, quien estudia la demanda presentada por las productoras *Disney* y *Universal Studios* contra la empresa *Sony*, alegando que la grabación de películas en vídeo infringe los derechos de copyright. A partir de ahí “reconstruye” la *Fair Use Doctrine*, y afirma en un momento dado que “la discriminación de precios aumenta la recompensa para los creadores (sin incrementar las pérdidas monopolísticas) a la vez que equilibra el acceso de los consumidores a los trabajos del intelecto”¹⁰⁶.

Esta cuestión se ha planteado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo norteamericano, quien ha examinado la práctica de precios discriminatorios llevada a cabo por una empresa de software, en la Sentencia *ProCD v. Zeidenberg*¹⁰⁷, cuyo ponente ha sido el insigne profesor –y ahora magistrado- EASTERBROOK. El acusado compró una versión “barata” de una base de datos que contenía una restricción contractual limitándola a uso particular. Zeidenberg violó esa cláusula al emplear dicha base de datos comercialmente a través de una página web. En la sentencia, el Tribunal concluye que el demandante, ProCD, tenía derecho a practicar precios discriminatorios en sus productos a la vez que articulaba mecanismos para evitar el arbitraje.

Destacando los efectos beneficiosos que, en casos como éste, tiene la discriminación de precios, se ha señalado comentando esta Sentencia que “si a ProCD no le hubieran permitido practicar tales precios discriminatorios –y hubiera tenido que aplicar a

¹⁰⁰ *Vid.*, MEURER, M., *op.cit.*, pág. 2 y ss.

¹⁰¹ 60 F. 3d 913, 936 (2d Cir. 1994), en la que el editor de una revista le aplicaba a los suscriptores institucionales el doble del precio de una suscripción normal porque entendía que los empleados harían copias de su publicación para uso personal.

¹⁰² BAKER, E., “Giving the Audience What It Wants”, 58 *Ohio State L. J.* 311 (1997), pág. 325.

¹⁰³ TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 73.

¹⁰⁴ BESEN, S. y RASKIND, L., “An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”, 5 *J. Econ. Perspectives* 3 (1991).

¹⁰⁵ GORDON, W., “Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract”, 73 *Chi-Kent L. Rev.* 1367 (1998), pág. 1369.

¹⁰⁶ FISHER, W., “Reconstructing the Fair Use Doctrine”, 101 *Harv. L. Rev.* 1661 (1988), pág. 1782.

¹⁰⁷ 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

todos los usuarios la misma cantidad- habría tenido probablemente que aumentar el precio tanto a los usuarios domésticos como a los comerciales. Pocos usuarios domésticos hubieran sido capaces de adquirir el producto, mientras que los usuarios comerciales habrían tenido que pagar más para contrarrestar la caída de beneficios derivada de dicha pérdida de clientes”¹⁰⁸.

Es evidente que existen muchos elementos en la normativa sobre *copyright* que bien facilitan o bien dificultan la práctica de la discriminación de precios, si consideramos los elementos necesarios para que ésta sea posible: los derechos de autor favorecen la creación de un cierto poder de mercado sobre las obras protegidas por el *copyright*; la doctrina de la “primera venta”, por otro lado facilita el arbitraje al permitir que un consumidor venda, regale o alquile un producto que él ha comprado, lo que impediría implementar una política de precios discriminatorios; esto es contrarrestado por los vendedores de productos bajo *copyright* a través de mecanismos como la fecha de entrega, la calidad o cantidad del producto y las licencias de uso; los tie-ins entre la venta del software y su mantenimiento son un vehículo para discriminar en precios¹⁰⁹; etc.

La conclusión a la que se llega¹¹⁰ es doble: desde un punto de vista histórico, hay muchos elementos de la legislación sobre el *copyright* cuya explicación bien puede ser la de arbitrar mecanismos que permitan la discriminación de precios; desde un punto de vista normativo, es necesario atender a la redistribución de derechos entre los productores y los usuarios de obras protegidas por *copyright* para una correcta aplicación de la normativa general sobre discriminación de precios a este sector específico.

d) Los productos de software y digitales.

En estrecha conexión con el Apartado anterior, no queríamos acabar este epígrafe sin una breve referencia a la cuestión de los precios discriminatorios en el mercado de los programas y demás productos informáticos, el *software*, así como todas aquellas obras que pueden reproducirse por vía digital (películas, canciones, fotografías, etc...).

Una vez más, el debate sobre la idoneidad de la regulación de los precios discriminatorios para este tipo de mercados, característicos de la llamada Nueva Economía, se inserta en el debate, más amplio, de la idoneidad de la legislación antitrust en su conjunto para hacer frente a estos mercados. Pese a su indudable interés, un desarrollo extenso de este debate excedería el ámbito de este trabajo, por lo que nos limitamos a remitirnos a alguna bibliografía reciente al respecto¹¹¹.

¹⁰⁸ O’ROURKE, M., “Copyright Preemption After the ProCD Case: A market-Based Approach”, *12 Berkeley Tech. L. J.* 53, pág. 62.

¹⁰⁹ *Vid.*, un ejemplo en la jurisprudencia, en *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F. 2d 511 (9th Cir. 1993).

¹¹⁰ MEURER, M., *op.cit.*, pág. 74.

¹¹¹ *Vid.*, en nuestra doctrina, PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J. y SUÁREZ FERNÁNDEZ, P., “La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas b2b”, *GJ*, nº 214, Julio / Agosto 2001, págs. 44 a 59; CALLOL GARCÍA, P., “Los estándares industriales en la interconexión de redes virtuales y el Derecho de la Competencia”, *DN*, Año XII, n 124, págs. 1 a 14; en igual sentido, sobre las plataformas B2B; ALESE, F., “B2B exchanges and E. C. Competition Law: 2B or not 2B?”, *ECLR*, Vol. 22 (8), Agosto 2001, págs. 325 a 330; LANCEFIELD, D., “The Regulatory Hurdles Ahead in B2B”, *ECLR*, Vol. 22 (1), Enero 2001, págs. 9 a 12; más ampliamente, VELJANOVSKI, C., “E. C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission’s View of the Network Economy Right?”, *ECLR*, Vol. 22 (4), Abril 2001, págs. 115 a 121;

En cuanto al tema que nos ocupa, los precios discriminatorios, se ha señalado que “la tecnología digital favorecerá la discriminación de precios aún más, y conllevará mayores beneficios para los titulares de derechos de copyright con independencia de qué sentido adopten las leyes de propiedad intelectual en el mundo digital”¹¹². El análisis del porqué de esta afirmación es similar al desarrollado en el Apartado anterior, por lo que no nos detendremos más en ello: las nuevas tecnologías y el tratamiento digital de los datos y las obras intelectuales y artísticas, unido a la protección de las mismas por los derechos de copyright crean un escenario económico caracterizado por el poder de mercado (facilita la discriminación de precios), la doctrina de la primera venta (dificulta), la doctrina del *fair use* (impide), los términos contractuales restrictivos (también impiden discriminar), clasificar a los consumidores según el uso que vayan a hacer¹¹³ (facilita) y, finalmente, la ausencia de coste marginal –en el sentido clásico– (complica el análisis, ya que plantea dificultades a la hora de esgrimir una defensa basada en costes).

Para otros autores, al plantear modelos que permitan analizar la asignación de recursos y la eficiencia de las leyes de copyright, utilizan el análisis de los derechos derivados, y concluyen que “el punto central es que al garantizar a un autor el derecho exclusivo de reproducir públicamente una obra protegida por un derecho de copyright, exhibir públicamente una obra protegida por un derecho de copyright, o crear una obra derivada de un trabajo protegido por un derecho de copyright, básicamente lo que estamos garantizándole a ese autor es el derecho a practicar la discriminación de precios”¹¹⁴. Sin embargo, si se cobra un precio a una persona por oír un CD privadamente en su casa y otro precio al dueño de un bar por reproducirlo en su establecimiento, según el concepto que hemos manejado en este trabajo, ese *diferencial* de precios no sería *discriminatorio*, ya que no se trata del mismo tipo de cliente ni de uso de ese producto.

Por otro lado, se insiste continuamente en las obras que analizan la relación entre ambas figuras en que “las nuevas licencias colectivas y los sistemas de control computerizado reducen sensiblemente los costes de negociación y, en la medida en que las tecnologías digitales hacen posible una discriminación de precios cada vez más exacta y refinada, el régimen de reglas de propiedad y transacciones en el mercado será la norma en el ciberespacio”¹¹⁵.

Por tanto, y para concluir este Apartado, la medida en que los derechos de copyright y las obras digitales afectan a la discriminación de precios, aunque reviste caracteres

especialmente críticos con la política comunitaria, AHLBORN, C.; EVANS, D. y PADILLA, A. J., “Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?”, *ECLR*, Vol. 22 (5), Mayo 2001, págs. 156 a 167.

¹¹² MEURER, M., “Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works”, *45 Buffalo L. Rev.* 845 (1997), pág. 876.

¹¹³ Esto tiene lugar en un doble sentido: en primer lugar, porque la tecnología digital permite que a cada usuario se le cargue un precio o canon cada vez –singular y concreta– que hace uso del producto, lo que permite al titular establecer un precio diferenciado en función de número de horas, o de días de uso; en segundo lugar, porque la tecnología digital permiten a los titulares y proveedores de servicios construir, almacenar o vender un perfil completo de los usuarios, cuyas preferencias, hábitos, gustos, etc, una vez identificados, constituyen la base perfecta para implementar una política de precios discriminatorios.

¹¹⁴ LUNNEY, G., “Reexamining Copyright’s Incentives-Access Paradigm”, *49 Vand. L. Rev.* 483 (1996), pág. 630.

¹¹⁵ WEINSTOCK, N., “Copyright and a Democratic Civil Society”, *106 Yale L. J.* 283 (1996), pág. 372.

propios, no se distingue en lo esencial de la aplicación de los principios generales empleados en el resto de sectores y mercados.

6. Disponibilidad funcional de los descuentos.

Finalmente, los tribunales estadounidenses han permitido que los demandados sean declarados no responsables si el precio inferior –supuestamente discriminatorio- estaba disponible y al alcance de los compradores supuestamente perjudicados.

Esta justificación (*functional availability*), que no está contenida en el texto de la Robinson Patman Act, nace de la argumentación judicial de que no puede haber perjuicio competitivo si los mismos términos comerciales se ponen a disposición de todos los compradores. Por ello, para hacerse acreedora de la misma, el demandado tiene que demostrar que los términos favorables eran conocidos por los competidores potenciales y que el precio inferior estaba “funcionalmente” –es decir, no sólo en teoría- disponible para todos. Como hemos visto, en *F.T.C. v. Morton Salt*¹¹⁶, el Tribunal Supremo estableció la existencia de una discriminación de precios ya que el descuento, que teóricamente estaba disponible para todos los clientes, en la realidad –funcionalmente- sólo era accesible para unos pocos, ya que los pequeños comerciantes nunca iban a comprar el suficiente volumen de producto como para cualificar para los descuentos de cantidad ofrecidos a los grandes compradores.

Así, se ha señalado en el reciente asunto *Caribe BMW, Inc. v. Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft*¹¹⁷ que para que un vendedor pueda hacerse acreedor de una defensa basada en la disponibilidad funcional de un descuento, tiene que demostrar que el precio inferior estaba realmente al alcance del comprador. Igualmente, en *Precision Printing Co., Inc. v. Unisource Worldwide, Inc.*¹¹⁸, se negó la existencia de una infracción de discriminación de precios, ya que el descuento estaba en todo momento al alcance del demandante –fabricante de productos de papelería- y fue él, quien libremente no quiso aceptarlo al negarse a entrar en relación comercial con el proveedor por su negativo historial en términos de solvencia.

En la jurisprudencia reciente sobre casos de precios discriminatorios que se justifican en virtud de esta defensa de la “disponibilidad funcional” encontramos pronunciamientos en el sector automovilístico¹¹⁹, el de la distribución comercial de alimentos¹²⁰, las telecomunicaciones¹²¹ o la venta de motocicletas¹²².

¹¹⁶ 224 U. S. 37 (1948).

¹¹⁷ 19 F.3d 745 (1st Cir. 1994), Párrafos nº 751 y 752.

¹¹⁸ 993 F. Supp. 338, 1998-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72,182 (W. D. Pa. 1998).

¹¹⁹ *Metro Ford Truck Sales, Inc. v. Ford Motor Co.*, 145 F.3d 320, 1998-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72,194, 41 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 741 (5th Cir. 1998), cert.denied, 119 S. Ct. 798 (1999).

¹²⁰ *Hygrade Milk & Cream Co., Inc. v. Tropicana Prods., Inc.*, 1996-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,438 (S.D.N.Y. 1996).

¹²¹ *Comcoa, Inc. v. NEC Tels., Inc.*, 931 F.2d 655 (10th Cir. 1991).

¹²² *Bouldis v. U. S. Suzuki Motor Corp.*, 711 F.2d 1319 (6th Cir. 1983).

7. 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.

Hemos optado por incluir este epígrafe al final de este Capítulo dedicado a las posibles justificaciones de la discriminación de precios porque no se trata aquí de hacer un análisis exhaustivo de esta figura 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 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”¹²³.

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.

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 compradores, el monopsonio puede generar unos costes sociales similares a los del monopolio”¹²⁴.

El modelo se ilustra en la Figura 4.6¹²⁵. 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 .

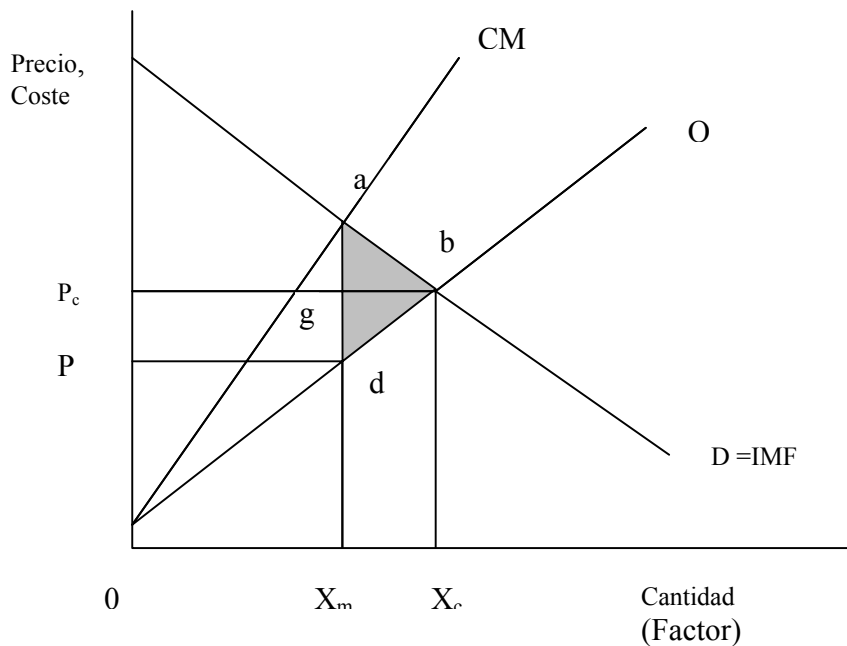
¹²³ FENTON, K., “Antitrust Counseling in Group Buying Issues”, *12-SPG Antitrust* 23 (1998), pág. 26.

¹²⁴ HOVENKAMP, H., *op.cit.*, pág. 14.

¹²⁵ 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.

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 ($D = IMF$).

Figura 5.6



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.

Esta afirmación exige dos matizaciones¹²⁶. 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 4.6, 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.

¹²⁶ *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.

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”¹²⁷; 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 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”¹²⁸.

En efecto, hace ya más de cuarenta años había reconocido el propio Tribunal Supremo en *F.T.C. v. Henry Broch & Co.*¹²⁹ 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.*¹³⁰, 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.

¹²⁷ ARREDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª Ed., Nueva York 1997, pág. 923.

¹²⁸ *Ibid.*, pág. 979.

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

¹³⁰ 346 U. S. 61 (1953).

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”¹³¹.

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.*¹³²; 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.

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 Commission¹³³ inglesa, el de la Office of Fair Trading¹³⁴, o el de la propia Dirección General de Competencia de la Comisión Europea¹³⁵.

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

¹³¹ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *op.cit.*, pág. 981.

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

¹³³ *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).

¹³⁴ *Competition in Retailing*, Research Paper nº 13, Office of Fair Trading, Septiembre 1997 (disponible en la página web del organismo: <http://www.of.t.org.uk>, visitada el 30.X.2001).

¹³⁵ *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.

aprensión y miedo a las represalias llevó a muchos empresarios a no querer ser nombrados¹³⁶. 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 comerciales¹³⁷.

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”¹³⁸. 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 discriminatorio¹³⁹.

Esta figura está estrechamente relacionada con la situación de dependencia económica (y su eventual explotación abusiva) estudiada al hablar del marco legal de los precios discriminatorios. Los tipos de dependencia que la ley alemana contempla pueden describirse varían según los autores y los criterios que se elijan para tal categorización; por señalar una posible, podemos establecer los siguientes¹⁴⁰:

1) Dependencia en función de los artículos: tiene lugar cuando existe algún tipo de producto o marca tal que un vendedor o un distribuidor tiene necesariamente que tenerlo si quiere ser competitivo.

2) Dependencia basada en una relación comercial individual: tiene lugar cuando una empresa realiza un gran porcentaje de sus compras de un proveedor concreto o vende un alto porcentaje de su producto a un comprador específico.

3) Dependencia basada en carestías: tiene lugar cuando una empresa no puede garantizar el suministro de un tipo particular de bien o producto.

De todos estos supuestos, cobra en la actualidad especial interés el 2º, en el contexto específico de las relaciones verticales de las grandes cadenas de distribuidores comerciales

¹³⁶ *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.

¹³⁷ 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*.

¹³⁸ *Supermarket Report*, Párrafo 11.102, pág. 247.

¹³⁹ 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 contribuyan en ciertas promociones; ... f) prohibir la discriminación en los estándares de calidad exigidos a un proveedor y a otro por el mismo producto”.

¹⁴⁰ Seguimos la clasificación propuesta por GERBER, D. J., “The German approach to price discrimination and other forms of business discrimination”, *Antitrust Bull.*, Spring 1982, págs. 257 y ss.

–supermercados, hipermercados, grandes superficies, macros, etc...- con sus proveedores, los fabricantes de productos. En efecto, el poder de mercado no se ejerce tanto sobre los consumidores (mercado *descendente*) como sobre los proveedores (mercado *ascendente*), y no se trata del clásico poder monopolístico sino del poder monopsonista, poder de compra. La capacidad de estos grandes “retailers” de explotar la dependencia económica de quienes les venden toda o casi toda su producción es probablemente una de las mayores fuentes de prácticas discriminatorias que existen en la actualidad, y para evitarlas es para lo que se intentan reformas legislativas como la de la *GWB* alemana: “el artículo 26 (2) de la *GWB* prohíbe abusar del poder de compra del que resultan prácticas discriminatorias o prácticas que restringen de manera injusta el acceso al mercado a unas empresas y a otras no”¹⁴¹.

Podemos distinguir dentro de este apartado: descuentos por volumen de compras de una pluralidad de productos o servicios; descuentos por fidelidad; discriminación en el sector de la *distribución comercial*¹⁴²: primas de enganche, reducciones de precios, participación en ofertas promocionales, alquiler de expositores en el interior del establecimiento, colocación de los productos en el estante (altura, fila, etc...), prohibir que se concedan ventajas a otros clientes, cláusula de cliente más favorecido, plazos prolongados para el pago de los suministros, contribución a pagar gastos de publicidad, promoción general del establecimiento y no del producto, colaboración en la realización de inventarios, personal propio a disposición del establecimiento, etc.

En este sector de la distribución comercial, especialmente de productos alimenticios, es donde la discriminación de precios encuentra su “máxima expresión” y donde esta figura cobra su más plena vigencia, pues aquí estuvo –lo hemos estudiado- la génesis de la Robinson Patman Act y aquí está en la actualidad uno de los puntos en los que la crudeza del debate reseñado –protección de los competidores en vez de la competencia- tiene más relevancia¹⁴³.

La enorme 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 Commission¹⁴⁴ inglesa, el de la Office of Fair Trading¹⁴⁵, o el de la propia Dirección General de Competencia de la Comisión Europea¹⁴⁶.

Naturalmente, las conclusiones a las que se llegan en los citados estudios no son fácilmente admitidas por toda la doctrina. Así, mientras algunos autores¹⁴⁷ opinan que el

¹⁴¹ VOGEL, L., “Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe”, *ECLR*, Vol. 19 (1), 1998, pág. 8.

¹⁴² Este sector es especialmente relevante en nuestro estudio porque en él la acción de la demanda no se limita a la pasiva elección entre las diversas ofertas, sino que puede decirse que ha intervenido activamente en la configuración de las ofertas, en lo que hace a las características materiales de los productos y servicios así como en las condiciones jurídico-económicas para su adquisición.

¹⁴³ *Vid.*, por ejemplo, no sólo el contenido, sino el ya de por sí elocuente título del artículo, AALBERTS, R. y JUDD, L., “Slotting in the retail grocery business: does it violate the public policy goal of protecting businesses against price discrimination?”, *De Paul L. Rev.*, Vol. 40 (2), Winter 1992, págs. 397 a 416.

¹⁴⁴ *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).

¹⁴⁵ *Competition in Retailing*, Research Paper nº 13, Office of Fair Trading, Septiembre 1997 (disponible en la página web del organismo: <http://www.offt.org.uk>, visitada el 30.X.2001).

¹⁴⁶ *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.

¹⁴⁷ MAITLAND-WALKER, J., “Buyer Power”, *ECLR*, Vol. 21 (3), 2000, págs. 170 a 174, en donde se hace un interesante recorrido por el cambio que ha experimentado, en los últimos años, este sector, en el sentido de

Derecho antitrust comunitario está perfectamente capacitado –en su actual formulación– para hacer frente a estas prácticas, otros¹⁴⁸ mantienen la necesidad de una reforma legislativa en el Tratado de la UE similar a las que –como hemos visto– han tenido lugar en las legislaciones antitrust de algunos Estados miembros.

Nuestra conclusión es que, contrariamente al sentir generalizado de que el ejercicio de ese poder monopsonista es contrario al mantenimiento de un orden concurrencial saneado, hay enormes ganancias en términos de eficiencia que pueden contrarrestar los hipotéticos perjuicios de ese poder y, en cuanto a nuestro tema de estudio se refiere, precisamente si al comprador se le permitiera practicar la discriminación de precios al hacer sus compras, se eliminaría una gran parte de pérdidas netas en términos de bienestar social. Por otro lado, los datos del Instituto Nacional de Estadística avalan la opinión de que la situación en términos de cuota de mercado de este sector en España no merece la más mínima preocupación.

En nuestro país existe, incluso, algún precedente en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha señalado que no cabe enjuiciar la legalidad de determinadas prácticas comerciales cometidas por grandes superficies al amparo del artículo 6 LDC (ofertas de 2 por 1, regalos, etc...), al no haberse acreditado que dispongan de posición de dominio en el mercado. Así, en su Resolución de 26 de octubre de 1987 (Expte. 229/87 y 462/87), el TDC señaló que “*tampoco puede hacerse entrar en la conducta de la sucursal de las Rozas de la sociedad Alcampo, S.A., en la descripción de abuso de posición de dominio (...), por la sencilla razón de que no dispone de una situación de dominio del mercado, ya que por el contrario, ni es única oferente de los productos que vende, ni, en unión de otra u otras empresas, es la sola oferente de estos productos*”.

Recientemente, y a raíz del rechazo¹⁴⁹ 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*”¹⁵⁰.

En el ámbito norteamericano es muy frecuente que la discriminación de precios se aborde desde la perspectiva de la protección de los pequeños comerciantes. Así, muchas de las publicaciones¹⁵¹ sobre la Robinson Patman Act en Estados Unidos tienen como intención básica orientar a los pequeños comercios sobre cómo “quejarse” a la FTC.

que antes “the public perception was that supermarkets and chains operated in a highly competitive environment (...), the discriminatory exercise of buyer power may do no more than reflect cost efficiencies” (pág. 170), mientras que ahora, debido a la concentración y al comportamiento comercial de las grandes cadenas y superficies, “the buyer power of the supermarkets may now be exploitative” (pág. 171).

¹⁴⁸ Vid., por ejemplo, VOGEL, L., *op.cit.*, pág. 5.

¹⁴⁹ Decisión de la Comisión, *Kesko / Tuko* (Asunto No. IV / M. 784) D.O.C.E. L 110/53 (1997).

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ Vid., por ejemplo, en la publicación *Business franchise guide*, el volumen correspondiente al periodo Marzo 1980 a Febrero 1983 (páginas 7500 a 7939), DOUGHERTY, ALFRED F., *Price discrimination: small business and the FTC, how to complain to the FTC*, Ed. Commerce Clearing House, Chicago 1980.

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*¹⁵² lleva a cabo un acertado razonamiento al reconocer (Fto. Jco. nº 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*¹⁵³, 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 nº 124 y ss., se señala en el nº 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”¹⁵⁴.

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 realmente ningún servicio de intermediación al vendedor¹⁵⁵, 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 comercial¹⁵⁶, y es necesario para la responsabilidad del vendedor que discrimina que se demuestre la existencia de un daño o perjuicio para la competencia¹⁵⁷.

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.*¹⁵⁸.

¹⁵² Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, *E.C.R.* 1999, p. 0000.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ OVERD, A., “Buyer Power”, *ECLR*, Vol. 22 (6), 2001, pág. 249.

¹⁵⁵ *F.T.C. v. Henry Broch & Co.*, 363 U. S. 166 (1960), Párrafos nº 168 y 169.

¹⁵⁶ *Harris v. Duty Free Shoppers Ltd. Part.*, 940 F.2d 1272 (9th Cir. 1991), Párrafo nº 1274.

¹⁵⁷ *Edison Elec. Inst. v. Henwood*, 832 F. Supp. 413 (D. D. C. 1993), Párrafo nº 419.

¹⁵⁸ 334 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).

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”¹⁵⁹. 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”¹⁶⁰.

Igualmente, se ha señalado¹⁶¹ 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.

¹⁵⁹ BLAIR, R. y HARRISON, J., “Antitrust Policy and Monopsony”, 76 *Cornell L. R.* 297 (1991), pág. 330.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 334.

¹⁶¹ DOWD, J. M., “Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input markets”, 76 *B. U. L. Rev.* 1075 (1996), pág. 1086.