



ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA

por Andrea Fabiana Mac Donald ()*

I- INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo efectuaré un análisis sobre la discriminación de precios desde dos puntos de vista: económico y jurídico ambos de gran relevancia dado que si bien sus enfoques son distintos, se encuentran conectados entre sí; a través del primer punto de vista analizaremos los efectos que provoca la discriminación de precios y desde el punto de vista jurídico cuáles son las sanciones que impone el derecho antitrust a este tipo de practicas tanto en EE.UU., la Unión Europea, América Latina y en Argentina, los antecedentes históricos de la discriminación de precios en los distintos continentes, su evolución en la Argentina y los casos de jurisprudencia que sentaron precedentes de importancia en nuestra legislación: caso Amfin c/Agea y el caso CNDC c/YPF y exponiendo por último nuestras consideraciones finales.

II- LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS – ANÁLISIS ECONÓMICO - NOCIÓN - REQUISITOS – TIPOS DE DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS.

Coloma considera que “la discriminación 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”. Aclara el mencionado autor que 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”. [1]

PAREDES define a la discriminación de precios como “la existencia de distintas razones entre precios cobrados respecto de los costos marginales incurridos en la



provisión de un único producto. Existirá discriminación cuando el distribuidor vende a distintos precios un bien que le cuesta lo mismo producir". [2]

ANDRADE y CORDOVA consideran que los modelos de competencia imperfecta ayudan a explicar la realidad de los mercados al mostrar que los bienes no son homogéneos y que los vendedores poseen poder para manipular el mercado. En mercados de bienes heterogéneos, existe la posibilidad de discriminar precios para obtener el precio máximo que los potenciales consumidores estarían dispuestos a pagar a fin de maximizar sus deseos de obtener el bien. Los vendedores monopolistas asistidos por ciertos mecanismos que les ofrece el mercado pueden obtener suficiente información de los consumidores para separarlos en grupos homogéneos o pueden determinar cuál es la disposición máxima a pagar que los consumidores tienen, con el fin de realizar una práctica de fijación de precios conocida como "discriminación de precios". [3]

No debemos confundir diferenciación de precios con discriminación de precios; la diferenciación de precios se refiere al cobro de diferentes precios a distintas personas por diferentes unidades de un bien como resultado de diferencias en el costo del servicio o por diferencias en el costo marginal de ese bien. Cuando se habla de diferencias en los precios, se hace referencia a las diferencias en los precios de un bien que reflejan diferencias en sus costos. [4]

En cambio, la discriminación de precios consiste en fijar diferentes precios a diferentes consumidores por un mismo bien por razones que no están relacionadas con diferencias en los costos de producir el bien. [5]

PIGOU analiza los mecanismos de la discriminación de precios bajo una perspectiva netamente económica que es independiente de los aspectos legales, morales o socioculturales que forman parte de la relación productor-consumidor; el mencionado autor no considera a la discriminación de precios como un mecanismo ofensivo al consumidor. Para comprender las condiciones que deben existir al considerar un mercado ideal para discriminar los precios debe partirse de este interrogante: ¿qué motiva a un vendedor a discriminar sus precios? Una de las respuestas sería que estará asociada al incentivo del productor para obtener el máximo de las ganancias extraordinarias. [6]



FERNANDEZ DIEZ ESTELLA considera que un productor discrimina en precios cuando dos unidades de un mismo bien físico se venden a precios diferentes al mismo consumidor o bien a consumidores diferentes. El autor aclara diciendo que "la discriminación de precios es vender a un precio o a precios tales que el ratio precio/coste marginal es diferente en las diferentes ventas. [7]

La teoría económica analiza el fenómeno de la discriminación de precios en tres elementos:

a- Cuáles son las condiciones bajo las cuales una empresa puede discriminar precios entre sus clientes y entre las distintas unidades vendidas a los mismos.

b- Se estudian los diferentes tipos de discriminación posibles y los instrumentos que las empresas pueden utilizar para llevarlos a cabo.

c- También la teoría económica evalúa 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.

Hay tres condiciones básicas 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 y son:

1- **SEGMENTALIDAD DEL MERCADO:** Significa que toda empresa que quiera discriminar precios tiene la posibilidad de distinguir entre las demandas de distintos grupos de clientes a distintos usos o a diferente localización geográfica. Es decir, que se puede diferenciar en conductas externas que permitan una separación directa de los sub-mercados o que tuvieran lugar a través de la manera en la que el comprador elige adquirir el bien o servicio.

2- **INCAPACIDAD DE REVENTA:** En este caso debemos tener en cuenta si los integrantes de un grupo pudiesen revender sin costo sus unidades a los integrantes



de otro grupo y de ese modo mediar entre los precios establecidos por el vendedor originario.

3- EXISTENCIA DE PODER DE MERCADO: Aquí, 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. Es decir, que si no existe poder de mercado, 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. Es importante aclarar que la posesión de poder de mercado no implica que la empresa no enfrente competencia de ningún tipo, sino tan sólo que tenga influencia sobre los precios.

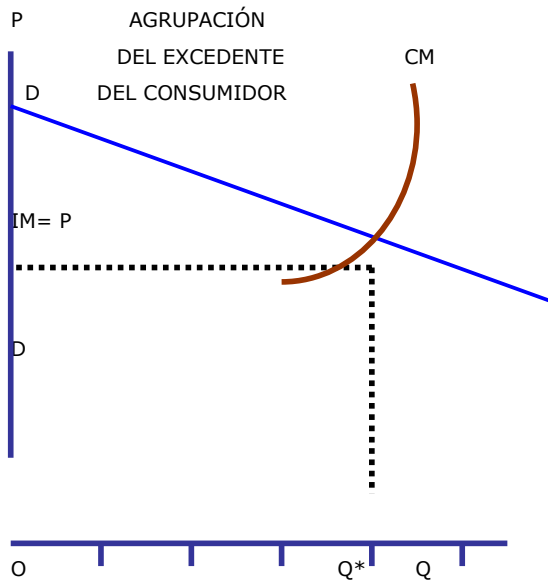
Respecto a los tipos de discriminación de precios, son los siguientes:

1- DISCRIMINACIÓN DE PRIMER GRADO: Implica que el vendedor de un bien o servicio pueda vender cada unidad a cada comprador a un precio distinto. Es denominada también como discriminación perfecta.

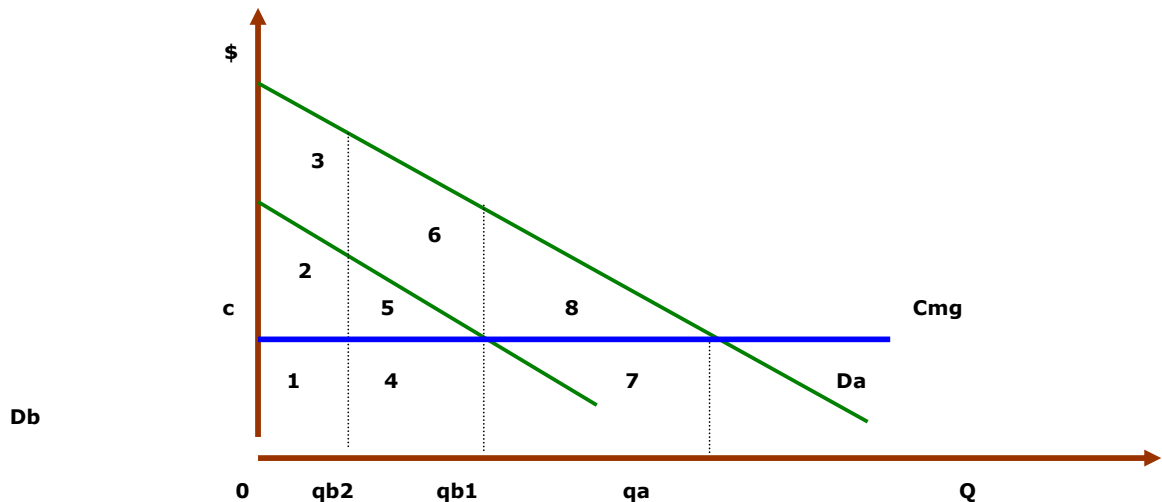
2- DISCRIMINACIÓN DE SEGUNDO GRADO: Implica que el vendedor pueda discriminar entre las unidades que le vende al mismo comprador pero no puede discriminar directamente entre compradores. Es denominada como discriminación voluntaria.

3- DISCRIMINACIÓN DE TERCER GRADO: Es aquella en la cual el vendedor puede discriminar entre compradores o grupos de compradores pero no entre las unidades vendidas a cada comprador. Es denominada como discriminación simple.

En el grafico siguiente observaremos una discriminación de precios perfecta que practica el monopolista, apropiándose del excedente del consumidor resultante de la curva de demanda; la maximización del beneficio se alcanza cuando la producción se expande hasta que el precio pagado por la última (Q^*) es igual al costo marginal.



Otra de las situaciones contempladas es el caso de la discriminación de primero y segundo grados en donde COLOMA hace una 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). Lo visualizamos gráficamente en el siguiente esquema.



GERMAN COLOMA hace mención de una discriminación simple, la cual se configura en una situación en donde 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 que debe, por ende, limitarse a emplear un único precio para cada segmento en que divide el mercado. Es habitual este tipo de discriminación en aquellos 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 este tipo de situaciones, la empresa vendedora trata de aprovechar al discriminar precios la distinta sensibilidad de la demanda en cada segmento, percibiendo valores superiores en los sub-mercados menos sensibles a los cambios de precios y valores menores en los sub-mercados más sensibles.

II. a) EFECTOS DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS SOBRE EL INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.

Antes de mencionar los efectos que provoca la discriminación de precios sobre el interés económico general, debemos definir al mismo; desde el punto de vista económico, el interés económico general está ligado al excedente total que genera una sociedad, dadas ciertas condiciones de costos, información y asignación de recursos. Maximizar el interés general en este enfoque es maximizar el excedente potencial y ello se logra a través de la corrección de los factores que limitan la competencia. Este análisis es de equilibrio general dado que considera la totalidad de mercados que presenta la economía. [8]

Los efectos que provoca la discriminación de precios sobre el interés económico general es un tema controvertido. Uno de los motivos por el cual se cuestiona a la discriminación de precios tiene que ver con el hecho de que da una señal de la existencia de poder de mercado. Es decir, que el poder de mercado es una de las condiciones necesarias para poder discriminar precios.

Uno de los problemas que plantea 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. El problema se suscita por el hecho de que la discriminación va a ser siempre más beneficiosa para el vendedor y suele beneficiar a ciertos grupos de compradores en tanto que estarían en una situación menos ventajosa para otros



grupos de compradores que abonan precios más elevados que los que pagarán de no existir discriminación. [9]

Si al interés económico general lo medimos a través del "excedente total de los agentes económicos" involucrados, la discriminación tiene 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 lado hace que en general los compradores abonen precios marginales diferentes y que por lo tanto no todas las unidades vayan a los compradores que las valoran relativamente más. [10]

Una variable vinculada con el excedente total de los agentes económicos es el volumen total comerciado en el mercado, siendo la regla general que cuanto mayor es el volumen total, mayor es el excedente. En este sentido una prueba del efecto de la discriminación de precios sobre el interés económico general es analizar dicha cantidad en situaciones con y sin discriminación. Este criterio nos 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. Dicha capacidad es 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. [11]

III- LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS COMO CONDUCTA EXCLUSORIA.

Dentro del análisis jurídico de la discriminación de precios, existen algunos casos en virtud de los cuales esta conducta ha sido denunciada como un instrumento para excluir competidores; para que la discriminación de precios sea considerada como 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 este caso el origen de la 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.

Si consideramos que la discriminación de precios es una conducta cuyo fin es excluir a competidores, constituye lo que la doctrina jurídica denomina como "daño primario", que es aquel 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 cobra en los otros mercados que abastece. Es que 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.

Un ejemplo de 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". [11.a]

Cuando la discriminación de precios afecta a los compradores de un bien se transformaría en un "daño secundario", dado que, en este caso, quien resulta afectado es el grupo de compradores que termina pagando precios más elevados. El caso típico se da en la lesión a la competencia entre los compradores; 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.

IV- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS.

En este punto analizaremos cuál fue la evolución histórica de la discriminación de precios en los distintos países y el tratamiento de la doctrina jurídica en el tema.



1- ESTADOS UNIDOS:

La actividad antitrust tiene una larga historia que comienza a fines del siglo XIX, fundamentándose su legislación en tres fuentes distintas: la legislación (Acts) surgida del Congreso; los fallos de los jueces que sientan jurisprudencia al respecto (Common Law); la Ley Sherman de 1890 la cual condena "per se" tanto el acuerdo de precios como el dominio de mercado.

La discriminación de precios ha sido tratada en los EE.UU. y tiene como antecedente a la Ley Robinson-Patman sancionada en el año 1936, que modifica el artículo 2 de la Ley Clayton, estableciendo algunas particularidades de importancia; dicha ley establece la prohibición de la discriminación de precios en mercados de bienes tangibles cuando dicha discriminación involucre a productos de similar grado y calidad. La Ley Robinson-Patman en su artículo 2 cuenta con seis incisos en los cuales enuncia que es ilegal que cualquier persona que ejerza el comercio, en el curso de dicha actividad, discrimine precios entre diferentes compradores de bienes del mismo tipo y calidad cuando alguno de dichos compradores ejerza el comercio, agregando, además, cuando el efecto de dicha discriminación sea reducir sustancialmente la competencia o tender a crear monopolio.

Los seis incisos de la Ley Robinson-Patman son los siguientes:

- 1- Enuncia la definición general de la conducta prohibida y las posibles defensas que el vendedor puede invocar para justificar sus prácticas comerciales.
- 2- Establece que una vez probada la existencia de diferencia de precios, es el vendedor quien debe justificar dichas diferencias.
- 3- Prohíbe el pago de comisiones por ventas a un comprador o a un agente o representante de un comprador.
- 4- Establece que las mismas deben estar disponibles también para quienes compitan con el comprador beneficiado.



5- Extiende la prohibición del inciso anterior a otras compensaciones indirectas ofrecidas de manera discriminatoria a un comprador en perjuicio de otros.

6- Prohíbe que un comprador induzca o acepte las discriminaciones sancionadas en los incisos anteriores.

La ley Robinson-Patman pone la carga de la prueba sobre el vendedor una vez comprobada una diferencia de precios, la cual se interpretaría que tiene una aplicación rígida aun en aquella situación en donde el interés económico general no se haya afectado. La Ley Robinson-Patman establece tres excepciones frente a esta situación:

1- El cambio en las condiciones de mercado en el cual justifique las diferencias de precios entre distintos momentos del tiempo.

2- Las diferencias en el costo de provisión de las distintas unidades.

3- Las reducciones de precios destinadas a igualar los precios cobrados por los competidores.

En cuanto a la aplicación de la Ley Robinson-Patman a casos referidos a la discriminación de precios, son los siguientes:

a- UTAH PIE c/CONTINENTAL BAKING y otros: El caso es de 1967 y trata sobre el productor local de postres helados del estado de UTAH (UTA PIE) que realizó una denuncia a tres productores nacionales (Continental Baking, Pet Milk y Carnation Company) que ingresaron a competir en el mencionado estado a precios más bajos que los que cobraban en otros puntos del país. 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. Finalmente, se comprobó que la diferencia de precios 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.



b- COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO c/MORTON SALT: Este caso es de 1948 y trató sobre el productor de sal de mesa que fue condenado por aplicar un esquema de discriminación de segundo grado que beneficiaba a sus clientes más importantes. El productor denunciado manifestó 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. La Corte desestimó los argumentos manifestados por el productor denunciado, diciendo que los descuentos ofrecidos estaban teórica pero no "funcionalmente disponibles" para los compradores más pequeños 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.

c- EE.UU. c/BORDEN y BOWMAN: El caso es de 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.

2- UNION EUROPEA.

El antecedente más importante es el Tratado de Roma de 1957, en donde aparece mencionada la discriminación de precios en el artículo 85 inc. d) y en el artículo 86 inc. c). En el primero de ellos se refiere a las conductas concertadas entre competidores para aplicar en relación con clientes comerciales, condiciones desiguales para operaciones equivalentes; en el artículo 86, inciso c, hace referencia a las mismas conductas pero en un contexto en el cual se está en presencia de un abuso de posición dominante.

WAELEBROECK dice que el principio de "no discriminación" es uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta la Comunidad Europea. [12]



Respecto a la jurisprudencia comunitaria, las decisiones de la Comisión Europea y sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad que abordan la conducta del establecimiento de precios discriminatorios se basan en que dichas prácticas sean llevadas a cabo como un acto de abuso de posición dominante de los contemplados por el art. 82 del Tratado CE.

Uno de los casos es el de "COMISIÓN EUROPEA c/UNITED BRANDS de 1976, en el cual la discriminación no afectaba la competencia entre compradores sino que incidía sobre el excedente de los consumidores finales. En este caso se sancionó a un productor de bananas con posición dominante en el mercado 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. El efecto de esta conducta era encarecer relativamente las bananas en algunos países, afectando directamente a los consumidores finales que pagaban los precios más altos. La comisión entendió que dicha empresa discriminaba al aplicar diferentes precios a sus distribuidores para Europa que estaban situados en los puertos de Rotterdam y Bremerhaven, según cual fuera el destino de sus productos. En esta sentencia se hace un análisis de las políticas de empresas, estableciéndose la norma de interpretación para los casos de discriminación. [13]

La valoración de la doctrina ha sido negativa respecto a la posición adoptada por el Tribunal. Se ha criticado la falta de seguridad jurídica a la que se enfrentan las empresas en sus políticas de precios ya que "no esta absolutamente claro, tomando como referencia los términos de esta decisión del Tribunal, hasta qué punto una compañía puede, en su política de precios, tener en cuenta las fuerzas de oferta y demanda. [14]

En el caso ALPHA FLIGHT SERVICES c/AEROPORTS de PARIS, se resolvió que AEROPORTS de PARIS, sirviéndose de una posición dominante, había impuesto cánones comerciales discriminatorios en los aeropuertos de Orly y de Roissy-Charles de Gaulle a los agentes y usuarios que ejercen servicios de asistencia en tierra. [15]



Otro de los casos, IIMAILULAITOS / LUFTFARTSVERKERT AEROPUERTOS PORTUGUESES contra empresas públicas que gestionan los aeropuertos fineses y portugueses, respectivamente, por imponer sistemas de descuentos discriminatorios sobre cánones de aterrizaje. [16]

El caso COMISIÓN EUROPEA c/LA ROCHE es de 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. La sentencia hizo referencia a que los reintegros por lealtad provocaban que diferentes compradores pagaran distintos precios por la misma cantidad del mismo producto. La doctrina ha manifestado que, en vez de prohibir la discriminación de precios sólo cuando tiene efecto de dejar a una de las partes en situación de desventaja comparativa, ni la decisión de UNITED BRANDS ni la decisión de HOFFMAN-LA ROCHE prestan atención a esta cuestión y que el enfoque del Tribunal revela una vez más que el objetivo principal de las autoridades comunitarias en materia de antitrust es proteger la expansión de los pequeños comerciantes a costa de los grandes, en vez de favorecer el crecimiento de los eficientes a costa de los menos eficientes. [17]

3- AMERICA LATINA.

En América Latina la política de defensa de la competencia tiene un desarrollo promisorio aunque disparejo. El origen de la política de defensa de la competencia en la región esta emparentada con los procesos de transformación macroeconómica acaecidos en los últimos años. La apertura comercial, la desregulación económica, las privatizaciones llevadas a cabo en América Latina han motivado la necesidad de contar con estructuras normativas que regulen la evolución de los actores en los distintos mercados sin infringir la condición de libertad decisoria. Nace a partir de la década del '90 en casi todos los países de la región con excepción de Chile, que cuenta con antecedentes de las décadas del '70 y '80. [18]

Las referencias a la discriminación de precios en las legislaciones antitrust de los países del MERCOSUR siguen las pautas establecidas por las normas europeas. El Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR firmado en Fortaleza en 1996 incluye el inc. VII de su artículo 6 una cláusula idéntica al inc. c) del Tratado



de Roma. La ley brasileña 8884 de 1994 menciona como práctica anticompetitiva en su Art. 21 inc. 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".

En materia de jurisprudencia, la discriminación de precios no ha sido sancionada de manera significativa en materia de casos antitrust brasileños. Un ejemplo es el caso ORIENTAL del PARANA c/PETROQUÍMICA TRIUNFO, de 1988, en donde 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 otro caso, SEARA c/ICI, de 1993, 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.

V- EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS EN LA ARGENTINA.

Según JULIÁN PENA en nuestro país, la defensa de la competencia ha tenido mayor auge en los últimos tiempos; no obstante, agrega el autor, que se ha ido forjando un régimen de defensa de la competencia que ha ido desarrollando una vasta jurisprudencia, tanto en el tema del análisis de las conductas de los mercados como en el análisis preventivo de las estructuras de mercado a través del régimen de control previo de concentraciones económicas. [19]

Desde 1923 la Argentina cuenta con una legislación en materia antimonopólica; la primera de ellas fue la ley 11210 de "Represión de Monopolios", que se caracterizó por su falta de precisión en la tipificación resultando inaplicable. Posteriormente fue modificada en el año 1946 por la Ley 12906, la cual introdujo ciertas mejoras; en el año 1980 se sanciona la ley 22262 de Defensa de la Competencia y adopta la regla de la razón por la cual no se penalizan las conductas "per se" ya que en cada caso se debe probar la existencia de un perjuicio al interés económico general. La ley introduce conductas europeas como el abuso de posición dominante. [20]



Finalmente en 1999 se sanciona la ley 25156, que fue promulgada con observaciones parciales a través del decreto N° 1019 el 16 de septiembre de 1999 y publicada el 20 de septiembre de 1999 en el Boletín Oficial. Esta ley fue modificada por medio del decreto N° 396 que fue publicado en el Boletín Oficial el 5 de abril de 2001.

En materia de discriminación de precios, la ley 22262 de 1980 hace mención de la misma en el inciso h) del artículo 41 el cual tipifica como delito a la práctica que implica "imponer, mediante acciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos comerciales". CABANELLAS expresa que "si bien este inciso esta limitado a casos en los cuales existe concertación entre los vendedores que establecen condiciones discriminatorias o entre los compradores que se favorecen con ellas, 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 22262". [21]

En la ley 25156 la discriminación de precios aparece en el inciso k) del artículo 2; Coloma considera que su redacción es idéntica a la del inciso h) de la ley 22262, pero la diferencia principal entre ambas es que en la nueva ley 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.

V- 1) DOS CASOS DE IMPORTANCIA: AMFIN c/ARGEA Y CNC c/YPF

El caso AMFIN c/ ARGEA fue uno de los más importantes que resolvió la CNDC de Argentina ya que fue la evaluación que luciera este organismo de la conducta denunciada a la luz de la regla de la razón. JORGE BOGO al comentar el caso, expresa que esta conducta consistió en el otorgamiento por parte de Clarín de descuentos del orden del 15% a los anunciantes que se avinieran de un compromiso de exclusividad durante quince días en otros medios gráficos. El autor agrega que el dictamen de la CNDC sobre la que el Secretario de Industria,



Comercio y Minería, basó una orden de cese de conducta y consideró que esa política implicaba un riesgo no materializado de exclusión y una barrera a la entrada de nuevos competidores que cabía juzgar a la luz de la posición dominante de Clarín en la publicidad gráfica. [22]

El dictamen de la minoría de la CNDC consideró que la práctica no era anticompetitiva; sin embargo la mayoría de la CNDC emitió una opinión contraria expresando que no había materialización por cuanto no existían evidencias que permitieran atribuir a las modificaciones de las participaciones del mercado y las quiebras ocurridas durante el lapso de aplicación de la política de descuentos.

La Cámara de la Capital Federal (Penal Económico) revirtió la resolución del Secretario de Industria, Comercio y Minería en el caso, basándose en que la política no había alterado los resultados del mercado. La base del dictamen de la mayoría de la CNDC fue la doctrina europea sobre abuso de posición dominante que citó y adoptó expresamente.

La CNDC encara el análisis para establecer la correspondencia de los supuestos definitorios de la conducta con el caso en cuestión. Para ello procedió a definir:

- 1- Cuál era el mercado relevante.
- 2- Si Clarín ocupaba una posición dominante en ese mercado.
- 3- Si la práctica comercial había configurado un abuso.
- 4- Si eso afectaba al interés económico general.

En su dictamen, la CNDC consideró que el mercado relevante era el de la publicidad en los medios gráficos de circulación nacional para lo cual tomaron en cuenta tres aspectos:

- a- Las opiniones de las agencias publicitarias sobre el grado de sustituibilidad de los distintos medios publicitarios.



b- Se consideró que la misma conducta denunciada permitía definir a los competidores y por lo tanto al mercado, ya que circunscribía la condición de exclusividad solamente a los medios gráficos.

Los aspectos mencionados nada influyeron en el fallo de la CPE. No obstante, Clarín alegó que la posición dominante no estaba probada y que el dictamen de la minoría estimó el mercado relevante de manera distinta. La CPE sostuvo en su resolución, "que los consumidores no compran un diario por la publicidad, sino por su contenido informativo, para refutar el argumento de la CNDC de que algunos consumidores podrían verse obligados a comprar dos diarios para no privarse de ambos contenidos. Si bien es cierto, que el motivo principal de la compra de los diarios es la información, no puede afirmarse que la publicidad carezca de interés para los consumidores, sobre todo si consideramos que entre las categorías de avisos sobre los que Clarín efectuaba descuentos, se contaban los avisos clasificados".

Uno de los perjuicios al bienestar o interés económico general se refiere al diario que a largo plazo puede ocasionar esta política de restricción de la competencia a las finanzas de los competidores de Clarín. Este es el punto más delicado ya que el dictamen de la CNDC reconoce que luego de haberse aplicado esta política durante años, los cambios observados en las participaciones de mercado y en la situación financiera de los diarios no tienen una relación causal con ella. No se había ocasionado en consecuencia, un daño al funcionamiento del mercado. Es aquí donde surge la discrepancia ya que la CPE sostiene que, si no se lo produjo, no hay razón para presumir que pueda producirlo; la CNDC dijo lo contrario, basándose en la posición dominante de Clarín.

El dictamen de la mayoría de la CNDC se fundamentó en que se trataba de una política potencialmente exclusoria que luego de un análisis detallado no podía justificarse por las usuales razones de eficiencia. Si el argumento anterior se pusiera en términos más rigurosos, cabría decir que la posibilidad de exclusión existe (posición de la CNDC) pero que la probabilidad es cero (posición de la Cámara).



La CNDC consideró que la prudencia aconsejaba ordenar el cese, aunque sin imponer multa alguna a Clarín por aplicación de la regla de la razón. BOGO comenta al respecto que una de las razones no consideradas por el fallo de la CPE fue que se limitó a la posibilidad de exclusión de competidores del mercado, el primero y más importante se refiere al carácter de barrera a la entrada al mercado periodístico de la práctica.

Por último, otro de los puntos no considerados por la CPE se refiere al objetivo perseguido por la política y en particular a las ganancias de eficiencia a las que se aludió antes, que podrían justificar este tipo de contratos de exclusividad.

El otro caso es CNDC c/YPF. El mismo fue iniciado de oficio luego de que la CNDC realizara un estudio previo, referente al mercado mayorista de gas licuado de petróleo (GLP) y constatará cambios muy significativos en los niveles de precios de dicho producto luego de que 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 con la adquisición por parte de YPF 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.

La etapa administrativa culmina con una sanción del Secretario de Industria y Comercio a YPF que sentó 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. Esto 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 comercial sustancial por parte de empresas equivalentes. En el mencionado mercado, 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.

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 elevado que el de la exportación y como la pérdida de excedente total originada en la reducción del volumen comercializado internamente. Como dice COLOMA 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 debía tener al de su paridad de exportación”

La discriminación de precios fue considerada como un abuso de posición dominante entendiendo que su objetivo era restringir la oferta doméstica de GLP con el objeto de elevar el precio interno a costa de reducir el excedente de los consumidores del producto; por último, la aplicación de esta sanción provocó 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. YPF invocó que su conducta de discriminación de precios era común a virtualmente todos los sectores industriales exportadores argentinos y que constituía el modo normal en el cual funcionan los mercados en la Argentina. El otro argumento de YPF era el proveniente de la jurisprudencia comparada norteamericana en la cual las sanciones por discriminación de precios sólo aparecen en casos de conductas exclusorias.

VI- CONSIDERACIONES FINALES.

De acuerdo a lo expuesto en el presente análisis hemos arribado a las siguientes consideraciones finales:

1- La discriminación de precios es una práctica comercial que implica vender unidades similares de un bien o servicio a diferentes precios.

2- Dicha discriminación de precios no puede ser confundida con la diferenciación de precios, ya que el mismo tiene lugar cuando existen diferencias en los precios de un bien que reflejan diferencias en sus costos; en tanto que la discriminación de precios consiste en fijar diferentes precios a diferentes consumidores por un mismo bien por razones que no están relacionadas con diferencias en los costos de producir el bien.



3- Los efectos que provoca la discriminación de precios sobre el interés económico general fueron controvertidos, dado que se cuestionaba si la discriminación de precios tiene que ver con el hecho que da una señal de la existencia de poder de mercado.

4- La discriminación de precios ha mostrado una evolución importante a través del tiempo en los distintos países tanto en EE.UU. como en AMERICA LATINA en donde se han sentado precedentes de importancia en materia de jurisprudencia.

5- Nuestro país, tuvo su primera ley de antimonopolio con la Nº 11210 hasta 1980, en donde se sanciona la ley 22262 de Defensa de la Competencia, modificada luego por la ley 25156.

6- Dos casos han sido de importancia en materia de jurisprudencia, los cuales han sentado precedentes en nuestra doctrina como el caso Amfin c/Agea y el caso CNDC c/YPF. Ambos presentaron dificultades y contrariedades en sus resoluciones tanto la CNDC como la CPE (Cámara en lo Penal Económico), las mismas expuestas en le presente trabajo.

(*) Jefa de trabajos prácticos de la cátedra de Análisis Económico y Financiero de la Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho.

1- Coloma, Germán: "Defensa de la Competencia". Editorial Ciudad Argentina.

2- Paredes, Ricardo: "Costos de transacción y jurisprudencia antimonopolios". (www.cepchile.cl/dms/archivo.)

3- Andrade Castro, Jesús y Cordova, Evelyn: "Discriminación de precios y competencia imperfecta en los mercados electrónicos". Revista Venezolana de Gerencia. (RVG) (www.arg.luz.ve). Universidad de Zulvia. ISSN 1315-9984.

4- Millen y Merviers. (1999)

5- Katz y Rosen. (1995)

6-Pigou, A. (1946). "La economía del bienestar". Editorial Aguilar. Madrid, España.



- 7- Fernández Diez Estella: "Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones. Publicado en la Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea Nro. 208. Marzo/ abril 2000, pags.77 a 94. (www.nebrija.com)
- 8-Celani, Marcelo y Stanley Leonardo: "Definición de interés económico general". Política de Competencia". Santiago de Chile, octubre de 2003. (www.eclac.cl/publicaciones)
- 9- Coloma, G. op.cit.
- 10- Coloma, G. op. cit.
- 11- Coloma, G. op. Cit.
- 12- Wallbroeck, M.: "Price discrimination and rebate policies under EU Competition Law. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute. 1995, pág. 149.
- 13- United Brands v. E.C Commission. Caso 27/76 (1978) E.C.R..207.
- 14- Godyer, DG. EC Competition Law. 2 Ed. Clarendon Press. Oxford 1993, pág. 354.
- 15- Decisión 98 /513/CE de la Comisión 11 de junio 1998.
- 16- Decisión de la Comisión en el asunto IV /35703 DE 10.11.99.
- 17- Hoffman – La Roche. U. EC. Comisión – Caso 85/76 (1979) ECR. p.504
- 18- Celani – Stanley. op.cit.
- 19- Pena, Julián: "La defensa de la Competencia en la Argentina". Boletín Latinoamericano de Competencia.
- 20- ADLA, 1920–140, 110. Ver O'Farrell, Jorge, "El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la Competencia en 1986".
- 21- Cabanellas, Guillermo: "Derecho antimonopólico de la Competencia". Heliasta, Buenos Aires.
- 22- Bogo, Jorge: "Caso Amfin c/Agea. Discrepancias en la instancia administrativa y en la judicial". Boletín Latinoamericano de Competencia. ♠