

La discriminación de precios y la defensa de la competencia

por Germán Coloma (Universidad del CEMA)

Resumen

Este trabajo sintetiza la teoría económica de la discriminación de precios y su aplicación en la legislación y la jurisprudencia antitrust comparadas. La idea central del mismo es que ambos enfoques suelen apuntar en direcciones diferentes, ya que mientras la literatura económica se interesa en su mayoría por analizar a la discriminación de precios como una manifestación del ejercicio del poder de mercado de las empresas, el derecho antitrust la ha evaluado en general como una práctica destinada a excluir competidores. Dos notables excepciones a esto último son “Comisión Europea c/ United Brands” y el caso argentino “CNDC c/ YPF”, los cuales han despertado en su momento importantes controversias. Ambos comparten la característica común de que, en el contexto en el cual tenían lugar las prácticas objetadas, la discriminación de precios aparecía como una señal del ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa con posición dominante, más que como una práctica anticompetitiva en sí misma.

Clasificación del JEL: K21, L49.

La discriminación de precios es una práctica comercial que implica vender unidades similares de un bien o servicio a diferentes precios. Dicha práctica puede tener lugar entre unidades adquiridas por el mismo comprador o bien entre unidades adquiridas por compradores distintos. Sin embargo, para que la diferencia de precios pueda incluirse dentro de la categoría de “discriminación”, la misma debe obedecer a causas que no estén relacionadas con costos diferenciales en la provisión del bien o servicio en cuestión.

El objetivo del presente documento es analizar el fenómeno de la discriminación de precios desde el punto de vista de su relación con los actos y conductas sancionables por el derecho de defensa de la competencia. Desde dicha perspectiva, la discriminación de precios es susceptible de jugar varios papeles. Por un lado, puede representar en sí misma una práctica abusiva destinada a explotar una posición de dominio en un mercado. Por otro, puede constituir una conducta dirigida a restringir la competencia en un segmento del mercado aprovechando una posición de dominio que se posee en otro segmento del mismo. Por último, puede constituir una práctica que no sea anticompetitiva en sí, pero que actúe como señal de que la empresa que la está llevando a cabo tiene una posición dominante en un mercado o en un segmento de éste.

A efectos de estudiar los distintos aspectos relacionados con la discriminación de precios y su papel en la economía y el derecho de la defensa de la competencia, dividiremos nuestro análisis en cuatro secciones. En la sección 1 estudiaremos el fenómeno de discriminación de precios desde el punto de vista de la teoría económica, distinguiendo los diferentes tipos de discriminación y analizando sus efectos sobre el interés económico general. La sección 2, en cambio, estará dedicada a los aspectos jurídicos del fenómeno y al modo en el que el mismo ha sido tratado por la legislación y la jurisprudencia internacional comparadas. En la sección 3, por su parte, analizaremos dos casos argentinos recientes de aplicación de la ley de defensa de la competencia a la discriminación de precios. Por último, la sección 4 contendrá las conclusiones de todo el trabajo.

1. Análisis económico

El enfoque que efectúa la teoría económica para estudiar el fenómeno de la discriminación de precios consiste en esencia en tres elementos. Por un lado, se analizan cuáles son las condiciones bajo las cuales una empresa puede discriminar precios entre sus clientes y entre las distintas unidades vendidas a los mismos. Por otro, se estudian los distintos tipos de discriminación posibles y los instrumentos que las empresas pueden utilizar para llevarlos a cabo. Por último, la teoría económica sirve también para evaluar el efecto de la discriminación de precios sobre los beneficios de las empresas y sobre los excedentes de los compradores del producto, permitiendo de este modo analizar su impacto sobre el interés económico general.

1.1. Condiciones necesarias para la discriminación

Para que una empresa que comercializa un bien o servicio tenga la posibilidad de discriminar entre los precios que cobra por las distintas unidades que vende, es necesario que se cumplan al menos tres condiciones básicas: segmentabilidad del mercado,

capacidad de impedir o dificultar la reventa, y existencia de poder de mercado¹.

La segmentabilidad del mercado implica que la empresa que desea discriminar precios tiene la posibilidad de distinguir entre las demandas de diferentes grupos de clientes. Dicha división puede obedecer a diferentes características de los compradores (estudiantes, jubilados, etc), a distintos usos que los mismos le dan al bien que adquieren (residencial, industrial, etc) o a diferente localización geográfica (clientes domésticos y del exterior, rurales y urbanos, etc). La posibilidad de distinguir puede basarse en hechos externos que permitan una separación directa de los sub-mercados (localización del punto de venta del producto, posesión de un determinado carné de estudiante o jubilado, etc) o bien puede tener lugar a través de la manera en la que el comprador elige adquirir el bien o servicio (en un local comercial o en su domicilio, en envases grandes o pequeños, etc).

La segunda condición necesaria para la discriminación de precios es la dificultad o imposibilidad de que los distintos grupos en los cuales el mercado ha sido segmentado comercien el bien entre ellos. De nada le sirve a una empresa cargar un precio más bajo a un grupo de compradores y uno más alto a otro si los miembros del primero de tales grupos pueden revender sin costo sus unidades a los miembros del segundo, y arbitrar de ese modo entre los precios impuestos por el vendedor original. De la misma manera, resulta también estéril vender cantidades mayores a precios unitarios menores si quien adquiere dicho producto puede a su vez fraccionarlo y revenderlo sin costo.

El último requisito esencial para que la discriminación de precios sea posible (o cuando menos, para que tenga algún sentido económico) es que la empresa que la lleva a cabo tenga poder de mercado en algún segmento, entendiendo por tal la capacidad de influir sobre los precios del bien o servicio que vende. En efecto, si no existe poder de mercado (es decir, si la empresa es tomadora de precios), la capacidad de fijar precios es por definición nula, y por lo tanto todas las diferencias que se encuentren entre los precios que pagan los distintos compradores obedecerán a factores ajenos a la empresa vendedora. La posesión de poder de mercado, sin embargo, no implica necesariamente que la empresa no enfrente competencia de ningún tipo, sino tan sólo que tenga influencia sobre los precios. Es así que la discriminación de precios es un fenómeno posible en mercados competitivos con productos diferenciados, así como en mercados en los cuales existe una competencia basada en la localización de las empresas².

1.2. Discriminación de tercer grado

La clasificación económica tradicional de las prácticas de discriminación de precios distingue tres grados diferentes. La discriminación de primer grado (o discriminación perfecta) implica que el vendedor de un bien o servicio puede vender cada unidad a cada comprador a un precio distinto. La discriminación de segundo grado (o discriminación voluntaria) implica que el vendedor puede discriminar entre las unidades que le vende al mismo comprador pero no puede discriminar directamente entre compradores.

¹ Esta tipificación ha sido tomada de Carlton y Perloff (1994), capítulo 11.

² La discriminación de precios en mercados en los cuales la competencia tiene lugar entre empresas localizadas en diferentes puntos del espacio suele explicarse a través de modelos de “fijación de precios desde un punto base” (*basing point pricing*), en los cuales los precios se definen en un punto del espacio y luego se ajustan sumando “fletes fantasma” que reflejan los costos de transporte desde ese punto, aunque dicho transporte no se realice efectivamente. Sobre este tema, puede consultarse Scherer y Ross (1990), capítulo 13.

Por último, la discriminación de tercer grado (o discriminación simple) es aquella en la cual el vendedor puede discriminar entre compradores o grupos de compradores pero no entre las unidades vendidas a cada comprador³.

La discriminación simple es la que se produce generalmente cuando el vendedor puede segmentar el mercado en distintas categorías pero no puede implementar mecanismos que impliquen descuentos por cantidad o cobro de cargos fijos, y debe por ende limitarse a utilizar un único precio para cada segmento en que divida el mercado. Esta discriminación es usual en el caso de bienes que se venden en sub-mercados geográficamente separados y que pueden ser fácilmente revendidos dentro del mismo sub-mercado pero difícilmente trasladados de un sub-mercado a otro. En estos casos, lo que la empresa vendedora intenta aprovechar al discriminar precios es la diferente sensibilidad de la demanda en cada segmento, cobrando valores superiores en los sub-mercados menos sensibles a los cambios de precios y valores inferiores en los sub-mercados más sensibles.

La explicación más habitual de cómo una empresa decide una política de discriminación de tercer grado surge de suponer que su objetivo consiste en maximizar una función de beneficios, eligiendo los precios que va a cobrar (p_1, p_2) y teniendo en cuenta su costos totales (CT) y las demandas de cada sub-mercado (Q_1, Q_2). Si los costos totales son función de la cantidad total producida por la empresa (Q_1+Q_2) y cada demanda es función del precio que rige en cada sub-mercado, para que el beneficio resulte máximo será necesario que el costo marginal de proveer una unidad adicional (Cmg) se iguale con el ingreso marginal de vender dicha unidad en cada uno de los sub-mercados. Si todas las funciones involucradas son continuas y diferenciables respecto de p_1, p_2, Q_1 y Q_2 (según corresponda), esta condición puede expresarse matemáticamente del siguiente modo:

$$p_1 + \frac{Q_1}{(\partial Q_1 / \partial p_1)} = \frac{\partial CT}{\partial Q} = p_2 + \frac{Q_2}{(\partial Q_2 / \partial p_2)} \quad ;$$

e implica asimismo que el apartamiento proporcional entre precio y costo marginal en cada sub-mercado (t_1, t_2) debe igualarse con el valor absoluto de la inversa de la elasticidad-precio de dicho sub-mercado (η_1, η_2), o sea que:

$$t_1 = \frac{p_1 - Cmg}{p_1} = \frac{-Q_1}{(\partial Q_1 / \partial p_1) \cdot p_1} = \frac{1}{|\eta_1|} \quad ; \quad t_2 = \frac{p_2 - Cmg}{p_2} = \frac{-Q_2}{(\partial Q_2 / \partial p_2) \cdot p_2} = \frac{1}{|\eta_2|} \quad .$$

La “regla de la inversa de la elasticidad” que la teoría económica presume que siguen las empresas maximizadoras de beneficios cuando pueden practicar una discriminación de precios de tercer grado no es otra cosa que una explicación estilizada de la idea de que los precios son más altos cuanto más insensible es la demanda a las variaciones en ellos. Como la sensibilidad de la demanda de una empresa está directamente relacionada con las posibilidades que tienen los compradores de sustituir el bien que dicha empresa les provee por otros bienes provistos por otras empresas, esta regla sirve también como explicación del fenómeno de discriminación entre sub-mercados en los cuales un vendedor enfrenta poca competencia (y cobra precios más altos) y sub-mercados en los que enfrenta mayor competencia (y cobra precios más bajos).

³ Los orígenes de esta clasificación provienen de la obra de Pigou (1920), pgs 240-256.

ción de participación”⁴. Formalmente expresada, esta restricción de participación adopta la siguiente forma:

$$EC_h = V_h(q_h) - T_h \geq 0 \quad (\text{para todo } h) \quad ;$$

donde EC_h es el excedente del comprador h , q_h es la cantidad adquirida por dicho comprador, V_h es el valor que el mismo le asigna a dicha cantidad y T_h es el monto total que el comprador paga por su adquisición.

La existencia de restricciones de participación en el problema de fijación de precios de la empresa perfectamente discriminadora implica que, al elegir la cantidad y el monto a cobrar que va a ofrecérsele a cada comprador, el vendedor no puede aspirar a obtener una suma superior al valor que dicha cantidad tiene para quien la adquiere. Si el vendedor tiene adicionalmente como objetivo maximizar sus beneficios, la inclusión de esta restricción lo llevará además a igualar el valor marginal que cada comprador le asigna a la última unidad que adquiere (Vm_{g_h}) con el costo marginal que tiene para la empresa producir dicha unidad. Esta regla, que matemáticamente se expresa del siguiente modo:

$$Vm_{g_h} = \frac{\partial V_h}{\partial q_h} = \frac{\partial CT}{\partial Q} = Cmg \quad (\text{para todo } h) \quad ;$$

puede también interpretarse como una situación en la cual cada comprador adquiere una cantidad distinta y paga un monto total diferente, pero todos abonan el mismo “precio marginal”, que es a su vez igual al costo marginal de proveer del bien.

De las prácticas comerciales que se observan en el mundo real, la que probablemente se acerca más a la discriminación de precios de primer grado es la que tiene lugar en los mercados de bienes o servicios por los cuales los compradores pagan un monto fijo en concepto de abono, cuota social, cargo de conexión, etc, y un cargo variable por cada unidad que compran. Este mecanismo, conocido como “tarifa en dos partes”, implica que los compradores pagan un precio promedio que decrece con la cantidad comprada, y es probablemente la forma más sencilla de cobrar precios diferentes a las distintas unidades que adquiere el mismo comprador. Si el monto fijo que se abona difiere según quién sea el comprador (o según la categoría a la que el mismo pertenezca), este sistema permite también discriminar entre las unidades adquiridas por distintas personas, y apropiarse de este modo del excedente que cada uno de ellos genera con su compra. Si, adicionalmente, todos pagan el mismo cargo variable y éste resulta ser igual al costo marginal de provisión del bien, el mecanismo completa el requerimiento para maximizar los beneficios del vendedor, que es lograr que dicho costo marginal se iguale con el precio marginal que paga cada comprador y que es a su vez igual al valor marginal de la última unidad que cada uno adquiere.

En algunas circunstancias, la discriminación directa entre compradores resulta imposible por razones originadas en la dificultad de identificar a quién compra o en disposiciones legales que prohíben la utilización de precios personalizados. En tales casos, las empresas pueden recurrir a una discriminación de segundo grado, en la cual le ofrecen a todos los compradores un mismo esquema de precios no uniformes y son ellos los que eligen qué precio pagar y qué cantidad adquirir, segmentándose voluntariamente en

⁴ Esta terminología es común en el campo de la economía de la información. Para una aplicación de la misma al tema de la discriminación de precios, puede consultarse Tirole (1988), capítulo 3.

categorías según el volumen que demanden.

Si un vendedor quiere usar un esquema de segmentación voluntaria como un modo de apropiarse de los excedentes de los distintos grupos de compradores a los cuales abastece, deberá primero hacerse una idea de las características de la demanda de cada grupo y luego tendrá que desarrollar una estructura de precios que cumpla con los siguientes atributos:

- a) cada comprador termina comprando una cierta cantidad (q_h) y pagando un cierto monto (T_h) por dicha cantidad;
- b) cada comprador le asigna a su q_h un valor (V_h) no inferior a T_h (restricción de participación);
- c) todos los compradores prefieren pagar el monto T_h que les corresponde y obtener q_h a pagar cualquier otro monto (T_j) correspondiente a otra cantidad (q_j) prevista para otro tipo de comprador (restricción de compatibilidad de incentivos).

Si la estructura de la demanda del bien o servicio al cual se le quiere aplicar este esquema de precios se caracteriza por tener bien delimitados a los compradores según sus preferencias (es decir, tiene la propiedad de que cualquier comprador que valora más que otro una cierta cantidad del bien, también valora más que éste cualquier otra cantidad del mismo bien), entonces la discriminación de precios de segundo grado que intentará aplicar un vendedor que maximiza sus beneficios terminará traducándose en un esquema de descuentos por cantidad que tendrá las características siguientes:

- a) los compradores de demanda más alta pagarán montos totales mayores pero precios unitarios menores que los compradores de demanda más baja;
- b) el vendedor se apropiará totalmente del excedente de los compradores de demanda más baja, pero sólo parcialmente de los de los compradores de demandas más altas;
- c) los descuentos por cantidad tendrán como objetivo inducir a los compradores de demandas más altas para que no adquieran cantidades menores, no siendo necesario persuadir a los compradores de demandas más bajas de que no adquieran cantidades mayores⁵.

El modo más habitual de implementar un sistema de discriminación de precios de segundo grado es probablemente el empleo de precios promedio decrecientes por bloques, definidos estos últimos según el volumen adquirido. Una manera alternativa que a veces se observa es el uso de cargos fijos y variables optativos, a través de los cuales el comprador puede elegir entre pagar un derecho de uso más alto y un precio unitario más bajo o un derecho más bajo y un precio más alto. Utilizado como un mecanismo de segmentación voluntaria, dicho esquema sirve para separar un grupo de demanda más alta (que elige la primera opción) de otro de demanda más baja (que opta por la segunda).

1.4. Efectos sobre el interés económico general

La incidencia de la discriminación de precios sobre el interés económico general es un tema cuya evaluación es en ciertos casos ambigua y, en general, bastante controvertida. Una de las causas por las cuales se critica frecuentemente a la discriminación de

⁵ Estas conclusiones surgen esencialmente de aplicar conceptos originados en la economía de la información al problema de una empresa maximizadora de beneficios bajo condiciones de información asimétrica. Su primera exposición sistemática referida al problema de la discriminación de precios de segundo grado es probablemente la que aparece en Maskin y Riley (1984).

precios tiene que ver con el hecho de que da una señal de la existencia de poder de mercado. Como vimos anteriormente, esto se origina en que el poder de mercado es una de las condiciones necesarias para poder discriminar precios, si bien también es cierto que la discriminación no es incompatible con la existencia de diversas formas de competencia, y puede considerarse como relativamente frecuente en contextos en los que existe diferenciación de productos o competencia espacial.

Una pregunta difícil de responder para la teoría económica es si, dado un determinado grado de poder de mercado poseído por una empresa, permitirle practicar discriminación de precios resulta beneficioso o perjudicial para el interés económico general. La dificultad surge porque la discriminación es siempre mejor para el vendedor (que obtiene beneficios más altos si discrimina que si no discrimina) y suele también beneficiar a ciertos grupos de compradores (los que pagan precios más bajos), en tanto que es siempre peor para otros grupos de compradores que pagan precios más altos que los que abonarían de no existir discriminación. Si medimos el interés económico general a través del excedente total de los agentes económicos involucrados⁶, la discriminación tiene también efectos contrapuestos: por un lado, permite abastecer a grupos de compradores que no estarían dispuestos a adquirir el producto si el vendedor suministrara todas las unidades al mismo precio promedio; por otro, hace que en general los compradores paguen precios marginales diferentes y que por lo tanto no todas las unidades vayan a los compradores que las valoran relativamente más.

Una variable fuertemente relacionada con el excedente total de los agentes económicos es el volumen total comercializado en el mercado, siendo la regla general que (en tanto el valor marginal de las unidades intercambiadas exceda su costo marginal) cuanto mayor es el volumen total, mayor es el excedente. En ese sentido, una prueba indicativa del efecto de la discriminación de precios sobre el interés económico general es analizar su impacto sobre la cantidad total comercializada, comparando el valor de equilibrio de dicha cantidad en situaciones con y sin discriminación⁷. Tal criterio sirve para mostrar que la discriminación de primer grado tiene un efecto positivo sobre el excedente total, ya que hace que cada comprador demande el bien o servicio hasta el punto en el que su valuación marginal se iguale con el costo marginal del mismo y garantiza también la igualdad entre dichas valuaciones marginales. Otro argumento que muestra la eficiencia de este tipo de discriminación tiene que ver con la capacidad potencial que le otorga al vendedor de apropiarse de todo el excedente generado en el mercado. Es precisamente dicha capacidad la que hace que quien intente maximizar sus propios beneficios tenga que necesariamente maximizar el excedente total, y elija por lo tanto la cantidad óptima a proveer.

Los argumentos destinados a probar la eficiencia de la discriminación de precios de primer grado, sin embargo, muestran en su forma más cruda el mayor inconveniente

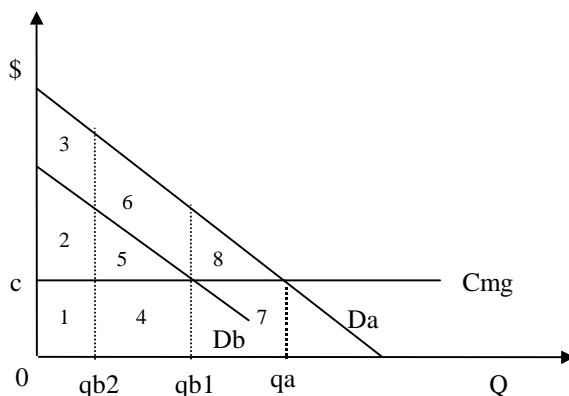
⁶ Esta identificación entre el concepto de “interés económico general” y el de “excedente total de los agentes económicos” es habitual en la literatura sobre economía industrial y defensa de la competencia. Para una explicación del tema en el contexto de la legislación vigente en nuestro país, véase Coloma (1997).

⁷ La relación entre volumen total y excedente total tiene una aplicación particularmente clara en el contexto de la comparación entre una situación de discriminación de precios de tercer grado y otra situación sin ninguna discriminación. En tal caso, es condición necesaria para que el excedente sea mayor en la situación de discriminación que el volumen total sea también mayor. Al respecto, véase Varian (1985) o Tirole (1988), capítulo 3. Para un análisis más simplificado planteado en un contexto de evaluación de la política de defensa de la competencia, puede consultarse Paredes (1991), capítulo 5.

de utilizar el excedente total de los agentes económicos como medida única del interés económico general. En efecto, en este caso el excedente total se vuelve máximo, pero a costa de una distribución del ingreso que le asigna todos los beneficios al vendedor y nada a los compradores. Si la discriminación de primer grado tiene lugar en un contexto monopólico, esta distribución representa prácticamente la antítesis de la que surge en una situación de competencia perfecta sin barreras a la entrada, en la cual en el largo plazo el excedente total tiende a repartirse exclusivamente entre los compradores.

Otra comparación que admite una respuesta unívoca desde el punto de vista de la eficiencia es la que tiene lugar entre la discriminación de primer grado (que siempre genera un excedente total mayor) y la de segundo grado (que siempre genera un excedente total menor). Una vez más, la bondad de uno y otro esquema en términos de distribución del ingreso es materia opinable: si al vendedor se le permite practicar una discriminación perfecta, se quedará con todo el excedente generado; si, en cambio, sólo se le consiente que ofrezca un esquema de segmentación voluntaria, parte de este excedente quedará en poder de los compradores, aunque su distribución estará fuertemente sesgada en beneficio de quienes exhiban demandas más altas.

Gráfico 2: Discriminaciones de primero y segundo grados



Lo expuesto anteriormente puede visualizarse en el gráfico 2, en el cual hemos representado la situación de dos compradores, uno con una demanda más baja (Db) y otro con una demanda más alta (Da). Suponiendo que el costo marginal del vendedor (Cmg) es constante e igual a “c”, su beneficio se maximizaría si pudiera venderle al comprador “a” una cantidad “qa” y al comprador “b” una cantidad “qb1”, y cobrar por dichos volúmenes sumas “Tb1” y “Ta1” iguales a las de las áreas “1+2+4+5” y “1+2+3+4+5+6+7+8”, respectivamente. Esto sería factible si el vendedor pudiera practicar una discriminación de primer grado y le cobrara, por ejemplo, un cargo fijo igual a “2+5” al comprador de demanda baja, uno igual a “2+3+5+6+8” al de demanda alta, y un precio marginal igual a “c” a ambos compradores. En tal caso, el vendedor se apropiaría de todo el excedente generado y ambos compradores tendrían un excedente nulo.

Si, en cambio, el vendedor sólo puede practicar una discriminación de segundo grado, el esquema anterior se volverá impracticable, ya que los compradores de demanda alta preferirán comprar “qb1” y pagar “Tb1” en vez de comprar “qa” y pagar “Ta1”. El vendedor, entonces, ofrecerá un esquema en el cual los compradores optarán por una cantidad “qb2” (menor que “qb1”) por la que pagarán “Tb2 = 1+2”, o por “qa” por la

que pagarán “ $Ta_2 = 1+2+4+5+6+7+8$ ”. Ante dicha opción, cada grupo de demandantes elegirá voluntariamente la alternativa prevista para él por el vendedor, con lo cual el comprador de demanda más baja quedará con un excedente nulo, el de demanda más alta recibirá un excedente igual al área “3”, y se producirá una pérdida social neta igual al área “5”. Nótese que en este caso el precio marginal que pagan los compradores es distinto, ya que el de demanda alta sigue abonando “c” pero el de demanda baja paga un precio marginal más alto equivalente a “ $Db(qb_2)$ ”.

Una afirmación que sí otorga pautas claras desde el punto de vista de una política de defensa de la competencia es que, salvo que existan economías de escala muy fuertes, la existencia de competencia efectiva entre varios proveedores de un bien o servicio tiende siempre a atenuar los efectos contraproducentes de la discriminación de precios, tanto desde el punto de vista de la eficiencia como de la distribución del ingreso. El modo en que dicho mecanismo opera tiene que ver con la relación entre las demandas que enfrentan las empresas y las demandas de los compradores. Si existe un único vendedor, ambas demandas son por definición iguales; si existen varios, cada comprador tiene la capacidad de sustituir lo que provee un vendedor por lo que provee otro. Esta capacidad de elegir implica que la restricción de participación que enfrentan los vendedores no depende ya de la comparación que cada comprador hace entre comprar un producto y no hacerlo, sino más bien de la alternativa de comprar ese producto respecto de adquirir otro producto similar o igual. Esto hace que, a nivel de cada proveedor, las demandas se vuelvan mucho más elásticas ante cambios en los precios, y que por lo tanto la conveniencia de cobrar precios superiores a los costos marginales se reduzca. Tiende también a incrementar el excedente que va a manos de los compradores y a reducir el que le queda a los vendedores, en especial si la competencia se desarrolla en un contexto de libre entrada y salida de empresas. La discriminación de precios que pueda subsistir en un contexto competitivo, por lo tanto, suele limitarse a situaciones en las cuales existe diferenciación de productos, y puede interpretarse como un modo de generar una retribución adicional que estimule la provisión de una mayor variedad de bienes o servicios diferentes pero sustituibles entre sí.

2. Aspectos jurídicos y legislación comparada

Si bien la discriminación de precios es un concepto de naturaleza eminentemente económica, el mismo también ha sido objeto de análisis por parte del derecho de defensa de la competencia, desde una perspectiva que en algunos aspectos se aleja de la caracterización a la que nos hemos referido en los apartados anteriores. Por ello, en el presente capítulo pasaremos revista a las interpretaciones más importantes que el fenómeno de la discriminación de precios ha merecido en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, e intentaremos relacionarlas con las ideas económicas implícitas en dichas interpretaciones.

2.1. Conceptos básicos

La mayoría de las legislaciones de defensa de la competencia del mundo suelen distinguir entre dos tipos de conductas anticompetitivas, que podrían denominarse prácticas abusivas y prácticas exclusorias. Las primeras son aquellas que implican ejercer un poder de mercado de manera que quede afectado el interés general, y suele asociárselas con la idea de “abuso de posición dominante”, es decir, con el ejercicio de dicho poder

por parte de una entidad o grupo monopólico, monopsónico o que se encuentra en una posición de liderazgo. Las prácticas exclusorias, en cambio, son las que tienen por objeto imponer barreras a la entrada de nuevos competidores o expulsar del mercado a competidores existentes, y están relacionadas con la idea de una “restricción o limitación de la competencia”.

En el análisis económico efectuado en el capítulo anterior, la discriminación de precios fue tratada como una conducta que en ciertos casos entraba dentro de la categoría de abusiva. Buena parte del análisis jurídico de la discriminación de precios, sin embargo, se ha centrado en casos en los cuales esta conducta ha sido denunciada como un instrumento para excluir competidores. Para que la discriminación de precios pueda considerarse exclusoria, la misma debe formar parte de una estrategia de depredación de un mercado por parte de una empresa que actúa simultáneamente en otros mercados. En tal caso, el origen de la diferencia de precios entre un grupo de compradores y otro no es la posibilidad de aprovechar una diferencia en la elasticidad de las demandas de los dos grupos de compradores, sino más bien un intento de desplazar competidores en uno de los mercados en los que la empresa participa.

La discriminación de precios con el propósito de excluir competidores configura lo que parte de la doctrina jurídica denomina daño primario (*primary line injury*)⁸. Este daño es el que invocan los competidores que se sienten desplazados de un mercado por la estrategia de precios de una empresa que penetra en dicho mercado cobrando precios más bajos que los que carga en los otros mercados que abastece. En tal circunstancia, por lo tanto, lo que se supone que sucede es que, lejos de estar aprovechando una menor sensibilidad de los mercados en los que cobra precios más altos, el discriminador está tratando de eliminar la competencia en el mercado en el que cobra precios más bajos. Como todo caso en el cual se invocan precios predatorios, este tipo de discriminación sólo parece ser razonable si se cumplen una serie de requisitos relacionados con las posibilidades del predador de eliminar efectivamente a sus competidores y de mantener y explotar la posición de dominio que eventualmente alcance.

Otro caso en el que aparece un daño primario a la competencia es el que tiene lugar cuando un vendedor establece un esquema de discriminación de precios de segundo grado por el cual incentiva a sus compradores a adquirirle de modo exclusivo o preferente a él en vez de comprarle también a sus competidores. Este tipo de exclusión del mercado se invoca en circunstancias en las que las operaciones contemplan ciertos descuentos por cantidad o “reintegros por lealtad” (es decir, reembolsos o reducciones de precios asociados con niveles crecientes de participación del vendedor en las adquisiciones del comprador). Si la que diseña una estructura de precios como ésta es una empresa a la cual los compradores no pueden dejar de adquirirle sin sufrir un perjuicio económico considerable, este tipo de prácticas discriminatorias puede tener un efecto sustancial de restricción de las ventas de los competidores de la empresa discriminadora.

Cuando la discriminación de precios afecta a los compradores de un bien, se configura en cambio un daño secundario (*secondary line injury*). Este sería el caso más analizado por la literatura económica, en el cual quien resulta afectado es el grupo de compradores que termina pagando precios más altos. Dentro de esta categoría, sin embargo, la doctrina jurídica suele distinguir un caso particular en el cual, además de un

⁸ Esta denominación es común entre los autores estadounidenses. Véase, por ejemplo, Gellhorn y Kovacic (1994), capítulo 11.

eventual abuso de posición dominante por parte del vendedor, aparece una lesión a la competencia entre los compradores. Esto se da cuando quienes compran el bien lo revenden o lo utilizan como insumo dentro de un proceso productivo, y se encuentran además en competencia entre sí. En dicha circunstancia, los compradores que pagan precios más elevados pueden verse excluidos del mercado en el que actúan, en virtud de una práctica concertada entre el vendedor y los compradores que pagan precios más bajos. Dicha práctica puede tener por objeto restringir la competencia entre los compradores o extender una posición de dominio desde un mercado de insumos a uno de productos.

Una última clasificación que aparece en la literatura jurídica es la que distingue entre una discriminación de precios sistemática de otra no sistemática⁹. La primera de ellas se refiere a situaciones en las cuales la discriminación obedece a la intención de un vendedor de ejercer más beneficiosamente su poder de mercado o de excluir competidores propios o ajenos. La discriminación no sistemática, en cambio, se refiere a casos donde las diferencias de precios tienen explicaciones competitivas, originadas en desequilibrios temporarios entre oferta y demanda o en situaciones de progresivo deterioro de una concertación de precios.

2.2. La ley Robinson-Patman y la jurisprudencia estadounidense

Estados Unidos de América del Norte es el país en el cual el derecho de defensa de la competencia ha alcanzado un desarrollo mayor. Es también uno de los pocos en los que la discriminación de precios ha sido objeto de una norma específica, la cual establece pautas especiales de evaluación de esta práctica que en ciertos casos difieren de las que se utilizan para analizar las otras infracciones a la competencia. Dicha norma es la ley Robinson-Patman, sancionada en el año 1936 como una modificación de la sección 2 de la ley Clayton, que es a su vez una de las normas básicas de la legislación antitrust norteamericana.

La ley Robinson-Patman tiene algunas particularidades en lo que respecta a su ámbito de aplicación. Por empezar, sólo prohíbe la discriminación de precios en mercados de bienes tangibles, cuando dicha discriminación involucra productos de similar grado y calidad. Además, la discriminación que esta ley reprime es aquella que limita sustancialmente la competencia o tiende a crear un monopolio, y no aquella que representa de por sí un abuso o da una señal sobre la existencia de una posición dominante.

Tal como ha quedado redactada después de su modificación por la ley Robinson-Patman, la sección 2 de la ley Clayton consta de seis incisos: el inciso a) enuncia la definición general de la conducta prohibida y las posibles defensas que el vendedor puede invocar para justificar sus prácticas comerciales; el inciso b) establece que, una vez probada la existencia de diferencias de precios, es el vendedor quien debe justificar dichas diferencias; el inciso c) prohíbe el pago de comisiones por ventas a un comprador o a un agente o representante de un comprador, salvo que las mismas retribuyan servicios efectivamente prestados; el inciso d) establece que, aun cuando dichas comisiones retribuyan servicios reales, las mismas deben estar disponibles también para quienes compitan con el comprador beneficiado; el inciso e) extiende la prohibición del inciso d) a otras compensaciones indirectas ofrecidas de manera discriminatoria a un comprador en perjuicio de otros; y el inciso f) prohíbe que un comprador induzca o acepte las discrimi-

⁹ Véase, por ejemplo, Korah (1997), capítulo 3.

minaciones sancionadas en los otros incisos.

Una de las características de la ley Robinson-Patman es que algunas de las conductas que sanciona son consideradas anticompetitivas en sí mismas (*per se*), y ése es el caso de las comisiones y otras compensaciones indirectas prohibidas por los incisos c), d) y e)¹⁰. Asimismo, el poner la carga de la prueba sobre el vendedor una vez comprobada una diferencia de precios ha vuelto a la ley particularmente dura en ciertas circunstancias en las cuales el interés general no se haya necesariamente afectado. Esto es así porque la ley sólo admite explícitamente tres defensas: el cambio en las condiciones de mercado (que justifica las diferencias de precios entre distintos momentos del tiempo), las diferencias en el costo de provisión de las distintas unidades, y las reducciones de precios destinadas a igualar los precios cobrados por los competidores.

La ley Robinson-Patman ha sido aplicada en casos referidos a discriminaciones de distintos grados, en las que el daño era tanto primario como secundario. El caso más citado (y también el más criticado) de una condena por daño primario ha sido probablemente el de “Utah Pie c/ Continental Baking y otros” (1967), en el cual un productor local de postres helados del estado de Utah (Utah Pie) denunció a tres productores nacionales (Continental Baking, Pet Milk y Carnation Company) que ingresaron a competir en dicho estado a precios más bajos que los que cobraban en otros puntos del país. A pesar de que en ese caso quien tenía una participación mayor en el mercado de postres helados de Utah era el denunciante y a que su volumen absoluto de ventas no disminuyó luego del ingreso de las nuevas empresas, el hecho de que la participación de Utah Pie en el mercado se redujera y de que se comprobara la existencia de una diferencia de precios por parte de las empresas denunciadas no justificable en términos de costos hizo que la Corte Suprema de los Estados Unidos sancionara a estas últimas empresas por infringir la ley Robinson-Patman. Poco importó en esa circunstancia que el mercado bajo análisis hubiera pasado a ser más competitivo después de la entrada de Continental, Pet Milk y Carnation, ni que los consumidores de postres helados se hubieran beneficiado con una reducción apreciable de los precios (que impulsó un incremento en el volumen comercializado en el mercado): ante la evidencia de una diferencia de precios que dañaba a un competidor y que no podía justificarse en términos de costos o de igualación de precios de otro competidor, las empresas denunciadas fueron sancionadas.

Cabe destacar que, si bien la ley en sí no ha sufrido ninguna modificación, en los últimos años los casos de daño primario han empezado a ser tratados por los tribunales estadounidenses de una manera mucho más escéptica, asimilándose de ese modo con casos comunes referidos al tema de precios predatorios. El antecedente más importante es probablemente el de “Brook c/ Brown & Williamson Tobacco” (1993), en el cual la Corte Suprema entendió que una empresa productora de cigarrillos que había ofrecido importantes descuentos por volumen a sus distribuidores (Brown & Williamson), y que había sido demandada por otro competidor presumiblemente dañado por esa actitud (Ligget & Myers, parte del grupo Brook), no había infringido la ley Robinson-Patman. En su sentencia, el tribunal consideró que, en virtud de la estructura oligopólica del mercado de cigarrillos, no resultaba probable que una política de precios discriminatorios por parte de un productor tuviera éxito en eliminar la competencia de las restantes empresas, y que por lo tanto no existía un peligro potencial de que el denunciado monopolizara luego la industria y fijara precios abusivos en una segunda etapa de su estrate-

¹⁰ Esta interpretación aparece en Sullivan y Harrison (1994), capítulo 8.

gia comercial¹¹.

En lo que atañe a situaciones de discriminación de precios en las que se invoca la existencia de daño secundario, el caso líder de la jurisprudencia estadounidense es “Comisión Federal de Comercio c/ Morton Salt” (1948). En él, el más importante productor de sal de mesa fue condenado por aplicar un esquema de discriminación de segundo grado que beneficiaba fundamentalmente a sus clientes más grandes. El denunciado argumentó que su esquema no era discriminatorio porque los descuentos que ofrecía estaban disponibles para cualquier comprador, e intentó demostrar que no existía un perjuicio sustancial a la competencia porque todos los compradores afectados eran comercios cuyas ventas de sal representaban una fracción muy pequeña de sus ingresos totales. En su sentencia, la Corte Suprema desestimó dichos argumentos, aduciendo que los descuentos ofrecidos estaban teórica pero no “funcionalmente disponibles” para los compradores más pequeños (sólo cinco grandes cadenas habían sido capaces de obtener los mayores descuentos), y consideró que, si bien la venta de sal era una actividad menor para los compradores involucrados, la práctica discriminatoria había tenido un efecto lesivo sobre la competencia en el mercado minorista de ese producto en particular.

Otro caso frecuentemente citado de condena por daño secundario a la competencia entre compradores es “EEUU c/ Borden y Bowman” (1962), en el cual dos empresas lácteas fueron sancionadas por efectuar una discriminación de tercer grado entre cadenas comerciales y negocios independientes. Ambas empresas presentaron defensas basadas en estudios de costos de distribución, pero las mismas fueron rechazadas por entenderse que, si bien en promedio los costos de unos y otros clientes diferían sustancialmente, dicha diferencia no se mantenía si se analizaban ciertos casos particulares. En “Falls City c/ Vanco” (1983), en cambio, sí tuvo un resultado favorable para el denunciado el argumento de que su discriminación entre distintas áreas geográficas obedecía a la necesidad de igualar los precios cobrados por sus competidores, en el contexto de una puja por captar nuevos clientes.

2.3. Unión Europea y Mercosur

El otro cuerpo legislativo y jurisprudencial importante en lo que se refiere a defensa de la competencia, aparte del estadounidense, es el correspondiente a la Unión Europea. La norma básica de ese bloque de países respecto de estos temas es el Tratado de Roma de 1957, en el cual la discriminación de precios aparece mencionada expresamente en los artículos 85 inciso d) y 86 inciso c). La primera de tales menciones se refiere a conductas concertadas entre competidores para aplicar “en relación con clientes comerciales, condiciones desiguales para operaciones equivalentes”, y ha sido escasamente utilizada en la práctica. La mención del artículo 86, en cambio, se refiere a las mismas conductas pero en un contexto en el cual se está en presencia de un abuso de posición dominante.

Las principales diferencias entre el enfoque de las legislaciones norteamericana y europea tienen que ver con que esta última se concentra en el análisis de la discriminación de precios como una práctica abusiva en vez de una práctica exclusoria, y en que no se limita a los mercados de bienes tangibles sino que también abarca a los bienes intangibles y a los servicios. Por su redacción, sin embargo, la norma europea parece

¹¹ Para un análisis económico de este caso, puede consultarse Kwoka y White (1994), capítulo 10.

referirse exclusivamente a situaciones de perjuicio a los compradores (daño secundario), en las cuales los mismos quedan ubicados en una posición de “desventaja competitiva”. Este agregado, por lo tanto, hace presumir que la discriminación de precios que le preocupa más intensamente al Tratado de Roma es aquella que tiene lugar en condiciones de monopolio o cuasi-monopolio y que afecta a mercados de insumos intermedios o de reventa de bienes, antes que la que ocurre en mercados de bienes finales y afecta directamente a los consumidores.

Sin embargo, el caso europeo más importante de condena por aplicación del inciso c) del artículo 86 es probablemente “Comisión Europea c/ United Brands” (1976), en el cual la discriminación no afectaba la competencia entre compradores sino que incidía sobre el excedente de los consumidores finales. En efecto, en este caso un productor de bananas con posición dominante en el mercado fue sancionado por discriminar precios entre unidades vendidas en condiciones similares en puertos de diferentes países de Europa, para los cuales sus costos de transporte eran virtualmente idénticos. Quienes compraban las bananas en los distintos países para luego revenderlas no eran en este caso distribuidores que competían entre sí, por lo cual la discriminación no los ponía en desventaja a unos respecto de los otros. El efecto que esta práctica tenía era encarecer relativamente las bananas en algunos países, afectando directamente a los consumidores finales que pagaban los precios más altos. En su decisión condenatoria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ponderó fundamentalmente esa distorsión, argumentando que los mecanismos de mercado se veían adversamente afectados cuando los precios de una transacción intermedia (entre United Brands y sus distribuidores) se fijaban teniendo en cuenta “la ley de la oferta y la demanda entre el vendedor y el consumidor final y no entre el vendedor y el comprador directo”¹².

Otro caso de importancia dentro de la jurisprudencia europea sobre discriminación de precios es “Comisión Europea c/ Hoffmann-La Roche” (1979), en el cual un laboratorio con posición dominante en el mercado de las vitaminas fue sancionado por el Tribunal de Justicia por ofrecer reintegros por lealtad a los distribuidores de sus productos. En este caso, lo que se tuvo principalmente en cuenta fue que la práctica en cuestión incentivaba a los compradores a no adquirir vitaminas suministradas por los proveedores que competían con Hoffmann-La Roche y tenía por lo tanto un efecto de exclusión de los mismos del mercado. La sentencia hizo también referencia a que los reintegros por lealtad provocaban que diferentes compradores pagaran distintos precios por la misma cantidad del mismo producto, según le adquirieran sus vitaminas exclusivamente a la empresa denunciada o utilizaran varios proveedores.

Las referencias a la discriminación de precios en las legislaciones antitrust de los países del Mercosur siguen en general las pautas establecidas por las normas europeas. Así, el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur firmado en Fortaleza en 1996 incluye como inciso VII de su artículo 6 una cláusula virtualmente idéntica al inciso c) del artículo 86 del Tratado de Roma. Por su parte, la ley brasileña de defensa del orden económico (ley 8884, de 1994) menciona como un ejemplo de práctica anticompetitiva en su artículo 21 inciso XII a la práctica consistente en “discriminar compradores o proveedores de bienes o servicios por medio de la fijación diferenciada de precios o de condiciones operativas de venta o prestación de servicios”. Nótese que esta definición es bastante más amplia que la que aparece en las leyes europeas y norteamericanas,

¹² Esta cita ha sido tomada de Korah (1997) capítulo 3, página 116.

pues es capaz de abarcar conductas tanto abusivas como exclusorias en cualquier mercado y no exige que el perjuicio recaiga sobre competidores ni sobre compradores puestos en desventaja competitiva.

Siguiendo las referencias que aparecen en Franceschini (1996), sin embargo, puede constatarse que en la práctica la discriminación de precios no ha merecido sanciones significativas por parte de las autoridades antitrust brasileñas. En “Oriental del Paraná c/ Petroquímica Triunfo” (1988), por ejemplo, la exportación de un producto a precios inferiores a los del mercado doméstico no se consideró anticompetitiva, por entenderse que en el caso en cuestión no existía abuso de poder económico ni perjuicio para el funcionamiento de las empresas locales. En “Seara c/ ICI” (1993), asimismo, tampoco se consideró infracción al otorgamiento de condiciones preferenciales a ciertos proveedores de insumos que optaban por convertirse en proveedores exclusivos del denunciado, por entenderse que esta práctica no había generado daños a la estructura del mercado. Finalmente, en “Pax Domini c/ Fama” (1988), el tribunal brasileño de competencia (CADE) entendió que, en un caso en el cual la práctica de precios diferenciados se aplicaba a mercaderías y servicios diferenciados, la misma no constituía discriminación y en consecuencia tampoco infringía la legislación vigente¹³.

2.4. Legislación y jurisprudencia argentinas

La legislación argentina de defensa de la competencia (ley 22.262, de 1980) menciona a la discriminación de precios en el inciso h) del artículo 41, el cual tipifica como delito a la práctica que implica “imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales”. Si bien la aplicación de este inciso está limitada a casos en los cuales existe concertación entre los vendedores que establecen condiciones discriminatorias o entre los compradores que se favorecen con ellas¹⁴, la discriminación de precios puede también incluirse dentro de las categorías más amplias de limitación de la competencia o de abuso de posición dominante, a las que se refiere el artículo 1° de la ley 22.262.

En el nuevo proyecto de ley de defensa de la competencia, que a junio de 1999 tenía media sanción por parte de la Cámara de Senadores de la Nación, la discriminación de precios aparece mencionada en el inciso k) del artículo 2°, cuya redacción es virtualmente idéntica a la del inciso de la actual ley mencionado en el párrafo anterior. La diferencia principal entre ambas menciones es que en la nueva norma no aparece ninguna referencia a la necesidad de que la discriminación surja como consecuencia de acciones concertadas, y que su categoría jurídica no es la de delito, sino la de una práctica restrictiva de la competencia que aparece dentro de una lista enunciativa de posibles infracciones.

¹³ Cabe aclarar que los tres casos mencionados en este párrafo fueron resueltos utilizando la ley 4137, de 1962, que regía en Brasil con anterioridad a la ley 8884. De todos modos, debido a la redacción similar que en ambas normas tiene el inciso referido a la discriminación de precios, puede suponerse que estos precedentes continúan siendo válidos bajo el actual régimen legal.

¹⁴ Esta interpretación es la más usual en la doctrina, en el sentido de que la imposición concertada puede provenir tanto del lado de la oferta como del de la demanda. La redacción del inciso mencionado hace presumir además que para la ley argentina quien incurre en una práctica anticompetitiva es siempre la parte que impone una discriminación de precios y nunca la que la acepta. Véase Cabanellas (1983), capítulo 3, sección I.

Desde su sanción en 1980, la ley 22.262 ha sido aplicada en varios casos en los cuales se invocaron prácticas anticompetitivas relacionadas con la discriminación de precios. Así, en el período que va desde 1981 hasta mediados de 1997, pueden mencionarse nueve casos en los que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) analizó conductas discriminatorias. Dos de esos casos terminaron en sanciones consistentes en multas u órdenes de cese, en tanto que en los restantes siete se aceptaron las explicaciones de las partes denunciadas o se desestimaron las denuncias.

El primer caso sobre discriminación de precios que cayó bajo la órbita de la CNDC fue “Acindar c/ Somisa” (1982). Se trató de una denuncia referida al mecanismo que implementó Somisa para fijar los precios de un producto siderúrgico (palanquilla) que dicha empresa le vendía a diferentes laminadoras, y que consistía en cobrar un porcentaje del precio al cual se vendieran luego los productos terminados que esas laminadoras produjeran usando la palanquilla como insumo. Acindar, que denunciaba la práctica como anticompetitiva, era a su vez una empresa que también producía palanquilla pero no la comercializaba sino que la utilizaba para fabricar sus propios productos terminados, que competían con los de las laminadoras a las que abastecía Somisa. En esa época, Somisa era una empresa pública cuyo objetivo no era necesariamente la maximización de beneficios, sino que era más bien el instrumento con el cual se implementaba la política siderúrgica del gobierno nacional, y actuaba como una especie de “regulador implícito” del mercado.

En su dictamen, la CNDC consideró que el carácter de empresa pública de Somisa no la exceptuaba del ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia, pero sí tuvo en cuenta que dicha naturaleza traía aparejada la existencia de móviles diferentes para sus acciones que podían estar muy alejados del ejercicio del poder de mercado. También se ponderó que entre 1970 y 1980 la participación de Somisa en la producción de palanquilla había descendido del 49% al 27%, y que en cambio Acindar había incrementado sustancialmente su participación en dicha producción y tenía asimismo una posición de dominio en el mercado de laminados no planos. Somisa era además la única empresa que producía palanquilla que no estaba verticalmente integrada, y era por lo tanto la única que vendía el producto en vez de usarlo ella misma en la producción de otros bienes. La práctica de fijar precios intermedios diferenciales basados en los precios de los productos terminados podía entonces interpretarse como una forma de integración implícita en una actividad en la cual la coordinación entre productores y usuarios de palanquilla era una necesidad impuesta por razones competitivas y de eficiencia.

En base a esos argumentos, la CNDC aconsejó aceptar las explicaciones de Somisa, y las posteriores resoluciones de la Secretaría de Comercio y de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico adoptaron idéntica postura. En el análisis, la cuestión básica se circunscribió a determinar si la política de precios seguida por Somisa procuraba la eliminación de competidores, a la cual se respondió negativamente teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad y la constante caída de su participación en la producción de palanquilla. Una circunstancia particular de este caso fue que el daño invocado por el denunciante era tanto primario (por ser competidor de Somisa en la producción de palanquilla) como secundario (por ser competidor de los laminadores a los cuales Somisa le vendía palanquilla). Asimismo, la práctica objetada se acercaba a una discriminación de precios de primer grado, pero no buscaba extraer un mayor excedente de los laminadores sino más bien compartir los beneficios generados al mejorar la posición competitiva de estas empresas en los mercados de productos terminados.

En forma paralela con el caso anterior, la CNDC aconsejó sancionar la discriminación de precios en “Unión General de Tamberos c/ Cooperativa Popular de Santa Rosa” (1982), y dicha recomendación fue adoptada por el Secretario de Comercio y quedó firme luego de la intervención de la cámara de apelaciones. En este caso, la discriminación tuvo lugar en la adquisición de un insumo (leche) por el cual el único comprador pagaba precios preferenciales a 25 de los 150 productores del mercado geográfico relevante. En su dictamen, la CNDC mencionó esta discriminación como una señal de la existencia de abuso de posición dominante por parte del comprador, a la que se agregaban la negativa a comprarle a un productor que había intentado organizar un mecanismo de negociación colectiva y el abrupto cambio de condiciones que se produjo cuando en cierto momento del tiempo ingresó al mercado un nuevo comprador de leche (La Serenísima) que hizo desaparecer la posición de dominio que la Cooperativa de Santa Rosa ostentaba.

La discriminación de precios como práctica abusiva fue también objeto de sanción en el caso “Bieza y Embotelladora San Miguel c/ Seven Up” (1988), en el cual la CNDC dictaminó que el denunciado estaba infringiendo la ley 22.262. En este caso, la práctica discriminatoria aparecía en el contexto de una relación entre el propietario de una marca comercial de bebidas gaseosas (Seven Up) y dos de sus licenciarios (Bieza y San Miguel) a los cuales aquél había intentado rescindir la licencia. Dicha rescisión había sido desautorizada por la justicia, y tanto Bieza como San Miguel habían seguido produciendo las bebidas de Seven Up utilizando el extracto concentrado que ésta les vendía. Se comprobó sin embargo que Seven Up comenzó a venderles dicho extracto a un precio neto más alto que a las restantes embotelladoras, y que además dejó de efectuar ciertos aportes en concepto de publicidad, discriminándolas respecto de los demás licenciarios.

En su análisis del caso, la CNDC limitó el mercado bajo análisis a las gaseosas de las marcas de la empresa denunciada, y consideró entonces que Seven Up tenía posición de dominio en dicho mercado. Con independencia de que tal criterio puede resultar discutible (ya que, en el mercado más amplio de todas las gaseosas, Seven Up estaba lejos de ostentar una posición dominante), el punto más fuerte que se esgrimió para condenar a la denunciada fue la existencia de una práctica exclusoria por la cual “lo que no pudo lograrse por medio de la destrucción del vínculo comercial se pretendió hacerlo destruyendo la ecuación económica de las denunciadas”. Esta misma práctica se consideró potencialmente apta para afectar el interés económico general, al cual se asoció en este caso con la preservación del funcionamiento de un mercado que resultaría afectado por “la expulsión artificial de un operador”.

En los otros seis casos de discriminación de precios que la CNDC había analizado hasta 1997, el resultado fue siempre favorable al denunciado. En “La Casa del Grafito c/ Rich Klinger” (1986), por ejemplo, un distribuidor de planchas de amianto denunció al principal fabricante por venderle en condiciones más desfavorables que a sus competidores, exigiéndole pago de contado. La denuncia fue desestimada por entenderse que dichas condiciones eran semejantes a las que obtenían otros compradores con similar riesgo empresario, y que los precios cotizados eran los mismos que abonaban todos los clientes que pagaban al contado. Se entendió además que no existía posición dominante en el mercado por parte de Rich Klinger, ya que la misma enfrentaba una competencia sustancial por parte de otro competidor nacional y de al menos un fabricante brasileño.

En “Carlos Castro c/ Seven Up y Coca Cola” (1991), por su parte, un pequeño comerciante minorista argumentó que los dos fabricantes de gaseosas denunciados se habían comprometido con el gobierno nacional a rebajar los precios de sus productos, pero que dichas rebajas sólo habían beneficiado a las cadenas de supermercados. La CNDC entendió que en este caso la diferencia de precios obedecía a la existencia de distintas condiciones de venta y se ajustaba a los usos comerciales (bonificación por cantidad), y que además la ley de defensa de la competencia no podía aplicarse a la evaluación del cumplimiento de un compromiso enmarcado en una política gubernamental de estabilización de precios.

Otra circunstancia en la cual las diferencias de precios se consideraron no discriminatorias fue la que tuvo lugar en “FECRA y otros c/ YPF” (1994), cuando la Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otras entidades que nucleaban a propietarios de estaciones de servicio denunciaron al principal proveedor de combustibles para automotores por establecer un esquema de fijación de precios que implicaba un incremento en los precios de suministro del combustible a las estaciones que revendieran el producto a precios superiores a los sugeridos. FECRA denunció además que YPF vendía sus combustibles al Automóvil Club Argentino a precios inferiores que al resto de las estaciones, y que al mismo tiempo le permitía cargar precios superiores en sus ventas al público.

El dictamen de la CNDC, favorable a la empresa denunciada, ponderó el hecho de que el uso de precios sugeridos por parte de YPF era un instrumento importante en la competencia con los restantes refinadores de combustibles, y que no resultaba anticompetitivo en sí mismo. Dentro de ese contexto, los precios diferenciales servían para impedir que los estacioneros cargaran márgenes superiores a los previstos por el refinador y perjudicaran de ese modo su posición competitiva en el mercado. En el marco de una competencia entre marcas, esta política era además beneficiosa para el interés económico general, ya que aseguraba precios al público menores. En cuanto al trato otorgado por YPF al Automóvil Club Argentino, la CNDC interpretó que el mismo se justificaba por el mayor volumen de compra de ese cliente y por el valor de marca que le adicionaba al producto vendido.

Otro caso de discriminación de precios que involucró a YPF fue “Fiscalía Nacional de Investigaciones c/ YPF, Copetro y Great Lakes” (1992), en el cual se cuestionó un contrato por el cual YPF se comprometía con la empresa Great Lakes a otorgarle un precio preferencial en las compras de coque residual de petróleo, durante los primeros años de operación de una planta de calcinación de coque que Great Lakes instaló en el país a través de la empresa Copetro SA. En el dictamen en el cual se aconseja aceptar las explicaciones de las denunciadas, la CNDC señaló que el contrato en cuestión, si bien incluía cláusulas discriminatorias, tenía aspectos favorables para el interés económico general, ya que permitía la colocación de excedentes de un subproducto de la refinación del petróleo y fomentaba la producción local de un insumo importante en la producción de aluminio (coque calcinado). El hecho de que el contrato hubiera regido por un período limitado de cinco años hacía además que sus aspectos negativos de distorsión de los mercados se redujeran, y primaran en cambio sus efectos positivos sobre la creación de una nueva fuente de oferta de coque calcinado, sustitutiva de importaciones.

En “Di Paolo Hnos c/ Ipako y Polisur” (1990), en cambio, el objeto de análisis fue la discriminación de precios entre el mercado doméstico y el mercado externo. En este caso, dos empresas (Ipako y Polisur) fueron denunciadas por vender polietileno en

el mercado interno a precios superiores a los cobrados por las ventas destinadas a la exportación. Aparte de señalar esta práctica como un comportamiento abusivo, el denunciante invocó la existencia de un daño secundario, por considerar que la diferencia de precios le dificultaba la competencia con las empresas uruguayas que adquirirían el polietileno fabricado por Polisur a precios menores. En su dictamen, la CNDC aconsejó aceptar las explicaciones de las denunciadas (que formaban un solo grupo económico y tenían una posición dominante en el mercado de polietileno), por entender que sus precios en el mercado interno surgían de un equilibrio competitivo en el cual el precio doméstico tendía a igualarse con el precio de importación del producto y no con el de exportación.

Aparentemente, lo que se interpretó aquí fue que el polietileno era un bien básicamente importable para la economía argentina, y que las exportaciones de Polisur podían asimilarse a la colocación de un excedente. Se hizo además referencia a que durante un lapso importante dentro del período de tiempo analizado los precios de las empresas denunciadas se habían visto afectados por controles impuestos por la Secretaría de Comercio Interior, con lo cual la discriminación entre los mercados doméstico y externo había estado en cierto modo avalada por el estado nacional (que era además propietario de un 30% de Polisur) en base a objetivos distintos de la defensa de la competencia. Esta última explicación parece ser la más razonable en lo que respecta a los últimos años a los que se refiere el dictamen, ya que a partir de 1982 la Argentina se transformó en un exportador neto de polietileno. De haber mediado una situación de equilibrio competitivo, por lo tanto, los precios internos tendrían que haber tendido hacia los de exportación y no hacia los de importación, por lo que la diferencia de precios observada podría haberse interpretado como una señal de ejercicio del poder de mercado de Ipako y Polisur sobre el segmento doméstico de la demanda.

Otro caso de discriminación de precios tratado por la CNDC fue “Supermercados Marko c/ Sava” (1997), en el cual una cadena de supermercados que vendía a clientes tanto mayoristas como minoristas denunció a un fabricante de bebidas por haberlo “reclasificado” y haber empezado a cobrarle precios iguales a los que pagaban otros supermercados minoristas (más altos), en vez de considerarlo como un comercio mayorista y cobrarle precios más bajos. Las explicaciones de Sava, aceptadas por la CNDC, argumentaron que la reclasificación aludida se había basado en el progresivo cambio en la operatoria de Makro a lo largo del tiempo, que lo hacía competir cada vez más con los comercios minoristas y menos con los mayoristas. Se consideró además que, dentro de la nueva clasificación, Makro no sufría un trato discriminatorio respecto de otros clientes que adquirirían volúmenes equivalentes en condiciones similares. Por la naturaleza del caso, sin embargo, no fue objeto de estudio del dictamen el impacto que podía tener sobre la competencia y sobre el interés económico general el hecho de que Sava discriminara entre clientes mayoristas y minoristas, y de que en ambas categorías ofreciera descuentos por volumen y reintegros por campañas promocionales.

3. Análisis de dos casos argentinos recientes

Entre 1998 y mediados de 1999, la CNDC resolvió algunas otras denuncias que tuvieron que ver de un modo u otro con el tema de la discriminación de precios. Dos de ellas fueron particularmente importantes, ya que implicaron sanciones para los denunciados, alcanzaron notoriedad en los medios masivos de difusión y fueron posterior-

mente apeladas por las empresas sancionadas. Uno de dichos casos fue “Amfin c/ AGEA” (1998), en el cual se objetó una práctica de discriminación de precios con propósitos exclusorios; el otro fue “CNDC c/ YPF” (1999), en el cual se entendió que la conducta de discriminación analizada tenía características abusivas.

3.1. Amfin c/ AGEA

Este caso se inició a través de una denuncia efectuada por la Editorial Amfin, editora del diario *Ámbito Financiero*, en la cual se atacaba una práctica de discriminación de precios llevada a cabo por la empresa AGEA SA entre los anunciantes del diario *Clarín*, editado por esta última empresa y competidor del periódico perteneciente al denunciante. La práctica consistía en ofrecer un descuento del 15% a aquellos anunciantes del diario *Clarín* que se comprometieran a no publicitar sus productos en otros diarios del área de Capital Federal y Gran Buenos Aires. Esta práctica tenía a primera vista un propósito exclusorio, que era el de perjudicar a los otros periódicos que competían con *Clarín*, restándole anunciantes potenciales y encareciendo relativamente el producto que podían ofrecerle a dichos anunciantes.

Para determinar si la práctica en cuestión resultaba violatoria de la ley 22.262, la CNDC definió primero los mercados relevantes en los cuales tenían lugar las conductas. Llegó así a la conclusión de que los mismos eran el mercado de venta de ejemplares y el mercado de venta de publicidad de los diarios con proyección nacional del área de influencia de la Capital Federal. En el primero de tales mercados, *Clarín* tenía en 1996 una participación del 58%, que se incrementaba en un 4% más si se le sumaban las ventas del diario deportivo *Olé*, editado también por AGEA. En el segundo mercado, la participación de *Clarín* era de alrededor del 46%, ocupando también el primer lugar en el ranking respectivo. Para delimitar los mercados de este modo, la CNDC utilizó el argumento de la sustituibilidad, concluyendo que los diarios de la zona de Buenos Aires eran en general buenos sustitutos entre sí pero que dicha capacidad de sustitución no se extendía a los otros medios de comunicación (revistas, televisión, radio) ni a los diarios del interior del país. Este criterio regía tanto para el mercado de ejemplares como para el mercado de publicidad, en los cuales competían las empresas involucradas.

Un segundo elemento que la CNDC tuvo en cuenta para resolver el caso fue la existencia de una posición dominante por parte de AGEA en un segmento del mercado publicitario. El mismo involucraba a aquellos anunciantes que, deseando llegar al mayor número posible de lectores de medios gráficos, hallaban en *Clarín* al vehículo ideal (y hasta imprescindible) de sus campañas publicitarias, pero podían tener interés en anunciar adicionalmente en otros diarios. La conducta de ofrecer descuentos por exclusividad tenía por lo tanto el efecto de obstaculizar el acceso de los otros diarios a ese segmento del mercado, obligándoles de algún modo a compensar a sus anunciantes la pérdida del descuento ofrecido por *Clarín*. En cuanto al impacto de la práctica en cuestión sobre el interés económico general, la CNDC distinguió un doble efecto. Por un lado, entendió que los lectores de los otros diarios diferentes de *Clarín* se perjudicaban por tener un menor acceso a los avisos que se hubieran publicado en tales diarios de no existir la discriminación de precios implementada por AGEA. Por otro, interpretó que la conducta tenía entidad suficiente para reducir la competencia e impactar de ese modo sobre los precios (operando como una “ayuda” para que algunos diarios existentes abandonaran el mercado y disuadiendo a otros diarios que estuvieran evaluando la posibilidad de en-

trar).

Por única vez en su historia, la CNDC emitió en este caso tres opiniones diferentes acerca de la conducta bajo análisis. La opinión mayoritaria de tres de sus miembros fue la de aconsejar el cese de la práctica denunciada pero no imponer ninguna multa a AGEA SA. Esto último obedeció al hecho de que no se pudo cuantificar el perjuicio al interés económico general producido por la medida bajo análisis, y a que AGEA demostró que los estados contables de los dos principales diarios que competían con *Clarín (La Nación y Ámbito Financiero)* no mostraban resultados que pudieran considerarse afectados adversamente por las políticas comerciales del denunciado. En disidencia parcial con esta opinión, uno de los vocales de la CNDC entendió que, pese a lo expuesto, quedaba claro en la investigación que la conducta analizada había generado un perjuicio real al interés económico general, y aconsejó que –además de la orden de cese– se le impusiera a AGEA una multa de 400.000 pesos. La opinión emitida por el restante miembro de la CNDC, en cambio, aconsejó aceptar las explicaciones de AGEA, entendiendo que la conducta denunciada era una práctica comercial normal que beneficiaba a los anunciantes, que su impacto sobre el mercado publicitario era relativamente reducido, y que tenía lugar en un mercado en el cual no existían barreras importantes a la entrada.

Ante esta diversidad de opiniones, el Secretario de Industria y Comercio optó por resolver de acuerdo con la opinión de la mayoría y sancionó a AGEA con una orden de cese pero sin aplicarle multa. Esta resolución fue apelada ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico y revocada en esa instancia, en el entendimiento de que el análisis efectuado por la CNDC no había encuadrado correctamente la conducta (como una restricción a la competencia o como un abuso de posición dominante) y no había probado concretamente la existencia de un perjuicio real o potencial al interés económico general. De este modo se dio por concluido el caso, quedando firme el derecho del denunciado de seguir llevando a cabo la conducta de discriminación de precios originalmente objetada.

3.2. CNDC c/ YPF

Este caso se inició de oficio luego de que la CNDC efectuara un estudio preliminar referido al mercado mayorista de gas licuado de petróleo (GLP) y constatará cambios muy significativos en los niveles de precios de dicho producto luego de la privatización de la empresa nacional Gas del Estado SE, que durante décadas había actuado como regulador implícito del mercado en cuestión. Dicha privatización coincidió además con la adquisición por parte de YPF SA de una serie de activos que habían pertenecido a Gas del Estado, lo cual consolidó su posición como principal oferente mayorista de gas licuado en la Argentina.

Siguiendo la recomendación que la CNDC finalmente efectuó, la fase administrativa de este caso concluyó con una sanción del Secretario de Industria y Comercio a YPF, que parece establecer un precedente importante en la aplicación de la ley argentina de defensa de la competencia. Dicho precedente es que las empresas con posición dominante en el mercado interno estarían violando la ley si venden más caro en dicho mercado que en el exterior. Esta lectura surge del análisis efectuado por la CNDC en su dictamen, el cual no sólo considera que YPF tiene capacidad de fijar precios en el mercado mayorista argentino de GLP sino que sostiene que la compañía en cuestión no enfrenta

tampoco competencia sustancial por parte de empresas equivalentes. En dicho mercado, además, la actividad exportadora de YPF no parece limitarse a vender “excedentes fuera de temporada”, sino que representa una proporción importante de su producción que se mantiene regularmente durante todo el año.

Desde el punto de vista económico, la caracterización del mercado que hace la CNDC es la de un oligopolio con liderazgo en precios. La idea es que, en el mercado doméstico mayorista de gas licuado, YPF es la única empresa con verdadera capacidad de fijar precios, y los otros productores (TGS, Refinor, Shell, Esso, etc) se comportan como seguidores de los precios que fija YPF. En el mercado externo, en cambio, YPF sería tomador de los precios internacionales vigentes, y sus valores de exportación a los países limítrofes (especialmente Brasil y Chile) estarían limitados por la posibilidad de dichos mercados de abastecerse de gas licuado de otros países. Esta doble condición sería la que llevó a YPF a cobrar un precio más alto en el mercado interno (donde su demanda sería relativamente inelástica) y uno más bajo en el mercado externo (donde su demanda sería totalmente elástica al precio internacional dado por la llamada “paridad de exportación” del gas licuado).

Las principales evidencias que la CNDC usa para sustentar su teoría son que, entre 1993 y 1997, la producción de gas licuado de YPF se mantuvo siempre por encima del 50% del total producido en la Argentina y que, si bien en el mercado interno su *market share* llegó a caer por debajo del 40%, su participación en las exportaciones de gas licuado argentino estuvo en general por encima del 80%. Esto sirve para fundamentar la idea de que a YPF efectivamente le ha convenido exportar a un precio menor al del mercado doméstico. Otra evidencia que emplea la CNDC es la observación de que, mientras los precios de exportación del gas licuado de YPF parecen seguir muy de cerca la evolución de los precios internacionales del bien (y de hecho, sus principales contratos de exportación tienen cláusulas de ajuste de precios basadas en dichos precios internacionales), los precios al mercado doméstico siguen una tendencia que no respeta dicha evolución, manteniendo una brecha que, según los años y las plantas de despacho que se consideren, ha estado entre el 15% y el 44% en promedio. Dicha brecha no parece explicarse por razones basadas en costos o en descuentos por volumen, ya que los precios (tanto en el mercado interno como en el de exportación) se fijan en planta de despacho y los volúmenes comprados por los fraccionadores locales más grandes de gas licuado se acercan bastante a los de los clientes externos de YPF.

A fin de encuadrar el caso dentro del artículo 1° de la ley 22.262, el dictamen de la CNDC interpretó que el perjuicio al interés económico general estaba dado por la pérdida de excedente de los compradores de gas licuado producida por tener que pagar un precio más alto que el de exportación y como la pérdida de excedente total originada en la reducción del volumen comercializado internamente (motivada por dicho precio más alto). La idea, pues, es que bajo condiciones verdaderamente competitivas las empresas locales debían ser indiferentes entre vender al mercado interno y exportar, y por lo tanto el precio interno de un bien como el gas licuado (del cual la Argentina es exportador neto) debía tender al de su paridad de exportación.

En lo que se refiere a la posición dominante de YPF, la misma se caracterizó haciendo referencia a varios elementos tales como la participación de la empresa en la producción de GLP, el control ejercido sobre la mayor parte de la infraestructura local necesaria para abastecer el mercado, el hecho de que el gas licuado es un subproducto del gas natural y del petróleo (sectores en los cuales YPF tiene una participación de

mercado muy importante y en los cuales el ingreso al mercado es muy difícil y requiere la posesión de recursos naturales no renovables) y el hecho de que las otras empresas productoras tenían una participación de mercado varias veces inferior a la de YPF. Dentro de dicho marco, la discriminación de precios fue considerada como un abuso de posición dominante, entendiéndose que su objetivo era restringir la oferta doméstica de GLP con el objeto de elevar el precio interno (y, por ende, los beneficios de YPF) a costa de reducir el excedente de los consumidores del producto.

La imposición de esta sanción generó un quiebre dentro de los criterios que el estado argentino había tenido respecto de las prácticas de discriminación de precios llevadas a cabo por empresas exportadoras, enmarcadas dentro de una tradición de promoción de exportaciones. Fue probablemente por ello que, en su defensa, YPF invocó que su conducta de discriminación de precios era común a virtualmente todos los sectores industriales exportadores argentinos (aluminio, petroquímica, automóviles, acero, etc), y que constituía el modo normal en el cual funcionan los mercados en la Argentina. El otro argumento básico de YPF provino de la jurisprudencia comparada norteamericana, en la cual –como ya hemos visto– las sanciones por discriminación de precios sólo aparecen en casos de conductas exclusorias.

La sanción del Secretario de Industria y Comercio a YPF llamó también la atención por su monto (\$109 millones), que es, por mucho, la mayor multa jamás impuesta por una violación de la ley de defensa de la competencia. Su cálculo se amparó en el artículo 26 de la ley 22.262, que faculta a cobrar hasta un 20% más del beneficio ilícitamente obtenido pero que para casos normales pone un límite superior que apenas excede los 500 mil pesos. A fines de junio de 1999, la multa en cuestión no había sido abonada aún por YPF, en virtud de que la empresa apeló la resolución del caso ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

4. Conclusiones

De lo expuesto en las secciones anteriores acerca de los aspectos económicos y jurídicos de la discriminación de precios resulta claro que la misma es una práctica con múltiples facetas desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Esas facetas permiten extraer ciertas conclusiones, las cuales son en todos los casos condicionales a la existencia de situaciones particulares en los mercados. Dichas conclusiones se refieren a la eficiencia de la discriminación de precios, a su papel como señal del ejercicio de poder de mercado, y a su carácter de práctica destinada a excluir empresas.

1) La discriminación de precios puede ser eficiente o ineficiente

Esta conclusión tiene que ver básicamente con el impacto de la discriminación de precios sobre el interés económico general, medido a través del excedente total de los agentes económicos. Para evaluar cómo es ese impacto resulta por lo tanto necesario inferir los niveles de precios que tendrían lugar si no existiese discriminación de precios, y fundamentalmente cuáles serían en ese caso los cambios que se producirían en los volúmenes comerciados.

Este tipo de análisis es particularmente útil en casos de discriminación de tercer grado, en los cuales un grupo de compradores está pagando un precio más alto que otro. Un ejemplo común en el cual puede considerarse que la discriminación tiene un efecto benéfico sobre la eficiencia es cuando las empresas ofrecen precios más bajos a grupos de compradores de menores ingresos (por ejemplo, estudiantes o jubilados) o bien cuan-

do cobran precios más bajos en períodos de menor demanda (para fomentar un mejor uso de su capacidad instalada). En tales casos, discriminar precios sirve para incrementar el volumen adquirido por los consumidores favorecidos sin efectos apreciables sobre los demás compradores, y en general permite incrementar el excedente total generado en el mercado. Esto es particularmente cierto en los casos en los que no discriminar excluye del mercado a algunos consumidores (los de menores ingresos o, en general, los de demanda más baja) que sí estarían dispuestos a adquirir el bien o servicio a un precio menor.

El caso arquetípico de discriminación ineficiente, en cambio, es el de la empresa que cobra precios más bajos en un mercado más competitivo (por ejemplo, el mercado externo) y precios más altos en el uno más concentrado (por ejemplo, el mercado doméstico) en el cual tiene una posición dominante. En estas circunstancias, la diferencia de precios funciona como un indicio para mostrar que, a menos que las ventas a precios menores sean una simple colocación de excedentes que no pudieron ser comercializados en el otro mercado, el vendedor está aprovechándose de su poder de mercado en el segmento más concentrado. Este aprovechamiento es susceptible en tal caso de medirse de una manera relativamente objetiva, a través de la comparación entre un precio más competitivo y otro más cercano al de monopolio.

El caso extranjero más resonante de una condena basada en un razonamiento como el del párrafo anterior es “United Brands”, en el cual la empresa denunciada fue sancionada por discriminar precios en distintos países europeos. Hasta 1998, el único caso argentino similar (“Ipako y Polisor”) había concluido con la aceptación de las explicaciones de los denunciados, por entenderse que la discriminación entre los mercados interno y externo estaba en ese momento avalada por objetivos de política económica distintos de la defensa de la competencia. Este precedente, sin embargo, sufrió una violenta alteración en 1999 cuando el Secretario de Industria y Comercio sancionó a YPF por discriminar en contra de los compradores domésticos de gas licuado, caso éste que a junio de 1999 se encontraba a la espera de la resolución de la apelación presentada por la empresa denunciada.

2) La discriminación de precios puede ser una señal de ejercicio del poder de mercado

En numerosas circunstancias, resulta difícil precisar si las diferencias de precios entre las ventas efectuadas a distintos compradores están originadas en fenómenos de índole competitiva (tales como divergencias en los costos de provisión o realización de actividades de promoción de un producto) o en la posesión de poder de mercado por parte del vendedor. Existen sin embargo modos de descartar una u otra hipótesis a través de la observación de la estructura y el funcionamiento de cada mercado, y de la comparación de otras conductas paralelas.

La pauta más importante al respecto tiene que ver con la presencia de competencia efectiva por parte de otras empresas. En los casos en los cuales ésta tiene lugar, las diferencias de precios pueden llegar a resultar mecanismos que unos vendedores utilizan para competir con otros, a través de la captación de segmentos del mercado no explotados o relativamente indiferentes entre las distintas marcas. Tal cosa suele suceder en contextos en los que se plantea una competencia en términos de liquidaciones u ofertas especiales de ciertos productos, las cuales sólo benefician a los clientes más informados o más proclives a las actividades de “búsqueda del mejor precio”.

Cuando la discriminación se da en un contexto monopólico o sólo la efectúa quien ostenta una posición dominante en el mercado, en cambio, su ocurrencia puede

servir como un indicio para configurar un abuso de dicha posición dominante. Una vez más, el caso arquetípico es aquí el de la empresa que monopoliza el mercado doméstico y vende en condiciones competitivas en el mercado externo, valiéndose de su posición de dominio en el primero de tales mercados para cobrar precios superiores. También entran dentro de esta categoría los vendedores con posición dominante que intentan extender dicha posición a mercados de bienes que usan su producto como insumo, y aquellos que discriminan como un modo de sancionar a los clientes cuyo comportamiento amenaza con disminuir el poder de mercado que ejercen.

En el caso norteamericano “Morton Salt”, la sanción que recibió la empresa denunciada puede interpretarse en cierto modo como una aplicación de la pauta expuesta. Si bien el daño secundario que se invocó era escaso (ya que los compradores directos de sal se veían muy mínimamente afectados por la política del vendedor) la discriminación de precios actuaba en ese caso como una señal de que el denunciado estaba ejerciendo su poder de mercado en un producto sobre el cual tenía una posición dominante. Similar interpretación puede hacerse de la sanción que en nuestro país recibió la Cooperativa Santa Rosa, en un caso en el cual la discriminación existió mientras la misma ostentó una posición monopsónica y terminó abruptamente cuando comenzó a enfrentar competencia efectiva por parte de un nuevo competidor. En “CNDC c/ YPF”, por último, la discriminación entre compradores nacionales y extranjeros fue considerada como la principal señal de que el denunciado tenía posición dominante en el mercado interno y estaba abusando de ella en perjuicio del interés económico general.

3) La discriminación de precios puede ser una práctica exclusoria

El utilizar la política de precios como una manera de obstaculizar la actividad de los competidores es un concepto que puede tener múltiples facetas. El caso más frecuentemente citado e invocado es el de las empresas que fijan precios deliberadamente bajos para forzar la salida del mercado de competidores reales o disuadir el ingreso de competidores potenciales (precios predatorios). En casos de empresas que actúan en varios mercados, la discriminación de precios puede ser a veces un indicio de que están teniendo lugar políticas como la descrita. Sin embargo, para que tal teoría tenga una base de sustentación, el supuesto depredador debe poder eliminar efectivamente a sus competidores y tener capacidad para mantener y explotar la posición de dominio que eventualmente alcance en el futuro. Otro ejemplo de discriminación exclusoria de competidores es el que aparece cuando median reintegros por lealtad o condiciones de exclusividad impuestas por un vendedor con posición dominante. En ese caso, la exclusión tiene lugar a través del ofrecimiento de incentivos para que los compradores no incrementen sus compras totales pero sí dejen de adquirirle a otros vendedores, obstaculizando el acceso de los productos de éstos al consumidor final.

Por último, la exclusión puede ser un objetivo ligado con la extensión del poder de mercado del vendedor a los mercados abastecidos por los compradores. En tales casos, el daño secundario a la competencia sufrido por los compradores puede tener un efecto nocivo sobre el interés económico general si es que la monopolización del mercado de productos fabricados con un insumo origina pérdidas sociales netas que no existían cuando el monopolio afectaba sólo al mercado del insumo. Una vez más, este tipo de razonamiento aplicado a una política de discriminación de precios exige tener pruebas bastante concretas de la capacidad que tiene el vendedor de excluir compradores existentes en el mercado y de impedir el surgimiento de otros nuevos (o de nuevos competidores que empiecen a abastecer a los compradores desabastecidos).

Los casos de discriminación exclusoria más resonantes relacionados con precios predatorios son de origen norteamericano. Así, en “Utah Pie” las empresas denunciadas fueron sancionadas aplicando la lógica de que la discriminación que causaba daño primario a un competidor era nociva de por sí. Esta interpretación ha sido revisada en fallos más recientes, entre los que sobresale el del caso “Brook” de 1993. En la Argentina, por su parte, la hipótesis predatoria en relación con la discriminación de precios fue ya rechazada en “Acindar c/ Somisa”, caso resuelto en 1982.

La utilización de reintegros por lealtad como práctica discriminatoria con propósitos exclusorios tiene su ejemplo más claro en el caso europeo “Hoffman-La Roche”, de 1979. En nuestro país, la CNDC entendió que esta práctica se configuraba en el caso “Amfin c/ AGEA”, si bien esta opinión fue posteriormente revocada por decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. En cuanto al argumento de la extensión del poder de mercado y su relación con la exclusión de clientes, el mismo aparece tangencialmente expuesto en los casos estadounidenses “Morton Salt” y “Borden”, y en el caso argentino de “Bieza c/ Seven Up”. En esta última circunstancia, sin embargo, lo que primó en el análisis fue la intención de rescindir una relación comercial en una situación en la que dicha rescisión había sido explícitamente prohibida por el poder judicial.

Buenos Aires, junio de 1999.

Referencias bibliográficas

- Cabanellas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires, Heliasta, 1983.
- Carlton, Dennis y Perloff, Jeffrey. *Modern Industrial Organization*, 2da edición. Nueva York, HarperCollins, 1994.
- Coloma, Germán. “La ley argentina de defensa de la competencia”; *Anales de la XXXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Bahía Blanca, AAEP, 1997.
- Franceschini, J. I. G. *Introdução ao direito da concorrência*. San Pablo, Malheiros Editores, 1996.
- Gellhorn, Ernest y Kovacic, William. *Antitrust Law and Economics*, 4ta edición. St Paul, West, 1994.
- Korah, Valentine. *EC Competition Law and Practice*, 6ta edición. Oxford, Hart, 1997.
- Kwoka, John y White, Lawrence. *The Antitrust Revolution*, 2da edición. Nueva York, Oxford University Press, 1994.
- Maskin, Eric y Riley, John. “Monopoly with Incomplete Information”; *Rand Journal of Economics*, vol 15, pgs 171-196, 1984.
- Paredes, Ricardo. *Fundamentos para una política antimonopolios*. Santiago, Universidad de Chile, 1991.
- Pigou, A. C. *The Economics of Welfare*. Londres, Macmillan, 1920.
- Scherer, Frederic y Ross, David. *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ra edición. Dallas, Houghton, 1990.
- Sullivan, E. T. y Harrison, Jeffrey. *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, 2da edición. Nueva York, Matthew Bender, 1994.
- Tirole, Jean. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, MIT Press, 1988.

Varian, Hal. "Price Discrimination and Social Welfare"; *American Economic Review*, vol 75, pgs 870-875, 1985.