

## PRÓLOGO

1. Con este libro sobre *la discriminación de precios*, Fernando DÍEZ ESTELLA se postula claramente como uno de los principales especialistas del Derecho de la libre competencia en nuestro país. Aunque una afirmación así pueda parecer excesiva en relación a una obra que procede de una tesis doctoral y que ofrece, por tanto, ciertos caracteres de bautizo académico y editorial para su autor, lo cierto es que la autoridad de éste en el campo de las normas *antitrust* se ha ido forjando y manifestando al tiempo con la publicación de numerosos trabajos previos sobre la materia, que de alguna forma permitían anticipar -así viene a confirmarlo de manera inequívoca este libro- semejante valoración. Y el mismo juicio encuentra un apoyo añadido en la propia vocación docente y académica de Fernando DÍEZ ESTELLA, que también ha encontrado su principal acomodo en este concreto sector del ordenamiento a través de la labor de coordinación de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia que tan eficientemente desempeña. Se comprenderá por ello que la profunda satisfacción que sin duda alguna debe sentir el autor al ver culminados los esfuerzos y desvelos que son propios de un trabajo de esta naturaleza no sea menor a la del propio prologuista, en tanto que responsable final de la opción seguida por aquél de dedicar su labor doctoral de investigación a esta rama jurídica y, más en particular, a una figura tan arcana y elusiva para los juristas como la discriminación de precios.

De hecho, en términos generales podría afirmarse que el Derecho de la libre competencia es una disciplina bastante desatendida entre nosotros, carente por ello de un cuerpo doctrinal y jurisprudencial mínimamente consolidado, y a la que muchos se aproximan con cierta prevención por su fuerte contenido económico y su falta de correspondencia con las formas más tradicionales del discurso jurídico. Y si esto ocurre incluso con algunas de las conductas más visibles que se encuentran en el núcleo mismo de la prohibición de las prácticas colusorias o abusivas, en el caso concreto de aquellas que presentan un cierto carácter accesorio o secundario por sus efectos más inciertos sobre la competencia -y las prácticas discriminatorias son paradigmáticas a este respecto- la cautela se torna a menudo en desconfianza, ante la incómoda sensación de que el esquematismo legal se aviene mal con una realidad económica sumamente compleja que los intérpretes del Derecho no siempre alcanzan a entender. Esta impresión se ve corroborada, por ejemplo, por los vaivenes que tiende a experimentar la persecución de este tipo de prácticas “*borderline*” en el ordenamiento estadounidense (cuna como es notorio del Derecho *antitrust*), en función del color político de la Administración de turno y de su mayor o menor compromiso con una política activa de competencia. Otro tanto sucede en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia, donde la aproximación jurídica a las conductas discriminatorias parece estar a veces más influenciada por la relevancia otorgada a los fines propios de la integración europea que por un análisis motivado de su racionalidad económica y efectos prácticos (veáse el tradicional supuesto del comercio paralelo de productos farmacéuticos). Y en el caso concreto del Derecho español, el simple hecho de que esta figura se aborde desde muy diversos enfoques normativos (práctica colusoria, abuso de posición dominante, acto de competencia desleal e incluso conducta contraria a las normas de ordenación del comercio y de defensa de los consumidores) es algo que viene a poner de manifiesto, no sólo las múltiples manifestaciones que pueden revestir las prácticas discriminatorias y su idoneidad para afectar a bienes jurídicos de muy diversa naturaleza, sino también la aparente inseguridad mostrada por el

legislador al ocuparse de los cauces y medios adecuados para proceder a su represión jurídica.

Desde esta perspectiva, cabría decir que la decisión de encauzar el afán investigador de Fernando DÍEZ ESTELLA hacia este concreto sector de la disciplina mercantil y, en particular, hacia un tema de tan profundo significado económico como la discriminación de precios surgió de forma casi natural, en atención a su sólida formación económica -al aunar la doble condición de licenciado en Derecho y en Empresariales- y a su consiguiente dominio de los instrumentos científicos que se requerían para poder acometer con ciertas garantías de éxito el estudio de una figura como ésta. También intervino en esta opción la práctica ausencia de estudios monográficos sobre las prácticas discriminatorias en los principales ordenamientos comparados, algo que suponía al tiempo un estímulo y una dificultad añadida. Pero en todo caso, atendiendo ahora a los resultados alcanzados por Fernando DÍEZ ESTELLA con la presente obra, es claro que los referidos obstáculos no sólo no han comprometido el buen fin de la investigación abordada, sino que antes bien contribuyen a enfatizar su notable valor científico e interés práctico.

Se trata, en efecto, de un trabajo muy valioso y estimulante, que combina debidamente el rigor jurídico con la necesaria atención al significado y la lógica económica de la discriminación de precios, que integra de forma armónica los estudios doctrinales con la exposición detallada de los casos más relevantes de la práctica *antitrust*, que maneja y relaciona los principales materiales y enseñanzas tanto del sistema jurídico estadounidense (con el que se familiarizó el autor durante una larga estancia de investigación en la Harvard Law School) como del Derecho europeo, que rehuye de construcciones artificiosas en favor de un discurso práctico y directo, que se beneficia de una equilibrada construcción sistemática que facilita la comprensión y disección de la figura, y que está destinada, en definitiva, a erigirse en uno de los referentes obligados de nuestra literatura jurídica en el ámbito del Derecho de la libre competencia. Me reconforta pensar que el lector advertirá por sí mismo lo justificado de estos juicios cuando se adentre en la lectura del libro de Fernando DÍEZ ESTELLA.

2. El punto de partida de este estudio, y el que ya de entrada permite adivinar su indudable relevancia jurídica, no es otro que la consideración de los precios como el instrumento más relevante de competencia entre las empresas. En general, las conductas a las que el Derecho *antitrust* tiende a dedicar una mayor atención, seguramente por su mayor visibilidad y porque sus efectos lesivos son más fácilmente perceptibles, son aquellas que procuran fijar los precios en un nivel artificialmente elevado, ya sea por la concertación de distintas empresas o por el poder de mercado de una de ellas. Pero los precios también pueden emplearse con fines anticompetitivos cuando se establezcan en un nivel deliberadamente bajo, como ocurre con las conductas predatorias, o cuando se apliquen de forma desigual para prestaciones equivalentes, que es el caso específico de la discriminación de precios. Y a este respecto, la principal dificultad que arrostra el ordenamiento para identificar y sancionar las prácticas discriminatorias radica en la falta de correspondencia de éstas con lo que sería una simple y ordinaria diferenciación de precios, que puede verse legítimamente justificada por insoslayables razones económicas y contribuir así a una eficiente asignación de recursos. Las desiguales condiciones de producción y de distribución del producto, la dispar estructura de la demanda o del grado de concentración de un mercado, las diferencias soportadas en materia de costes o de publicidad, las distintas condiciones ofertadas para el pago, o la falta de coincidencia absoluta del producto o servicio ofrecido, entre otros muchos, son factores que pueden justificar la aplicación de precios aparentemente discriminatorios por parte de una misma empresa y que, antes bien, podrían

convertir en censurable la absoluta uniformidad de éstos. Al mismo tiempo, la operatividad práctica de cualquier conducta discriminatoria exige que se cumplan con carácter previo determinados requisitos o condiciones, como un poder de mercado que otorgue cierto control sobre los precios, la capacidad de distinguir a los clientes en función de la elasticidad de su demanda y la posibilidad de evitar el arbitraje por parte de aquellos que adquieren el bien o servicio en las mejores condiciones, que en términos generales operan como verdaderos presupuestos de cualquier política efectiva de discriminación de precios y cuyo análisis resulta por tanto insoslayable para proceder a la cabal delimitación jurídica de la figura. Esta delimitación pasa también por trazar las diferencias entre las prácticas discriminatorias y otras figuras distintas que sin embargo se presentan a menudo de manera entrecruzada o solapada, como ocurre fundamentalmente con los precios predatorios -que de ordinario se ciñen a mercados separados y que suelen compensarse con el mantenimiento o la elevación de los precios en los demás-, los contratos o acuerdos anudados, la fijación de precios de reventa o las múltiples formas de descuento conocidas en la práctica comercial (de cantidad, de fidelidad, por pronto pago, etc.).

Se trata, en fin, de un conjunto de cuestiones y problemas -ahora meramente apuntados- que vienen a poner de manifiesto la notable complejidad económica y jurídica de las conductas de discriminación de precios y las graves dificultades con que se enfrenta el Derecho de la competencia para proceder a su detección y sanción, que lógicamente enmarcan el objeto de este estudio y que Fernando DÍEZ ESTELLA va analizando de forma convincente y esclarecedora en su sistemática y progresiva labor de depuración jurídica de la figura.

3. Por lo demás, cabría decir también que la importancia de este trabajo de Fernando DÍEZ ESTELLA -y en general de todos los estudios sobre la libre competencia- se ve notablemente acrecentada por la profunda reforma que va a experimentar la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, con la asunción de mayores competencias en este ámbito por las autoridades y jueces nacionales. Como es sabido, el Reglamento 1/2003 de la Unión Europea relativo a las reglas de procedimiento previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Reglamento que será aplicable a partir del 1 de mayo de 2004) ha establecido una profunda descentralización de los instrumentos de aplicación de este Derecho, en el sentido de diluir el protagonismo exclusivo que tradicionalmente ha correspondido a la Comisión Europea y de propiciar una mayor aplicación de las normas comunitarias por las autoridades administrativas o judiciales nacionales. Éstas no sólo podrán conocer directamente de asuntos relativos a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CEE mientras se den determinadas condiciones, incluso de forma simultánea a las autoridades de otros Estados cuando la práctica de que se trate produzca efectos en más de un Estado miembro, sino que además, y en el caso específico de los órganos jurisdiccionales, se les encomienda la función de salvaguardar los derechos subjetivos de los particulares resolviendo los litigios que puedan suscitarse con ocasión de la aplicación de dichos preceptos. De hecho, y anticipándose a la aplicación de este nuevo régimen, la reciente Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha venido a atribuir a los flamantes “Juzgados de lo mercantil” la competencia para conocer -entre otras muchas materias- “de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado”. Y aunque este nuevo reparto de competencias entre las autoridades comunitarias y las nacionales no siempre se establezca con la debida nitidez y permita augurar delicados problemas de articulación práctica, lo que es indudable es que la mayor involucración de los órganos -y en particular de los jueces- de los Estados miembros en la aplicación del Derecho europeo de la

competencia sólo puede acrecentar de manera notable la importancia de éste y, por tanto, de su adecuado estudio y conocimiento.

Aquí radica sin duda otro merecimiento de esta obra, que además de ocuparse con claridad de una figura tan compleja -y quizás por ello tan desatendida- como la discriminación de precios, lo hace en todo momento con una visión general de los fines normativos y de las grandes categorías del Derecho de la libre competencia. Y es que la creciente autonomía práctica y operativa de esta disciplina, que en gran medida no es sino un corolario de su creciente complejidad, refuerza al tiempo la relevancia de contar con un cuerpo doctrinal sólido y articulado, que contribuya a hacer más rigurosa y previsible la aplicación del Derecho en un terreno que no siempre se presenta como un paradigma de seguridad jurídica. De ahí, pues, la relevancia de este libro de Fernando DÍEZ ESTELLA, a quien sólo queda ya felicitar por los resultados conseguidos e invitar a proseguir con su prometedora labor científica.

Javier García de Enterría  
Catedrático de Derecho Mercantil