

CAPÍTULO VI. LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS EN LA PRÁCTICA Y FIGURAS AFINES.

1. Introducción.

En la mayoría de los sistemas jurídicos que arbitran un Derecho de Defensa de la Competencia, el ordenamiento siempre diferencia el tratamiento legal de las restricciones de precios de las restricciones llevadas a cabo por otros medios, en el sentido de que las primeras se han considerado tradicionalmente violaciones ‘per se’ del Derecho antitrust, mientras que la manera de abordar las segundas exige un análisis para indagar sobre su posible efecto perjudicial para la competencia¹. Igualmente, está admitido que algunos tipos de restricciones a la competencia tienen el efecto positivo de estimular medios de competencia diferentes a los precios, mejorando por ejemplo la calidad de los servicios². Esta distinción no está exenta de críticas. Como se ha señalado acertadamente, “la incertidumbre y arbitrariedad de una distinción tan legalista como la existente entre las formas de control vertical vía precios y vía otras formas, han impuesto elevados costes de transacción a la sociedad, incluidos elevados costes legales de muchos conflictos entre un productor y sus distribuidores convertidos artificialmente en casos de *Mantenimiento de Precio de Reventa*”³.

De ahí que, para diferenciar la práctica de la discriminación de precios de otras figuras afines vayamos a centrar nuestra atención en tres tipos de prácticas: las de competencia basada en precios,; las de competencia no basada en precios; y una tercera que no es una forma de competir, pero que por las implicaciones que tiene en la forma de actuar la empresa en el mercado es frecuentemente confundida como tal: los sistemas de fijación de precios.

2. Competencia en precios.

A) Precios predatorios o ruinosos.

En el mercado, junto a la práctica anticompetitiva de buscar ponerse de acuerdo con los rivales, es frecuente el emplear tácticas comerciales agresivas que persigan expulsar a los competidores o, si esto no es posible, inflingirles un daño, disciplinarlos, aunque sea a costa de sufrir una misma pérdida durante un cierto tiempo. La más habitual de estas estrategias consiste en vender productos a pérdida, es decir, bajo coste, de manera que se consigue que el rival abandone el mercado, y pueda entonces, desde la posición dominante que se ocupa, recuperar las pérdidas sufridas mediante una estructura de precios supracompetitivos. Es lo que se conoce como precios predatorios.

Durante muchos años se ha pensado que las circunstancias en las que una estrategia como esta podían tener éxito eran tan limitadas que los precios predatorios no eran un

¹ *Vid.*, un ejemplo de este diferente enfoque en el tratamiento de las restricciones verticales vía precios y vía otras formulas, en COMANOR, WILLIAM S., “Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and The New Antitrust Policy”, 98 *Harv. L. Rev.* 984 (1985).

² *Vid.*, en el ámbito de las restricciones verticales a la competencia, la Comunicación de la Comisión, *Directrices relativas a las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000, nº 116.

³ KWOKA, J. y WHITE, L., (Editors), *op.cit.*, pág. 426.

problema relevante desde el punto de vista de la política de competencia⁴. En palabras del Tribunal Supremo de EE.UU., en el año 1985, en *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*⁵, “hay un consenso entre los analistas respecto a que las prácticas de precios predatorios raramente se ponen en práctica, y aún más raramente triunfan” (Párrafo nº 589). Hoy, con instrumentos de análisis económico más desarrollados, se entiende en cambio que sí existen variados escenarios en los que practicar una política de precios predatorios es perfectamente racional y tiene visos de rentabilidad⁶. Sentencias como *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Co.*⁷ son las que ahora marcan la pauta de análisis de los precios predatorios, y reflejan el diferente enfoque que a esta materia se le da en Estados Unidos y la Unión Europea.

Comentando esta sentencia se ha vuelto a señalar que “para demostrar una práctica de precios discriminatorios y la *Primary-line injury* de la Robinson Patman Act (que también cubriría la práctica de precios predatorios en situaciones de inexistencia de dominio) el Tribunal exigió el mismo análisis que el empleado para una denuncia de precios predatorios de la Sección 2ª de la Sherman Act”⁸.

La gran dificultad a la que siempre se ha enfrentado el Derecho antitrust en este campo concreto, y vamos continuamente apreciando los paralelismos entre precios predatorios y precios discriminatorios, es cómo distinguir una conducta comercial agresiva, pero lícita, de una práctica de precios anticompetitiva. Una política demasiado “rígida” que no dejara capacidad de maniobra a las empresas dominantes llevaría a agostar la misma competencia en el mercado que el propio derecho antitrust trata de proteger. A la vez, una política demasiado “permissiva” puede llevar a abusos por parte de las empresas dominantes que perjudiquen tanto a sus rivales como a sus clientes.

La “hostilidad” hacia la conducta de las empresas dominantes alcanzó su cenit en Estados Unidos en la década de los 60, y como se ha señalado acertadamente, “los asuntos de fusiones y concentraciones, precios discriminatorios, y abusos de posición dominante, por norma siempre llevaban aneja una acusación de precios predatorios”⁹. En uno de los asuntos que han marcado la pauta en esta área durante muchos años, la ya citada Sentencia *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*¹⁰, de lo que se acusaba a una empresa grande y diversificada fabricante de productos alimentarios era de *precios discriminatorios y predatorios* contra una empresa local. A partir de la publicación del artículo¹¹ que da lugar al conocido *test Areeda-Turner*, puede decirse que empieza a cambiar esta tendencia, y en

⁴ *Vid.*, por todos, KOLLER, R., “The Myth of Predatory Pricing”, *Antitrust L. & Econ. Rev.*, nº 4, Summer 1971, pp. 105 a 122.

⁵ 475 U. S. 574 (1985).

⁶ *Vid.*, por todos, el excelente trabajo BOLTON, P.; RIORDAN, H. y BRODLEY, J., “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, 88 *Geo. L. J.* 2239 (2000).

⁷ 113 S. Ct. 2578 (1993), Párrafo nº 2587: “sea cual sea la flexibilidad adicional del estándar de la Robinson Patman Act, la sustancia de la acción es la misma en ambos cuerpos legales: un rival comercial ha aplicado una política de precios injustos en sus productos con el objetivo de eliminar o retardar la competencia y por tanto conseguir y ejercer el control sobre los precios en el mercado relevante”.

⁸ JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition under Article 86 of the European Union”, 64 *Antitrust L. J.* 380 (1996), pág. 492.

⁹ KWOKA, J. y WHITE, L., (Editors), *op.cit.*, pág. 152.

¹⁰ 386 U. S. 685 (1967).

¹¹ AREEDA, P. y TURNER, D., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, 88 *Harv. L. Rev.* 697 (1975).

la actualidad podemos hablar de una actitud de Jueces y Tribunales más sensata a la hora de evaluar las supuestas prácticas predatorias llevadas a cabo por empresas dominantes.

La frecuencia con la que, en la práctica de los mercados, precios discriminatorios y precios predatorios hacen su aparición de manera conjunta ha hecho que sean frecuentes los estudios que se ocupan del estudio de la discriminación de precios desde esta perspectiva específica¹². En nuestra doctrina, se ha señalado acertadamente que “cuando una empresa dominante intenta destruir a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá sus precios en el mercado concreto en que opera el competidor, pero no tiene porqué hacerlo en otros mercados. Es más, el mantenimiento de precios altos donde no opera el competidor le ayudará a soportar los gastos que va a sufrir donde rebaje sus precios. En este tipo de casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente (...)”¹³.

Es más, para muchos autores la prohibición contra la discriminación de precios de Primer nivel (*Primary-line injury*) tiene relevancia únicamente si además de discriminatorios, los precios son también predatorios, y tienen por tanto ese efecto de exclusión de los competidores del que hemos hablado al comienzo de este Capítulo. Lo resume así KAUPER, poniendo en relación la normativa norteamericana con la comunitaria: “la Sección 2ª de la Sherman Act se ha aplicado a los precios predatorios, prestando atención a los competidores del vendedor, mientras que los efectos en el segundo nivel (los clientes de los competidores) tienen poco que ver con la exclusión de los competidores. Sin la Robinson Patman Act, el Derecho antitrust norteamericano no prohibiría la discriminación de precios si no hay un efecto significativo en el primer nivel. El hecho de que se incluya dicha conducta en el artículo 82 es reflejo de que se contemplan objetivos distintos a la mera explotación de los consumidores o el reforzamiento del poder de mercado a través de la exclusión de los competidores”¹⁴.

En este sentido, cabe también la interpretación contraria, esto es, inferir la existencia de precios predatorios a partir de precios discriminatorios y un elemento intencional. Así opina el profesor POSNER: “los tribunales han aplicado frecuentemente unos test incorrectos para detectar precios predatorios. Por ejemplo, un enfoque judicial habitual es inferir la existencia de predación sobre la prueba de precios discriminatorios más una intención eliminadora”¹⁵.

La jurisprudencia comunitaria no es ajena a este debate doctrinal, y en sentencias como la ya comentada *Irish Sugar Plc. c. Comisión de la Comunidades Europeas*¹⁶, se plantea el Tribunal de Primera Instancia (Párrafo nº 182) la siguiente pregunta:

¹² FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO/ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos ‘BT/ Telefónica’ y ‘Tabacos de Canarias’”, *GJ*, nº 201, Junio/ Julio 1999, págs. 9 a 34.

¹³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 43.

¹⁴ KAUPER, T., “EC Competition Law – The Road to 1992: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal”, *59 Antitrust L. J.* 441, 38th Annual Meeting of the American Bar Association, 1990, pág. 441.

¹⁵ POSNER, R., *op.cit.*, pág. 193.

¹⁶ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, *E.C.R.* (1999) p. 0000.

“mientras que la cuestión de que una empresa en posición de dominio tiene una peculiar responsabilidad en relación con el mantenimiento de la competencia en ese mercado, no está discutida por las partes, sí discrepan en cuanto a la duda sobre si los descuentos selectivos a aquellos clientes que reciben ofertas rivales es una reacción compatible con dicha responsabilidad, en tanto en cuanto dichos precios no son predatorios en el sentido de la jurisprudencia”.

En una postura bastante parecida a la norteamericana para el Primer Nivel antes reseñada, el TPI en definitiva se está preguntando: ¿si los precios no son predatorios, aunque sean claramente discriminatorios, son compatibles con el derecho de la competencia?

Esta “compatibilidad” tiene, naturalmente, mucho que ver con cuáles se entiendan que sean los fines y objetivos del derecho antitrust, debate que hemos analizado *in extenso*, y que reviste caracteres marcadamente diferenciados a ambos lados del Atlántico. Por ello, algunos de los enfoques que se han propuesto¹⁷ para la reforma de la actual legislación comunitaria de los precios predatorios han tenido muy en cuenta conciliar los fines de promover la eficiencia a la par que la integración del mercado, y es en el mantenimiento de este difícil equilibrio desde el punto de vista de la regulación donde precios predatorios y precios discriminatorios también comparten muchos rasgos esenciales.

Debido a que ambos procedimientos, el de la predación y el de la discriminación, son instrumentos de probada eficacia a la hora de implementar políticas agresivas de precios, ambos revisten parecidas características en su análisis cuando los ponen en práctica empresas en situación de dominio. Una dificultad en este sentido, compartida por ambos, es la de la delimitación del mercado relevante. A su vez, cuando nos hallamos en un mercado ante un producto antiguo y un producto nuevo, que cumplen funciones parecidas, hay que delimitar bien si ambos “conviven” en el mismo mercado o constituyen mercados separados¹⁸.

Evidentemente, no se trata aquí de llevar a cabo un pormenorizado análisis de la figura de los precios predatorios, porque no es ese el objeto de nuestro estudio. Nos hemos querido limitar a señalar simplemente en qué medida esa figura se solapa con la de precios discriminatorios, remitiéndonos para un análisis detallado a algunos de los excelentes estudios y monografías que se han publicado sobre los precios predatorios¹⁹.

¹⁷ MASTROMANOLIS, E. P., “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”, *ECLR*, Vol. 19(4), 1998.

¹⁸ *Vid.*, como ejemplo de esta situación, el comentario que se hace a la decisión de 15 de junio de 1999 de OFTEL, la agencia reguladora de las telecomunicaciones en el Reino Unido, de sancionar a BT por aplicar precios predatorios en el mercado de los servicios de anuncios clasificados, al lanzar un sistema informatizado que competía con el tradicional de Páginas Amarillas, en NIELS, G. y JENKINS, H., “Predation or Innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets”, *ECLR*, Vol. 21 (6), Junio 2000, págs. 287 a 290.

¹⁹ *Vid.*, en nuestra doctrina, los importantes trabajos de FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., *op.cit.*; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *op.cit.*; sobre la aparición “conjunta de los precios discriminatorios y los precios predatorios, tanto en el ámbito del derecho norteamericano (Estados Unidos y Canadá) como de la Unión Europea, *Vid.*, CAMPBELL & EMANUEL, “A proposal for a revised price discrimination and predatory pricing statute”, *13 Harv. J. Leg. 125* (1975); MORSE, R., “The measure of damages in a lawsuit involving allegations of price discrimination or predatory pricing”, *Brooklyn Law Review*, Spring 1982;

Es importante señalar, en todo caso, que siendo figuras que pueden aparecer en la práctica de forma conjunta, ambas tienen identidad propia y están reguladas por separado en la mayoría de los ordenamientos modernos de derecho antitrust. Si bien es cierto que a veces el test de “predación” se usa como piedra de toque para calibrar la ilegalidad de una práctica discriminatoria, ello no puede llevarnos a afirmar que los precios discriminatorios únicamente son reprobables cuando a la vez comparten la condición de predatorios. En este sentido, no compartimos análisis como el manifestado por algún autor²⁰, que tomando pie de un párrafo de la Sentencia AKZO²¹ (“los precios aplicados por AKZO a sus propios clientes estaban por encima de sus costes medios totales, mientras que aquellos ofrecidos a los clientes de ECS estaban por debajo”, Párrafo nº 114), opinan que el motivo de que el Tribunal de Primera Instancia en este caso condenara los diferenciales de precios practicados por AKZO era en razón de su carácter predatorio y no por su carácter discriminatorio.

B) Acuerdos de fijación de precios.

Hemos tenido oportunidad de detallar que la práctica anticompetitiva de la discriminación de precios se diferencia, en cuanto a su naturaleza y su regulación de lo que la legislación y la jurisprudencia conoce como acuerdos de fijación de precios, tanto desde el punto de vista vertical²² como en el plano horizontal²³. Lo que es evidente es que comparte con estas figuras el efecto de falsear la competencia y provocar una asignación ineficiente de recursos.

Por otra parte, la discriminación de precios también se parece a los acuerdos de fijación de precios en que ambos son subespecies de una categoría más general, la de los acuerdos colusorios. Así, aunque la aparición más frecuente de los precios discriminatorios en la práctica reviste la forma de abuso de posición dominante, también pueden darse como un acuerdo de los del tipo del artículo 81 del Tratado de la UE.

Por ello son frecuentes también los pronunciamientos de autoridades comunitarias sobre discriminación de precios que versan sobre un acuerdo colusorio más que sobre un abuso de posición de dominio, como la Decisión *Pittsburg Corning Europe*²⁴ (precios distintos según el territorio para impedir importaciones paralelas); la Decisión *Hennesy-*

EVERTON, A. R., “Discrimination and Predation in the U.K.: Small Grocers and Small Bus Companies -A Decade of Domestic Competition Policy”, *ECLR*, Vol. 14 (1), 1993, pp. 6 a 14; CASS, R. A., “Price discrimination and predation analysis in antitrust and international trade: a comment”, *U. Cin. L. Rev.*, 1993; RIDYARD, D., “Regulation of Price Discrimination and Predation by dominant firms. Lessons from the OFGAS Value Plus Decision”, *NERA Working Papers*, Number 7, 1998; HUNTER, L. y HUTTON, S., “Is the price right? Comments on the Predatory Enforcement Guidelines and Price Discrimination Enforcement Guidelines of the Bureau of Competition”, *McGill L. J.*, September 1993.

²⁰ ANDREWS, P., “Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach”, *ECLR*, 1998, nº 1, pág.51.

²¹ Sentencia del TPI, de 3 de julio de 1991, *cit.*

²² *Vid.*, en nuestra doctrina, SOLER MASOTA, P., “Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)”, *RGD*, año LII, núm. 619, marzo 1996, págs. 2215 a 2234.

²³ *Vid.*, FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “La fijación horizontal de precios”, *ADI*, Año 1984-1985, págs. 169 a 183.

²⁴ Decisión 72/403/CEE, de la Comisión, de 23 de noviembre de 1972 (IV/26.894 – Pittsburg Corning Europe – Formica Belgium – Hertel), *D.O.C.E. L 272/35*, 1972.

*Henkell*²⁵ (el distribuidor garantizaba un precio y un margen suficiente para protegerse del comercio paralelo); y la Decisión *Polistil / Arbois*²⁶ (inserción de una cláusula de precio similar para combatir la posible competencia de importadores paralelos de los productos del suministrador). Aunque todos estos asuntos incluyen cláusulas de fijación de precios, en lo que a nuestro estudio se refiere, el motivo de traerlos aquí a colación es la naturaleza discriminatoria de los mismos.

Por su parte, en el ámbito del derecho antitrust norteamericano ocurre otro tanto, en el sentido de que se distinguen perfectamente los supuestos de *price-fixing*, práctica tradicionalmente declarada por la Sección 1ª de la Sherman Act ilegal *per se*, es decir, con independencia de sus efectos sobre el mercado y la competencia, de los supuestos de *discriminatory pricing*, a los que se aplican otros estándares.

La dificultad práctica de llegar a un acuerdo de fijación de precios, y el “riesgo” que su descubrimiento por las autoridades antitrust supone para las empresas ha llevado en los últimos años a desarrollar sofisticadas prácticas que, si bien en sí mismas no constituyen un *price-fixing agreement*, facilitan enormemente la “cooperación” entre rivales²⁷. Una de ellas, la de “cliente más favorecido”, es una cláusula que se inserta en los contratos de venta, y formaliza una promesa del vendedor de ofrecer a su cliente el mejor precio que aplica a otros clientes. Cuando estamos en un mercado muy especializado en el que las ventas se realizan privadamente y de forma personalizada a cada cliente, llevar a cabo una discriminación de precios en forma de descuentos es bastante posible y probablemente rentable. De ahí que las cláusulas de “cliente más favorecido” sean un medio de impedir esta discriminación de precios.

Si la ilicitud *per se* de los acuerdos de fijación de precios ha estado en el núcleo del Derecho antitrust prácticamente desde sus comienzos, no es menos cierto que en ocasiones este tipo de acuerdos puede tener efectos beneficiosos para la competencia. En palabras del profesor BORK, “la regla debería reformularse en el sentido de que es ilegal *per se* la fijación de precios o división de mercados (o la eliminación de rivales en cualquier otro modo) sólo cuando esta restricción se lleva a cabo *por sí misma* –esto es, cuando el acuerdo no es accesorio de una actividad productiva conjunta para la que las partes llevan a cabo un acuerdo. Sólo entonces es cuando el efecto del acuerdo será claramente restrictivo”²⁸. En parecidos términos se manifiesta el profesor POSNER, calificando este enfoque como “netamente discordante con una política antitrust efectiva”²⁹.

Cobra aquí importancia la vital distinción entre una unidad económica que ha integrado parte –o la totalidad- de sus operaciones, y lleva por tanto a cabo fijaciones de precios habitualmente (piénsese, sin ir más lejos, en un despacho de Abogados compuesto por varios socios) y un cartel compuesto por diversos rivales que no han integrado sus actividades económicas y sin embargo se ponen de acuerdo en cuanto a los precios –u otras

²⁵ Decisión de la Comisión 80/1333/CEE, de 11 de diciembre de 1980 (IV/26.912 – *Hennessy /Henkell*) D.O.C.E. L383/11, de 31 de diciembre de 1980.

²⁶ Decisión de la Comisión 84/282/CEE, de 16 de mayo de 1984 (IV/30.658 – *Polistil /Arboris*), D.O.C.E. L 136/9, de 23 de mayo de 1984.

²⁷ *Vid.*, sobre esta cuestión, HAY, G., “Practices that Facilitate Cooperation: The *Ethyl* Case (1984)”, en KWOKA, J. y WHITE, L. (Editors), *op.cit.*, págs. 189 a 213.

²⁸ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 263.

²⁹ POSNER, R., *op.cit.*, pág. 41.

cuestiones, como puede ser el reparto de mercados- para eliminar la competencia entre ellos y obtener beneficios supracompetitivos. En el primer caso la fijación de precios es pro competitiva (es un *ancillary restraint*), mientras que en el segundo redunda en una disminución de la eficiencia, ya que no es un acuerdo subordinado a una mejora productiva (*naked agreement*), y por tanto ha de ser declarada ilegal³⁰.

C) Mantenimiento del Precio de Reventa.

Al igual que ocurre con los precios predatorios y los acuerdos de fijación de precios que hemos estudiado en los Apartados precedentes, el mantenimiento del precio de reventa (*Resale Price Maintenance*) es una figura del Derecho antitrust con perfiles que, en ocasiones, se aproximan a los de la discriminación de precios. Para empezar comparte con nuestro objeto de estudio un visceral rechazo a su regulación por algunos sectores doctrinales, especialmente aquellos más ligados a la Escuela de Chicago. En palabras del profesor BORK: “la regulación del mantenimiento de precio de reventa y la división vertical de los mercados no sólo es contraria a cualquier política antitrust sólida, sino decididamente peculiar en sus propios términos”³¹.

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia *United States v. Arnold Schwinn & Co.*³² -en la que se declaró contrario a la Sherman Act el sistema de distribución y de fijación vertical de precios que dicha empresa, fabricante de bicicletas, tenía en todo el territorio nacional- fue la de la ilegalidad *per se* del mantenimiento de precio de reventa. Sin embargo, las duras críticas recibidas³³ hicieron que a los diez años de existencia esta línea jurisprudencial sufriera un giro de ciento ochenta grados en *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*³⁴, en la que se invalidó la decisión *Schwinn* y se estableció que las restricciones verticales no tenían que ser necesariamente objeto de una prohibición *per se*, aprobando de hecho el sistema que *Sylvania* había establecido de división territorial de sus franquiciados. El magistrado ponente, el juez POWELL, acertó de pleno en distinguir las ineficiencias derivadas de una restricción vertical de la competencia de las ganancias que pueden obtenerse, por ejemplo en el nivel de los distribuidores, precisamente a través de algún tipo de restricción vertical que favorezca la competencia *interbrand*, aunque limite la competencia *intra-brand*.

Frente a la opinión de autores como el profesor BORK de que las restricciones verticales –como, por ejemplo, el mantenimiento del precio de reventa- deben permitirse

³⁰ Ya hemos tenido oportunidad de hablar en otros apartados sobre toda esta teoría de los *ancillary restraints* en contraposición a los *naked agreements*. Aunque es un tema de relevancia capital en el derecho antitrust, y que en la actualidad está siendo objeto de una profunda revisión, su estudio pormenorizado excedería el ámbito de este estudio, por lo que nos limitamos a dejarlo enunciado.

³¹ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 280.

³² 388 U. S. 365 (1967).

³³ No nos resistimos a transcribir las lindezas que a esta Sentencia le dedican algunos insignes *scholars*: “El derecho antitrust es capaz de mantener distinciones carentes de significado y paradojas estériles, pero las contenidas en la Sentencia *Schwinn* eran demasiadas y demasiado obvias para durar mucho tiempo. Este precedente sufrió un merecido y medido revés al poco de su décimo aniversario”, BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 285; “Los casos de distribución son un desastre intelectual de proporciones alarmantes. No sólo no hay ninguna diferencia económica entre imponer restricciones vía contrato de venta o vía contrato de agencia, y entre la fijación de precios y la división de mercados; parece que no hay nadie que tenga claro cuáles son, a este respecto, los objetivos de la Sherman Act”, POSNER, R., *op.cit.*, pág. 164.

³⁴ 97 S. Ct. 2549 (1977).

siempre, precisamente una de las objeciones que se ha puesto es la de la discriminación de precios. En efecto, algunas de las restricciones verticales más frecuentes se pueden usar para separar mercados y, en consecuencia, facilitar la práctica de la discriminación de precios. Sin embargo, como este mismo autor reconoce, “el mantenimiento de precio de reventa no puede usarse para este fin, ya que el arbitraje entre los clientes rompería la separación entre los mercados”³⁵.

Uno de los “grandes casos antitrust” que en las dos últimas décadas ha reavivado la polémica sobre la regulación de los acuerdos de mantenimiento de precio de reventa ha sido el reciente *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*³⁶, fallado por el Tribunal Supremo norteamericano en 1984, después de dieciséis años de litigio tras haber Monsanto, una de las mayores fabricantes de productos químicos del país, rescindido su contrato de distribución con una empresa de herbicidas del Estado de Iowa. Comentándolo se ha señalado, respecto al debate sobre la legalidad de los acuerdos de *Resale Price Maintenance*, que “una primera visión de la imposición unilateral por un fabricante de un RPM puede parecer anticompetitivo. Después de todo, el fabricante está restringiendo la competencia en precios entre sus distribuidores. Sin embargo, si el fabricante está en lo cierto al considerar que un alto grado de servicio en el nivel de la distribución es lo mejor para vender su producto, este resultado significará habitualmente un mayor grado de satisfacción para los consumidores (...). ¿Puede por tanto esta situación considerarse anticompetitiva?”³⁷.

Esta Sentencia ha tenido una enorme importancia porque en ella el Tribunal Supremo se planteó algo que nunca antes había hecho, el análisis de los acuerdos de *Resale Price Maintenance* en términos de sus efectos económicos, y no bajo el prisma de la ilegalidad *per se* como la que hasta entonces estaban sujetos. De las tres alternativas de que disponía Monsanto para diseñar su sistema de distribución intentó elegir la más efectiva y menos costosa. Cualquiera de ellas tenía como probable consecuencia una mejora del bienestar del consumidor y un aumento del volumen de output final, con efectos análogos, tal como se ha señalado acertadamente³⁸, a los que se conseguirían con una discriminación de precios de primer grado.

Recientemente se ha abordado esta cuestión de la discriminación de precios y la *Resale Price Maintenance* en el contexto de un mercado oligopolístico, afirmándose que “la discriminación de precios basada en las elasticidades cruzadas irán en contra del interés colectivo de las empresas en el mercado”³⁹.

Recogiendo toda esta línea de razonamiento, la Comisión Europea ha afirmado en sus recientes *Directrices sobre las Restricciones Verticales*⁴⁰ que uno de los efectos más negativos de los acuerdos de mantenimiento de precio de reventa es esta disminución de la

³⁵ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 295.

³⁶ 465 U. S. 752 (1984).

³⁷ WARREN-BOULTON, F., “Resale Price Maintenance Reexamined: Monsanto v. Spray-Rite (1984)”, en KWOKA, J. y WHITE, L. (Editors), *op.cit.*, pág. 403.

³⁸ WARREN-BOULTON, F., *op.cit.*, pág. 426.

³⁹ CHEN, Y., “Oligopoly price discrimination and resale price maintenance”, *RAND J. Econ.*, Vol. 30, núm. 3, Fall 1999, pág. 442.

⁴⁰ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C 291/01, de 13 de octubre de 2000.

competencia en precios intrabrand a la que antes nos hemos referido, lo que a su vez lleva a que el fabricante pueda separar los mercados, cosa que va en contra del objetivo de la integración de los mercados en la Unión Europea a la vez que propicia la práctica de la discriminación de precios (Párrafos 111 a 114).

Finalmente, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, en la Resolución *Perfumería*⁴¹, en la que se acusaba a determinadas empresas del sector cosméticos la realización de acuerdos de limitación de la distribución e imposición de precios al por mayor de perfumería y productos de belleza. Aunque se absolvió de la imputación de la creación de un sistema de distribución selectiva (ya que cumplía los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación) se entendió acreditada la existencia de una conducta restrictiva de la competencia consistente en un acuerdo vertical para fijar los precios de venta al público, con el objetivo de evitar la competencia en precios entre distribuidores autorizados.

D) Dumping.

Desde hace ya bastantes años se ha descrito la figura del dumping como “la discriminación de precios entre compradores en diferentes mercados nacionales”⁴². Aunque, efectivamente puede describirse el dumping como la práctica de precios discriminatorios llevada a cabo en dos mercados que constituyen dos países distintos, resulta evidente que no es ése el tipo de discriminación de precios que estamos analizando en estas páginas, ya que su problemática excede el ámbito antitrust para trasladarse al contexto del Derecho Internacional Privado, las relaciones internacionales entre Estados, y la regulación de organismos internacionales.

Así se expresan los profesores WAELBROECK y FRIGNANI al abordar esta cuestión, cuando afirman que “entre los instrumentos de la política comercial, las medidas antidumping se caracterizan por su carácter selectivo: sólo afectan a ventas hechas a un precio inferior a su valor normal y fijan tasas de acuerdo con la diferencia entre el precio de importación y el valor normal. A primera vista, no parece haber conflicto entre dichas medidas y los objetivos perseguidos por el Derecho antitrust: de hecho, ambos tratan de impedir el daño que los precios discriminatorios pueden causar”⁴³.

Sin embargo, como estos autores reconocen seguidamente, hay cuatro diferencias esenciales entre la normativa antidumping y la normativa que prohíbe los precios discriminatorios:

- 1) No toda discriminación de precios es contraria a las leyes de competencia.
- 2) El cálculo del “valor normal” y el “precio de exportación” conduce a detectar la presencia de dumping aunque no exista discriminación de precios.
- 3) La aplicación de medidas antidumping que favorezca a una empresa en posición dominante puede llevar a que se refuerce esa posición.

⁴¹ Resolución del TDC, de 14 de octubre de 1997, Expte. 380/96.

⁴² VINER, J., *Dumping: A Problem in International Trade*, Ed. Augustus M. Kelley, Nueva York 1966, p. 3.

⁴³ WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 16.

4) El intercambio de información necesario para implementar este tipo de medidas puede, en ocasiones, significar una violación de las leyes antitrust.

Con todo, es frecuente encontrar en la doctrina sobre esta materia el calificativo de “discriminación de precios internacional” a la figura del dumping: “el GATT también regula el dumping, que es una discriminación de precios entre diferentes mercados nacionales. En consecuencia, el GATT emplea el mismo ajuste impositivo para impedir que los cálculos de discriminación de precios internacional falseen el funcionamiento de los mercados internacionales”⁴⁴.

Como estos mismos autores reconocen, la teoría de la discriminación de precios puede servir de marco analítico para desarrollar una teoría sobre el dumping, pero ambas figuras no deben confundirse, por las radicales diferencias en cuanto a su naturaleza jurídica y su ámbito de aplicación, anteriormente apuntadas. Por los mismos motivos, tampoco compartimos el análisis que ha llevado a algunos autores⁴⁵ a calificar el crédito a la exportación como un mecanismo de discriminación de precios. Sí compartimos la opinión⁴⁶, en cambio, de que el llamado *dumping inverso* puede considerarse como una forma de discriminación de precios territorial, y el análisis llevado a cabo por estos autores enriquece la tradicional afirmación de que siempre son los clientes *lejanos* los beneficiados en la discriminación de precios territorial, frente a los *cercanos*, que soportan precios relativamente mayores.

Para finalizar, sí nos parece conveniente recoger la opinión doctrinal mayoritaria de que el “tradicional” conflicto entre las leyes sobre comercio internacional (que protegen el mercado doméstico de competencia desleal extranjera) y el Derecho antitrust (que protege a los consumidores favoreciendo la competencia entre los productores) encuentra uno de sus más encarnizados enfrentamientos precisamente en este punto, y por ello son frecuentes las propuestas⁴⁷ que abogan por una normativa antidumping similar a la prohibición de discriminación de precios contenida en la Robinson Patman Act.

E) Descuentos.

La forma en la que se practica la discriminación de precios con más frecuencia en la operativa diaria de los mercados y en el tráfico comercial es, sin ninguna duda, a través de la concesión de descuentos de diversa índole, y en especial las primas de fidelidad.

Los motivos que llevan a una empresa a ofrecer descuentos pueden, básicamente, sintetizarse en dos grupos: para reflejar ahorros de coste derivados de las diferentes condiciones de entrega de los productos, economías de escala, etc.; para animar a sus clientes a que compren más de sus productos.

⁴⁴ HENDERSON, R., “Taxes, Market Structure and International Price Discrimination”, *J. World Trade L.*, Vol. 23, nº 6, 1989, pág. 148.

⁴⁵ VERCAMMEN, J., “Export credit as a mechanism for price discrimination”, *Canadian J. Econ.*, Vol. 31, nº 2, Mayo 1998, págs. 279 a 294.

⁴⁶ GREENHUT, M. L.; OHTA, H. y SAILORS, J., “Reverse Dumping: A Form of Spatial Price Discrimination”, *34 J. of Ind. Econ.* 167 (1985).

⁴⁷ *Vid.*, entre otros, BARBUTO, C., “Toward convergence of Antitrust and Trade Law: An International Trade Analogue to Robinson Patman”, *62 Fordham L. Rev.* 2047 (1994).

El primer grupo no reviste ningún interés desde el punto de vista del Derecho de la competencia, ya que es absolutamente racional -y así lo entiende la ley- que los ahorros de costes se reflejen en descuentos. El segundo sí es más interesante, ya que si los costes de operación de una empresa incluyen tanto los costes *fijos* como los *marginales*, aún los descuentos sustanciales pueden ser rentables y comercialmente atractivos si llevan a aumentos de ventas que generan una contribución positiva a los costes fijos.

Se ha llegado incluso a estudiar⁴⁸ la práctica de ofrecer descuentos a clientes nuevos en mercados en los que existen elevados costes cuando uno decide cambiar de proveedor (*switching costs*), llegándose a la conclusión de que en el equilibrio las empresas ofrecen el mismo precio y los mismos descuentos aún en el caso de que tengan diferentes cuotas de mercado o que la demanda a la que se enfrenten en el nuevo mercado sea más elástica, ya que se verían perjudicadas si practicaran la discriminación de precios, mientras que los consumidores probablemente no se beneficiarían de ella.

Por otro lado, como hemos tenido oportunidad de ver repetidamente a lo largo de estas páginas, “toda empresa que opere en condiciones de competencia imperfecta (es decir, las condiciones prevalentes en la mayoría de los mercados reales) intentará practicar la discriminación de precios (...) lo que permitirá que algunos consumidores hagan realicen compras a las que no tendrían acceso si la empresa vendedora estuviera obligada a aplicar un precio único. La relevancia de los descuentos en el mundo real tiene que ser tenida en cuenta”⁴⁹.

Sin embargo, como se ha señalado, “cuando falta una justificación objetiva, las diferencias serán consideradas discriminatorias, y por tanto abusivas en el sentido del Artículo 86 del Tratado de la UE”⁵⁰. Como veremos, en el ámbito de los descuentos, el alcance de este concepto (“justificación objetiva”) es confuso, y ello ha creado una gran incertidumbre en torno a la legalidad de esta práctica en el ámbito comunitario, que excede con creces la incertidumbre creada en Estados Unidos con la Robinson Patman Act.

a) Descuentos de cantidad.

Bajo la Robinson Patman Act, estos descuentos “se rigen por las normas generales contenidas en las Secciones 2 (a) y 2 (b). De esta manera, la diferencia unitaria de precio inherente a un descuento por cantidad es ilegal cuando provoca un daño competitivo, a no ser que el vendedor demuestre que el diferencial de precios se justifica por la diferencia de costes o que el precio menor se ha ofrecido para igualar un precio de un rival”⁵¹.

Como hemos tenido oportunidad de ver, el estándar de prueba tan complicado que se exige para alegar la justificación del coste hace que esta hostilidad de la RPA hacia los descuentos de cantidad vaya mucho más lejos de lo que razonablemente podría esperarse de una prohibición general contra la discriminación de precios. Igualmente, como la ley habla

⁴⁸ CHEN, Y., “Paying Customers to Switch”, *J. Econ. & Mgmt. Strategy*, Volume 6, Number 4, Winter 1997, págs. 877 a 897.

⁴⁹ RIDYARD, D., “Foreclosing Reason? The EC Commission’s Policy on Dominant Firms Discounts”, *NERA Competition Brief*, nº 11, Marzo 2000, pág. 2.

⁵⁰ JEBSEN, P. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 497.

⁵¹ DAM, K., “The Economics and Law of Price Discrimination: Herein of Three Regulatory Schemes”, *31 U. Chi. L. Rev.* 5 (1963), pág. 20.

de precios *discriminatorios* pero en realidad está pensando en precios *diferentes*, esto hace que muchos agentes económicos no se atrevan a reflejar en toda su extensión la realidad de diferentes costes de servir a clientes, y les apliquen a todos precios uniformes, teniendo lugar por tanto una auténtica discriminación de precios en sentido económico.

En el ya comentado caso *F.T.C. v. Morton Salt Co.*⁵², el Tribunal Supremo ya había avanzado que “*la historia legislativa de la Robinson Patman Act deja ver claramente que el Congreso consideró un mal el que un comprador grande pudiera obtener una ventaja competitiva frente a uno pequeño simplemente por su capacidad de compra derivada de su tamaño*”. Así, los descuentos por cantidad que Morton Salt ofrecía y que en principio estaban igualmente disponibles para todo el mundo, en la realidad sólo eran accesibles para unas pocas empresas, por lo que fueron declarados discriminatorios.

En el importante asunto *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*⁵³ se volvió a plantear esta cuestión cuando Liggett alegó que “*los descuentos por cantidad concedidos por Brown & Williamson a los mayoristas comportaban discriminación de precios y una posibilidad razonable de dañar la competencia*”. Al margen de otras muchas cuestiones debatidas en este importante asunto, el Tribunal Supremo reafirmó la decisión del Tribunal de Apelaciones del 4º Distrito, absolutoria para Brown & Williamson, en lo referente a la cuestión que le fue planteada, la relación causal entre la discriminación de precios y el perjuicio competitivo. En un voto particular los magistrados STEVENS, WHITE y BLACKMUN, sin embargo, opinaron (Párrafo nº 248) que:

“los descuentos de cantidad ofrecidos por B&W a sus mayoristas durante el periodo de 18 meses entre Julio de 1984 y Diciembre de 1985 constituyen sin ninguna duda una discriminación de precios prevista por la Sección 2 (a) de la Clayton Act según la redacción otorgada por la Robinson Patman Act”.

En el ámbito del derecho comunitario no hay duda respecto a la legalidad de estos descuentos⁵⁴, incluso cuando son ofrecidos por una empresa en posición dominante, siempre que no resulten en una práctica abusiva de discriminación de precios, como se ha señalado en la reciente *República Portuguesa c. Comisión*⁵⁵, al afirmar (Fto. Jco. nº 50) que “*las reglas para el cálculo de dichos descuentos no pueden resultar en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el sentido del artículo 86.c) del Tratado*”.

⁵² 334 U. S. 37 (1948), Párrafo nº 43.

⁵³ 509 U. S. 209 (1993), Párrafo nº 216.

⁵⁴ *Michelin c. Comisión*, Sentencia TJCE, Asunto 322/81, E.C.R. (1983) P. 3461, Fto. Jco. nº 71.

⁵⁵ *República Portuguesa c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del TJCE de 29 de marzo de 2001, Asunto C-163/99, E.C.R. (2001) p. 0000.

b) Descuentos funcionales.

Junto a los descuentos de cantidad se maneja habitualmente en el tráfico mercantil el descuento funcional, que fue definido en la jurisprudencia norteamericana en la Sentencia *Texaco v. Hasbrouck*⁵⁶ como:

“aquel concedido a un determinado comprador dado su papel en el sistema de distribución del proveedor, que refleja, en general, los servicios que el comprador presta al proveedor”.

En esta ocasión se entendió que los descuentos funcionales causaban una serie de efectos anticompetitivos, por lo provocaban una discriminación de precios, y en consecuencia fueron declarados contrarios a la Robinson Patman Act. El debate doctrinal que esta Sentencia ha generado es ingente, y por ello nos limitaremos a dejar apuntada esta cuestión y la referencia a la bibliografía existente al respecto⁵⁷, sin entrar a un análisis detallado de la misma. Para el profesor CALVANI⁵⁸, este debate sobre los descuentos funcionales es un ejemplo más de las ineficiencias derivadas de una ley que califica como tremendamente compleja y bizarra.

En *General Foods Corp.*⁵⁹ ya se había señalado, en el contexto de una posible violación de la Robinson Patman Act, que las diferentes funciones que desempeñan los diversos “grupos” que intervienen en la cadena de la distribución pueden ser correspondidas con diferentes precios, que no necesariamente han de calificarse como discriminatorios. Años más tarde, en la importante sentencia *Mueller Co. v. F. T. C.*⁶⁰ se discutió si el 25% de descuento que el demandado concedía a sus distribuidores que desempeñaban determinadas funciones de almacenaje e inventario era discriminatorio respecto al 15% que concedía al resto. Aunque el tribunal de instancia no encontró evidencia suficiente para acreditar una violación de la Sección 2 (a), tanto la Federal Trade Commission como el Tribunal Supremo sí entendieron que esa práctica era discriminación de precios, en contra del precedente sentado en *Doubleday & Co.*⁶¹ que fue invocado expresamente en la resolución inicial:

⁵⁶ 496 U. S. 543 (1990), Párrafo n° 555, nota n. 11.

⁵⁷ CELNICKER, A. y SEAMAN, B., “Functional discounts, trade discounts, economic price discrimination and the Robinson Patman Act”, 4 *Utah L. Rev.* 813 (1989); DUNNE, F. H., “Functional discounts under Hasbrouck and Secondary Line Competition Injury”, 59 *Antitrust L. J.* 793 (1991); RILL, “Availability and Functional Discounts Justifying Discriminatory pricing”, 53 *Antitrust L. J.* 929 (1985); ALBERT, R., “Trade Regulations – Clayton Act – Robinson Patman Act – Oil Company, *Texaco v. Hasbrouck* (1990)”, 29 *Duq. L. Rev.* 4 (1991); WHALEY, R. /LEFFLER, K., “Private Actions and Proof of Damages in Secondary Line Cases – The *Texaco Inc. v. Hasbrouck* Experience”, 59 *Antitrust L. J.* 811 (1991).

⁵⁸ CALVANI, T., “Functional Discounts under the Robinson Patman Act”, 17 *Boston College Ind. & Com. L. Review* 543 (1976).

⁵⁹ 52 F.T.C. 798 (1956): “A lo largo de los años, en la cadena de la distribución desde el productor hasta el consumidor final, se han ido creando varios grupos, cada uno de los cuales tiene un estatus propio y desarrolla una determinada función. Ejemplos clásicos son los mayoristas y los distribuidores. Los precios que se aplica a estos grupos tienen en cuenta su estatus y el papel que desempeñan en la distribución en virtud de dicho estatus” (Párrafo n° 824).

⁶⁰ 60 F.T.C. 120 (1962), *aff'd*, 323 F.2d 44 (7th Cir. 1963), *cert.denied*, 377 U. S. 923 (1964).

⁶¹ 52 F. T. C. 169 (1955), Párrafo n° 209.

“cuando un hombre de negocios lleva a cabo diferentes funciones en la distribución de un bien, como proveer almacenaje, fuerza de ventas, distribución de catálogos, etc., la ley no debería prohibir al proveedor compensarle por dichos servicios”.

La FTC se ha reafirmado en esta postura con la decisión *Boise Cascade Corp.*⁶². Por tanto, no hay una excepción general en la Robinson Patman Act que eximan a los descuentos funcionales de la prohibición contra los precios discriminatorios, por lo que éstos habrán de estar justificados por alguna de las excepciones previstas.

En la jurisprudencia comunitaria este debate reviste rasgos diferenciados a los que han caracterizado la cuestión en los Estados Unidos. Está generalmente admitido por la doctrina⁶³ que donde mejor se empezó a delimitar la relación entre un sistema de descuentos y la discriminación de precios fue en la Sentencia *Michelin c. Comisión*⁶⁴, cuando Michelin alegaba (Párrafo nº 63) que su sistema de descuentos era un simple sistema de descuentos por cantidad que no tenía otra misión que el legítimo objetivo de que los intermediarios le compraran más neumáticos, para lo cual les daba una recompensa si conseguían un determinado volumen de cifra de ventas preacordado. Por su parte, la Comisión mantenía (Párrafo nº 64) que ese sistema de descuentos constituía un abuso de posición dominante ya que se basaba en fijar objetivos de ventas de forma individualizada y selectiva, no claramente definida por escrito, lo que ataba a los intermediarios de neumáticos con Michelin e implicaba aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resolvió que sí había habido abuso al “atar” a los intermediarios (Párrafo nº 86), pero no apreció la existencia de discriminación de precios, ya que las diferentes tasas de descuento aplicables a los diferentes intermediarios se basaban en diferencias objetivas y justificables entre ellos (Párrafo nº 91).

Igualmente, la reciente Sentencia recaída contra el cártel de flores de Holanda *Coöperative Vereniging*⁶⁵ da un paso más en la delimitación de esta figura de los descuentos funcionales, pues al analizar los acuerdos comerciales entre la empresa demandada y sus proveedores constata (Considerando nº 27) la existencia de diferencias en el precio y las condiciones financieras entre los que han suscrito un acuerdo comercial y los que no (a quienes se aplica un recargo del 3%), pero concluye (Considerando nº 30) esto no puede considerarse una práctica de discriminación de precios en el sentido del artículo 81.1. d) del Tratado CEE pues (Considerando nº 50):

“los que habían suscrito los acuerdos comerciales habían aceptado obligaciones respecto a VBA capaces de justificar la diferencia entre la tasa

⁶² 107 F. T. C. 76 (1986).

⁶³ *Vid.*, por todos, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 541.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ *Coöperative Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer BV v. Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV y M. Verhaar BV*, Sentencia del TJCE de 30 de marzo de 2000, Asunto C-266/97 P, E.C.R. (2000) p-0000.

del 3% de la cual se beneficiaban (...) justificable por la existencia de dichas obligaciones”.

c) Descuentos de fidelidad.

En la Sentencia *Hoffmann-La Roche c. Comisión*⁶⁶ se establece sin ningún género de duda la ilegalidad -en el derecho comunitario de la competencia- de estos descuentos cuando quien los aplica es una empresa en situación de dominio. A continuación, añade el Tribunal de Justicia en relación a la discriminación de precios (Párrafo nº 90):

“aún más, el efecto de los descuentos de fidelidad es la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes con otras partes, ya que dos compradores pagan un precio diferente por la misma cantidad del mismo producto dependiendo de si obtienen sus aprovisionamientos exclusivamente de la empresa en posición dominante o tienen fuentes alternativas de suministro”.

Los motivos por los que se condena el sistema de descuentos de Roche se basan en dos elementos: el efecto de “cierre del mercado” de los descuentos de fidelidad en el mercado de las vitaminas y la discriminación entre clientes creada por dicho sistema. Se ha criticado al TJCE que, una vez asumida esa postura “el paso siguiente hubiera sido analizar la forma en que un descuento de fidelidad impide la entrada al mercado, por ejemplo mediante la creación de barreras de entrada. Sin embargo, el Tribunal no entra en profundidad a esta cuestión”⁶⁷.

No obstante, en una línea jurisprudencial reiterada se ha mantenido esta postura, y sistemáticamente se han condenado los descuentos de fidelidad. Así, por ejemplo cuando se han empleado como método de evitar las importaciones paralelas⁶⁸. La prohibición se aplica tanto al acuerdo con un solo comprador como a las denominadas “*primas de compromiso de grupo –o de lealtad*”⁶⁹, y también alcanza a aquellos sistemas de descuentos de fidelidad y precios discriminatorios a los que se llega a petición no de la empresa en situación de dominio sino de los clientes a los que vincula el acuerdo⁷⁰. Como puede fácilmente advertirse, el núcleo de lo que el derecho de la competencia intenta evitar es la

⁶⁶ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, *cit.*: “*lo mismo se predica si la empresa, sin vincular a sus compradores bajo un compromiso formal aplica, bien por los términos de los acuerdos concluidos con dichos compradores o unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, esto es, descuentos condicionados a que el cliente obtenga todo o la mayoría de sus suministros –da igual que la cantidad que compre sea grande o pequeña- de la empresa en posición dominante*” (Párrafo nº 89).

⁶⁷ ZANON, L., “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”, *J. World Trade L.*, Vol. 15, 1981, pág. 309.

⁶⁸ Decisión 73/109/EEC, de la Comisión, de 2 de enero de 1973, relativa a un procedimiento de aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/26.918 – *European Sugar Industry*), *D.O.C.E.* L140/17 de 26 de mayo de 1973, Párrafo II. D. (4): “*la compañía SZV ha explotado su posición dominante mediante la concesión de descuentos de fidelidad. La concesión de un descuento que no depende de la cantidad comprada, sino sólo de si los requerimientos anuales son cubiertos exclusivamente por SZV es una discriminación injustificada contra los compradores que también adquieren la azúcar de otras fuentes*”

⁶⁹ Decisión 88/518/CEE de la Comisión, *Napier Brown –Irish Sugar*, de 18 de julio de 1988, Párrafo nº 74.

⁷⁰ Sentencia del TJCE de 1 de abril de 1993, *BPB Industries Plc. y British Gypsum Ltd. c. Comisión*, Asunto T-65/89, *E.C.R.* (1993) p. II-0389, Párrafo nº 68.

fidelización de los clientes y la eliminación por este sistema de competidores⁷¹, lo que supondría una distorsión del sistema competitivo⁷².

Por otra parte, la Comisión ha reafirmado recientemente esta postura en sus *Directrices sobre las Restricciones Verticales*⁷³, en las que se afirma (Párrafo nº 152) que “*además, el artículo 82 prohíbe específicamente que las empresas en posición de dominio apliquen (...) sistemas de descuentos de fidelidad*”.

Naturalmente, este enfoque no ha estado exento de críticas; “¿Está justificado un tratamiento tan hostil de los sistemas de descuentos? La aplicación del Derecho antitrust en este campo parece aproximarse a una prohibición per se de los descuentos que no estén relacionados con los costes aplicados por las empresas en situación de dominio. Ese tipo de política es a la vez confusa y motivo de confusión”⁷⁴.

Con todo, en la reciente Decisión *Virgin – British Airways*, la Comisión ha vuelto a insistir (recogiendo expresamente la doctrina Hoffmann y Michelín) en la ilegalidad de los programas de descuentos y comisiones cuando “*están claramente relacionados con la fidelidad y no con la mejora de los rendimientos*”⁷⁵.

En nuestro país, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto, en su Resolución *COFAS*⁷⁶, y aunque no se trataba de un expediente sancionador sino de un recurso contra Actos del Servicio, su postura fue favorable a acoger la opinión de que es una práctica contraria a la LDC en que:

“un operador en posición de dominio introduzca un sistema de fidelización dirigido a evitar que los socios de la Cooperativa satisfagan sus necesidades de fuentes alternativas o complementarias de suministro al objeto de proteger su privilegiada situación en el mercado”.

Sin embargo, la conclusión de todo este Apartado es, hoy por hoy, unánime e inequívoca. Como ha puesto de manifiesto la doctrina más reciente, “los descuentos de fidelidad aplicados por una empresa en situación dominante infringen el artículo 82, no sólo por su efecto de atar a clientes al proveedor que los concede en detrimento de proveedores

⁷¹ Nos remitimos a lo dicho en el epígrafe correspondiente sobre la intención eliminatoria en las prácticas de precios discriminatorios, pues la asociación entre descuentos de fidelidad e intención eliminatoria es constante en la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, ha sido especialmente claro el TJCE en la reciente Sentencia *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA y Dafra-Lines A/S c. Comisión*, de 16 de marzo de 2000, Asuntos C-395/96 P y C-396/96 P, E.C.R. (2000) p. I-1365, en la que se reafirma una vez más esta postura.

⁷² Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T – 83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755, Párrafo nº 120: “*estas prácticas incluían tanto los precios discriminatorios o eliminatorios como determinadas condiciones contractuales sancionadas, destinadas a obtener la fidelidad de los clientes de Tetra Pak, incitándoles en especial a través de rebajas concedidas mediante la aplicación de una tarificación regresiva de los gastos*”.

⁷³ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000.

⁷⁴ RIDYARD, D., *op.cit.*, pág. 1.

⁷⁵ Decisión 2000/74/CE, de 14 de julio de 1999, *cit.*, Párrafo nº 102.

⁷⁶ Resolución del TDC, de 30 de abril de 1997, Exp. R 206/97, (Antecedente 2º).

rivales, sino también por sus efectos discriminatorios injustificados en relación a los clientes”⁷⁷.

F) Precios desleales (“Unfair prices”).

Bajo el término *unfair prices* se agrupan, en la literatura legal y económica de ámbito anglosajón una amplia variedad de categorías conceptuales que exceden el equivalente castellano de *precios desleales*. Los apartados 1 (precios predatorios) y 7 (precios excesivos) que hemos comentado bajo epígrafes distintos de este Apartado son frecuentemente calificados simplemente como “unfair prices”. De ahí que, en aras de respetar el contexto y el sentido del análisis en que dicho término se emplea, haremos uso de él en su acepción original inglesa o en su versión castellana según las circunstancias así lo aconsejen. Por otro lado, para evitar redundancias, se examinarán estas categorías bajo epígrafes distintos, según las acepciones empleadas.

En el ordenamiento comunitario la prohibición de aplicar precios desleales viene recogida en el párrafo (a) del Artículo 82 del Tratado CE, que establece que el abuso podrá consistir, en particular, en:

“directa o indirectamente imponer precios desleales de venta o de compra u otras condiciones comerciales desleales”.

Como puede apreciarse, el paralelismo con el párrafo c) del mismo artículo, que prohíbe la discriminación de precios, es patente, y de ahí que ambos preceptos sean frecuentemente analizados desde un punto de vista sistemático bajo un mismo prisma⁷⁸.

G) Precios excesivos.

Una empresa en posición dominante que aplique un precio “excesivo” cometería una infracción de las previstas por el artículo 82 del Tratado CE. Aunque este principio está fuera de toda duda en el ámbito del Derecho comunitario de competencia, es significativo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea nunca haya emitido una Sentencia condenando a una empresa por esta práctica⁷⁹. Se ha definido el concepto de precio excesivo en la Sentencia *General Motors Continental N. V. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁸⁰ como un precio “*excesivo en relación con el valor económico del producto ofrecido*”. Es precisamente en la Sentencia *United Brands* donde el TJCE establece que una forma para apreciar esto es que “*un exceso puede apreciarse, entre otras cosas, si puede determinarse objetivamente a través de una comparación entre el precio de venta del producto en cuestión y su coste de producción*”⁸¹. La evaluación de este “exceso” se llevará a cabo mediante la comparación entre los costes de la empresa dominante y los

⁷⁷ SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, 67 *Antitrust L. J.* 641, 2000, pág. 662.

⁷⁸ *Vid.*, por ejemplo, SIRAGUSA, M., “The Application of Article 86 to the Pricing policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices”, *CMLR*, nº 16, 1979, págs. 179 a 194.

⁷⁹ FOX, E., “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness”, 61 *Notre Dame L. Rev.* 981, 1986, pág. 992.

⁸⁰ Sentencia del TJCE, Asunto 26/75, *E.C.R.* 1975 p. 1367, Párrafo nº 12.

⁸¹ Sentencia *United Brands c. Comisión*, *cit.*, Párrafo nº 251.

precios de sus competidores, o los precios de ese mismo producto en otros mercados geográficos. Así, afirma la misma Sentencia en el Párrafo nº 252:

“las cuestiones a determinar son si la diferencia entre los costes en los que se ha incurrido y los precios que se han aplicado es excesiva, y si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, si el precio aplicado es desleal en si mismo o en comparación con los productos competidores”.

No pretendemos hacer aquí un análisis exhaustivo de esta figura, pues ello excedería el propósito meramente ilustrativo de este Apartado. Sin embargo, nos interesa detallar su relación con los precios discriminatorios.

Está claro que la determinación de que un precio es o debe reputarse como excesivo exige, para empezar, un análisis de los costes de la empresa, teniendo en consideración los criterios habituales en este tipo de procedimientos: márgenes comerciales, costes de producción, estructura de costes, etc. En caso de una supuesta investigación, la cuestión determinante sería qué tipo de costes habrían de ser tenidos en cuenta para la determinación del margen de beneficio aplicable a unas ventas concretas, así como qué factores de los mercados locales habrían de tenerse en consideración para determinar si las diferencias en los márgenes de beneficio es tal que los precios pueden considerarse excesivos, y por tanto “desleales” en el sentido del Artículo 82 (a). Es en este último aspecto en donde el “parentesco” con la figura de la discriminación de precios resulta más patente. A este respecto, se ha señalado que “en la medida en que los diferentes niveles de precios en los diferentes Estados Miembros resulten de la consideración de los mismos elementos que pueden tenerse en cuenta para evitar caer en la categoría del abuso consistente en la aplicación de precios discriminatorios del Artículo 86 (c), los diferentes márgenes de beneficio en las ventas de productos en diferentes Estados Miembros no pueden considerarse suficientes para establecer la existencia de precios excesivos, y por tanto desleales”⁸².

Desde luego, es importante distinguir esta figura de la de los precios discriminatorios propiamente dichos, pues aunque un precio puede ser a la vez excesivo y discriminatorio, los criterios para evaluar uno y otro han de ser diferentes, porque también lo es su efecto sobre la estructura y funcionamiento del mercado. Esta distinción es llevada a cabo con admirable precisión en la Sentencia *Aéroports de Paris c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁸³, donde se especifica (Fto. Jco. nº 169) que:

“el abuso consistente en la aplicación de tarifas discriminatorias sólo puede tener lugar, por definición, cuando un competidor de AFS, en concreto OAT, entra en el mercado. El hecho de que la tasa pagada por AFS fuera el resultado de una propuesta hecha por ella misma en el contexto de una convocatoria de ofertas no puede hacer que dicho canon escape al ámbito de aplicación del artículo 86 del Tratado, especialmente cuando la cuestión aquí debatida no es el nivel de esos cánones como tales sino su carácter discriminatorio”.

⁸² SIRAGUSA, M., *op.cit.*, pág. 188.

⁸³ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98, E.C.R. 2000 p. 0000

En otros casos ambas figuras pueden apreciarse conjuntamente, como fue el asunto dirimido por la Comisión⁸⁴ cuando *ITT Promedia*, la filial belga de *US ITT World Directories* formuló una queja formal de que los precios de acceso establecidos por el operador dominante eran tanto excesivos como discriminatorios, en el sentido de lo previsto por el artículo 86 del Tratado. Como se ha señalado acertadamente⁸⁵, la cuestión de los precios de acceso y su posible carácter excesivo o discriminatorio es una cuestión de especial relevancia en el sector de las telecomunicaciones.

Sin embargo, no es infrecuente que las autoridades comunitarias, ante la dificultad que entraña la determinación de una discriminación de precios acudan a esta figura para constatar la apreciación de un abuso de posición dominante: “las investigaciones de la Comisión sobre políticas de precios suelen centrarse en las diferencias de precios para unos mismos productos que frecuentemente existen entre diferentes Estados Miembros. Mientras que estos precios pueden ser, por sí mismos, discriminatorios en el sentido del Artículo 86, a la vista de las dificultades para demostrar esa discriminación, la Comisión frecuentemente ha preferido apoyarse en esas diferencias para alegar que los precios elevados eran excesivos y, por tanto, abusivos”⁸⁶.

En este sentido, comentando decisiones recientes que abordan este tema, como la Sentencia *SACEM II*⁸⁷ del TJCE, y en relación con las diferencias de enfoque entre la jurisprudencia norteamericana y la comunitaria, se ha señalado que “este tipo de decisiones magnifican las dificultades prácticas a la hora de tratar los precios excesivos del Artículo 86, a la vez que subestiman las diferencias entre el Artículo 86 y la Sección 2ª (de la Sherman Act) (...). Los tribunales americanos han sido renuentes a asumir la función de determinar cuándo unos precios son razonables y a la continua supervisión de los precios que aplican las empresas dominantes. El artículo 86, sin embargo, sí exige esa función. La Sentencia *SACEM II*, por supuesto, va más allá, en la medida en que sugiere que los tribunales son capaces de medir y evaluar la eficiencia. Esto también sería anatema para los Tribunales americanos, que generalmente han conseguido eludir estas cuestiones.”⁸⁸.

Se ha criticado igualmente que la falta de precisión en cuanto a los criterios de consideración de un precio como excesivo “lleva a que una empresa en situación de dominio nunca podrá saber cuando se está comportando dentro de las normas del Derecho de la competencia, y por tanto estará permanentemente sujeta a una debilitadora incertidumbre”⁸⁹.

⁸⁴ *Vid.*, nota de prensa de la Comisión IP/97/292, de 11 de abril de 1997.

⁸⁵ HAAG, M. y KLOTZ, R., “Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications”, *CPN*, Junio 1998, nº 2.

⁸⁶ SIRAGUSA, M., *op.cit.*, pág. 194.

⁸⁷ Sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1989, *Lucazeau, Debelle y Soumagnac c. SACEM*, Asuntos 395/87, 110/88, 241/88 y 242/88, *E.C.R.* (1989) p. 2811.

⁸⁸ KAUPER, T., “EC Competition Law – The Road to 1992: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal”, *59 Antitrust L. J.* 441, 38th Annual Meeting of the American Bar Association, 1990, pág. 448.

⁸⁹ JEBSEN, P. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 505.

H) Cláusula de cliente más favorecido.

En la doctrina y en la jurisprudencia la introducción de las “cláusulas de cliente más favorecido” (*Most favored customer clause*) es una cuestión controvertida⁹⁰, ya que a pesar de sus efectos beneficiosos para la competencia, en ocasiones ha sido considerada como una práctica abusiva y contraria al Tratado de la Unión Europea. Así, en la misma *AKZO c. Comisión*⁹¹, afirma (Párrafo nº 147) el Tribunal de Justicia que:

“la Comisión considera igualmente abusivo el hecho de que AKZO persiguiera una política comercial eliminadora en relación a los proveedores de RHM y Spillers mediante la obtención de estos clientes de detalles precisos de las ofertas hechas por otros proveedores de aditivos farináceos y ofreciéndoles entonces un precio inferior a la oferta rival más baja”.

En efecto, cuando un agente económico establece una cláusula en sus contratos de distribución de bienes por la que se obliga a ofrecer –y aplicar en la práctica- a sus clientes el precio más bajo que ellos reciban de ofertas rivales, o se obliga a ofrecer al resto de sus clientes el descuento o rebaja que ha ofrecido a uno de ellos, eso se denomina cláusula de cliente más favorecido, y con ella teóricamente se mitiga el efecto anticompetitivo que producen las obligaciones contractuales a las que habitualmente va asociada (obligaciones de suministro exclusivo, reparto de mercados, descuentos por fidelidad, etc...), y, a lo que a nuestro estudio se refiere, impide la práctica de la discriminación de precios.

En la jurisprudencia comunitaria también se la conoce como *English Clause*, ya que es con este nombre como se dio a conocer en importantes asuntos como *Hoffmann-La Roche c. Comisión*⁹², Sentencia en la que se hace un detallado estudio de esta figura. En efecto, la Sección 5ª de la Parte II de este pronunciamiento, encabezada con la rúbrica “English Clause” y que comprende los Párrafos 102 a 108 de la Sentencia, ofrece la delimitación precisa de esta cuestión:

“todos los contratos en cuestión, excepto cinco, tenían una cláusula, llamada la cláusula inglesa, por la cual un cliente, si obtenía de los competidores de su proveedor ofertas en condiciones más favorables a aquellas bajo las cuales se habían firmado los contratos en cuestión, podía pedir a Roche que ajustara sus precios para igualarlas”.

Aunque, como alega el propio recurrente, es cierto que esta cláusula puede servir para mitigar los efectos negativos que, para la competencia, tienen las obligaciones de suministro exclusivo exigidas por Roche a sus clientes, el Tribunal puntualiza que “*las oportunidades de los compradores de explotar la competencia en su propio beneficio son más limitadas de lo que pudiera parecer a primera vista*”, pues esta cláusula está sujeta a

⁹⁰ *Vid.*, para un análisis detallado de los efectos tanto en el plano horizontal como en el vertical de las cláusulas de cliente más favorecido, BAKER, J. B., “Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of ‘Most-Favored-Customer’ Clauses”, *64 Antitrust L. J.* 517 (1996).

⁹¹ Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, *cit.*

⁹² Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, *cit.*

una serie de condiciones que la limitan en cuanto a su contenido y alcance, y de hecho le dejan a Roche una amplia discrecionalidad en cuanto a la posibilidad de que la invoquen sus clientes.

El hecho de que no evite el efecto anticompetitivo de la obligación impuesta a sus clientes de obtener todos sus suministros exclusivamente de Roche, ni los efectos anticompetitivos de los descuentos de fidelidad, y además suponga la obtención de valiosa información sobre los precios y condiciones de venta de empresas rivales, llevan al Tribunal a concluir⁹³ que no pueden excluirse de la categoría de abuso.

En cuanto a lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, esta figura es muy relevante ya que es una forma práctica de impedir que una empresa implemente una política de precios discriminatorios, dado que cualquier descuento o rebaja que conceda a un cliente, bajo esta cláusula, debe ofrecérsela también a los demás. Con todo, la “efectividad” de este mecanismo se pone en duda por el propio TJCE en una valoración en la Sentencia, cuando afirma⁹⁴ que:

“aún más, la cláusula inglesa no impide la discriminación resultante de los descuentos de fidelidad entre los clientes en circunstancias similares, ofrecidos a unos sí y otros no dependiendo de renunciaban a la posibilidad de elegir sus proveedores”.

La explicación a esta opinión del TJCE se encuentra en que uno de los problemas con los que se enfrenta un oligopolista para mantener una estructura de precios supracompetitivos es el poderoso incentivo que existe para cualquiera de las empresas que operan en ese mercado de alterar los precios de manera que pueda conseguir -para ella- algunas ventas adicionales que pueda “robar” a sus competidoras. Esto es especialmente factible cuando nada más es necesario ofrecer un descuento a un cliente -que compraría en otro sitio si no se lo ofreciéramos-, y se puede seguir aplicando el precio vigente en el mercado al resto de clientes. En los mercados tradicionales en los que la venta se lleva a cabo a través de canales de distribución abiertos al público, esto es imposible.

Sin embargo, en el caso de sectores especializados en los que las ventas se efectúan de forma individualizada, la discriminación de precios en forma de descuentos “secretos” no sólo es posible, sino que por lo difícil que es detectarla y prohibirla puede ser altamente rentable. En estos casos, como se ha señalado acertadamente, “las cláusulas de cliente más favorecido impiden de manera efectiva la discriminación de precios”⁹⁵.

Así se ha reconocido también por la Comisión en sus *Directrices sobre las Restricciones Verticales*⁹⁶, en las que se afirma (Párrafo nº 152), en relación también a los sistemas de descuentos de fidelidad estudiados en el Apartado anterior, que:

⁹³ *Ibid.*, Párrafo nº 108: “se sigue de todos estos factores que la opinión de la Comisión de que las cláusulas inglesas incorporadas a los contratos en cuestión no eran de tal naturaleza que pudieran excluirlos de la categoría de abuso de posición dominante ha sido deducida correctamente en aplicación del artículo 86 del Tratado”.

⁹⁴ *Ibid.*, Párrafo nº 106.

⁹⁵ HAY, G. A., *op.cit.*, pág. 202.

⁹⁶ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000.

“las llamadas ‘Cláusulas Inglesas’ que exigen al comprador que informe de cualquier oferta mejor y que la acepte únicamente si el proveedor no la iguala, tienen el mismo efecto que las obligaciones de no-competencia, especialmente cuando el comprador tiene que revelar quién hace la oferta mejor. Además, al aumentar la transparencia en el mercado pueden facilitar la colusión entre competidores (...). El juicio sobre todas estas diferentes formas dependerá de su efecto sobre el mercado. Además, el artículo 82 prohíbe específicamente que las empresas en posición de dominio apliquen Cláusulas inglesas o sistemas de descuentos de fidelidad”.

3. Sistemas de fijación de precios.

La confusión entre el concepto legal y el económico de discriminación de precios a que venimos haciendo referencia tiene deplorables consecuencias en el ámbito de las tarifas y precios de los servicios públicos, donde a los habituales criterios para la fijación de precios con los que operan las empresas privadas hay que añadir los propios y peculiares de su condición de servicio público. Se ha puesto de manifiesto que, en este ámbito, “no hay una clara distinción entre relaciones discriminatorias y no discriminatorias entre las tarifas para diferentes clases y cantidades de servicio, ni una relación concreta de estándares para poder juzgar cuándo una práctica de discriminación está prohibida y cuándo está permitida, o por lo menos tolerada”⁹⁷.

De ahí que los tribunales hayan compartido en sus pronunciamientos ese “sentir popular” de que la discriminación es algo negativo, y que hayan sido más proclives a juzgar con buenos ojos aquellas actuaciones de las agencias reguladoras en su tarea de fijación de precios de los servicios públicos cuya resultante sean tarifas “no discriminatorias”, sin molestarse en averiguar si la discriminación en cada caso estaba justificada o no. Al igual que hace la Robinson Patman Act, han considerado discriminatoria cualquier diferencia entre tarifas, con independencia que lo fuera efectivamente en el sentido económico de la expresión.

Se analizarán, en este Apartado, diversos métodos de fijación de precios, tanto públicos como privados, en su relación con la práctica de la discriminación.

A) Tarifas en dos partes.

El sistema de fijación de precios a través de “tarifas en dos partes” es uno de los que más frecuentemente se asocian en la práctica a las políticas de precios discriminatorios⁹⁸. En efecto, este tipo de tarifas en las que el precio se compone de una parte fija y otra variable en función de algún parámetro son habitualmente utilizadas en la práctica, como lo atestiguan los siguientes ejemplos:

⁹⁷ BONBRIGHT, *Principles of Public Utility Rates*, Col. University Press, Nueva York 1969, pág. 516.

⁹⁸ *Vid.*, por todos, TIROLE, J., *La Teoría de la Organización Industrial*, Ed. Ariel Economía, Madrid 1990, págs. 218 y ss., a quien seguimos en esta parte de la exposición.

Tabla 5. 1. Tarifas en dos partes.⁹⁹

	<i>Parte fija</i>	<i>Parte variable según:</i>
Teléfono, gas, electricidad	Mínimo (al darse de alta)	Unidades consumidas
Cámara Polaroid	Compra de la cámara	Cantidad de fotos
Parque de atracciones	Entrada	Número de viajes
Taxi	Bajada de bandera	Distancia recorrida

El principal atractivo de la tarifa en dos partes es su simplicidad¹⁰⁰, ya que lo que el consumidor paga por entrar en un parque de atracciones, por ejemplo, podría ser una función mucho más complicada en función del número de viajes que la tarifa en dos partes, sin embargo, conocer el número de veces que cada persona ha montado en una atracción es costoso. Además, en muchos de estos casos mediante este sistema se evita el arbitraje (en los ejemplos propuestos, no se puede adquirir la Parte fija del bien y revender la Parte variable a otros consumidores), lo que posibilita la discriminación de precios. De hecho, la tarifa en dos partes tiene idénticos efectos que un sistema de descuentos sobre la cantidad, ya que el precio medio del bien decrece con el número de unidades compradas.

Se puede demostrar algebraicamente¹⁰¹ que el monopolista obtiene un mayor beneficio bajo discriminación perfecta de precios que bajo precio de monopolio, y mayor bajo precio de monopolio que bajo tarifa en dos partes. También se observa que el bienestar es mayor cuando se aplica una tarifa en dos partes que cuando se aplica una tarifa lineal, debido a que el precio marginal es menor (el monopolista puede reducirlo por debajo del precio de monopolio y recuperar esas pérdidas con la parte fija) y por tanto los consumidores consumen más.

B) Ramsey pricing.

La teoría económica¹⁰² sobre la regla de la elasticidad inversa o *Ramsey pricing* establece las condiciones bajo las cuales los precios, para conseguir una asignación óptima de los recursos sociales, tienen que desviarse de forma sistemática de los estándares normales de los costes directos, identificables y que pueden asociarse al bien vendido. Lo que se señala es que, asumiendo ciertas hipótesis de trabajo, cuando un monopolista ofrece un servicio múltiple y está sometido a restricciones en cuanto al beneficio, el sistema óptimo de precios será aquel en el cual la desviación sobre el precio cuasi-óptimo sea inversamente proporcional a la elasticidad-precio de demanda de ese servicio.

En otras palabras, y con terminología que aparece frecuentemente en la literatura sobre discriminación de precios, el *Ramsey pricing* significa permitir que una empresa (habitualmente proveedora de un servicio público) aplique el precio que el mercado puede

⁹⁹ Ejemplo extraído de TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 220.

¹⁰⁰ PHILIPS, L., "Price Discrimination (v.)", *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Macmillan Press Ltd., London, 1987, Vol. III, pág. 953.

¹⁰¹ *Vid.*, TIROLE, *op.cit.*, págs. 220 y ss.

¹⁰² *Vid.*, por todos, BONBRIGHT, "Discrimination, Due and Undue", *op.cit.*, págs. 533 y siguientes, a quien seguimos en esta parte de la exposición.

soportar (*what the traffic will bear*¹⁰³) por los servicios que presta en los que la demanda es inelástica, pero sin obtener un beneficio superior a lo legalmente establecido.

El sentido de esta estructura de precios es que el déficit de ingresos inherente a una empresa con costes decrecientes puede recuperarse con el mínimo sacrificio por parte de los consumidores, las mínimas reducciones en el nivel de producción y las mínimas alteraciones de los niveles de consumo de los distintos grupos de clientes.

Como en apartados anteriores, no nos detendremos aquí a entrar a fondo en las importantes cuestiones de la fundamentación económica del *Ramsey pricing* o las dificultades que entraña su puesta en práctica desde un punto de vista regulatorio. Simplemente examinaremos esta figura en la medida en que está estrechamente ligada a la de la discriminación de precios.

Ya hemos visto al analizar la racionalidad económica de la discriminación de precios de tercer grado las consecuencias de la aplicación de esta *regla de la elasticidad inversa*. El profesor TIROLE demuestra algebraicamente cómo, en el escenario de un monopolista con múltiples productos y demandas independientes, “la elección de precios óptima implica que el monopolista debería cargar un precio más alto en los mercados con mayor elasticidad de demanda”¹⁰⁴. Esta regla explica por qué algunas empresas privadas ofrecen descuentos a los jóvenes y a los estudiantes sin fines redistributivos; por qué los precios de los servicios de los médicos y abogados son elegidos en función del nivel de renta del consumidor o del total de cobertura del seguro; por qué los precios de los mismos bienes en países distintos algunas veces no reflejan los costes de transporte ni las tasas fiscales o de importación; y por qué se ofrecen descuentos a quien se suscribe por primera vez a una revista.

Esta “desviación sistemática” del precio cuasi-óptimo es, sin duda, un choque frontal con un principio básico, cual es el de que las empresas han de aplicar precios que reflejen los costes, el cual es un principio bien sentado tanto en el ámbito de la regulación como en el Derecho de la competencia. Lo que subyace en esta consideración es que si el precio supera demasiado el coste marginal, disminuye el nivel de consumo, y la reducción de producto final subsiguiente significaría una pérdida social de bienestar. Sin embargo, en mercados en los que existen elevados costes fijos, costes que no son atribuibles a ningún producto en concreto y que están ahí antes incluso de empezar a producir (*sunk costs*), esta regla del precio-sobre-coste-marginal es absolutamente insuficiente si una empresa quiere recuperar su inversión, mantener su viabilidad financiera y, en definitiva, permanecer en el mercado.

En este contexto, a raíz de una reciente investigación de la *Monopolies and Merger Commission* inglesa en el sector de la telefonía móvil, se ha señalado que, ante la insuficiencia del sistema tradicional de margen-sobre-coste para la determinación de los precios¹⁰⁵, hay que atender más bien a la respuesta de los clientes, a su *sensibilidad* ante

¹⁰³ Recordamos una de las alegaciones efectuadas por United Brands cuando fue acusada de practicar precios discriminatorios, y afirmó que ella se limitaba a aplicar *what the market could bear*.

¹⁰⁴ TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 209.

¹⁰⁵ En este sector se mezclan muchos conceptos que no procede tampoco detallar aquí, pero cuya influencia en la estructura de precios es evidente. Tenemos que se paga un precio por el terminal, y luego un precio por cada llamada; que tienen lugar *externalidades de red* (cuanta más gente utilice el servicio, todos saldremos ganando); que los costes fijos no pueden hacerse recaer íntegramente a los que se suscriben a la red, sino que

alteraciones de los precios relativos, de manera que el sistema de precios más eficiente sería el que estableciera un margen en los diferentes productos sobre su coste marginal inversamente proporcional a la sensibilidad de los clientes respecto al precio de los productos. Como se ha señalado a este respecto, “este enfoque es lo que se conoce como Ramsey pricing. Es una manifestación del principio general de que permitir la discriminación de precios puede, con frecuencia, mejorar el bienestar económico. Cuando se añade la condición de que la eficiencia económica exige que la empresa sólo gane un beneficio ‘normal’ en el conjunto de sus operaciones, concluye en un sistema de asignación de costes guiado por la demanda”¹⁰⁶.

Finalmente, hay dos dificultades asociadas a esta forma de fijar precios, señaladas por el profesor VICKERS, la cantidad de información necesaria para implementarla y las dificultades inherentes a la regulación y las limitaciones –desde el gobierno- a la discrecionalidad de las empresas a la hora de establecer sus políticas de precios: “el Ramsey pricing exige una gran cantidad de información sobre las condiciones de la demanda y los costes. La empresa regulada probablemente sepa mucho más sobre eso que el regulador (...). la libertad de fijación de precios se suele limitar más o menos explícitamente por las restricciones sobre precios en relación a los costes (normativa en relación a los subsidios cruzados) o en relación entre unos y otros (prohibición de la discriminación de precios). La cuestión de cómo influir mejor y limitar el ejercicio de la discrecionalidad sobre precios es una cuestión difícil”¹⁰⁷.

C) Non-linear pricing.

Un sistema de llevar a cabo una política de discriminación de precios que ha recibido menos atención que el Ramsey pricing comentado en el Apartado anterior es el sistema de fijación de precios no-lineales (*non-linear pricing*).

En general, se entiende¹⁰⁸ que existe una estructura de precios no-lineales cuando el total del coste medio del comprador no es proporcional al consumo que realiza, y si además existe una estructura de precios discriminatorios entonces tampoco es proporcionado a sus costes marginales. Desde un punto de vista de política legislativa y del derecho de la competencia, sobre todo en sus aspectos más regulatorios, lo más interesante de esta figura es cuando la tarifa media que paga un usuario de un servicio público (por ejemplo, un suministro de energía eléctrica) decrece –como si fuera un descuento por cantidad- en un sistema de descuentos por bloques a medida que consume una mayor cantidad de producto. WILLIG ha demostrado¹⁰⁹ la superioridad de este sistema de precios sobre el *Ramsey pricing*, si ambos son factibles. Uno siempre puede moverse de éste a aquel manteniendo la restricción del beneficio y mejorando en cambio la situación de alguno de los usuarios. De hecho, bajo esta estructura de precios, algunas ventas pueden llevarse a cabo a coste

también hay que hacer participar de ellos a los que se benefician de ella desde fuera (gente, por ejemplo, que llama desde teléfonos de otra operadora), etc.

¹⁰⁶ PFLANZ, M., “What Price is Right? Lessons from the U. K. Calls-to-Mobile Inquiry”, *ECLR*, Vol. 21 (3), March 2000, pág. 108.

¹⁰⁷ VICKERS, J., “Regulation, Competition, and the Structure of Prices”, *Oxford Rev. Econ. Pol’y*, Vol. 13, nº 1 (1997), pág. 19.

¹⁰⁸ BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 541 y ss.

¹⁰⁹ WILLIG, R., “Pareto-Superior Nonlinear Outlay Schedule”, *9 Bell J. of Econ.* 56 (1978).

marginal. El profesor SCHMALENSEE ha señalado¹¹⁰ que esta superioridad del *non-linear pricing* se debe a que los costes de eficiencia son menores y, de algún modo, es una forma más flexible de repartir los costes fiscales entre los compradores.

Sin embargo, otros autores entienden que el análisis del bienestar de tarifas no lineales es bastante ambiguo¹¹¹. Así, el profesor TIROLE, comparando un sistema de precios no lineales con lo que supondría una intervención gubernamental determinada señala que “mediante la elección de precios no lineales, el monopolista puede extraer parte del excedente neto de los consumidores con demandas altas y, al mismo tiempo, sirve a los consumidores con demandas bajas. Mediante la elección de precios lineales el monopolista puede dejar de servir a los consumidores con demandas bajas con el fin de poder extraer el excedente neto de los consumidores con demandas altas; por tanto, el nivel de producción puede disminuir”¹¹².

D) Value of service pricing.

Bastantes de las discusiones que se originan en torno a la conveniencia o no de permitir la discriminación de precios en el ámbito de las tarifas se refieren a la diferenciación de precios conocida como “Value-of-service”, o también conocida como política de precios de aplicar “*what the traffic will bear*”. La idea básica es aplicar a aquellos servicios con una demanda relativamente inelástica (los popularmente más valorados) unos precios superiores, muy por encima de los costes marginales. Históricamente el principio del *value-of-service pricing* ha sido empleado por las compañías telefónicas, y era éste su principal argumento para cobrar más por las llamadas locales en ciudades grandes que en áreas rurales.

Esta técnica reviste gran interés para nuestro estudio, pues como se ha señalado, pensamos que acertadamente, “el value-of-service pricing es considerado por los economistas como la auténtica esencia de la discriminación de precios monopolística, aún por aquellos que la defienden en aras del interés público”¹¹³.

Desde el punto de vista de un monopolista que quiere maximizar su beneficio, este tipo de discriminación de precios le viene evidentemente muy bien, ya que a través de ella es capaz de extraer el máximo del excedente del consumidor. Desde el punto de vista del interés público, también esta política es considerada adecuada¹¹⁴, ya que en muchos casos es la única manera de conseguir cumplir unas mínimas exigencias de ingresos.

Hablando de los *tying arrangements*, el profesor POSNER afirma que “este método de aplicar precios se parece al value-of-service pricing en los servicios públicos y los sectores en los que hay un common-carrier. Es un sistema de discriminación de precios

¹¹⁰ SCHMALENSEE, R., “Monopolistic Two-Part Pricing arrangements”, *12 Bell J. of Econ.* 445 (1982).

¹¹¹ *Vid.*, entre otros, SPENCE, A., “Nonlinear Prices and Welfare”, *J. Pub. Econ.*, nº 8, 1977, págs. 1 a 18; KATZ, M., “Nonuniform Pricing, Output and Welfare under Monopoly”, *Rev. Econ. Stud.*, nº 50, 1983, págs. 37 a 56; ROBERTS, K., “Welfare Implications of Nonlinear Prices”, *Economic Journal*, nº 89, 1979, págs. 66 a 83.

¹¹² TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 228.

¹¹³ BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 517.

¹¹⁴ *Vid.*, BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 527.

muy utilizado que es efectivo en la medida en que los consumidores que valoran el bien elevadamente no tienen buenas alternativas”¹¹⁵.

Con todo, la cuestión más interesante en relación a esta técnica es su conveniencia en el caso de una empresa que pudiera cubrir todos sus costes de producción y aún una tasa de remuneración del capital razonable fijando sus tarifas en función exclusivamente de sus diferenciales de costes. Aquí la clave de permitir la discriminación de precios estaría en favorecer el máximo aprovechamiento de los recursos de una empresa, así como conseguir el máximo consumo posible del producto o servicio que suministra.

En teoría, este tipo de discriminación permitiría a una compañía cubrir completamente sus costes sin tener que desatender ninguna demanda por la que los potenciales consumidores estuvieran dispuestos a pagar como mínimo los costes marginales (esto, en el argot, recibe el nombre de “tarifas compensatorias”). En la práctica, esto es imposible, porque la realidad sólo permite discriminar en bloques, lo que significa aplicar tarifas relativamente altas a grupos y volúmenes de servicio en los cuales hay segmentos para los que la demanda es relativamente elástica. Como se ha señalado, en estos casos “esto significa que la única discriminación posible es la de tercer grado”¹¹⁶.

E) Joint-Product pricing.

A diferencia de la discriminación de precios, que puede ser una manifestación o síntoma del ejercicio de un poder de mercado o monopolístico en un mercado cuyas condiciones de competencia no están muy saneadas, la diferenciación de precios basada en el *joint-product pricing* es una característica típica de la competencia más dinámica y efectiva.

Ambos sistemas (*value-of-service* y *joint-product pricing*) se parecen en que las relaciones de los precios de productos conexos (tejido de algodón e hilo de algodón, carne de vaca y hueso de vaca, filetes de ternera y costillas de ternera) dependen también de las condiciones de la demanda y no sólo de parámetros de costes; la diferencia está en que las relaciones de productos conexos están pensadas para vaciar los mercados del producto “inferior”, a la vista de los ratios fijos de producto total¹¹⁷.

Así mismo, la discriminación de precios llevada a cabo a través de un sistema de *value-of-service pricing*, en vez de adaptar las tarifas relativas a la inevitable escasez de los diferentes tipos de servicio, lo que hace es reducir el output en el segmento de demanda menos elástica sin llevárselo hasta conseguir un equilibrio óptimo en el segmento de servicio donde la demanda es más elástica. La justificación de esta forma de actuar, a parte de lo dicho en el Apartado anterior, está en la elección del mal menor: la eliminación de la demanda de la parte contra la que se discrimina es mala, pero es peor eliminar ambos

¹¹⁵ POSNER, R., *op.cit.*, pág. 174.

¹¹⁶ BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 527.

¹¹⁷ Así, de esta manera se consigue que los diferentes precios de la carne, por ejemplo, se ajusten a las condiciones relativas de la demanda, de manera que al producir “X” toneladas de filetes de ternera no desperdicio las “Y” toneladas de costillas que necesariamente resultan del proceso productivo.

segmentos de demanda si a los dos se les aplicara un precio por encima del coste marginal sin referencia al valor del servicio.

De esta manera, si los precios telefónicos no se equilibran distinguiendo entre tarifas nocturnas y diurnas, el principio del *joint-product pricing* exige que se apliquen precios diferenciales que favorezcan un tráfico de llamadas más fluido. Como se ha señalado, para estos casos “este diferencial no tiene porqué ser discriminatorio en absoluto; al contrario, aplicar precios uniformes sí sería discriminatorio”¹¹⁸. Por el mismo motivo, si una central eléctrica está funcionando en condiciones próximas a su plena capacidad, aplicar tarifas superiores para la demanda en “horas punta” (*on-peak service*) que para el resto del servicio (*off-peak*) es algo necesario para no discriminar.

Estas consideraciones nos remiten a la diferencia entre el significado legal y el económico de la discriminación de precios, en el sentido de que muchas de las prácticas de precios diferenciales que popularmente se califican como “discriminatorias”, desde un punto de vista económico no son discriminatorias en absoluto. Por lo mismo que muchas de las políticas de precios “uniformes” ampliamente difundidos en sectores como el energético o las telecomunicaciones (tarifas planas, tarifas uniformes en extensas áreas geográficas en las cuales el coste del suministro varía sensiblemente de un consumidor a otro, etc.), son netamente discriminatorios desde un punto de vista económico.

F) Basing point pricing.

Finalmente, el último sistema de fijación de precios al que vamos a hacer referencia en relación con la discriminación de precios es el llamado “Basing point pricing”¹¹⁹. Según este sistema de fijación de precios, el vendedor aplica a cada comprador un precio de entrega que consta de una parte fija y un plus por costes de transporte (variable) entre la *base* y el lugar donde se encuentre el cliente. De ahí que si los clientes están situados en puntos geográficos diversos, pagarán diferente cantidad.

Si estos compradores compiten entre sí y el diferencial de precio es cuantioso, puede tener lugar una infracción de la Sección 2 (a) de la Robinson Patman Act y cometerse una práctica de discriminación de precios, si existe el consabido impacto o perjuicio sobre la competencia.

Sin embargo, si el vendedor está situado en el *punto base*, el diferencial entre los compradores se limitará a reflejar los costes de transporte en los que incurre el vendedor y que son imputables a cada entrega o envío. En este caso, la justificación en costes prevista por la Sección 2 (a) debería ser suficiente para convertir dicha “discriminación” en legal. En cambio, y tal como se estableció en *Corn Prods. Ref. Co. v. F.T.C.*¹²⁰, si el vendedor hace los envíos desde una fábrica o planta que no está en lo que se ha definido como punto base, sus diferenciales de precios no reflejarán sus costes de transporte, y por tanto serán ilegales –por discriminatorios- salvo que tenga alguna otra defensa.

¹¹⁸ BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 528.

¹¹⁹ Seguimos, en esta parte de la exposición, el desarrollo de AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª ed., Nueva York 1997, págs. 952 y ss.

¹²⁰ 324 U. S. 726 (1945).

Igualmente, ese mismo año, en *F.T.C. v. A. E. Staley Mfg. Co.*¹²¹ el Tribunal Supremo declaró ilegal el sistema de precios basado en un punto base, y afirmó que “*de aquí no se sigue que los demandados (...) no deban mantener un precio uniforme de venta en todos los puntos de entrega, ya que en ese supuesto no hay discriminación de precios*”.

Para un amplio sector doctrinal, esta forma de fijación de precios simplemente se corresponde con “el clásico ejemplo de libro de texto de competencia atomizada, con economías de escala en la producción, compradores geográficos dispersos y variación geográfica en los costes de producción” en el que las empresas que operan, cuando practican la discriminación de precios “simplemente se están enfrentando a la competencia, están intentando sobrevivir”¹²².

4. Competencia no basada en precios.

Ya hemos señalado, al hablar de la Teoría de Precios, de las importantes distinciones que en términos de política legislativa se han efectuado según la competición se lleve a cabo en términos de precios o en otros términos. Nos toca ahora, como último epígrafe de este Apartado, analizar qué figuras y métodos de *non-price competition* están relacionados con la discriminación de precios o bien comparten con ella elementos comunes. Siendo un área que, por su propia naturaleza, se aleja más de nuestro objeto de estudio, el desarrollo que se hará será más breve y conciso que en Apartados anteriores.

A) Discriminación en otros elementos de la prestación.

Si bien por motivos sistemáticos y de especificidad hemos limitado el objeto de nuestro estudio a la discriminación de precios, es importante señalar que la práctica totalidad de las leyes que regulan esta materia lo hacen en un contexto más amplio, y prohíben la discriminación también en otros elementos de la prestación comercial; así, los Artículos 81 y 82 del Tratado de la UE hablan de aplicar “*condiciones desiguales para prestaciones equivalentes*”, la principal de las cuales será el precio, evidentemente, pero lo cual no excluye discriminar en otros aspectos de la relación comercial; lo mismo que nuestra Ley de Defensa de la Competencia, que habla en sus Artículos 1 y 6 de la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio de “*condiciones desiguales para prestaciones equivalentes*”.

En Estados Unidos, aunque a primera vista la Robinson Patman Act parece que restringe el ámbito de la discriminación a la discriminación de precios, pues especifica en su Sección 2 (a) que “*estará prohibido (...) discriminar en precios entre diferentes clientes...*”, aclara posteriormente en las Secciones 2 (b) y 2 (c) que la prohibición también alcanza a todo tipo de aspectos de la relación comercial; por su parte, la Trade Practices Act australiana, es más directa, pues en su Sección 49 (1) extiende su ámbito de aplicación no sólo a “*(a) los precios de los productos*”, sino también a “*(b) cualquier descuento, rebaja,*

¹²¹ 324 U. S. 746 (1945), Párrafo nº 757.

¹²² HADDOCK, D., “Basing-Point Pricing: Competitive vs. Collusive Theories”, *72 Am. Econ. Rev.* 289 (1982), pág. 304.

crédito, (c) la prestación de servicios en relación con los bienes, y (d) los pagos relacionados con la prestación de servicios en relación a los bienes”.

La Competition Act canadiense sigue la normativa australiana, casi en idénticos términos, en su Sección 50 (1), y también la Loi d’Orientation du Commerce et du l’Artisanat francesa, que especifica en su Sección 37.1, que se prohíbe la discriminación “*en precios u otras condiciones de la venta*”, aclarando en el Párrafo nº 2 que dicha prohibición no podrá soslayarse por la vía de “*directa o indirectamente entregar a algún vendedor ningún regalo en especie o en metálico o servicios gratuitos*”. Igualmente, la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen alemana, tras su reforma de 1999 acoge tanto la discriminación en precios como en “*términos de pago u otras condiciones comerciales*”, al hablar del tipo genérico de abuso de posición dominante (Sección 19) como el de la discriminación (Sección 20).

Así, haciendo un rápido recorrido por la jurisprudencia comunitaria y norteamericana, que como acabamos de advertir no pretende en absoluto ser exhaustivo sino meramente ejemplificativo, podemos fácilmente encontrar prácticas discriminatorias en los siguientes aspectos de la relación comercial diferentes del precio en sentido estricto: calidad y procedencia del producto, reservándose la empresa dominante la actividad auxiliar de distribución de un producto¹²³; concesiones de licencias y cesión de instalaciones¹²⁴; actividades publicitarias y de promoción de ventas¹²⁵; plazo de entrega de las mercaderías¹²⁶.

Por otro lado, y como es bien sabido, la Robinson Patman Act aborda de manera diferente la discriminación de precios de bienes -sección 2(a)- de la discriminación en la prestación de servicios u otro tipo de pagos promocionales –secciones 2(d) y 2(e)-. Las exigencias que hemos estudiado respecto al tipo de la discriminación de precios varían¹²⁷ cuando se aplican a esta clase de discriminación. Tras un periodo de vacilación inicial, los tribunales distinguen claramente una y otra (*Vid.*, por ejemplo, el tratamiento de esta cuestión llevado a cabo en *Alan's of Atlanta, Inc. v. Minolta Corp.*¹²⁸), y aplica la Sección 2(d) principalmente a pagos promocionales como las campañas de publicidad corporativa¹²⁹, mientras que aplica la Sección 2(e) a otro tipo de servicios¹³⁰, como alquileres de stands, catálogos, puestos de demostración de servicios, etc.

Sin embargo, como se ha señalado acertadamente, “un vendedor a quien se le prohíba por la Sección 2 (a) favorecer con un precio más bajo a un comprador, puede, en cambio, ofrecerle pagar la publicidad de ese comprador, o hacerla él mismo en una cantidad similar al descuento que le quería ofrecer. Las Secciones 2 (d) y 2 (e) controlan esos

¹²³ Decisión 88/518/CEE de la Comisión, *Napier Brown –Irish Sugar*, de 18 de julio de 1988, *cit.*

¹²⁴ Decisión *Sea Containers c. Stena Sealink* de la Comisión Europea, de 21.XII.1993, *D.O.C.E.* de 18 de enero de 94.

¹²⁵ *F.T.C. v. Fred Meyer, Inc.*, 390 U. S. 341 (1968).

¹²⁶ Sentencia del TJCE de 1 de abril de 1993, *BPB Industries Plc. y British Gypsum Ltd. c. Comisión*, *cit.*

¹²⁷ *Vid.*, para un exhaustivo estudio de esta cuestión, NOTE, “The Distinction Between the Scope of Section 2(a) and Sections 2(d) and 2(e) of the Robinson Patman Act”, *Mich. L. Rev.*, vol. 83, nº 6, mayo 1985.

¹²⁸ 903 F.2d 1414 (11th Cir. 1990).

¹²⁹ *Suiker v. J. I. Case Co.*, 596 F.2d 305 (8th Cir. 1979), Párrafo nº 310.

¹³⁰ *Harpel Plastics, Inc. v. Amoco Chems. Corp.*, 617 F.2d 468 (7th Cir. 1980), Párrafo nº 472.

servicios discriminatorios con el objeto de evitar que se eludan las normas que prohíben la discriminación de precios”¹³¹.

A su vez, el Tribunal Supremo ha entendido en *F.T.C. v. Simplicity Pattern Co.*¹³² que no se le puede aplicar, a estas dos Secciones, la justificación basada en la diferencia de costes, y en *Exquisite Form Brassiere v. F.T.C.*¹³³ que sí puede emplearse la basada en “meeting competition defense”.

Por su parte, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia también ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones a este respecto, tratando en diferentes Resoluciones las siguientes prácticas discriminatorias (o supuestamente discriminatorias): sistemas de distribución selectiva¹³⁴; normas de funcionamiento para la entrada, salida y traslado de cadáveres y mantenimiento de las instalaciones de un tanatorio según de dónde provengan los fallecidos¹³⁵; obligatoriedad para unos sí y otros no de percibir los honorarios vía Colegio Oficial¹³⁶; no permitir la venta de Lotería Nacional a los Despachos Mixtos de la Red de ONLAE¹³⁷; la imposición de condiciones comerciales y de servicio no equitativas por Telefónica a una empresa proveedora de servicios telemáticos¹³⁸.

B) Negativa de suministro, venta o compra.

Es evidente que la negativa de suministro, compra o venta, en la medida en que se lleva a cabo “contra” un determinado cliente o proveedor, pero no contra el resto, supone además de la negativa en sí misma –lo cual, en determinadas circunstancias que no son del caso puede constituir un ilícito antitrust-, un acto de discriminación.

Como se ha señalado acertadamente, “hasta hace poco, el tratamiento de las negativas a establecer relaciones comerciales por parte de empresas en posición de dominio como abusos del artículo 86 tenía poco que ver con la eficiencia económica en el sentido de precio-producto final y bienestar del consumidor”¹³⁹.

Sin embargo, en esta cuestión –como en tantas otras- importa tener en cuenta que los efectos de semejantes negativas varían de forma significativa en función de quién sea el objetivo o “receptor” de la misma, si un competidor (situado en el mismo nivel de la cadena comercial) o distribuidor (situado verticalmente en un mercado descendente). En efecto, en estos casos, los efectos sobre la competencia de la negativa a establecer relaciones comerciales (más bien sería a continuar las ya establecidas) dependen de en qué medida la empresa “rechazada” depende del producto de la empresa dominante para su supervivencia en el mercado.

Precisamente, el asunto *United Brands*, a parte de la discriminación de precios, incluyó también una negativa de suministro¹⁴⁰:

¹³¹ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *op.cit.*, pág. 992.

¹³² 360 U. S. 55 (1959).

¹³³ 301 F.2d 499 (D. C. Cir. 1961), *cert.denied*, 369 U. S. 888 (1962).

¹³⁴ Resolución del TDC, de 14 de octubre de 1997, Expte. 380/96, *Perfumería*.

¹³⁵ Resolución del TDC, de 19 de febrero de 1997, Expte. R 186/96, *Servicio Navarro de Salud*.

¹³⁶ Resolución del TDC, de 11 de enero de 1999, Expte. 423/98, *ASISA*.

¹³⁷ Resolución del TDC, de 30 de enero de 1998, Expte. R 265/97, *Loterías*.

¹³⁸ Resolución del TDC, de 27 de julio de 1999, Expte. 394/97, *Telefónica – Ibertext*.

¹³⁹ KAUPER, T., *op.cit.*, pág. 450.

¹⁴⁰ Sentencia *United Brands c. Comisión*, de 14 de febrero de 1978, *cit.*, Párrafo nº 163.

“la Comisión es de la opinión de que UBC ha infringido el Artículo 86 del Tratado al negarse a continuar el suministro de plátanos Chiquita a la compañía OLESEN desde el 10 de octubre de 1973 al 11 de febrero de 1975”.

Es en estos casos donde mejor se aprecia la preocupación de las autoridades comunitarias por garantizar la supervivencia de las pequeñas y medianas empresas, ya que el perjuicio para la competencia es únicamente el experimentado por la parte rechazada.

La frecuencia con la que estas dos figuras, la de discriminación de precios y la negativa de suministro, aparecen conjuntamente en la jurisprudencia comunitaria refleja la estrecha conexión entre una y otra. Así, por ejemplo, se han apreciado ambas cuando *British Sugar* se negó a suministrar a *Napier Brown* azúcar industrial, al tiempo que sí lo ofrecía a otros¹⁴¹ y cuando *Commercial Solvents Corporation* decidió no seguir suministrando una materia prima que *Istituto Chemioterapico Italiano SpA* necesitaba en su proceso productivo, con el fin de entrar él mismo en ese mercado¹⁴².

Por otro lado, en el caso de integración vertical, la negativa de suministro, compra o venta, esta es una cuestión estrechamente relacionada con la ya estudiada doctrina sobre las *essential facilities*. Sí queremos señalar en todo caso que estamos de acuerdo con la corriente doctrinal que aboga¹⁴³ por el tratamiento de la negativa injustificada de suministro como un abuso de posición dominante del artículo 82 del Tratado CE en vez de aplicarle la doctrina de las *essential facilities*.

5. Otras instituciones especialmente ligadas a la discriminación de precios.

Bajo este epígrafe hemos querido abordar el estudio de una serie de cuestiones que, siendo figuras en principio distintas de la discriminación de precios, tienen sin embargo una estrecha relación con ésta, bien porque son formas contractuales o de hacer negocios a través de las cuales la discriminación de precios se pone en práctica (*acuerdos anudados*), bien porque la discriminación de precios es una forma frecuente en que se manifiestan en los mercados (*sistemas de precios en los servicios públicos*) o bien porque son prácticas que resultan de llevar a cabo una discriminación de precios (*subsidios cruzados*) o la facilitan (*integración vertical*).

A) Los acuerdos anudados.

La mayor parte de la doctrina que ha estudiado el fenómeno de los precios discriminatorios coincide en opinar que una de las prácticas empresariales a través de las cuales éstos se articulan en la práctica con más frecuencia son los acuerdos anudados (*tie-*

¹⁴¹ Decisión 88/518/CE, de la Comisión, de 18 de julio de 1988, *Napier Brown – British Sugar*, *cit.*

¹⁴² Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation c. Comisión*, Asuntos 6 y 7/73, *E.C.R.* (1974) p. 0223.

¹⁴³ *Vid.*, por ejemplo, la opinión de STOTHERS, C., “Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union”, *ECLR*, Vol. 22 (7), 2001, pág. 262.

ins o *tying arrangements*), también conocidos en nuestra doctrina como “ventas asociadas” (*tying*) o “bienes relacionados en la venta”¹⁴⁴, en los que la condición exigida para la compra de un producto (producto principal o “que ata”) es la adquisición también de un segundo artículo (producto secundario o “atado”). Esta peculiar relación entre ambas figuras ha merecido algunos estudios monográficos¹⁴⁵. En particular, la “hipótesis” de los precios discriminatorios comparte protagonismo con la de que los *tying arrangements* son un método para extender el poder monopolístico del que se goza en el mercado del bien principal al mercado del bien “atado” (*monopoly leveraging*)¹⁴⁶.

El profesor POSNER, analizando la práctica de los *tying arrangements* afirma que “los acuerdos anudados pueden usarse como un método de discriminar en precios”¹⁴⁷, aunque algunas páginas más adelante concluye que esta consideración es irrelevante desde el punto de vista de la política legislativa, por los motivos que examinaremos más adelante. En casi idénticos términos, el profesor BORK opina por su parte que “los tie-ins pueden usarse para conseguir la discriminación de precios”¹⁴⁸.

Esta preocupación no es ajena a las autoridades comunitarias de competencia, pues en sus *Directrices sobre las Restricciones Verticales*¹⁴⁹ la Comisión ha alertado del riesgo que suponen los *tying arrangements* en cuanto instrumentos de discriminar en precios, al constatar, en el nº 217 de dicho documento, que “el efecto más negativo de los tie-ins en la competencia es el cierre del mercado del producto atado (...). Igualmente, los tie-ins pueden llevar a precios supracompetitivos, especialmente (...) cuando los *tying arrangements* permiten la discriminación de precios en función del uso que el consumidor haga del bien principal, como por ejemplo la unión de los cartuchos de tinta a la venta de máquinas fotocopiadoras”.

a) Tipo de proporción entre los productos principal y secundario.

La explicación de cómo se opera este efecto en el mercado depende de que los productos principal y secundario sean vendidos en igual proporción o en proporción variable de uno respecto del otro.

El caso de la *proporción variable* sería la de un fabricante que vende un producto del tipo que sea, que debe ser consumido en cantidad fija (típicamente una unidad), mientras que un bien complementario se consume en cantidades variables y es necesario para el funcionamiento del primero. Este productor se percibe de que sus clientes tienen

¹⁴⁴ Vid., TIROLE, J., *La Teoría de la Organización Industrial*, Ed. Ariel Economía, Madrid 1990, pág. 224, en la que se habla de los “bienes relacionados en la venta” como un “instrumento para la discriminación de precios” y se ofrecen ejemplos y demostraciones algebraicas para diferenciar esta estrategia, calificada como discriminación de precios de segundo grado, de la de tarifas consistentes en precios en dos partes.

¹⁴⁵ Vid., entre otros, el *Working Paper* de S. J. LIEBOWITZ “Tie-In Sales and Price Discrimination”, disponible en la dirección <http://www.pub.ut.dallas.edu.html> (visitada el 11 de noviembre de 1999), en donde se cuestiona el análisis convencional en esta materia, ya que se ponen en duda los tres pilares en los que se apoya la argumentación económica correspondiente: i) los consumidores más “intensivos” del bien tienen una elasticidad de demanda menor; ii) el coste marginal es el mismo para todos los consumidores; iii) los tie-ins resultan en mayor precio para los consumidores más “intensivos”.

¹⁴⁶ Vid., STEWART, MARION B., “Tying and Monopoly Leveraging”, *NERA Topics*, nº 2, 1991.

¹⁴⁷ POSNER, R., *op.cit.*, pág. 174.

¹⁴⁸ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 376.

¹⁴⁹ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000.

diferencias sustanciales en la intensidad de uso de sus productos. Un mayor consumo del bien complementario indica una mayor disposición a pagar por el bien, sirviendo las ventas para medir el precio de reserva. Así las cosas, y suponiendo que los consumidores más “intensos” tendrán una mayor disposición a pagar que los otros, y que su elasticidad de demanda será menor, la manera de aplicar a cada uno de ellos el máximo precio que están dispuestos a pagar es sencillamente alquilar -o arrendar- las máquinas en vez de venderlas (así evita el arbitraje) y por otro lado exigir que los elementos accesorios también se los compren a él y sólo a él. El precio del alquiler de la máquina se hace a un precio inferior al normal, mientras que el de la venta de los complementarios se hace a precio supracompetitivo. De esta manera, el productor consigue discriminar en precios entre sus clientes y con ello maximizar su beneficio.

El ejemplo paradigmático que suele citarse en los manuales al tratar los precios discriminatorios a través de acuerdos anudados o *tie-ins* es la Sentencia *IBM v. United States*¹⁵⁰, en la que el producto principal (*tying product*) eran las máquinas computadoras - los ordenadores- y el producto secundario o complementario (*tied product*) eran las tarjetas perforadas que entonces se utilizaban para hacer funcionar los ordenadores. Al vender los ordenadores a su precio de coste y las tarjetas a un precio monopolístico, el vendedor podía variar el precio según el uso de cada consumidor. Así, el cliente que usa más tarjetas perforadas al mes paga relativamente más por el ordenador que el que usa menos.

Este asunto, calificado por el profesor BORK como “el Vietnam de la División Antitrust del Departamento de Justicia”¹⁵¹ constituye para un amplio sector doctrinal un ejemplo de despilfarro de recursos y exceso de intervencionismo del gobierno en el mercado, en el sentido de pensar que las agencias reguladoras van a decidir mucho mejor que el libre juego de la oferta y la demanda qué condiciones son las competitivas y cuáles no. En este sentido, se ha señalado que las prácticas de tie-in llevadas a cabo por IBM “podían haber sido un método eficiente de estimular la demanda por la vía de trasladar al proveedor algunos de los riesgos asociados a un nuevo producto, mecanismo éste bien acogido por los clientes y empleado por todos los fabricantes de ordenadores. O a lo mejor era una práctica que permitía la discriminación de precios sin reducir la eficiencia”¹⁵².

El caso de la *proporción fija* entre producto principal y producto complementario es el típico de las productoras de cine, donde encontramos que hay películas que tienen una demanda en el mercado ampliamente superior a otras. Si se fijan precios de venta distintos, puede dar lugar a una infracción patente de la legislación antitrust. Sin embargo, si se pone un precio único por todo el “pack”, obligando a comprar ambas, se consigue igual resultado ya que se obtiene un mayor beneficio del que se obtendría vendiéndolas separadamente al precio que el mercado las demanda.

En estrecho paralelismo con el asunto *IBM*, antes citado, el caso paradigmático de este supuesto de proporción fija entre el producto principal y el secundario ha sido el asunto *Microsoft*, que desde el año 1998 lleva copando los “titulares” de las noticias antitrust en todo el mundo. Como es conocido, a parte de muchas otras acusaciones, el núcleo de la primera demanda contra el gigante de la informática fue precisamente la acusación de haber

¹⁵⁰ 298 U. S. 131 (1936).

¹⁵¹ BORK, R., *op.cit.*, pág. 234.

¹⁵² LOPATKA, J., “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, *68 Antitrust L. J.* 145 (2000), pág. 150.

infringido el artículo 1 de la Sherman Act al vincular ilegalmente su navegador –*Explorer*– a su sistema operativo –*Windows*–, y así fue admitido por el Juez JACKSON en su histórica decisión¹⁵³ de 3 de abril de 2000.

El juez concluyó asimismo que Microsoft había llevado a cabo varias prácticas predatorias y de exclusión con objeto de mantener su poder monopolístico en el mercado de sistemas operativos y ampliar –*monopoly leveraging*– este poder al mercado de los navegadores. Como es también de todos conocido, la decisión¹⁵⁴ del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia de llevar a cabo un análisis por la *rule of reason* de la vinculación en vez de adoptar el tradicional enfoque de ilegalidad *per se* ha llevado al Departamento de Justicia a “abandonar” sus pretensiones judiciales al respecto¹⁵⁵. En este sentido, no han faltado voces doctrinales¹⁵⁶ que mantienen que en un sistema operativo, el explorador no es un “elemento añadido” sino una prolongación natural, con lo que más que hablar de vinculación de productos estamos ante un claro ejemplo de integración tecnológica.

b) Ejemplos en la jurisprudencia comunitaria y americana.

Ejemplos de ventas asociadas como método práctico de discriminar en precios los encontramos de forma abundante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. Así, en *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*¹⁵⁷ se planteó si la decisión de un hospital de “asociar” el servicio de cirugía de sus médicos con el servicio de anestesia de una empresa especializada era un *tying arrangement* ilegal. Al margen de la decisión final de este asunto (favorable al Hospital), se hicieron algunas consideraciones interesantes como la que venimos contemplando aquí de los ‘tie-ins’ como forma de discriminación de precios y manera práctica de explotar un poder de mercado.

Así lo han entendido algunos autores que han comentado este caso, llegándose a afirmar, tras constatar que hay explicaciones que podrían justificar este tipo de bienes relacionados en la venta, como por ejemplo reducir los costes de transacción, o asegurar la calidad del servicio y producto ofertado en todos sus extremos, añaden que “hay también explicaciones menos benignas para los *tying arrangements*, explicaciones que enfatizan lo beneficioso que resulta la explotación de un poder de mercado. La más importante de éstas es la de los ‘tie-ins’ como una forma de discriminación de precios”¹⁵⁸.

Por su parte, en la jurisprudencia comunitaria los asuntos que más directamente han abordado la cuestión de los *tying arrangements* son precisamente las Decisiones y

¹⁵³ Juez THOMAS PENFIELD JACKSON, Conclusions of Law, *United States v. Microsoft Corp.*, 3 de abril de 2000 (disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f4400/4469.htm>).

¹⁵⁴ Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, Opinión *United States v. Microsoft Corp.*, 28 de junio de 2001 (disponible en <http://ecfp.cadc.uscourts.gov/MS-Docs/1729/0.pdf>).

¹⁵⁵ *Vid.*, Department of Justice, *Nota de Prensa* de 6 de septiembre de 2001 (<http://www.usdoj.gov.htm>).

¹⁵⁶ HAGIU, A. y PADILLA, J., “Los Estados Unidos contra Microsoft: innovación, integración tecnológica y Derecho de competencia”, *GJ*, nº 215, Septiembre 2001, págs. 10 a 25.

¹⁵⁷ 466 U. S. 2 (1984).

¹⁵⁸ LYNK, W. J., “Tying and Exclusive Dealing: *Jefferson Parish Hospital v. Hyde* (1984)”, en KWOKA, J. y WHITE, L. (Editors), *op.cit.*, pág. 381.

Sentencias relativas a la discriminación de precios. Así, en la Decisión *Tetra Pak II*¹⁵⁹, se afirmó expresamente (Párrafo nº 117) que:

“este sistema de ventas asociadas (“tying”), que, una vez más, limita las posibilidades de comercialización y subordina la celebración de contratos a la aceptación de condiciones (compra de envases) que no guardan relación con el objeto de los mismos (venta de máquinas), constituye una infracción grave del artículo 86 que ha sido condenada varias veces por la Comisión y el Tribunal de Justicia. En el presente caso, las restricciones de competencia se ven reforzadas por el sistema de distribución integrado de Tetra Pak y por la política seguida en materia de patentes (tendencia a patentar las diversas particularidades técnicas secundarias de los productos o las pequeñas modificaciones que se aportan). Este sistema convierte el mercado de envases de cartón en un mercado totalmente dependiente del mercado de los bienes de equipo y favorece la práctica de precios discriminatorios o, incluso, de operaciones comerciales deficitarias en este último mercado”.

Como hemos tenido oportunidad de comentar ya, esta Decisión fue recurrida, y en el pronunciamiento que resolvió el recurso, la Sentencia *Tetra Pak c. Comisión*¹⁶⁰, el Tribunal de Primera Instancia volvió a insistir en los mismos argumentos aportados por la Comisión, negando en los Párrafos nº 79 a 85 la tesis de la demandante de que los mercados de máquinas destinadas al acondicionamiento de un producto, y los de los envases de cartón, son indisociables, lo que llevaría (en virtud de las explicaciones que suelen aducirse de exigencias de protección de la salud pública, intereses comerciales y de los clientes, control de calidad, etc.) a justificar las ventas asociadas.

c) La Sentencia *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*.

A pesar del protagonismo adquirido recientemente por los asuntos *IBM* y *Microsoft*, la actual doctrina en esta materia de los acuerdos anudados es la marcada por la importantísima Sentencia *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, et al.*¹⁶¹, que para muchos ha supuesto no sólo un cambio radical en el análisis tradicional de la figura de los *tying arrangements*, sino, con una dimensión y trascendencia mucho mayores, la “partida de defunción” de los postulados de la Escuela de Chicago en el derecho antitrust norteamericano¹⁶².

¹⁵⁹ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/31.043), *D.O.C.E. L 72/1*, de 18 de marzo de 1992.

¹⁶⁰ Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, *cit.*

¹⁶¹ 504 U. S. 451 (1992).

¹⁶² A pesar de su indudable interés, excedería el ámbito de este trabajo hacer aquí una relación exhaustiva de los motivos que apoyan esta opinión. Baste como referencia la abundante bibliografía que, desde la aparición de esta Sentencia, no ha parado de aflorar en la literatura antitrust: LARSON, A. C., “Antitrust Tie-In Analysis After *Kodak*: A Comment”, *63 Antitrust L. J.* 239 (1994); GULLY, J. E., “Antitrust. Sherman Act Violations: *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*”, *13 Berkeley Tech. Law Journal* 339 (1998); LANDE, R. E., “Chicago Takes It on the Chin: Imperfect Information Could Play a Crucial Role in the Post-*Kodak* World”, *62 Antitrust L. J.* 193 (1993); FESTA, L. E., “*Eastman Kodak Co. v. ITS, Inc.*: The

Resumidamente, los hechos que dieron lugar a esta resolución fueron los siguientes: la empresa Eastman Kodak fabrica y vende fotocopiadoras y equipos de microfilmado y micrografía, así como ofrece un servicio postventa y piezas de repuesto para sus equipos. Los demandantes fueron dieciocho empresas *organizadoras de servicios independientes* (ISO) quienes, cuando intentaron trabajar con clientes de Kodak en la década de los 80, ésta les puso todo tipo de dificultades para restringir el acceso de las mismas a sus piezas de repuesto y en general para que no le hicieran la competencia a su propio servicio de reparaciones. Estas prácticas fueron denunciadas como contrarias a las Secciones 1ª y 2ª de la Sherman Act, pues los ISO entendieron que Kodak había asociado (*tying*) de forma anticompetitiva la prestación de servicios postventa de sus máquinas con la venta de piezas de recambio, de forma que había monopolizado ese mercado, que se definió como un mercado “conexo” (*derivative market*) con el de la maquinaria que Kodak vendía.

En su fallo, el Tribunal Supremo imparte toda una lección de derecho antitrust, pues empieza por definir qué se entiende por *tying arrangement*¹⁶³, hace después lo propio con el concepto de *poder de mercado*¹⁶⁴, para, tras debatir la cuestión de si no teniendo poder de mercado en el mercado principal es posible una conducta abusiva en un mercado secundario derivado de éste, entrar a continuación a analizar la cuestión que ahora nos ocupa, al señalar (Párrafo nº 476) que:

“los denunciantes han demostrado que Kodak lleva a cabo una discriminación de precios vendiendo piezas de recambio a clientes que solicitan su servicio postventa, y negándoselas a quienes contratan estos servicios a terceros”.

La existencia en este mercado de grupos de consumidores claramente diferenciados, unos “sofisticados” que adquieren grandes volúmenes de producto y llevan a cabo estudios exhaustivos de precios y calidades, y otros “desinformados” que se preocupan menos por estas cuestiones, facilita –por los motivos que hemos estudiado– la práctica de la discriminación de precios, como la misma Sentencia reconoce (Párrafo nº 475), ya que:

“si una empresa es capaz de discriminar en precios entre sus clientes sofisticados y los no sofisticados, los primeros serán incapaces de evitar la explotación abusiva de los segundos. Un vendedor puede

Decline and Fall of the Chicago Empire?”, 68 *Notre Dame L. Rev.* 619 (1993); SPIVAK, G., ELLIS, C., “Kodak: Enlightened Antitrust Analysis and Traditional Tying Law”, 62 *Antitrust L. J.* 203 (1993).

¹⁶³ Párrafo nº 461, “A tying arrangement is “an agreement by a party to sell one product but only on the condition that the buyer also purchases a different (or tied) product, or at least agrees that he will not purchase that product from any other supplier.” *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6, 2 L. Ed. 2d 545, 78 S. Ct. 514 (1958). Such an arrangement violates § 1 of the Sherman Act if the seller has “appreciable economic power” in the tying product market and if the arrangement affects a substantial volume of commerce in the tied market. *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 503, 22 L. Ed. 2d 495, 89 S. Ct. 1252 (1969).”.

¹⁶⁴ Párrafo nº 464: “Having found sufficient evidence of a tying arrangement, we consider the other necessary feature of an illegal tying arrangement: appreciable economic power in the tying market. Market power is the power “to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market”, *Jefferson Parish*, 466 U.S. at 14. It has been defined as “the ability of a single seller to raise price and restrict output.” *Fortner*, 394 U.S. at 503; *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391, 100 L. Ed. 1264, 76 S. Ct. 994 (1956).”.

fácilmente discriminar en precios alterando la composición del paquete equipo-piezas-servicio, ofreciendo diferentes garantías o diferentes descuentos en algunos componentes y en otros no”.

Para no dejar ningún cabo suelto en torno a la relación de las diferentes prácticas abusivas llevadas a cabo por Kodak, la Sentencia aún hace una distinción más entre consumidores “cautivos” (*lock-in customers*) y potenciales consumidores, distinción que cobra especial importancia para la práctica de la discriminación de precios (Párrafo nº 477):

“aún más, si el vendedor puede discriminar en precios entre sus clientes cautivos y potenciales, esta estrategia aún tiene más visos de ser rentable. El vendedor puede simplemente aplicar a sus nuevos clientes un precio bajo coste marginal en las máquinas y recuperarlo en los precios que aplica por el servicio postventa, u ofrecer paquetes de garantías indefinidas o acuerdos de servicio postventa duradero no disponibles para los clientes cautivos”.

Como es evidente, la única manera que todas estas prácticas de discriminación de precios puedan llevarse a cabo es a través del *tying arrangement*, de que la venta de piezas de recambio y repuestos esté estrecha e indisolublemente asociada a la venta de la propia maquinaria de Kodak.

En línea de principios esta doctrina es indiscutida; lo que no se aceptó tan pacíficamente fue que se dieran todos sus presupuestos en este caso concreto, en especial la cuestión -a la que antes hemos hecho referencia- de hasta qué punto el control de una empresa de sus productos y su marca significa la detentación de un poder de mercado en la acepción antitrust que enerve mecanismos como la prohibición per se de los *tying arrangements*. En una opinión crítica con la posición adoptada por la mayoría, se expresaban en un voto particular –muy relevante a los efectos de lo que venimos tratando- los magistrados SCALIA, O’CONNOR y THOMAS (Párrafo nº 498):

“tal como el Tribunal ha apreciado, hemos aplicado la norma per se a los tie-ins llevados a cabo por el fabricante entre su mercado previo y sus mercados derivativos. Sin embargo, sólo cuando el poder monopolístico en el mercado de las máquinas, unido a las ventas derivadas como un sistema para medir la intensidad de uso de los equipos le han permitido discriminar en precios, y por tanto explotar más intensamente su poder de mercado entre marcas. Ese tipo de ocasión continua de practicar la discriminación de precios no es la que tiene un fabricante –como Kodak- que carece de poder de mercado en el nivel entre marcas. Un tie-in entre dos mercados derivativos no hace nada por mejorar la capacidad competitiva del fabricante de extraer rentas monopolísticas de sus clientes”.

B) Sistemas de precios en los servicios públicos.

Dentro de las diferentes formas de implementar en la práctica una política de precios discriminatorios una de las más frecuentes es aquella en la que el diferencial se aplica en función de la intensidad de demanda es la que tiene lugar en los sistemas de

precios de servicios públicos, como por ejemplo el suministro eléctrico¹⁶⁵, en el que es común tener una tarifa de consumo doméstico y otra de consumo industrial.

Como se ha señalado acertadamente, en el ámbito de los Estados Unidos “las leyes estatales que regulan las empresas eléctricas tienen extensos articulados relativos a la discriminación. Términos relativamente amplios como ‘discriminación’, ‘perjuicio’, ‘preferencia’ y ‘desventaja’ se emplean para describir la actividad prohibida. Calificativos como ‘injusto’, ‘indebido’ o ‘no razonable’ son también frecuentes. Es habitual que ni los costes ni la competencia sean mencionados en dichas leyes, y si las posibles justificaciones de costes o *meeting competition* han de ser tenidas en cuenta, han de buscarse en la terminología genérica de la ley”¹⁶⁶.

Es evidente, pues, que el ámbito de los sistemas de precios en los servicios públicos en general plantea interesantes cuestiones relativas al estudio de la discriminación de precios. Sin embargo, por tratarse de un sector con sus propias peculiaridades y en el que el juego de la libre competencia tiene unos rasgos diferentes al marco analítico que hasta aquí hemos empleado, un análisis detallado excedería el propósito de este epígrafe, con lo que nos limitaremos a resaltar las cuestiones más sobresalientes de este campo.

Los descuentos por cantidad son un fenómeno prácticamente universal en los sistemas de precios de la energía que suministran las empresas eléctricas. El más común de estos descuentos es un “sistema de bloques”, en el cual las cantidades totales adquiridas se dividen en una serie de bloques de manera que la tarifa por unidad de compra aplicable al total adquirido va decreciendo a medida que se uno se desplaza de los bloques de menor cantidad hacia los bloques de mayor cantidad. En la medida en que este sistema de precios diferenciados favorecen el consumo de energía eléctrica y aumenta por tanto el volumen de producto final vendido, esta discriminación de precios de segundo grado que responde a la perfección al modelo teórico es permitida por las agencias reguladoras.

Por otro lado, se ha señalado que “una de las obligaciones más comunes impuestas por las leyes tanto federales como estatales a las empresas públicas es la obligación de prestar su servicio y aplicar tarifas que eviten la discriminación indebida o injustificada entre consumidores, actuales o potenciales (...). El motivo por el que estas restricciones son necesarias es porque la discriminación de precios es habitualmente una política tan óptima en términos de beneficios como pueda serlo la política de precios uniformes o no-discriminatorios”¹⁶⁷.

No escapa que los términos en los que esta cuestión está planteada guardan un estrecho paralelismo con los términos en los que hemos planteado el debate general sobre los fines del derecho antitrust, en general, y la conveniencia o no de permitir la discriminación de precios, en particular.

En efecto, en este sector específico puede percibirse nítidamente cómo tanto las agencias reguladoras como los tribunales han tenido la impresión de que la palabra “discriminación” aplicada a los sistemas de precios de los servicios públicos era algo peyorativo y denostable. Esto ha llevado al rechazo de caracterizar como discriminatorias

¹⁶⁵ *Vid.*, para una relación exhaustiva de las diferentes leyes que regulan este tipo de discriminación de precios en el sector eléctrico, BLAKENEY, M. (1981), *op.cit.*, pág. 492, nota nº 50.

¹⁶⁶ DAM, K., *op.cit.*, pág. 19.

¹⁶⁷ BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 515.

cualesquiera tipos de tarifas públicas que fueran legales, prefiriendo entonces el término de “discriminación no injustificada”.

La imposibilidad de distinguir entre *diferenciales* de precios (en sentido económico) *discriminatorios* o *no discriminatorios* (en sentido legal) ha llevado a que, en el ámbito de los servicios públicos se consolide la expresión “discriminación injustificada” como una única palabra. Ya hemos visto también que la Robinson Patman Act y otras muchas leyes sobre precios discriminatorios tratan la diferenciación de precios como discriminación de precios ilegal haya o no discriminación de precios económica.

Somos de la opinión, ya manifestada repetidamente a lo largo de estas páginas, que en muchos escenarios económicos de la vida real la discriminación de precios es la única estrategia de precios que permite a una empresa recuperar sus costes, por lo que nos adherimos a la propuesta formulada por amplios sectores doctrinales¹⁶⁸ de sustituir la equívoca terminología de discriminación “justa” o “injusta” por la de “eficiente” o “ineficiente”, que siendo el enfoque que adoptan en general los economistas cuando abordan esta cuestión, no está sin embargo todavía suficientemente aceptado en la terminología jurídica que manejan tribunales y agencias reguladoras.

C) La integración vertical.

a) Introducción.

Frecuentemente se ha considerado la integración vertical –poner dos o más etapas sucesivas de la cadena de producción y distribución de una industria bajo una misma propiedad y gestión común- como una amenaza para la competencia, o, cuando menos, un factor “de sospecha” a tener en cuenta a la hora de valorar prácticas restrictivas, evaluar el poder de mercado o incluso la misma definición del mercado¹⁶⁹. Sin embargo, esa perspectiva nos parece un poco reduccionista, pues entendemos que la integración vertical puede considerarse bajo dos puntos de vista: puede, por un lado, responder a una búsqueda, por parte de las empresas, de ganancias de eficiencia –el mercado falla y por tanto hay que sustituirlo por la organización interna-; o puede, por otro lado, estar motivada por el deseo de alcanzar una posición de dominio o poder de mercado.

Desde el punto de vista de la eficiencia, por tanto, la integración vertical puede tener efectos beneficiosos para el bienestar social (ahorro de costes), puede tener efectos perjudiciales e incluso puede que no tenga efectos en este sentido, que su impacto sobre la eficiencia del mercado sea neutral. Por otro lado, y a los efectos de nuestro análisis, podemos considerar la integración vertical como la manifestación más extrema –por lo que tiene de estructural y permanente- de un concepto del Derecho antitrust que ya hemos

¹⁶⁸ BONBRIGHT, *op.cit.*, pág. 517.

¹⁶⁹ En una de las actuaciones más importantes de la Comisión en los últimos años, la publicación de la *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las comunicaciones*, 98/C 265/02, DOCE C265/2, de 22 de agosto de 1998, conocida como la *Access Notice*, se hace la distinción como mercados relevantes distintos entre la prestación de servicios y la provisión de acceso a las infraestructuras necesarias para suministrar esos servicios a los consumidores finales, distinción que es importante ya que los operadores de telecomunicaciones han estado siempre verticalmente integrados, y por ello podían perfectamente no distinguir entre esas diferentes fases del suministro. Para un comentario detallado, *Vid.*, COATES, K., “Commission Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector”, *CPN*, nº 2, Junio 1998, pp. 45-47.

manejado en estas páginas, las restricciones verticales. Por ello en este apartado nos referiremos a ambas figuras en la medida en que juegan un papel importante en la implementación de prácticas discriminatorias de precios.

Para el sector doctrinal más ligado a la Escuela de Chicago, la cuestión parece clara: “cuando la integración (vertical) es necesaria para llevar a cabo una actividad, la integración y las restricciones que la hacen eficiente debe ser completamente legal. Cuando la integración es conveniente pero no absolutamente necesaria (en el sentido de que el acuerdo no es el núcleo de la actividad que se lleva a cabo), entonces la *joint venture* y sus restricciones derivadas (incluidas la fijación de precios y el reparto de mercados) serán legales si se cumplen tres condiciones:

1) El acuerdo de fijación de precios o reparto de mercados es subordinado a una integración empresarial; es decir, las partes deben estar cooperando entre ellas en una actividad económica distinta de aquella en la que se elimina la competencia, y el acuerdo debe ser capaz de aumentar la efectividad de dicha cooperación, y limitarse a ese propósito y nada más; 2) La cuota de mercado conjunta no debe convertir la posibilidad de llevar a cabo una restricción del output (según los criterios de control de concentraciones) en un peligro potencial; 3) Las empresas participantes tienen que no haber demostrado una intención o deseo de restringir el output”¹⁷⁰.

b) La perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia estadounidense.

En un asunto emblemático de la historia antitrust norteamericana, el de los sistemas de reserva de billetes de avión por ordenador (CRS, *Computer Reservation Systems*), el Departamento de Transportes del Gobierno de los Estados Unidos concluyó en una polémica decisión¹⁷¹ que la integración vertical que suponía que las compañías aéreas pudieran distribuir información de sus vuelos y hacer la venta de billetes a través de los CRS era un paso hacia el ejercicio del poder de mercado¹⁷².

En el caso que nos ocupa, la discriminación de precios, tanta importancia tiene el poder de mercado que, para un sector doctrinal estadounidense, “estas prácticas (los acuerdos verticales) pueden ser instrumentos para la creación de un poder de mercado o una más efectiva explotación del mismo. Muchas de estas prácticas pueden ser usadas para llevar a cabo una discriminación de precios...”¹⁷³.

En efecto, si un monopolista produce un bien que es utilizado como input por dos empresas competitivas que producen diferentes bienes finales, que se enfrentan a dos demandas independientes, el precio de cada uno de los bienes finales será igual al precio intermedio aplicado por el productor más el margen que aplique el intermediario. Como este margen suele ser muy reducido, al final es como si el monopolista vendiera el bien directamente a los dos consumidores finales. Si el monopolista no puede hacer efectiva una política de discriminación de precios entre ambos consumidores finales –porque, por ejemplo no tiene medios de evitar el arbitraje entre ellos- lo que puede hacer es comprar la

¹⁷⁰ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 279.

¹⁷¹ Department Of Transportation, *Final Rule in Computer Reservation Systems (CRS) Regulation*, 22 de septiembre de 1992.

¹⁷² *Vid.*, para un estudio del análisis económico que se empleó en esta decisión, KWOKA, J. y WHITE, L. (Editors), *op.cit.*, págs. 432 a 461.

¹⁷³ KWOKA, J.E. y WHITE, L.J. (Editors), *op.cit.*, pág. 303.

empresa intermediaria en uno de los mercados, y vender el producto final de ésta a un precio y el bien intermedio a otro precio a la otra empresa; así, “la integración vertical puede ser utilizada como un sustituto de la discriminación de precios cuando la empresa productora no puede controlar directamente las reventas de sus productos entre sus compradores”¹⁷⁴.

Es evidente que el juicio global sobre la bondad o maldad de la integración vertical escapa al objeto de este estudio; particularmente favorable se muestra el profesor BORK, al afirmar que “la integración de las actividades económicas, que es esencial desde el punto de vista de la eficiencia productiva, siempre implica la eliminación implícita de competidores actuales o potenciales. La permitimos –de hecho, deberíamos favorecerla- porque la integración crea riqueza para la comunidad”¹⁷⁵. Para este autor, la preocupación del Derecho antitrust respecto de los acuerdos verticales es errónea, ya que toda empresa que actúa en el mercado está “verticalmente integrada” en el sentido de que los bienes y servicios se transmiten y se transfieren en su interior antes de ser ofrecidos al mercado.

Respecto a la cuestión planteada anteriormente, de cómo un monopolista se puede ver tentado de comprar una empresa intermedia para llevar a cabo su política de discriminación de precios, afirma que “el derecho no debería preocuparse por esto, ya que la discriminación puede tanto aumentar el beneficio del monopolista como disminuirlo (...); dada la dificultad existente en detectar la existencia de discriminación y los costes del proceso legal, es evidente que el derecho debería permanecer ajeno a una práctica que es, en el peor de los casos neutral, y posiblemente en muchos otros socialmente beneficiosa”¹⁷⁶.

Opinión que, como no podía ser menos es corroborada por el profesor POSNER: “si mi razonamiento es correcto, no hay ningún motivo sólido para prohibir las fusiones verticales, excepto quizá cuando una de las empresas que se integra verticalmente es monopolista”¹⁷⁷.

Esta postura, tan propia de los postulados de la Escuela de Chicago está, naturalmente, discutida por un amplio sector doctrinal. En particular, se ha señalado que “la teoría económica por si sola no puede predecir cuando la imposición de restricciones verticales beneficiará a los consumidores y mejorará la eficiencia”¹⁷⁸. Se señala que, por lo menos en dos supuestos concretos (cuando se induce a los distribuidores a ofertar un nivel excesivo de servicios de información y cuando las pérdidas sufridas por los consumidores infra-marginales superan las ganancias de los consumidores marginales) las restricciones verticales supondrán una pérdida segura desde el punto de vista del bienestar de los consumidores y de la economía general.

Por su parte, en la jurisprudencia estadounidense este tema se planteó con toda su crudeza en el importante caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*¹⁷⁹. En agosto de 1968, Monsanto Co., un gigante americano de productos químicos se negó a renovar su

¹⁷⁴ TIROLE, J., *op.cit.*, pág. 217.

¹⁷⁵ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 28.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pág. 240.

¹⁷⁷ POSNER, R. A., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago 1967, pág. 200.

¹⁷⁸ COMANOR, W., “Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions, and The New Antitrust Policy”, 98 *Harv. L. Rev.* 970 (1985), pág. 999.

¹⁷⁹ 465 U. S. 752 (1984)

contrato de distribución con Spray-Rite Service Co., un pequeño distribuidor de herbicidas de Iowa, cuyos ingresos netos de ventas de productos de Monsanto ascendieron en ese año a 16.000 dólares. Tras dieciséis años y varios millones de dólares de gastos legales, en 1986 el Tribunal Supremo le concedió la razón y obligó a Monsanto a pagarle una indemnización de diez millones de dólares.

Este asunto sirve para ejemplificar la tensión existente entre el análisis legal y el económico del Mantenimiento de Precio de Venta (RPM – *Resale Price Maintenance*), en cuanto manifestación estrechamente vinculada a la integración vertical. En efecto, en los casos en que una empresa ofrece un producto o bien intermedio, hemos visto que surge enseguida la posibilidad de integrarse verticalmente para ejercer el poder de mercado, evitar fallos de mercado como el *free riding*, o imponer un precio de reventa. En el caso de que el mercado superior sea monopolístico (está dominado por el productor) y los mercados inferiores o descendentes sean competitivos, parece que el control vertical del producto es beneficioso desde el punto de vista del bienestar del consumidor. En cualquier caso, el productor tiene tres posibilidades:

- 1) Integrarse verticalmente hacia abajo, y encargarse él mismo de prestar los servicios de distribución de su producto.
- 2) Establecer complejos sistemas de precios que aumenten el margen del que dispone un intermediario concreto, sin que aumente el margen medio de los intermediarios.
- 3) Puede forzar a los intermediarios a que sean ellos quienes cumplan determinadas funciones, pero a base de una oferta de “todo o nada”, de manera que si se niegan a prestarlas se les resuelve el contrato.

Las tres tienen el mismo efecto, y Monsanto probó una tras otra en aras de conseguir el resultado más efectivo al mínimo coste. En Estados Unidos, mientras que la primera y segunda posibles estrategias son perfectamente legales, la imposición de la tercera estrategia a los distribuidores significa para el productor arriesgarse a severas sanciones antitrust. Sin embargo, sea cual sea la forma o combinación de formas de control vertical empleado, el bienestar social y del consumidor sale sustancialmente beneficiado de tal expansión descendente de los servicios de una empresa¹⁸⁰. Tanto el productor como los consumidores marginales salen ganando claramente, mientras que, dada la endogeneidad de los precios de los distribuidores, los consumidores inframarginales –aquellos consumidores grandes, bien informados y que emplean tiempo y recursos en obtener las mejores condiciones- pueden ganar o pueden perder. Como se ve, es un resultado análogo al que se consigue con la aplicación de una discriminación de precios de primer grado.

La estrecha vinculación entre la integración vertical y las prácticas anticompetitivas ha llevado a un Tribunal estadounidense, en el caso *Byars v. Bluff City News Co.*¹⁸¹, a establecer las condiciones bajo las cuales una negativa de concluir un contrato, en el marco de una estructura de integración vertical, puede considerarse anticompetitivo. Dichas condiciones son las siguientes:

- 1) Cuando la integración vertical favorece la discriminación de precios, de manera que la empresa dominante puede extraer rentas monopolísticas de sus clientes.

¹⁸⁰ *Vid.*, el desarrollo económico de esta conclusión, KWOKA, J. y WHITE, L., *op.cit.*, págs. 423 y ss.

¹⁸¹ 609 F.2d 843, 861 (6th Cir. 1979).

2) Cuando la integración crea barreras de entrada que impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores.

3) Cuando la integración permite el incumplimiento de las normas que regulan la imposición de precios supracompetitivos a los consumidores.

c) La perspectiva comunitaria.

El problema de la integración vertical –o, en sentido más amplio, las restricciones verticales– como amenaza para la existencia de un orden concurrencial saneado, en general, y como manifestación práctica de la discriminación de precios, en particular, podemos decir que ha estado presente en la jurisprudencia comunitaria desde sus comienzos. En la ya comentada Decisión *Chiquita*¹⁸², que como hemos visto es la primera en abordar como cuestión central la práctica de la discriminación de precios, se consideraba la integración vertical como una de las barreras de entrada erigidas por *United Brands* que impedían el acceso al mercado de nuevos competidores¹⁸³. Como hemos tenido oportunidad de ver, esta Decisión fue recurrida, y en la Sentencia *United Brands*¹⁸⁴ el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea confirmó la postura de la Comisión, y en el texto de su pronunciamiento hizo una descripción de cómo la estructura de UBC era un modelo perfecto de empresa integrada verticalmente (Párrafos nº 70 y 71):

“UBC es una empresa verticalmente integrada en un alto grado. Esta integración es evidente en cada uno de los estadios desde la plantación hasta la carga en contenedores o camiones en puertos de entrega y aún después de esos estadios, en cuanto a la distribución y precios de venta se refiere, ya que UBC extiende su control a los almacenistas, distribuidores y mayoristas a través de una red completa de agentes”.

En efecto, en la Sentencia se lleva a cabo una completa descripción de los diferentes estadios que constituyen el proceso completo en la venta de los plátanos, y se detalla (Párrafos nº 72 a 96) el control completo que UBC tiene sobre estos niveles:

1) En la fase de producción, ya que posee plantaciones en América Central y del Sur, a parte de vínculos con productores independientes.

2) En la fase de empaquetado y envasado, porque es llevado a cabo en sus propias instalaciones, con sus propios recursos materiales y humanos.

3) En la fase de transporte, porque la misma UBC se encarga con su propia flota de transportar hasta dos tercios de su producción destinada a exportaciones.

4) En cuanto a aspectos técnicos, ya que la continúa inversión de recursos en I+D le permite mejorar la calidad y rendimiento de sus plantaciones.

5) En la fase de control de calidad, llevada a cabo por empresas de su grupo.

¹⁸² Decisión 76/353/CEE, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975 (IV/26.699 – *Chiquita*), D.O.C.E. L95/1, de 9 de abril de 1976.

¹⁸³ *Ibíd.*, Párrafo I. 1. c): “es extremadamente difícil para empresas nuevas en el mercado de los plátanos conseguir acceder a él porque necesitarían tener una estructura de negocio vertical capaz de sostener las grandes inversiones que se requieren para establecerse, lo que, en cualquier caso, lleva varios años para poder conseguirse”.

¹⁸⁴ Sentencia de 14 de febrero de 1978, *cit.*

6) En cuanto a los aspectos publicitarios, ya que las fuertes inversiones llevadas a cabo en anuncios y propaganda de la marca “Chiquita” han hecho que las preferencias de los consumidores se decanten claramente por esa marca, hasta el punto de que un vendedor no puede permitirse no ofrecer ese producto en el mercado.

7) Finalmente, en la fase de distribución y venta, controlada como hemos dicho por una extensa red de agentes de UBC.

El razonamiento llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (párrafos nn. 227 a 230) de la Sentencia, que culmina con la condena de United Brands por precios discriminatorios y partición de mercados, ha suscitado, como hemos tenido oportunidad de ver, multitud de críticas. Respecto al debate sobre el análisis económico y los fines del derecho antitrust antes reseñado, y en cuanto a la integración vertical se refiere, son claras y contundentes las palabras del profesor WAELBROECK: “este tipo de razonamiento presta más atención a los formalismos legales que a la realidad económica. Paradójicamente, su consecuencia es que trata mejor a las empresas integradas verticalmente que a las que venden el producto a distribuidores independientes. (...) el Tribunal presta más atención a consideraciones de justicia social que de competencia”¹⁸⁵.

En sectores como el energético¹⁸⁶, la aplicación de esos mismos argumentos sirve como pauta para estudiar la conveniencia o no de la integración vertical de las empresas:

1) Como hemos visto, además de tener poder de mercado, para que la discriminación de precios tenga éxito es necesario que existan diferentes elasticidades precio-demanda, y que se impida la reventa entre los diferentes segmentos del mercado. Pueden existir algunas mercancías que tienen propiedades que obstaculizan el proceso de arbitraje (altos costes de almacenaje o de resuministro, porque la venta se detecta fácilmente). Precisamente la ausencia de esas propiedades es lo que hace atractiva la integración vertical como medio para lograr la discriminación: la empresa se integrará hacia delante en el mercado más elástico con el fin de impedir el arbitraje entre éste y el otro mercado en el que la empresa desea aplicar un precio mayor.

2) La integración vertical puede hacer la entrada de nuevas empresas en el sector más difícil, ya que si los posibles entrantes, como consecuencia de la estructura preexistente en la industria se ven obligados a establecerse en varias etapas de la industria aumentarán a la vez los requisitos de capital y conocimientos, en comparación con los que serían necesarios si se entrase sólo en una actividad.

3) La integración vertical de una empresa “aguas arriba” (por ejemplo, una empresa de venta de gasolina que busca controlar también las plantas de producción de crudo y las refinerías) o “aguas abajo” (en el mismo caso, los procesos de transporte y suministro en las estaciones de servicio) consigue reducir la volatilidad de los beneficios, sobre todo en épocas de fuerte volatilidad en los precios de los crudos y los derivados del petróleo.

Por otro lado, la presencia de activos específicos en las transacciones, unido a la incertidumbre de estos mercados y el hecho de que no es infrecuente la existencia de sólo un comprador y vendedor (monopolio bilateral) o de pocos compradores y vendedores

¹⁸⁵ WAELBROECK, M., *op.cit.*, pág. 155.

¹⁸⁶ Seguimos en esta parte de la exposición el interesante trabajo de CONTÍN PILART, I. y HUERTA ARRIBAS, E., “La integración vertical en los sectores energéticos: eficiencia versus poder de mercado”, *GJ*, nº 209, Octubre 2000, págs. 73 a 85.

(oligopolio bilateral) hacen que la integración vertical se revele como la fórmula organizativa óptima en ese tipo de escenarios económicos, ya que permite superar los inconvenientes asociados –en ese tipo específico de escenario económico- a la utilización del mercado como mecanismo regulador de las transacciones.

d) Los Acuerdos y Restricciones Verticales.

Conscientes de la importancia del sector de la distribución, a todos los niveles, y habida cuenta de que la mayoría de las restricciones verticales que amenazan la competencia tienen lugar en el seno de las relaciones verticales entre productor y distribuidor, o distribuidor y mayorista, o cualquier combinación de ambas, la Comisión Europea publicó el 22 de enero de 1997 el *Libro Verde de las Restricciones Verticales en la Política Comunitaria de Competencia*¹⁸⁷; el análisis detallado de este importante documento excedería el propósito de estas consideraciones, pero sí es interesante destacar que los comentarios que esta publicación suscitó, recogidos posteriormente en una *Comunicación* de la Comisión, apuntaron mayoritariamente a señalar los aspectos que hemos destacado más arriba¹⁸⁸.

En efecto, tal y como se ha apuntado desde la teoría económica¹⁸⁹, el análisis del impacto de las restricciones verticales sobre la competencia ha de tener en cuenta la estructura del mercado, especialmente la existencia o no de competencia *entre* diversas marcas (*inter-brand*), ya que sólo la ausencia de ésta y la existencia de importantes barreras de entrada debería motivar la preocupación de las autoridades antitrust respecto a este tipo de acuerdos.

Ya en sus *Directrices sobre las Restricciones Verticales*¹⁹⁰ la Comisión había advertido de los efectos negativos que pueden derivarse de las diferentes formas de restricción vertical de la competencia (Párrafos nº 103 y ss., entre las que se destacan aquellos acuerdos que tienen a concentrar todos los pedidos de los clientes en un único ofertante, los acuerdos anudados, el mantenimiento de precio de reventa, y aquellas prácticas que tienden a compartimentar el mercado), sin dejar por ello de reconocer los aspectos positivos (Párrafos nº 115 y ss., entre los que se destaca el hecho de que las restricciones verticales frecuentemente tienen el efecto de promover formas de competencia no basadas en precios y en consecuencia mejoran la calidad de los servicios).

Esta cuestión se ha considerado incluso en el ámbito de los acuerdos y alianzas estratégicas entre empresas, cuando dichos acuerdos tienen un componente vertical –cosa que, por otro lado, siempre suele ocurrir-. En línea con la discusión que estamos reseñando sobre cómo afecta la integración vertical a las prácticas discriminatorias, se ha dicho en

¹⁸⁷ Libro Verde de las Restricciones Verticales en la Política Comunitaria de Competencia, COM (96) 721 final, publicado por la Comisión el 22 de enero de 1997.

¹⁸⁸ *Comunicación* de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales, pág. 7: “la mayoría de los comentarios recibidos consideran el actual sistema demasiado legalista y preferirían un enfoque más económico. Se considera que un enfoque económico, basado en los efectos más que en las cláusulas de los contratos, sería más adecuado para un sector dinámico como es la distribución. El actual sistema tiende a producir efectos negativos en el desarrollo de la distribución, impidiendo que las empresas puedan introducir formas innovativas de distribución que supondrían ganancias sustanciales en términos de eficiencia”.

¹⁸⁹ PEEPERKORN, L. (DG IV-A-1), “The Economics of Verticals”, *CPN*, nº 2, Junio 1998, págs. 10 a 17.

¹⁹⁰ *Comunicación* de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000.

referencia a los acuerdos estratégicos en el ámbito de las telecomunicaciones: “a los potenciales peligros horizontales hay que añadir el riesgo de cerrar el mercado a nuevos competidores, en particular en lo que se refiere a su acceso a las infraestructuras, redes y /o servicios que significarían cuellos de botella y que son indispensables para el desarrollo de su actividad. Evitar ese tipo de discriminaciones es uno de los objetivos principales de la Comisión, habida cuenta de la importancia de los efectos negativos de dicha discriminación en el desarrollo de un alto nivel de competencia efectiva en el mercado”¹⁹¹. En el reciente debate sobre la liberalización del bucle local, se ha vuelto a poner de manifiesto que un ejemplo nítido y claro de discriminación de precios es la práctica llevada a cabo por “operadores dominantes que estén integrados verticalmente (...), resultando que los precios a los que se concede el acceso a los nuevos operadores resultan, por línea, sensiblemente superiores a las tarifas de conexión correspondientes a los operadores históricos”¹⁹².

Especial importancia en este campo reviste el *Reglamento sobre Acuerdos Verticales*¹⁹³, que viene a sustituir a los Reglamentos de Exención por Categorías de los acuerdos de distribución exclusiva¹⁹⁴, compra exclusiva¹⁹⁵ y franquicias¹⁹⁶. Aunque es pronto todavía para analizar el impacto de dicha regulación en la política comunitaria de competencia, algunos comentaristas ya se han lamentado de que “la Comisión se ha dado cuenta de la importancia del poder de mercado a la hora de determinar los efectos negativos sobre la competencia. No ha conseguido, sin embargo, que eso signifique un abandono del enfoque formalístico que, desgraciadamente, tanto abunda en los reglamentos de exención por categorías”¹⁹⁷.

Por su parte, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia aborda esta cuestión en numerosas de sus Resoluciones. Especialmente clara y acertada en su análisis es la Resolución *Perfumería*¹⁹⁸, en la que enjuiciando la legalidad de un acuerdo de distribución selectiva de productos cosméticos se cita expresamente el Libro Verde sobre Restricciones Verticales, y se afirma (Fundamento Jurídico nº 3) que:

“en este contexto, en el caso de que la relación entre fabricante y distribuidor se vaya haciendo cada vez más intensa y a más largo plazo los contratos que incluyen algún tipo de restricción vertical pueden, en muchos

¹⁹¹ PEÑA CASTELLOT, M. A., “The application of competition rules in the Telecommunications sector: Strategic Alliances”, *CPN*, Vol. 1, nº 4, Spring 1995, pág. 3.

¹⁹² 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.

¹⁹³ Reglamento de Aplicación del Artículo 81 (3) del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, de 22 de diciembre de 1999, *D.O.C.E.* L336/21, (1999).

¹⁹⁴ Reglamento de la Comisión nº 1983/83, de Aplicación del Artículo 85 (3) del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva, *D.O.C.E.* L173/1, (1983).

¹⁹⁵ Reglamento de la Comisión nº 194/83, de Aplicación del Artículo 85 (3) del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, *D.O.C.E.* L214/2, (1997).

¹⁹⁶ Reglamento de la Comisión nº 4087/88, de Aplicación del Artículo 85 (3) del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de franquicia, *D.O.C.E.* L359/46, (1988).

¹⁹⁷ GRIFFITHS, M., “A Glorification of the minimis – The Regulation on Vertical Agreements”, *ECLR*, Vol. 21(5), Mayo 2000, pág. 247.

¹⁹⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 14 de octubre de 1997, Expte. 380/96.

casos, contribuir a reducir los costes operativos y los problemas de coordinación, así como a obtener mejores resultados, no sólo para el fabricante y distribuidor afectado, sino para los consumidores y para la eficiencia del conjunto de la economía”.

Como conclusión a este Apartado, podemos destacar con palabras del profesor BORK que “algunas restricciones verticales pueden emplearse para dividir los mercados y hacer la discriminación de precios posible”¹⁹⁹. En efecto, aunque señala a continuación de la cita una serie de prácticas que no tienen relevancia práctica a estos efectos (mantenimiento de precio de venta, división del mercado geográfico desde un punto de vista vertical, y las limitaciones impuestas por el fabricante a los distribuidores), sin embargo no deja de hacer notar que “la asignación de clientes en sentido vertical sí puede emplearse para separar a compradores con diferentes elasticidades de demanda si los vendedores rivales no tienen un producto apropiado para el segmento de mercado de baja elasticidad y alto precio”²⁰⁰.

D) Los subsidios cruzados.

Llegamos, finalmente, al último apartado de este epígrafe, en el que analizaremos una cuestión que aparentemente “no tiene nada que ver” con nuestro objeto de estudio, y sin embargo, en la práctica está estrechamente ligada a la discriminación de precios.

Se trata de la práctica empresarial conocida como los subsidios cruzados (*cross subsidization*), carente hasta la fecha de una regulación legal unitaria, pero que sin embargo es abordada de forma fragmentaria por los diversos cuerpos legislativos en importantes sectores de la economía. Quizá uno de los ejemplos más claros de cómo esta práctica está ligada a la de la discriminación de precios lo encontremos en el sector de las telecomunicaciones, que si ya tiene de suyo un interés especial desde el punto de vista del Derecho de la competencia, está ahora de mayor actualidad debido a su reciente liberalización.

En la regulación española del sector de las telecomunicaciones, la prevención de prácticas discriminatorias es una constante tanto en la Ley General de Telecomunicaciones²⁰¹ como en el Reglamento²⁰² que desarrolla el Título II de dicha Ley (en lo relativo a la interconexión y el acceso a las redes públicas y a la numeración), cuando habla de los principios generales aplicables a la interconexión (art. 2), las condiciones de acceso a las redes (art. 6) y las obligaciones aplicables a los operadores dominantes (art. 9). Y es también –entre otras- la prevención de prácticas discriminatorias en materia de interconexión (art. 15) la finalidad de la obligación de segregación contable por sectores de

¹⁹⁹ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 295.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1998).

²⁰² Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/98, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y el acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1998).

negocio²⁰³. Esta segregación contable lo que consigue igualmente es que un sector del negocio no sea el que, vía subsidios cruzados, “mantenga vivo” a otro sector menos rentable. Todo lo cual es consecuencia de la preocupación existente entre las autoridades comunitarias por que los Estados miembros eliminen los obstáculos para la prestación de redes y servicios de telecomunicaciones al consumidor en un entorno que se pretende sea competitivo.

Lo mismo encontramos en otros sectores relevantes de la economía europea, como los del suministro energético de gas²⁰⁴ o electricidad²⁰⁵, pues se entiende que es un principio básico para lograr la transparencia de funcionamiento de las actividades liberalizadas y para lograr la transparencia en la regulación de las actividades no competitivas, sin subsidios cruzados ni distorsiones entre ellas. En estos sectores sometidos a procesos de liberalización se hace especialmente necesario evitar los subsidios cruzados o “confusión de rentas”, ya que como se ha dicho acertadamente “al existir actividades que quedan liberalizadas y que pueden ejercerse en régimen de libre competencia (producción y comercialización) y otras actividades reguladas que quedan sometidas a una intensa regulación y a precios tarifados (transporte y distribución), la separación jurídica aspira a evitar la posible confusión de rentas y de costes generados en las diversas actividades, así como la posible puesta en práctica de conductas discriminatorias (...)”²⁰⁶.

Se entiende, por otro lado, que el *poder de mercado*, que es una precondition para llevar a cabo una discriminación de forma eficaz, es también un requisito previo para ser capaz de llevar a cabo esta subsidización cruzada: “tanto la Comisión Europea como los tribunales han admitido que sólo empresas con posición de dominio, al menos en uno de los mercados relevantes pueden aplicar precios predatorios en ese mismo o en otros mercados o submercados, en los cuales pueden subsidiar sus pérdidas con los súper-beneficios obtenidos en el mercado dominado”²⁰⁷.

A la luz de esta consideración puede advertirse fácilmente cómo los subsidios cruzados es una figura que frecuentemente enlaza dos prácticas empresariales íntimamente relacionadas, la que estamos estudiando, la *discriminación de precios*, y la de los *precios predatorios*; debido a esta estrecha unión entre ambas políticas de precios se ha indicado acertadamente que “cuando una empresa dominante intenta destruir a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá sus precios en el mercado concreto en que opera el competidor, pero no tiene porqué hacerlo en otros mercados. Es más, el mantenimiento de precios altos donde no opera el competidor le ayudará a soportar los gastos que va a sufrir donde rebaje sus

²⁰³ Vid., sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La obligación legal de separación de cuentas por ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones”, *RDM*, nº 233, Julio-Septiembre de 1999, págs. 1103 a 1116.

²⁰⁴ Vid., RIDYARD, D., *op.cit.*, pág. 12.

²⁰⁵ Vid. el comentario que se hace a la obligación establecida en el art. 14.1 de la Ley 54/97, de 23 de mayo de 1997, del Sector Eléctrico, de separación jurídica y contable de actividades reguladas y no reguladas – obligación destinada a evitar, entre otras cosas, los subsidios cruzados- en ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L., *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, Ed. Montecorvo, Madrid 1998, págs. 580 y ss.

²⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *op.cit.*, pág. 118.

²⁰⁷ MASTROMANOLIS, E. P., *op.cit.*, pág. 213.

precios. En este tipo de casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente (...) ²⁰⁸.

Un ejemplo de esto lo encontramos, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución *Instituto Catalán de Inspección y Control* ²⁰⁹, empresa que fue denunciada por cobrar precios distintos para prestaciones iguales, que al ser ofertados –como era el caso- desde una posición de dominio se consideraron discriminatorios. Además, se argumentó (Fto. Jco. 3º) que dichos precios eran predatorios, al ser inferiores a los costes, medida que podía “permitirse” la denunciada al compensar estas tarifas predatorias –aplicadas en el resto del mercado nacional- con los beneficios obtenidos de unas tarifas muy superiores aplicadas en el mercado catalán –en donde goza de posición de exclusividad- ²¹⁰.

De la relevancia de los subsidios cruzados y su estrecha vinculación con nuestro tema de estudio da testimonio la frecuencia con la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o la Comisión Europea los analizan cuando abordan casos de precios discriminatorios. Así, en la ya citada Sentencia *Tetra Pak*, se discute expresamente esta cuestión al afirmar que:

“según la demandante, la Comisión no ha demostrado en el presente caso la existencia de un vínculo de causalidad entre los abusos supuestamente cometidos en el sector no aséptico y la posición dominante de Tetra Pak en el sector aséptico. La demandante rebate en especial la alegación de la Comisión, según la cual los beneficios obtenidos en el sector aséptico le permitieron practicar precios predatorios o discriminatorios en las máquinas y los envases de cartón no asépticos” ²¹¹.

El Tribunal, a la vista de la dimensión mundial del grupo Tetra Pak resolvió rechazando la alegación de la demandante de que no había podido efectuar *inter financiaciones* entre los sectores aséptico y no aséptico en el Reino Unido debido al consumo insignificante de leche UHT (párrafo nº 186).

Igual que en el caso *AKZO*, una compañía que tenía una cuota de mercado de más del 50 por ciento en el sector de los peróxidos orgánicos y que pretendió evitar que otra compañía, ECS, que operaba únicamente en el sector de los aditivos farináceos se introdujera también en el de los plásticos. Utilizando todo su potencial financiero de un sector decidió emprender una guerra de precios en el otro ²¹².

²⁰⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 43.

²⁰⁹ Resolución del TDC, de 16 de enero de 1997, Expte. 173/96.

²¹⁰ *Vid.*, un interesante comentario de esta Resolución en PADRÓS REIG, C., “Posición de dominio y precios discriminatorios en materia de inspección y control técnico de industrias”, *Anuario de la Competencia*, 1997, Ed. Marcial Pons, págs. 311 a 326.

²¹¹ Sentencia *Tetra Pak Internacional c. Comisión*, cit., párrafo nº 104.

²¹² Sentencia *AKZO Chemie BV c. Comisión*, cit., párrafos nº 114 y 115: “los precios aplicados por AKZO a sus propios clientes estaban por encima de sus costes totales medios, mientras que los que ofertaba a los clientes de ECS estaban por debajo. De esta manera, AKZO era capaz, al menos en parte, de compensar las pérdidas resultantes de las ventas a clientes de ECS con los beneficios resultantes de las ventas a los ‘grandes independientes’ entre los que se encontraban sus propios clientes”.

Más recientemente, esta cuestión se ha planteado en la Sentencia *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*²¹³, en la que Tribunal de Primera Instancia ha vuelto a reafirmar su postura cuando constata (Párrafo nº 188) que los precios discriminatorios practicados se apoyaban en una práctica de subsidios cruzados:

“se sigue que, como reconoce el propio recurrente, su capacidad económica de ofrecer descuentos en la zona próxima a la frontera con Irlanda del Norte dependía de la estabilidad de los precios en otras zonas, que es tanto como reconocer que financiaba esos descuentos a través de sus ventas en el resto del territorio irlandés”.

La doctrina reciente ha criticado²¹⁴ que esta postura sobre los subsidios cruzados de las autoridades comunitarias, expresada con toda su crudeza en la Decisión *Deutsche Post*²¹⁵ (multa de €24 millones por un abuso de posición dominante), es cuando menos confusa cuando se refiere a sectores caracterizados por la existencia de “efectos de red” (*Network Industries*), aunque tenga lugar en mercados –como los postales- donde no es infrecuente que una empresa que era anteriormente monopolista ofrezca descuentos de fidelidad y practique precios predatorios en el segmento de mercado que está abierto a la competencia, mientras que mantenga una política comercial distinta en otros segmentos donde no tiene rivales.

²¹³ Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-228/97, E.C.R. (1999) p. 0000.

²¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, la opinión de NICOLAIDES, P., “Effective Competition in Network Industries: An Assessment of Commission Decision 2001/354 imposing a fine on Deutsche Post for abusing its dominant position in parcel delivery”, *ECLR*, Vol. 22 (9), Sept. 2001, pág. 392.

²¹⁵ Decisión 2001/354, de la Comisión, *D.O.C.E.* L 125/27.