

# LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS COMO ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Oriol ARMENGOL I GASULL  
Pérez-Llorca

## 1. INTRODUCCIÓN

En un reciente discurso pronunciado en el *Fordham Corporate Law Institute*<sup>1</sup>, la comisaria de competencia Neelie KROES ha señalado la conveniencia de dar un nuevo enfoque a la política de competencia relacionada con los abusos de posición dominante. En esencia, la comisaria se ha mostrado favorable a utilizar en la aplicación del art. 82 del Tratado CE (TCE) un análisis económico similar al que se utiliza en el contexto del art. 81 TCE, el cual debería conducir a prohibir solamente aquellas conductas que tengan efectos reales sobre la competencia. Aun cuando se realizaron en referencia principalmente a los abusos de exclusión, estas reflexiones son perfectamente aplicables a todo tipo de conductas abusivas y, de hecho, en lo que respecta específicamente a la discriminación de precios, ya se habían dejado oír voces autorizadas entre la doctrina que reclamaban un cambio de este estilo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> N. KROES, «Preliminary Thoughts on Policy Review of art. 82», discurso pronunciado el 23 de septiembre de 2005 ([http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kroes/speeches.htm](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kroes/speeches.htm)).

<sup>2</sup> J. TEMPLE LANG y R. O'DONOGUE, «Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under art. 82 EC», *Fordham International Law Journal*, núm. 1, 2002; D. RIDYARD, «Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under art. 82-An Economic Analysis», *ECLR*, núm. 6, 2002; S. MARTÍNEZ LAGE y R. ALLENDESALAZAR, *Community Policy on Discrimi-*

La expresión “precios discriminatorios” abarca una variedad heterogénea de prácticas (descuentos cuantitativos, precios vinculados, descuentos selectivos, ...) que tienen en común el hecho de que la empresa dominante aplica a las mismas prestaciones condiciones económicas distintas en función de los clientes, lo que introduce un elemento de discriminación. No obstante, las distintas categorías de prácticas tienen efectos diferentes para la competencia, pudiendo distinguirse claramente las que suponen un abuso de exclusión de las que constituyen un abuso de explotación. Siendo diferentes sus efectos, también deberían serlo los mecanismos que se utilicen para combatirlas. Al respecto, se ha acudido muy frecuentemente a los arts. 82.c) del Tratado CE (TCE) y 6.2.d) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), que constituyen las únicas disposiciones que incluyen el elemento de discriminación en la descripción de la conducta tipificada. Sin embargo, a nuestro modo de ver, tales preceptos sólo permiten perseguir y sancionar las prácticas discriminatorias de precios con efectos de explotación, pero no pueden ser válidamente utilizadas como mecanismo para combatir las conductas con efectos de exclusión.

De ahí que, en un momento en el que se plantea abiertamente la conveniencia de cambiar el modo en que el Derecho de la competencia debe aproximarse a los abusos de posición dominante para dar prioridad al análisis de la intensidad de los efectos de la práctica en el mercado, parece oportuno revisar también el tratamiento jurídico de las prácticas de discriminación de precios, máxime cuando existe un notable grado de consenso entre los economistas acerca de los aspectos positivos de este tipo de prácticas en determinados casos<sup>3</sup>.

En síntesis, el presente artículo aboga por la necesidad de restringir el ámbito de aplicación de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC a fin de que se conviertan en un instrumento para combatir los abusos que sufren los clientes de las empresas dominantes. Al mismo tiempo, defiende que se califiquen de abusivas con arreglo a estas disposiciones solamente aquellas prácticas que suponen una discriminación que realmente distorsiona la competencia, lo que exige demostrar que la estrategia de precios de la empresa dominante coloca a los clientes discriminados en una situa-

---

*natory Pricing: A Practitioner's Perspective*, European University Institute, 2003; D. GERARDIN y N. PETIT, «Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach», *GCLC Working Paper*, 07/05; y D. GERARD, «Price Discrimination under art. 82.c) EC: Clearing up the Ambiguities», *GCLC Research papers on art. 82 EC*, julio 2005.

<sup>3</sup> W. J. BAUMOL y D. G. SWANSON, «The new economy and ubiquitous competitive price discrimination: identifying defensible criteria of market power», *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2003, p. 668. En opinión de estos autores, dado que un precio igual al coste marginal sólo cubre los costes variables y no contribuye a recuperar ni los costes fijos ni los hundidos, en los sectores en los que dichos costes son elevados, las empresas se ven forzadas a aplicar precios discriminatorios para recuperarlos. En el mismo sentido, RIDYARD, *op. cit.*, nota 2, p. 287.

ción de desventaja competitiva. Por tanto, más que en el mercado en el que están activas las empresas dominantes, los efectos de la discriminación deben buscarse y encontrarse en el mercado en el que operan sus clientes. Ello no debe suponer relajar la vigilancia de los abusos en materia de precios que perjudican a los competidores de las empresas dominantes, pero creemos que el TCE y la LDC permiten perseguir y sancionar eficazmente este tipo de prácticas sin necesidad de forzar la interpretación de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC. Sin perjuicio de ello, sería deseable que la Comisión Europea acompañara el nuevo enfoque de los abusos de posición dominante de unas pautas más claras que permitan distinguir las estrategias de precios abusivas de las simplemente agresivas, pues no debemos olvidar que el Derecho de la competencia debe proteger a la competencia más que a los competidores, y que, al menos en principio, los bajos precios benefician a los consumidores<sup>4</sup>.

## 2. EL PRINCIPIO GENERAL DE LICITUD DE LAS DISCRIMINACIONES DE PRECIOS APLICADAS POR EMPRESAS DOMINANTES

La cuestión a la que debemos dar respuesta podría formularse del siguiente modo: ¿puede una empresa que está en posición de dominio aplicar precios distintos a sus productos o servicios en función de los clientes a los que vende o suministra o, por el contrario, está obligada a aplicar siempre y en todo caso un nivel uniforme de precios para prestaciones equivalentes a pesar de que la demanda o una parte de ella pudiera estar dispuesta a admitir un nivel de precios mayor? A nuestro entender, cualquier respuesta a esta cuestión debe partir del principio de que una competencia sana y efectiva presupone la existencia de estrategias de precios agresivas entre los competidores<sup>5</sup>. Y esto vale también para las empresas dominantes, a las que el Derecho de la competencia no exige que dejen de competir (ni siquiera que dejen de competir agresivamente), sino que no se aprovechen de su dominancia para debilitar aún más una competencia ya de por sí endeble. Por consiguiente, la utilización por parte de una empresa dominante de una estrategia de discriminación de precios no constituye un «*método diferente de los que rigen una competencia normal de productos o servicios sobre la base*

<sup>4</sup> Coincidiendo con la revisión del presente trabajo, la Comisión ha hecho público y sometido a comentarios de los interesados un *discussion paper* sobre la aplicación del art. 82 TCE a los abusos de exclusión (<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>), al tiempo que ha señalado que su política relativa a los abusos de explotación también está siendo objeto de una revisión que será asimismo sometida a consulta pública en su momento.

<sup>5</sup> La Comisión parece admitir este principio cuando señala que «*una rivalidad de precios agresiva es un instrumento de competencia esencial*» (decisión en el asunto *Hilti*, de 22 de diciembre de 1987. *DO* L 65/19, apartado 81).

*de transacciones comerciales*», en el sentido de la definición de abuso acuñada por el Tribunal de Justicia (TJCE) en el asunto *Vitaminas*<sup>6</sup>, en tanto que no «*amena[ce] el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia*». Dicho en otros términos, una empresa dominante puede lícitamente competir mediante una política (agresiva) de precios discriminatorios en la medida en que dicha estrategia no tenga como efecto debilitar o impedir que se intensifique la competencia.

Lo anterior nos conduce a una primera conclusión: las políticas de precios discriminatorios aplicadas por las empresas dominantes no están *per se* prohibidas sino que lo están sólo y en la medida en que debiliten la competencia. La consecuencia de ello es que las autoridades y tribunales deben enterrar el enfoque apriorístico y excesivamente restrictivo de determinadas estrategias comerciales basadas en descuentos puestas en práctica por empresas dominantes —las cuales se califican sistemáticamente de prácticas abusivas si no se justifican por reducciones de costes—, y centrarse en analizar los efectos reales de tales descuentos en el mercado. El centro de gravedad del análisis debe situarse en los efectos de la discriminación más que en la forma que ésta adopte.

Desde el punto de vista de los efectos, la doctrina suele calificar como *primary line discrimination* aquellas situaciones en las que la discriminación se dirige principalmente contra los competidores de la empresa dominante (abusos de exclusión), y como *secondary line discrimination* los casos en los que la discriminación afecta principalmente a los clientes de la empresa dominante (abusos de explotación)<sup>7</sup>. En el primer caso, los efectos que debilitan la competencia se producen en el mismo mercado en el que se lleva a cabo la discriminación, mientras que en el segundo caso habrá que buscarlos en un mercado descendente respecto a aquél.

<sup>6</sup> As. 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, de 13 de febrero de 1979, Rec. p. 461.

<sup>7</sup> La doctrina clasifica las discriminaciones de varias formas distintas. *Vid.*, al respecto, F. DÍEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el derecho de la competencia*, Ed. Thomson/Civitas, 2003, pp. 74 *et seq.* Los economistas suelen distinguir entre discriminación de primer grado (*first degree price discrimination*), que se produce cuando una empresa puede aplicar a cada cliente el mayor precio que éste está dispuesto a pagar; discriminación de segundo grado (*second degree price discrimination*), en la que se establecen distintos precios por unidad de producto o servicio en función del número de unidades adquiridas o contratadas; y discriminación de tercer grado (*third degree price discrimination*), que abarca los supuestos en los que se configuran distintas categorías de clientes en función de su curva de demanda y se establece un precio distinto para cada una de ellas, de modo que a los consumidores con menor elasticidad de demanda se les impone un mayor precio (precios de Ramsey). Este último tipo de discriminación es una realidad cotidiana en un gran número de sectores. Así, encontramos precios discriminatorios en las distintas tarifas aéreas para un mismo vuelo; en los precios de las entradas a un espectáculo público en función de si el consumidor es niño, adulto o jubilado/estudiante; o en los distintos precios para un mismo libro en función del tipo de encuadernación. *Vid.* R. S. PINDYCK y D. L. RUBINFELD, *Microeconomics*, Pearsons, 2005, pp. 383 a 393.

### 3. LOS ARTS. 82.C) TCE Y 6.2.D) LDC COMO INSTRUMENTO PARA ENJUICIAR LAS DISCRIMINACIONES DE PRECIOS CON EFECTOS DE EXPLOTACIÓN

No existe en el TCE ni en la LDC una disposición que específicamente prohíba a las empresas dominantes aplicar precios discriminatorios, por lo que debe acudir a los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC, que regulan de un modo más general las situaciones en las que existe un elemento discriminatorio<sup>8</sup>. Ambas normas, que tienen una estructura casi idéntica, reputan como abusiva la aplicación por parte de una empresa dominante en sus relaciones comerciales con terceros de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a resultas de las cuales dichos terceros sufren una desventaja respecto a sus competidores.

Los elementos que integran el tipo legal exigen evaluar la equivalencia de las prestaciones y la desigualdad de las condiciones aplicadas a éstas para determinar si existe discriminación y, posteriormente, analizar si esta discriminación sitúa a los clientes discriminados en una posición de desventaja competitiva. Como veremos, este último elemento vincula la prohibición de discriminación con sus efectos en el mercado y determina que las citadas disposiciones no puedan ser aplicadas en supuestos de abusos de exclusión, sino sólo en casos de abusos de explotación.

#### A) Equivalencia de las prestaciones y desigualdad de las condiciones

El tenor literal de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC coincide al definir una discriminación como aquella situación en la que se aplican «*condiciones desiguales para prestaciones equivalentes*». Esta definición ha sido ampliada por la jurisprudencia del TJCE, que ha extendido el objeto de la prohibición a la situación inversa, esto es, a la aplicación de condiciones iguales para prestaciones no equivalentes<sup>9</sup>.

La primera condición para que exista discriminación es que las prestaciones sean equivalentes. La evaluación de la equivalencia entre las

<sup>8</sup> La conducta abusiva prohibida por el art. 82.c) TCE se refiere a «*aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*». Por su parte, el art. 6.2.d) LDC prohíbe «*la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*».

<sup>9</sup> En el contexto del Tratado CECA, *vid. as. 13/63, Italia c. Comisión*, de 17 de julio de 1963, Rec. 189. En el contexto del TCE, *vid. Decisión de 23 de julio de 2004, Scandlines Sverige AB c. Puerto de Helsingborg*, apartado 276; y Decisión de 29 de marzo de 1994, *Deutsche Bahn, DO L 104/34*.

prestaciones debería realizarse *prima facie* desde la perspectiva de la empresa dominante y requeriría atender tanto a la naturaleza de los productos o servicios objeto de la transacción como al resto de condiciones comerciales aplicables a la prestación<sup>10</sup>. Se trata de un análisis casuístico y a menudo complejo que debe abarcar todos los elementos asociados a la operación<sup>11</sup>. En este sentido, DÍEZ ESTELLA se refiere a aspectos como la fuerza o capacidad negociadora de las partes, la fidelidad de los clientes o la situación en la cadena de distribución como elementos que permiten medir la equivalencia entre prestaciones<sup>12</sup>.

La segunda condición que determina la existencia de una discriminación se refiere a la desigualdad de las condiciones aplicadas a las prestaciones equivalentes. Estas “*condiciones*” se refieren a los elementos que configuran la obligación del adquirente del producto vendido o del servicio prestado por la empresa dominante (precio, plazos de pago, ...), siempre que tengan un valor económico. En este caso, la exigencia de que la desigualdad de las condiciones coloque a unos clientes de la empresa dominante en situación desventajosa frente a otros indicaría que la evaluación de la igualdad de las condiciones debe realizarse desde la perspectiva de los clientes y no de la empresa dominante. De este modo, existiría discriminación en la medida en que el coste económico que se deriva de las operaciones comerciales para los clientes de la empresa dominante fuera distinto, sin que el hecho de que la empresa dominante obtenga un margen comercial diferente en cada transacción sea relevante a estos efectos.

## B) Desventaja competitiva

La discriminación de precios debe ocasionar a los clientes de la empresa dominante “*una desventaja competitiva*” [art. 82.c) TCE] o situarlos “*en situación desventajosa frente a otros*” [art. 6.2.d) LDC].

---

<sup>10</sup> Al resolver el recurso contra la Resolución BT/Telefónica, la Audiencia Nacional hizo notar acertadamente que «*las prestaciones no han de ser idénticas sino equivalentes y que tal equivalencia ha de ser analizada, no ya sólo desde la perspectiva de la técnica empleada, sino también desde la óptica de la operatividad económica de tales prestaciones: la posición de las mismas en la actividad económica que se realiza*» (JUR 2003\59505, FD 4.º).

<sup>11</sup> Vid. Decisión de 2 de junio de 2004, Clearstream, en la que la Comisión parece admitir que el juicio de equivalencia entre transacciones comerciales debe atender no sólo a la relación entre precio y servicio, sino también a «*todas las circunstancias que conforman la relación comercial, incluidas las distintas funciones*» (apartados 310 y 311). Por su parte, el TJCE reconoció en United Brands que «*las diferencias en los costes de transporte, los impuestos, los derechos de aduana, los gastos laborales, las condiciones de puesta en el mercado, las diferencias entre la paridad de las monedas, la densidad de la competencia pueden eventualmente culminar en diferentes precios de venta*» (as. 27/76, United Brands c. Comisión, de 14 de febrero de 1978, Rec. 207, apartado 228).

<sup>12</sup> DÍEZ ESTELLA, *op. cit. supra* nota 7, pp. 94 *et seq.*

Este requisito, que determina que la discriminación de precios sea ilícita, ha sido a menudo olvidado por las autoridades de competencia y la jurisprudencia<sup>13</sup>. A nuestro juicio, sin embargo, se trata de un elemento esencial de la definición del tipo ilícito por cuanto que muestra de forma inequívoca que la prohibición de esta práctica está (o, al menos, estuvo en su origen) específicamente destinada a proteger a los clientes de las empresas dominantes o, mejor, a la competencia en el mercado en el que operan los clientes de las empresas dominantes<sup>14</sup>. Se trata, pues, de un instrumento destinado a perseguir abusos de explotación, más que a combatir abusos de exclusión<sup>15</sup>.

En principio, parece que entre los clientes afectados y beneficiados por la discriminación debe existir una relación de competencia (al menos potencial). La pregunta es qué ocurre en los casos en los que la empresa dominante es un productor de una materia prima que se utiliza en la fabricación de bienes de naturaleza distinta que no son sustituibles y aplica mejores condiciones económicas a los clientes que operan en un mercado que a los que operan en otro. Aun admitiendo que en este caso nos encontramos ante la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, nos parece difícil que pueda entenderse que esta discriminación coloca a unos clientes en situación de desventaja competitiva frente a los otros, puesto que no hay relación de competencia entre ellos. Tampoco parece posible interpretar que la discriminación coloca a los clientes que operan en un mercado en situación desventajosa frente a sus propios competidores en dicho mercado que se han abastecido de productores distintos pues difícilmente las operaciones de compra serán “equivalentes” y, en todo caso, estos últimos no son “*terceros contratantes*” [art. 82.c) TCE] de la empresa dominante ni tienen con ella “*relaciones comerciales o de servicio*” [art. 6.2.d) LDC].

De modo que la “desventaja competitiva” se predica necesariamente de las situaciones en las que la empresa dominante discrimina a algunos de sus clientes frente a otros con los que está en competencia. Esto

<sup>13</sup> De hecho, el TJCE ni siquiera analizó este requisito en la Sentencia *Corsica Ferries*, en la que interpretó el art. 82.c) TCE en respuesta a una cuestión prejudicial (as. C-18/93, *Corsica Ferries c. Porto di Genoa*, de 17 de mayo de 1994, Rec. I-1783, apartado 43). En otros casos, la Comisión presupone que se cumple este requisito por el mero hecho de que existe una discriminación de precios (*vid. Clearstream*, citada, apartado 335).

<sup>14</sup> No debe olvidarse que los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC no tutelan el interés particular de los clientes de la empresa dominante a los que la discriminación sitúa en posición económicamente desventajosa (de lo que en España se ocupa el art. 16.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal cuando los clientes son consumidores), sino el interés público en que la competencia en el mercado en el que operan sea efectiva.

<sup>15</sup> En este sentido, el objetivo de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC coincide en cierto modo con el de la Robinson-Patman Act estadounidense, que en origen perseguía proteger a los vendedores independientes frente a las grandes cadenas comerciales. *Vid.* al respecto Díez ESTELLA, *op. cit. supra* nota 7.

significa que habrá que analizar el mercado en el que compiten los clientes para determinar si la discriminación de precios aplicada por la empresa dominante supone para ellos una desventaja competitiva.

Sea como fuere, la referencia a la “*desventaja competitiva*” o a la “*situación desventajosa*” de los clientes discriminados expresa la necesidad de que, para estar prohibida, la discriminación debe necesariamente tener unos efectos reales en el mercado. Este requisito exige demostrar que los clientes de la empresa dominante han visto alterada su capacidad de competir con otros clientes que operan en su mismo mercado (o con la propia empresa dominante, en los casos en los que esté activa también en un mercado descendente respecto a aquel en el que se ha producido la discriminación)<sup>16</sup>.

En suma, pues, la práctica de precios discriminatorios estará prohibida cuando restrinja de forma sensible la competencia en el mercado en el que operan los clientes de la empresa dominante; en caso contrario, no puede prohibirse a la empresa dominante aplicar a cada cliente o grupo de clientes los precios que considere más convenientes (y que éstos estén dispuestos a pagar), siempre que con ello no incurra en una práctica de exclusión, en cuyo caso no podrán enjuiciarse con arreglo a los arts. 82.c) TCE y/o 6.2.d) LDC.

### C) Aplicación de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC en la práctica

Lo que acabamos de exponer nos lleva a interpretar los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC en el sentido de que prohíben las prácticas de precios llevadas a cabo por empresas en posición dominante que consistan en suministrar a sus clientes bienes o servicios equivalentes en condiciones económicas distintas, lo cual afecta a la capacidad competitiva de los clientes perjudicados por la discriminación frente a los que resultan beneficiados de la misma.

---

<sup>16</sup> Este fue el caso resuelto en el asunto BT/Telefónica, en el que se condenó a Telefónica por ofrecer a unos clientes de BT un servicio de voz internacional a unos precios significativamente inferiores que los que debía satisfacer la propia BT por el mismo servicio que posteriormente revendía, y que restringían notablemente la capacidad de BT de competir con la propia Telefónica en el mercado (descendente) de la reventa de dichos servicios. El TDC resaltó que «*esta conducta, que carece de justificación objetiva, era discriminatoria e impedía a BT el competir en el negocio del consumidor final de servicio de telecomunicaciones*» (expte. 412/97, Resolución de 21 de enero de 1999). El mismo análisis fue empleado por la Audiencia Nacional en la sentencia que resolvió el recurso contra esta resolución cuando afirmó que «*la actuación supone un aumento del coste del servicio de valor añadido para BT, mientras que respecto de AMMI, potencial cliente de BT, el servicio se le oferta a precios inferiores, colocando en desventaja a un competidor y afectando a la libre concurrencia del mercado, en cuanto se limita la entrada en él de nuevos competidores (...)*» (Sentencia citada *supra* nota 9, FD 5.º).



Una categoría singular de casos que deben entenderse legítimamente cubiertos por estas disposiciones son aquellos en los que se aplican condiciones discriminatorias para acceder a *essential facilities* o insumos esenciales. Así, en el asunto Corsica Ferries II<sup>17</sup>, el TJCE consideró que las tarifas aplicadas por las autoridades portuarias de Génova para los servicios de pilotaje, que preveían descuentos significativos para las embarcaciones que llevaban a cabo operaciones de cabotaje respecto al resto de embarcaciones, constituían una discriminación de precios abusiva. La misma situación ha sido abordada en numerosos asuntos relativos al acceso a instalaciones aeroportuarias. Así, por ejemplo, los casos relativos al Aeropuerto de Zaventem<sup>18</sup> o a los Aeropuertos portugueses<sup>19</sup>, en los que las autoridades nacionales que gestionaban los respectivos aeropuertos imponían tarifas discriminatorias que beneficiaban a unos operadores respecto a otros, o el caso Alpha Flight/Aéroports de Paris<sup>20</sup>, en el que las autoridades aplicaban tarifas distintas para obtener licencias para prestar servicios de *auto-handling*. No se puede olvidar, sin embargo, que en todos estos casos subyace una cierta discriminación por razón de la nacionalidad en la medida en que las autoridades o poderes públicos favorecen a empresas nacionales respecto a sus competidores de otros Estados miembros.

Un supuesto específico se produce cuando la empresa dominante que es titular o gestiona el insumo esencial está integrada verticalmente y opera también en el mercado en el que están activos sus clientes, a los que aplica condiciones discriminatorias que suponen una restricción a la competencia. No cabe duda de que, en estos casos, la empresa dominante integrada verticalmente tiene un fuerte incentivo en favorecer a su filial frente a los clientes que compiten con ella. Éste fue el caso que se planteó en el asunto Deutsche Bahn<sup>21</sup>, en el que el gestor del transporte por ferrocarril en Alemania aplicaba a su filial unas tarifas para el acceso a la infraestructura ferroviaria necesaria para poder prestar servicios de transporte de *containers* marítimos entre puertos alemanes que eran más favorables que las que imponía a sus competidores por un servicio análogo. Un caso similar se planteó en Deutsche Post<sup>22</sup>, en el que se sancionó un sistema por el cual el operador de correos germano aplicaba a

<sup>17</sup> As. C-266/96, Corsica Ferries, de 18 de junio de 1998, Rec. p. I-3949.

<sup>18</sup> Decisión de 28 de junio de 1995, *DO* L 216/8, en la que se aplicó el art. 86 en relación con el art. 82.

<sup>19</sup> Decisión de 10 de febrero de 1999, *DO* L 69/31. En la misma fecha y *DO*, la Decisión IImailulaitos/Luftfartsverket, relativa a los aeropuertos griegos.

<sup>20</sup> Decisión de 11 de junio de 1998, *DO* L 230/10.

<sup>21</sup> As. T-229/94, Deutsche Bahn c. Comisión, de 21 de octubre de 1997, Rec. p. II-1689, apartado 93.

<sup>22</sup> Decisión de 25 de julio de 2001, *DO* L 331/40.

los envíos provenientes del Reino Unido en los que figuraba una referencia a empresas residentes en Alemania unas tarifas significativamente superiores respecto a las que aplicaba a los envíos internacionales normales. Otro ejemplo más reciente lo constituye la decisión Clearstream<sup>23</sup>, en la que la Comisión sancionó a Clearstream AG por imponer a determinados clientes a los que prestaba servicios de liquidación y compensación de valores unas tasas superiores respecto a las que imponía a una empresa filial de su propia matriz por un servicio equivalente. En España, el TDC aplicó el mismo razonamiento en la citada resolución BT/Telefónica.

Creemos que, fuera de estas categorías de casos, cualquier otra práctica de precios en la que una empresa en posición de dominio dispense un trato desigual a situaciones análogas puede eventualmente suponer una práctica abusiva, pero no debiera ser combatida y reprimida al amparo de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC, sino echando mano de otras disposiciones. Esta cuestión será objeto de análisis en el siguiente apartado.

#### 4. EL ANÁLISIS DE LAS DISCRIMINACIONES DE PRECIOS CON EFECTOS DE EXCLUSIÓN

En general, los descuentos aplicados por una empresa dominante se consideran abusivos cuando tienen el efecto de excluir a sus competidores del mercado dificultándoles o impidiéndoles el acceso a los clientes. En un gran número de casos, los descuentos se traducen en una cierta discriminación entre clientes en función de que cumplan o no determinados requisitos (por ejemplo, que adquieran la totalidad o gran parte de sus necesidades a la empresa dominante, cumplan determinados objetivos de ventas, o adquieran dos productos vinculados, ...); de ahí que se haya recurrido a menudo a los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC para combatir estos efectos. Sin embargo, a diferencia de los casos que hemos examinado en el apartado anterior, la restricción a la competencia derivada de estas prácticas se produce en el mercado de la empresa dominante y no (o no necesariamente) en el de sus clientes, por lo que estas conductas no encajan del todo bien en el ámbito de aplicación de estas disposiciones.

Con este argumento se han prohibido descuentos con los que se “remunera” la lealtad de los clientes o se premia la consecución de determinados objetivos de crecimiento remunerados para conseguir dicha leal-

---

<sup>23</sup> Citada *supra* nota 11.

tad (Vitaminas<sup>24</sup> o BPB<sup>25</sup>) y descuentos selectivos a determinados clientes que pueden estar tentados de dejar de comprar a la empresa dominante (Irish Sugar)<sup>26</sup>. En todos ellos, la preocupación de la Comisión y los tribunales comunitarios se centraba en la exclusión del mercado de los competidores de la empresa dominante pero recurrieron de forma más o menos explícita al art. 82.c) TCE para reforzar su razonamiento. Algunos autores apuntan a que la referencia a esta disposición no es casual, sino que puede tener que ver con el hecho de que el estándar de prueba exigido para aplicarla es relativamente sencillo de alcanzar toda vez que la jurisprudencia considera que se produce una desventaja competitiva de la mera existencia de discriminación<sup>27</sup>.

Sea como fuere, como hemos venido insistiendo a lo largo de las páginas anteriores, creemos que los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC no están pensados para combatir los casos en los que los efectos de la práctica abusiva se producen en el mercado en el que opera la empresa dominante y frente a sus competidores, y no en el mercado en el que operan sus clientes. Sin embargo, ello no debiera ser un obstáculo para prohibir los abusos de exclusión, pues no debe olvidarse que las prácticas descritas en los arts. 82 TCE y 6.2 LDC constituyen una lista no exhaustiva de prácticas que se consideran abusivas. En palabras del TJCE, «*la lista es meramente ejemplificativa, no constituye una enumeración exhaustiva de los tipos de abuso de posición dominante prohibidos por el Tratado. Como se observa de las letras c) y d) del art. 8[2], la disposición no se dirige exclusivamente a prácticas que pueden dañar directamente a los consumidores, sino también a aquellas que les perjudican a través de su impacto en la estructura de una competencia efectiva, tal y como se menciona en el art. 3[g)] del Tratado*»<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Citado, *supra* nota 6. En este asunto, la compañía Hoffmann-La Roche cuestionó ante el TJCE la aplicación por la Comisión del art. 82.c) TCE sin demostrar que su conducta hubiera restringido la competencia en los distintos mercados en los que operaban sus principales clientes (fabricación de productos farmacéuticos, de alimentación humana y de alimentación animal). El TJCE rechazó su pretensión con el argumento de que la discriminación contribuía a debilitar todavía más una competencia ya de por sí endeble, lo que indica que se perseguía un abuso de exclusión (y no de explotación) toda vez que el “debilitamiento” se predicaba sólo del mercado en el que operaba Hoffmann-La Roche.

<sup>25</sup> As. T-65/89, BPB Industries c. Comisión, de 1 de abril de 1993, Rec. p. II-389. En su apartado 119, el TPI se refiere al elemento discriminatorio, si bien para insistir en el efecto de reforzar la posición dominante de British Gypsum, cuando señala que los descuentos tendentes a favorecer a los clientes que no adquirían placas de yeso españolas «*por su carácter discriminatorio, tenían el claro objetivo de penalizar a los comerciantes que pretendían importar placas de yeso y disuadirles de hacerlo, reforzando de este modo aún más la posición de BG en el mercado de las placas de yeso*».

<sup>26</sup> Decisión de 14 de mayo de 1997, *DO L 258/1*.

<sup>27</sup> *Vid.* GERARDIN y PETIT, *op. cit.* *supra* nota 2, p. 20.

<sup>28</sup> As. 6/72, Continental Can, de 21 de febrero de 1973, Rec. p. 215, apartado 26.

En definitiva, pues, una práctica de discriminación de precios aplicada por una empresa dominante que realmente tiene por sí misma efectos restrictivos de la competencia para sus competidores supone una “explotación abusiva” de su posición de dominio, por lo que debe prohibirse y sancionarse, no acudiendo a los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC, sino aplicando la prohibición general de prácticas abusivas.

## 5. LA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

Los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC no contemplan la posibilidad de que una discriminación de precios aplicada por una empresa dominante que sitúe a algunos de los clientes en situación desventajosa frente a otros (y que deba, por ello, ser prohibida) pueda no serlo por la concurrencia de alguna causa objetiva que la justifique<sup>29</sup>. Tampoco existe una disposición más general que actúe a modo de “exención” similar a la prevista en los arts. 81.3 TCE y 3 LDC<sup>30</sup>.

Sin embargo, ello no ha impedido a los tribunales comunitarios reconocer que las empresas dominantes están facultadas para llevar a cabo determinadas prácticas que son en principio abusivas si se demuestra que lo hacen para proteger sus intereses comerciales. Así, en el asunto Atlantic Container Line el TPI reconoció que *«una empresa dominante puede invocar motivos que puedan justificar las prácticas que adopta. No obstante, (...) el único objeto de dichas justificaciones no consiste en permitir que una empresa dominante demuestre que las prácticas en cuestión producen ciertas ventajas que justifican su autorización, sino solamente que demuestre que dichas prácticas pretenden proteger de manera razonable sus intereses comerciales frente a las acciones emprendidas por determinados terceros y, por tanto, que no constituyen, en realidad, prácticas abusivas»*<sup>31</sup>.

En el contexto de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC, el caso típico sería el de una empresa dominante que aplica a un cliente específico unas condiciones económicas más favorables que las habituales con el

---

<sup>29</sup> Los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC difieren en este punto del art. 16.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que regula la discriminación de precios en perjuicio del consumidor al disponer que *«el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada»*.

<sup>30</sup> Si exceptuamos, en España, el supuesto en el que el SDC o los correspondientes órganos autonómicos acuerdan no iniciar un procedimiento sancionador derivado de la presunta realización de una práctica abusiva por parte de una empresa en posición dominante que, por su escasa importancia económica, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia, según lo previsto en el art. 36.bis.1.a) LDC.

<sup>31</sup> As. acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Atlantic Container Line, de 30 de septiembre de 2003, no publicado.

fin de igualar la oferta de un competidor, y que tales condiciones favorables colocan al cliente beneficiado en una situación de ventaja competitiva respecto a otros. Al respecto, no parece haber criterios claros puesto que la Comisión Europea y el TJCE parecen haber admitido en alguna ocasión que la aplicación selectiva por una empresa dominante de precios discriminatorios destinados a igualar los ofrecidos por sus competidores puede ser un motivo válidamente invocado para justificar su conducta<sup>32</sup>, si bien en otros casos este argumento ha sido rechazado<sup>33</sup>.

Es asimismo frecuente que se permita a las empresas dominantes hacer descuentos que suponen una discriminación de precios en el supuesto de que la diferencia entre los niveles de precios esté justificada por un ahorro de costes por parte de la empresa dominante. Esta línea de razonamiento fue recogida por el TPI en la sentencia dictada en el asunto British Airways al señalar que:

*«Se considera, en general, que los programas de descuentos por volumen vinculados únicamente al volumen de compras efectuadas al productor dominante no tienen como efecto impedir, infringiendo el art. 82 CE, que los clientes se abastezcan acudiendo a otros competidores. En efecto, si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el suministrador, éste está facultado para hacer que su cliente disfrute de esta reducción mediante una tarifa más favorable. Por tanto, se supone que los descuentos por volumen reflejan la mayor eficiencia y las economías de escala conseguidas por la empresa dominante.*

*De lo anterior se deduce que un programa de descuentos cuyo porcentaje aumenta en función del volumen comprado no violará el art. 82 CE, a menos que de los criterios y las modalidades de concesión de dicho descuento pueda deducirse que el programa no se basa en una contrapartida económicamente justificada sino que tiende, a semejanza de un descuento por fidelidad y por objetivos, a impedir que los clientes se abastezcan acudiendo a productores competidores»<sup>34</sup>.*

En realidad, ambos tipos de casos no son exactamente equiparables, pues mientras que cuando la empresa dominante iguala una oferta de un competidor existe realmente una discriminación de precios que tiene efectos en el mercado (es decir, se cumplen los presupuestos de aplicación de la prohibición del art. 82), cabría pensar que en aquellos casos en que la empresa dominante obtiene un ahorro de costes las prestacio-

<sup>32</sup> Vid. Decisión de 10 de febrero de 1999, Aeropuertos portugueses (DO L 69/31), en cuyo apartado 27 la Comisión señaló expresamente que «debe existir una justificación objetiva para cualquier diferencia de trato entre sus diferentes clientes por parte de una empresa en posición dominante». As. C-62/86, AKZO, de 3 de julio de 1991, Rec. p. I-3359, apartados 108, 133 a 137 y 156.

<sup>33</sup> Vid. as. T-228/97, Irish Sugar, de 7 de octubre de 1999, Rec. p. II-2969, apartados 182 a 186; ass. C-395/96 P, Compagnie Maritime Belge, de 16 de marzo de 2000, Rec. I-1365, p. I-1365, apartados 119s.

<sup>34</sup> As. T-219/99, British Airways c. Comisión, de 17 de diciembre de 2003, Rec. p. II-5917, apartados 246s.

nes no son necesariamente equivalentes, por lo que no estaríamos frente a un auténtico supuesto de discriminación en el sentido de los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC.

En cualquier caso, es indiscutible que ambos tipos de supuestos tienen en común el hecho muy significativo de permitir a una empresa dominante aplicar distintos niveles de precios (esto es, discriminar) a sus clientes. Y ello nos plantea la siguiente cuestión: si permitimos que una empresa dominante aplique precios distintos (inferiores) a los clientes que han recibido una oferta de un competidor o que adquieren mayores cantidades, ¿qué impide permitirle también ofrecer precios distintos (superiores) a aquellos clientes que estarían dispuestos a pagarlos? Nuestra opinión es que nada debiera impedirlo sin con ello no se coloca a unos clientes en situación de desventaja competitiva frente a otros o se incurre en precios excesivos.

## 6. CONCLUSIÓN

El tratamiento jurídico de las prácticas de discriminación de precios por parte de las empresas dominantes debería ser objeto de revisión en el marco de una relectura más amplia de la política de competencia frente a los abusos de posición de dominio para darle un enfoque más económico. En este contexto, deberían perseguirse únicamente las situaciones de discriminación que realmente supongan una afectación sensible de la competencia y, por ello, sería conveniente situar el centro de gravedad del análisis en los efectos de las prácticas más que en la propia definición de mercado en el que actúan las empresas dominantes. Asimismo, deberían distinguirse claramente los supuestos en los que la discriminación supone un perjuicio para los clientes de las empresas dominantes, cuyo tratamiento sería llevado a cabo con arreglo a los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC, de los supuestos en los que los perjudicados por el abuso son los competidores de la empresa dominante, en cuyo caso bastaría la prohibición general de prácticas abusivas. Paralelamente, sería deseable que la Comisión Europea aprobara una comunicación con unas directrices que indicaran de forma clara los descuentos que tienen efectos pro-competitivos o neutros y los que restringen la competencia, pues el sistema sería ineficiente si, como apuntan los economistas, se prohíben sistemas de descuentos que no restringen la competencia.