

FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

**PRECIOS
PREDATORIOS
Y DERECHO
ANTITRUST**

Estudio comparado
de los ordenamientos
estadounidense, comunitario
y español

PRÓLOGO DE JOSÉ A. GÓMEZ SEGADE

MP

- ICE
ICLQ
JL & Econ.
J. Pol. Econ.
J. Reprints
LCD
LDC
LIEI
LQRev.
LT
Mich. LRev.
Minn. LRev.
NDLRev.
NLJ
NWULRev.
NYULRev.
OCDE
PEE
Q/Econ.
RDC
RDM
RGD
RJE
RJC
S. Cal. LRev.
STS
STC
St. John's LRev.
Suffolk ULRev.
SWLJ
TDC
Tex. LRev.
Tex. Tech. LRev.
TICE
U. Chi. LRev.
UCLA LRev.
U. Mi. LRev.
U. Pa. LRev.
U. Tol. LRev.
Va. LRev.
W. & M. LRev.
Yale LJ
- Información Comercial Española.
International and Comparative Law Quarterly.
Journal of Law and Economics.
Journal of Political Economy.
Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics.
Ley de Competencia Desleal.
Ley de Defensa de la Competencia.
Legal Issues of European Integration.
Law Quarterly Review.
Legal Times.
Michigan Law Review.
Minnesota Law Review.
Notre Dame Law Review.
New Law Journal.
Northwestern University Law Review.
New York University Law Review.
Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
Papeles de Economía Española.
Quarterly Journal of Economics.
Rivista di Diritto Commerciale.
Revista de Derecho Mercantil.
Revista General del Derecho.
Revista de Instituciones Europeas.
Revista Jurídica de Cataluña.
Southern California Law Review.
Sentencia del Tribunal Supremo.
Sentencia del Tribunal Constitucional.
St. John's Law Review.
Suffolk University Law Review.
Southwestern Law Journal.
Tribunal de Defensa de la Competencia.
Texas Law Review.
Texas Tech. Law Review.
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
University of Chicago Law Review.
UCLA Law Review.
University of Miami Law Review.
University of Pennsylvania Law Review.
University of Toledo Law Review.
Vanderbilt Law Review.
William and Mary Law Review.
Yale Law Journal.

INTRODUCCIÓN

1. ECONOMÍA DE MERCADO Y LIBRE COMPETENCIA

Pocos mensajes se han difundido en los últimos años con la insistencia de los que han sonado en favor de la economía de mercado. En efecto, los informes anuales del FMI y de la OCDE han reiterado la necesidad de que los Estados organicen su economía concediendo más protagonismo y poder a los mandatos impersonales y flexibles del mercado¹. El sistema económico de mercado, lejos de llegar a la situación de agotamiento y de autodestrucción que numerosos economistas han venido vaticinando a lo largo de este siglo², se fortalece cada vez más. Así, en los países occidentales son cada vez más frecuentes las medidas de desregulación y de privatización, mientras que los países del este de Europa abandonan sus economías planificadas para lanzarse al juego del mercado.

No se debe caer en el error de confundir la economía de mercado, tal y como se entiende en la actualidad, con la economía liberal típica del siglo XIX a pesar de que ésta sea, en gran medida, tributaria de ella. La economía de mercado constituye un orden económico, un principio organizador que es susceptible de múltiples variaciones³ en el que tienen cabida desde el liberalismo más radical hasta la economía social de mercado. Lo que distingue y caracteriza a la eco-

¹ En este sentido, vid. PEE, núm. 7, 1981, editorial, pp. 5 ss.

² Entre éstos hay que destacar, como es evidente, a los representantes del pensamiento liberal y neomarxista, pero no sólo a ellos. Así, autores como Schumpeter o el mismo Hayek han que la economía de mercado no pudiera mantenerse a la larga frente al desarrollo de políticas económicas fuertemente intervencionistas. Vid. KARTTE, «Economía de mercado y competencia», en *Leyes sobre la competencia. Materiales sobre política y sociedad en la República de Alemania*, Bonn, 1990, pp. 4-5.

³ Esta concepción de la economía de mercado la tomamos de MÜLLER-ARMACK, *Economía de mercado y economía de mercado*, Madrid, 1963, pp. 219.

nomía de mercado es la orientación de todos los procesos económicos hacia el consumo, que es el encargado de transmitir a los productores las directrices a seguir mediante valoraciones expresadas en los precios⁴.

A la economía de mercado se opone la economía dirigida⁵, en la que el libre juego de la oferta y la demanda es sustituido, en su calidad de principio informador de la producción, por directrices emanadas del Estado. En realidad, el éxito de la economía de mercado está motivado, además de por sus propias virtudes, por el fracaso de quienes pretendieron implantar sistemas de economía dirigida⁶.

Hay que reconocer que la economía de mercado, al estar orientada primariamente a la satisfacción de las necesidades de los consumidores, es la que tiende de un modo más intenso a su bienestar. Además, éstos juegan un papel preponderante, pues son quienes, con sus decisiones de consumo, sirven de guía a los productores. El sistema funciona mediante la libre interacción en el mercado de las fuerzas de la oferta y la demanda. La relación de estas fuerzas en cada momento determina un nivel de precios que, a su vez, reorienta las decisiones de consumo y producción. De esta forma, se produce una adaptación casi automática a cada cambio de las circunstancias del mercado, y es, sin duda, esta flexibilidad una de las principales virtudes de la economía de mercado.

Ahora bien, la economía de mercado se apoya en unos elementos básicos que, si fallan, pueden colapsar a todo el sistema. De estos elementos vamos a destacar dos que, además, están íntimamente relacionados entre sí: la libre competencia y los precios.

La libre competencia es el auténtico motor de la economía de mercado. En un sistema competitivo se estimula la voluntad de trabajo a la vez que los intereses individuales se despliegan en dirección a la satisfacción de tareas de utilidad general. Gracias a la competencia, los consumidores son abastecidos de todas las mercancías imaginables en la cantidad y calidad deseadas bajo los precios más ventajosos; los ofertantes reciben estímulos constantes para que mejoren una y otra vez sus productos y procedimientos de fabricación y los ingresos

⁴ MÜLLER-ARMACK, ob. cit., p. 134.

⁵ La oposición entre economía de mercado y economía dirigida en los términos que aquí empleamos es característica de los autores de la escuela de Friburgo. Vid. MÜLLER-ARMACK, ob. cit., pp. 132 ss. En España es recogida, entre otros, por FERNÁNDEZ NOVOA, «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», *RDM*, núm. 95, 1965, pp. 7 ss., reproducido también en *Estudios de derecho de la publicidad*, Santiago, 1989.

⁶ Afirma MÜLLER-ARMACK, ob. cit., p. 132, que «la economía dirigida significa sociológicamente, según las experiencias hasta la fecha, la concentración de un aparato de poder económico en las manos del Estado, aparato que aunque, en principio, pudiera haber sido concebido para proteger los intereses del consumidor, en la realidad presentó siempre un signo totalmente distinto, subordinando las fuerzas económicas al Estado».

se miden con arreglo al valor que adquieren en el mercado las respectivas prestaciones según enjuiciamiento de los consumidores⁷.

El otro elemento al que se va a hacer referencia son los precios. Los economistas definen el precio como el valor de un bien expresado en dinero⁸. Si la competencia impulsa a la economía de mercado, se puede decir que, en cierto modo, los precios la dirigen, al coordinar las decisiones de los productores y los consumidores en el mercado.

Para que la economía de mercado pueda alcanzar sus fines, es preciso que se garantice la libre fijación de precios en un entorno competitivo. Sin libre fijación de precios, la competencia se torna casi imposible. Sin competencia, los precios dejan de ser un indicador real para convertirse en un instrumento arbitrario. Evidentemente, también en las economías planificadas el precio indica el valor de cambio de un determinado bien, pero en este caso, al no reflejar el resultado de la interacción entre la demanda y una oferta libre, no permite orientar a los participantes en el mercado hacia una asignación óptima de los recursos y tiene que ser sustituido por el Estado en esta función.

En este trabajo se va a partir de la base de que los sujetos cuya conducta se analiza, es decir, las empresas, se mueven en un entorno general competitivo configurado por la economía de mercado. En este sentido se sigue la línea de los autores que manejan un concepto de empresa incompatible con la economía dirigida⁹. Además la Constitución española, en su art. 38 garantiza la libre empresa en el marco de la economía de mercado¹⁰, y, aunque sin afirmarlo de forma expresa,

⁷ KARTTE, ob. cit., p. 6.

⁸ Vid. P. SAMUELSON, *Economía*, 14.ª ed., Madrid, 1993, p. 44. STIGLITZ, ob. cit., p. 105, considera que el precio es lo que se da a cambio de un bien o servicio.

⁹ Por ejemplo, FERNÁNDEZ NOVOA, *RDM*, núm. 95, 1965, p. 28. Este autor define la empresa como una organización independiente que produce o distribuye bienes y servicios para el mercado y concluye que la empresa así concebida es del todo incompatible con un sistema de economía dirigida.

¹⁰ Frente a quienes como SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema económico de la Constitución*, Madrid, 1992, p. 42, interpretan este precepto con una excesiva generalidad al considerar que permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada, por lo menos a través de una planificación indicativa, somos de la opinión de que el artículo 38 admite aquellas modalidades de organización económica que quepan en el ámbito de la economía de mercado y que, por el lado del intervencionismo, pueden tener su límite en la llamada economía social de mercado.

En este sentido, son especialmente acertadas las reflexiones de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Acerca de la economía pública y actividad económica privada en la Constitución Española», *RDM*, pp. 309-341, p. 316. Para este autor, «la interpretación del artículo 38 exige distinguir entre sistema y modelo. La Constitución española ha constitucionalizado un sistema, pero no un modelo. El sistema constitucionalizado es el de economía de mercado. El modelo constitucionalizado es el de economía social de mercado, por virtud del cual se reconoce la libertad de empresa... y, en definitiva, la libertad de competencia en el marco de las exigencias del Estado social. El sistema de economía de mercado del Estado social se opone al sistema colectivizado o de planificación central... como al sistema del capitalismo clásico». Posteriormente este mismo autor que la libre empresa que consagra la Constitución

también el tratado de Roma asienta sus bases en los principios de la economía de mercado ¹¹.

II. LIBRE COMPETENCIA Y DERECHO ANTITRUST EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA DE MERCADO

Las leyes que rigen el mercado tienen fallos e imperfecciones que pueden llegar a viciar todo el sistema y a ocasionar su fracaso si no son corregidas a tiempo. La competencia, como elemento configurador de la economía de mercado, no se ve libre de estos fallos que la llevan a su autodestrucción si no se interviene de forma adecuada. La competencia no es sino una lucha por el mercado y por los beneficios ¹². Lo que mueve a la competencia es un interés egoísta por obtener cada vez mayores beneficios, pero las empresas ven obstaculizada la consecución de este objetivo por la competencia de las restantes empresas, lo que determina que los incentivos para limitar o suprimir la competencia sean muy fuertes. Es ya un lugar común la afirmación de que la competencia lleva en sí misma el germen de su autodestrucción ¹³.

La competencia perfecta a la que se referían los economistas clásicos, caracterizada como la situación en la que ninguno de los productores puede influir sobre el precio, se ha quedado reducida en la actualidad a poco más que un simple modelo teórico. Los mercados en los que el número de productores y de consumidores es tan elevado y el producto tan homogéneo que ningún sujeto puede influir en el precio son muy escasos ¹⁴. En ellos, los productores pueden vender

no puede realizarse en otro marco que no sea la economía de mercado, es decir, en un marco de competencia económica entre los sujetos que operan en el lugar de encuentro de la oferta y la demanda.

¹¹ En este sentido, *vid.* CONSTANTINESCO, «La Constitution économique de la CEE», *RTDE*, 1977, p. 244.

¹² Aceptamos la noción de competencia que con abundantes citas a la doctrina alemana emplean CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA («Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación», *RGD*, núm. 583, de abril de 1993, pp. 3379-3447, p. 3383-3). Para estos autores, la competencia es «la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause un perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado». Así concebida, la competencia exige tres principios básicos: el principio del mercado abierto, el principio de autonomía de la estrategia empresarial y el principio de soberanía del consumidor.

¹³ La expresión es de FERNÁNDEZ NÓVOA, *RDM*, núm. 95, 1965, p. 39.

¹⁴ Los economistas como SAMUELSON, *ob. cit.*, p. 49, suelen poner los mercados agrícolas como ejemplos de competencia perfecta. En ellos el número de productores y de consumidores es muy elevado y el producto muy homogéneo, pero, por lo menos en Europa, la intervención del Estado en estos mercados hace que tampoco se pueda hablar de competencia perfecta.

todas las unidades que deseen a un precio dado, por lo que sus decisiones se fundamentarán en los costes de la empresa ¹⁵. En un mercado de este tipo es muy improbable que una empresa o un grupo de empresas puedan llegar a restringir de forma seria la competencia.

Sin embargo, la realidad es muy distinta. Las condiciones necesarias para que haya competencia perfecta sólo se producen en contadas ocasiones, por lo que cada mercado suele encontrarse en alguna de las innumerables situaciones existentes entre el monopolio puro y la competencia perfecta. Por lo general las empresas venden productos bien diferenciados de los de sus competidores, lo que, unido a los efectos de una publicidad adecuada, les permite disfrutar de un cierto grado de lealtad por parte de los consumidores. Como consecuencia de esta lealtad, la empresa puede elevar sus precios por encima del nivel de equilibrio sin que ello se traduzca en una pérdida masiva de su volumen de negocios.

Esta situación, denominada de competencia monopolística, se caracteriza, por un lado, porque los productores disponen de un cierto poder de mercado respecto a productos diferenciados de los de sus rivales y, por el otro, porque la fidelidad de los consumidores hacia una determinada marca no es tan fuerte como para impedirles cambiarse a la de un competidor si los precios suben demasiado ¹⁶. Como es fácil deducir, el precio de equilibrio o, lo que es lo mismo, el precio al que la oferta y la demanda son iguales es más elevado cuando hay competencia monopolística que cuando hay competencia perfecta ¹⁷, ya que los productores disponen de un cierto margen para aumentar sus precios. No quiere ello decir que este modelo sea ineficiente, ya que a los consumidores puede compensarles pagar algo más a cambio de disponer de productos diferenciados.

De los estudios económicos se deduce que, a medida que la competencia disminuye en un mercado, al haber menor número de competidores y disponer éstos de mayor poder sobre los precios, el nivel de producción se tiende a reducir y los precios a aumentar ¹⁸. Además,

¹⁵ En este tipo de mercados las empresas producirán a un nivel en el que su coste marginal sea igual al precio de mercado. Conviene recordar que en competencia perfecta, las empresas enfrentan con una curva de demanda totalmente horizontal. Pueden vender todo lo que deseen al precio de mercado, pero la demanda desaparece en cuanto supera este precio. Esta razón, la decisión principal que tiene que adoptar el empresario es el número de unidades que va a producir, teniendo en cuenta sus costes, y a un precio que le viene dado.

¹⁶ *Vid.* WHISH, R., *Competition Law*, 2.ª ed., Londres, 1989.

¹⁷ Para una excelente explicación sobre la formación del precio de equilibrio en mercados de competencia monopolística *vid.* J. STIGLITZ, *Economía*, Madrid, 1993, pp. 461 ss. El primer que se ocupó con profundidad del comportamiento de las empresas cuando hay competencia monopolística fue E. CHAMBERLIN, que en 1933 publicó su libro *Teoría de la Competencia mono-*

¹⁸ Para un análisis sencillo sobre el nivel de producción y de precios en mercados con distintos grados de competencia *vid.*, entre otros, SAMUELSON, *ob. cit.*, y STIGLITZ, *ob. cit.*

cuanto menor es la competencia en un determinado mercado, más amenazada se ve por las posibles prácticas anticompetitivas que puedan desarrollar las empresas participantes en el mismo. Si bien es cierto que la competencia perfecta podría llegar a mantenerse por sí misma, no lo es menos que la competencia imperfecta, abandonada a una actitud de *laissez faire*, desembocaría inevitablemente en una situación de monopolio u oligopolio.

La misma libertad, que es el fundamento último de la economía de mercado¹⁹ y de la competencia, constituye también su principal amenaza. Para evitar el peligro de que los participantes en el mercado decidan utilizar su libertad de actuación para buscar beneficios fáciles y elevados por medios distintos de la competencia basada en los méritos empresariales, se hace imprescindible instaurar un sistema de normas protectoras de la libre competencia o, como precisa la más acreditada doctrina, de normas prohibitivas de las limitaciones de la libre competencia²⁰. Tras el nacimiento del Derecho *antitrust* la competencia deja de ser un derecho para convertirse en un deber²¹.

No se deben confundir las limitaciones de la competencia ocasionadas por la competencia misma con las que tienen su origen en una práctica expresamente destinada a tal fin. Las primeras son la esencia misma del sistema competitivo, el triunfo en el mercado de quien ofrece las mejores prestaciones, mientras que las segundas son la auténtica perversión del sistema y constituyen el objeto del Derecho *antitrust*. Éste se encuentra con la difícil función de intervenir para garantizar la libertad, pero sin que la intervención alcance tal dimensión que limite por sí misma esta libertad. El objeto de este trabajo lo constituye una de las prácticas en relación con la cual se aprecia con más claridad el posible efecto anticompetitivo de una aplicación excesiva del Derecho de la competencia.

El Derecho *antitrust* debe intentar que en cada mercado se alcance el mayor grado posible de competencia pero respetando sus peculiaridades. No quiere ello decir que se pretenda instaurar la competencia perfecta, algo que, por otro lado, sería completamente imposible. Hay que tener en cuenta que hay mercados que son monopolios naturales²² y otros cuya naturaleza es incompatible con la existencia

¹⁹ Adam Smith se refería a la economía de mercado como un «sistema sencillo y perceptible de libertad anual». A. SMITH, *An inquiry into nature and causes of the wealth of the nations*.

²⁰ FERNÁNDEZ NOVOA, *RDMA*, núm. 95, 1965, p. 39.

²¹ En este sentido, A. BEKOVITZ, «La competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 20, 1992, p. 1. Para el citado autor, esta regulación legal que impone el deber de competir se basa en la idea de que el sistema competitivo de economía de mercado es el más eficiente para la atribución de recursos económicos.

²² STRAUSS, ob. cit., se refiere acertadamente a la existencia de monopolios naturales. Éstos tienen lugar en mercados cuyas peculiaridades hacen imposible la existencia de un número elevado de productores.

de un gran número de productores. Pero, aunque se reconozcan las limitaciones de la teoría de la competencia perfecta, se debe buscar la situación más competitiva posible que sea viable en la práctica. Una estructura de competencia efectiva²³ tendrá efectos beneficiosos en la conducta y en las prestaciones de las empresas, por lo que se convierte en el objetivo a conseguir²⁴.

Para mantener un nivel de competencia efectiva, la rama de Derecho que aspire a protegerla debe afrontar cinco problemas básicos:

1. Evitar que las empresas realicen acuerdos que tengan por finalidad limitar la competencia.
2. Controlar los intentos de las empresas dominantes para abusar de su posición y así evitar el aumento de la competencia.
3. Asegurarse de que se mantiene un nivel de competencia efectivo en los mercados oligopolísticos.
4. Controlar los procesos de concentración empresarial que reduzcan en demasía la estructura competitiva del mercado.
5. Regular las ayudas públicas a las empresas para evitar que supongan una quiebra del principio de igualdad de competencia.

Distinto de la competencia efectiva es el concepto de *contestable competition*. Este término, de difícil traducción al castellano, resume una teoría que se va abriendo paso entre algunos economistas norteamericanos²⁵. Estos autores ponen especial énfasis en la posibilidad de que las empresas puedan entrar o salir del mercado sin necesidad de incurrir en gastos extraordinarios. Si el mercado está abierto a la entrada de aquellas empresas que vean en él una buena posibilidad de obtener beneficios, así como a la salida de quienes, por el contrario, no vean futuro en ese mercado, es como mejor se garantiza el man-

²³ El concepto de competencia efectiva o eficaz (*workable competition*) es una creación del economista norteamericano J. M. CLARK, quien en su artículo «Toward a concept of workable competition», *Am. Econ. Rev.*, núm. 30, 1940, pp. 241-256, afirmó que la competencia perfecta «ni existe, ni puede existir ni, probablemente, haya existido nunca». Para este autor, ciertas desviaciones del modelo de competencia perfecta no son tan perjudiciales a largo plazo como la supuesta y estableció unos criterios básicos para valorar la efectividad de la competencia existente en un determinado mercado. Sobre el tema vid. también F. M. SCHERER, *Industrial market structure and economic performance*, 2.ª ed., Boston, 1980, pp. 41 ss.

SCHERER, ob. cit., pp. 42-43, se refiere a los «criterios de efectividad» de la competencia. Allí, cita criterios estructurales como que el número de operadores económicos sea tan elevado como permitan las economías de escala o que no haya barreras artificiales a la movilidad y la entrada; criterios de conducta como que no haya colusión, ni prácticas de exclusión o exista un cierto grado de incertidumbre acerca del resultado de las iniciativas en materia de precios; y finalmente criterios basados en las prestaciones, como que las operaciones de producción y distribución sean eficientes y no den lugar a la pérdida de recursos, que los niveles de producción y de calidad respondan a las demandas de los consumidores o que no se produzcan gastos promocionales excesivos.

²⁴ En este sentido, WISH, ob. cit., p. 15.

²⁵ Vid., por todos, BAILEY, «Contestability and the design of regulatory and antitrust policy», *Am. Econ. Rev.*, núm. 71, 1981, pp. 178-183.

tenimiento de unos niveles de competencia adecuados. Las barreras y condiciones de entrada al mercado se convertirían así en un objetivo primordial del Derecho *antitrust*.

En realidad, y al margen de la concepción que se asuma de competencia efectiva, lo que se debe intentar es llevar los principios de libertad de competencia y de igualdad de competencia hasta los máximos extremos que permita la especial naturaleza de cada mercado, ya que es así como se garantiza la mejor asignación de recursos posible. De esta forma, el Derecho *antitrust* cumplirá su papel como uno de los elementos clave para garantizar que el mercado cumpla con eficacia su función rectora de la economía.

III. EL PRINCIPIO DE LIBRE FIJACIÓN DE PRECIOS

Ya se ha hecho referencia al precio como el valor de un bien expresado en dinero.²⁶ Este sencillo concepto esconde una figura de extraordinaria importancia y complejidad, ya que es el medio a través del cual se comunican los elementos que participan en la economía. Si la economía se ocupa de la óptima asignación de recursos en la economía, el precio mide la escasez de los recursos cuando las fuerzas de la oferta y la demanda actúan libremente.

En una economía de mercado, los precios fluctúan libremente en función de las tendencias de la oferta y la demanda²⁷ y son una importante fuente de información a la hora de tomar decisiones de consumo e inversión. Por otro lado, constituyen el principal elemento del que las empresas participantes en el mercado se sirven para competir.

²⁶ Este concepto, que en la actualidad se acepta de forma generalizada, hace referencia a lo que los economistas clásicos denominaban «valor de cambio» y que trataban de diferenciar valor y coste.

El precio de un objeto está relacionado con su utilidad marginal, es decir, con el valor de una unidad adicional de dicho objeto. Así, hay bienes cuyo valor total es muy elevado, pero si su utilidad marginal es baja, el precio también lo será.

Tampoco se debe confundir el precio con el coste. El coste es el gasto que nos produce hacer el objeto. Aunque en ocasiones y en condiciones de equilibrio ambos pueden coincidir, no tiene por qué ocurrir así necesariamente.

²⁷ Los conceptos de oferta y demanda son esenciales para comprender el funcionamiento de los precios en la economía de mercado. El concepto de demanda describe la cantidad de un bien o de un servicio que una economía doméstica o una empresa están decididos a comprar a un determinado precio. Con el término oferta se hace referencia a la cantidad de un bien o un servicio que se estaría dispuesto a vender a un determinado precio. Un concepto complementario de éste es el de oferta de mercado, que es la cantidad total de un bien que todas las empresas integrantes del mercado están dispuestas a ofrecer a un determinado precio. Si reflejamos gráficamente la cantidad total de un bien que las empresas están dispuestas a ofrecer a cada precio obtenemos la curva de oferta del mercado. La curva de oferta y la de demanda son elementos esenciales para comprender la política que las empresas pueden seguir en el mercado.

La posibilidad de establecer unos precios inferiores a los de los competidores para un producto similar permite a la empresa más eficiente imponerse en el mercado y obtener mayores beneficios. Cuando triunfa en el mercado quien es más eficiente o interpreta mejor las preferencias de los consumidores, es decir, quien compete mejor, todas las empresas reciben estímulos constantes para mejorar sus prestaciones. Para ello, es imprescindible que las empresas dispongan de los medios necesarios para dar cuenta de su superioridad y es en este sentido en el que los precios juegan un papel primordial en relación con la competencia.

IV. LOS PRECIOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los precios no son el único instrumento del que una empresa dispone para competir, pero sí son uno de los más importantes. Para que los precios puedan cumplir de forma debida su función económica es suficiente que se mantenga la libertad de iniciativa económica en un entorno competitivo. Es imprescindible que los poderes públicos respeten y garanticen la libre fijación de precios en el mercado. Ahora bien, dado el enorme potencial anticompetitivo que pueden presentar los precios, no es suficiente una actitud puramente pasiva.

La fijación por una empresa dominante de precios que no responden a su realidad económica puede tener efectos altamente nocivos para la competencia, perjudicando tanto a los consumidores como a los competidores de la empresa dominante. El papel del Derecho *antitrust* en relación a los precios es especialmente delicado. Debe garantizar la libre fijación de precios, pero evitando a la vez que las empresas tengan un mal uso de esta libertad.

Los precios pueden entrar en colisión con el Derecho *antitrust* cuando son demasiado elevados y también cuando son excesivamente bajos. La empresa que, ante la ausencia de competencia, sube sus precios a niveles monopolísticos, «abusa» de su posición dominante en perjuicio de los consumidores. En cambio, la empresa que mantiene precios por debajo del coste durante un período prolongado obliga a entrar en pérdidas a sus competidores, pudiendo llegar a provocar la desaparición del mercado.

Por lo que respecta a los precios monopolísticos hay que reconocer que se discute su carácter anticompetitivo. Así, mientras que en ordenamientos europeos los consideran un abuso de posición dominante y, por lo tanto, los prohíben, en los Estados Unidos están permitidos.

Es cierto que se trata de precios superiores a los que resultarían en un mercado competitivo²⁸ y, por lo tanto, tienen un elevado coste social²⁹. Ahora bien, desde posiciones abiertamente liberales se aduce que el Derecho *antitrust* debe impedir la obtención de posiciones monopolísticas en el mercado mediante prácticas distintas de la competencia basada en los méritos, pero cuando el monopolio es el resultado de competencia lícita, hay que respetar la libertad de la empresa para establecer los precios que estime convenientes. En cierto modo se considera que esta facultad para subir los precios es la recompensa de quien ha triunfado en el mercado y, como tal, es un estímulo para competir que no debe ser suprimido. Además, el mismo mercado se encarga de controlar el uso que de su poder hace una empresa dominante, ya que unos beneficios demasiado altos atraerán rápidamente a nuevos competidores y se reestablecerá la competencia.

De todas formas, aun reconociendo que la obtención de una posición dominante y su posterior explotación es uno de los objetivos de toda empresa que compita en el mercado y estará presente mientras exista la libre competencia, no es éste el lado de la competencia que el ordenamiento jurídico debe potenciar. Por el contrario, el aumento

²⁸ A diferencia de los mercados competitivos, en los que las empresas optimizan sus beneficios cuando el precio es igual al coste marginal, los monopolistas obtienen el máximo beneficio cuando el ingreso marginal y el coste marginal se igualan. Esto lleva a una producción menor y a un coste más elevado. Sobre la fijación de precios y niveles de producción por parte de la empresa que disfruta de una situación de monopolio *vid. SUGLITZ*, ob. cit., pp. 441 ss., y SAMUELSON, ob. cit., pp. 669 ss.

²⁹ Los economistas se han ocupado con frecuencia del tema del coste social del monopolio. En un mercado perfectamente competitivo, el empresario fijará su producción a un nivel en el que el coste marginal sea igual al precio. De esta forma, no obtiene beneficios por la última unidad producida, pero los obtiene por todas las demás. En competencia perfecta, el precio es el más bajo posible y la producción lo más elevada que el nivel de precios puede soportar. En los mercados monopolísticos la situación es bien distinta. El empresario dispone de un cierto poder sobre el precio y no se conforma con mantenerlo a un nivel que sólo le permite cubrir sus costes (incluimos en el concepto de coste el beneficio mínimo que la empresa necesita para garantizar su subsistencia). Para aumentar sus beneficios, la empresa reducirá su producción, con la finalidad de provocar una disminución de la oferta que haga subir los precios. De esta forma, el monopolista aumenta sus beneficios a costa de los consumidores que tendrán que pagar más por el producto o que renunciarán a él y adquirir un producto alternativo. El monopolista disfruta de lo que los economistas llaman un «beneficio puro» (SUGLITZ, ob. cit., p. 447) que es el rendimiento adicional derivado del hecho de que el monopolista ha reducido su producción y ha subido el precio con respecto al nivel vigente si hubiera competencia.

Aunque los consumidores resultan perjudicados, no se puede afirmar que el precio sea injusto o no equitativo desde un punto de vista económico, ya que, en última instancia, viene determinado por el mercado a través del mecanismo de la oferta y la demanda (en este sentido, *vid. M. FRANZOSI, Monopolio, Oligopolio, Concentrazione*, Milán, 1989, p. 5). El problema está en que, al pasar de una situación de competencia perfecta a una situación de monopolio, la pérdida que experimentan los consumidores es mayor que los beneficios extras que obtiene el monopolista. Lo que pierden los consumidores sin que revierta en beneficios para el monopolista es lo que los economistas denominan «coste social del monopolio». Sobre el coste social del monopolio y su representación gráfica, *vid.*, por todos, FRANZOSI, ob. cit., pp. 3 ss., y SAMUELSON, ob. cit., p. 678, y concretamente, la figura 24.6.

de beneficios originado por la reducción de costes o el incremento de la cuota de mercado pueden suponer un estímulo suficiente para competir sin tener que llegar al establecimiento de precios monopolísticos. El adecuado control por parte del Derecho *antitrust* de la forma de explotación de las posiciones de dominio puede contribuir positivamente a una reorientación de la competencia.

El problema que plantean los precios bajos es totalmente distinto. En principio, las reducciones de precios son una manifestación de la competencia que redundará en beneficio de los consumidores. El precio es uno de los factores que inciden de forma más directa en los consumidores a la hora de tomar una decisión de compra, lo que justifica que, con frecuencia, las empresas centren en los precios sus esfuerzos competitivos. Sin embargo, la carrera por conseguir los precios más bajos tiene un límite que viene determinado por los costes de la empresa. El ánimo de lucro que mueve a los empresarios en una economía libre determina que, salvo circunstancias excepcionales, las empresas fijen sus precios al nivel que les reporte los máximos beneficios a corto o a largo plazo.

El problema con el que se encuentra el Derecho *antitrust* es que con tantas las circunstancias que pueden justificar la venta bajo coste, que resulta extremadamente difícil determinar con un alto grado de seguridad los casos en que el descenso de los precios responde a intereses contrarios a la libre competencia.

Quien pretenda servirse, con una finalidad anticompetitiva, de los precios inferiores al coste se encuentra con un amplio abanico de posibles justificaciones bajo las que ocultar sus intenciones. Por un lado, todas las modalidades comerciales de venta con descuento, como rebajas, liquidaciones y saldos. Por otro, una serie de circunstancias económicas, ajenas en gran parte a la empresa, como una caída imprevista de la demanda o un exceso de oferta, que determinan que la situación económicamente más rentable sea vender temporalmente por debajo del coste.

Otra dificultad es la especial gravedad que, en materia de precios, de cualquier error de las autoridades encargadas de garantizar la competencia. Así, una actitud excesivamente beligerante contra precios inferiores al coste puede tener como efecto el que remita la competencia basada en los precios.

LOS PRECIOS PREDATORIOS Y EL DERECHO ANTITRUST

Los precios predatorios o, lo que es lo mismo, los precios inferiores a los establecidos por una empresa dominante con la intención

de expulsar del mercado a uno o a varios competidores constituyen el objeto de este trabajo. Antes de comenzar con su análisis, es preciso tener en cuenta una serie de premisas, algunas de las cuales ya se han adelantado en los apartados anteriores.

Consideramos que el principio de libre fijación de precios es uno de los pilares sobre los que se asienta la libre competencia y, consiguientemente, la economía de mercado. Por lo tanto, toda actuación encaminada a limitar la autonomía de la empresa para fijar sus precios debe tener un carácter excepcional. Así pues, no se puede prohibir con carácter general ni la venta a pérdida ni la venta a precios inferiores a niveles de coste menores que el coste total aun cuando resulte difícil encontrarles una mínima racionalidad económica. Se hace imprescindible crear un concepto preciso y un modelo de análisis operativo que permita atacar únicamente aquellas políticas de precios cuyos efectos negativos sobre la competencia no se justifican en los méritos empresariales del competidor.

Es importante no confundir la venta a pérdida con los precios predatorios. La venta a pérdida es una categoría general en la que caben infinidad de prácticas, una de las cuales son los precios predatorios. En Europa la venta a pérdida ha preocupado tradicionalmente a los estudiosos de la competencia desleal. Sin embargo, el supuesto más grave de venta a pérdida, esto es, los precios predatorios, presenta una importante vertiente *antitrust* frecuentemente olvidada por la doctrina. Somos de la opinión de que la venta a precios inferiores a un determinado nivel de coste con la finalidad de eliminar del mercado a un competidor constituye un ilícito *antitrust* y como tal vamos a tratar de configurarlo.

Tres interrogantes básicos: qué son los precios predatorios, saber si realmente pueden ser una estrategia rentable y tienen lugar en la práctica, y determinar si pueden distinguirse con certeza de la competencia lícita basada en los precios.

CAPÍTULO I

LAS PRÁCTICAS PREDATORIAS: CONCEPTO Y TIPOS

1. COMPETENCIA ECONÓMICA Y ELIMINACIÓN DE LOS COMPETIDORES

Toda empresa que compita en cualquier mercado tratará de mejorar su posición en el mismo a costa de sus competidores, y esto no es sino la esencia misma de la competencia económica¹. Las empresas más eficientes se imponen a las que lo son menos, obligándolas, en muchos casos, a dejar el mercado, en un proceso que algún autor ha denominado como de «selección natural»². De aquí que se afirme que la competencia fuerte produce efectos de exclusión³. A veces, como consecuencia de este proceso, sólo una empresa permanece en el mercado en virtud de sus méritos empresariales superiores, con

¹ En este sentido, afirma BAYLOS que «el régimen de competencia está basado, no en el hecho, sino en la licitud del daño concursal... resulta inevitable que el competidor, en desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes». BAYLOS, *Tratado de Derecho industrial*, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 257. En el mismo sentido y precisamente *vid.* BAUMBACH-HIEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 17.ª ed., Munich, 1993, en los puntos como la anotación 208 al parágrafo 1.º, p. 463, y también, MOESCHEL en *Handelsrecht*, 69.ª, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 2.ª ed., Munich, 1992, anotaciones 98 ss. parágrafo 22, pp. 802 ss.

² *Id.* SALAS FUMAS y YAGUE GUILLEN, «Competencia normal y predación en industrias químicas de experiencia», en *ICE*, octubre 1987, p. 113. Estos autores se refieren de muy gráfica a la existencia de procesos de «selección natural» como consecuencia de la competencia entre las empresas en el mercado.

³ BARTHOLOMEW, «On identifying exclusionary conduct», en *NDLRev.*, vol. 61, 1986, p. 973. Afirma este autor que cuanto más éxito tiene una empresa al tratar de eliminar de su producto o haciéndolo más atractivo para los consumidores, más vende, y que si final, una empresa exitosa puede llegar a ocupar todo el mercado.

lo que los consumidores se quedan expuestos a los peligros del monopolio. Sin embargo, como expuso el juez Hand en el célebre caso «Alcoa», cuando una empresa, que se ha visto obligada a competir, triunfa, no debe ser condenada por el hecho de haber ganado. Por esta razón, las normas encargadas de mantener la libre competencia no pueden condenar de forma genérica la eliminación de un competidor, ya que puede ser el resultado de competencia basada en los méritos empresariales.⁵

Ahora bien, para que la conducta sea lícita, es necesario que la eliminación de los competidores haya sido el resultado, exclusivamente, de los superiores méritos empresariales de una empresa y no de tácticas empleadas con la finalidad de expulsar a los rivales del mercado. Por lo general, cuando alguien produce bienes o servicios que resultan del agrado de los consumidores, con una adecuada relación calidad precio, tiende a consolidar su posición en el mercado. Pero cuando estos bienes o servicios dejan de ser atractivos, o su precio se convierte en demasiado alto en relación a productos similares, son los propios consumidores quienes, al dejar de adquirirlos, provocan la salida del mercado de quien ha dejado de ser competitivo.

Así pues, la creación de un monopolio puede ser el resultado de competencia lícita y la obtención de poder de mercado la recompensa para aquellas empresas más eficientes que han sabido interpretar las preferencias de los consumidores. Ahora bien, del mismo modo que el mercado puede crear monopolios, también se encarga de hacerlos desaparecer cuando el monopolista decide explotar su posición elevando los precios y deja de preocuparse por ofrecer cada vez mejores productos. Los elevados beneficios que en este caso obtendría el monopolista se encargarán de atraer al mercado a nuevas empresas, con lo que se reactivará la competencia y los precios descenderán progresivamente hasta llegar a niveles competitivos.

Una vez que una determinada empresa ha llegado a conseguir poder de mercado, es difícil que se resigne a perderlo, y puede verse tentada a utilizar este poder con la finalidad de mantener su situación de privilegio. Un monopolista goza de importantes ventajas competitivas en relación a sus rivales de menor dimensión. A las economías de escala que le produce su elevado volumen de negocios hay que sumar la posibilidad de invertir mayores cantidades en publicidad, así como en investigación y desarrollo de nuevos productos. Además, se beneficia de la inercia de los consumidores a comprar los productos más conocidos.

⁴ «United States v. Aluminum Co. of America», 148 F. 2d 416, 430 (2.º Cir., 1945).

⁵ Como manifiestan AREEDA y TURNER, la competencia basada en los méritos no produce por sí misma exclusión, aunque en ocasiones pueda dar lugar a la eliminación de competidores menos eficientes. AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. III, p. 77.

Sin embargo, en ocasiones, un monopolista preferirá utilizar su poder de manera ilícita para luchar contra un competidor, en lugar de aprovechar de forma legítima las ventajas que su condición le proporciona, por considerar que la primera opción le ofrece unos resultados más seguros e inmediatos. En este caso, el perjuicio de los competidores y el posible incremento de su cuota de mercado no será producto de la mayor pericia para competir de la empresa dominante, sino del empleo abusivo del poder de mercado de que dispone. En otras palabras, no se estará eliminando a las empresas por ser menos eficientes sino por ser económicamente más débiles.

El problema que se plantea al Derecho de la competencia es distinguir la eliminación de una empresa como consecuencia de la competencia en el mercado, de la eliminación provocada por una empresa con poder de mercado mediante una conducta específicamente orientada a este fin.

II. LAS PRÁCTICAS PREDATORIAS: CONCEPTO ⁶

Salvo contadas excepciones⁷, la doctrina se ha preocupado exclusivamente de tipos concretos de prácticas predatorias, olvidándose de caracterización genérica de la conducta. Esto se debe, posiblemente, a enorme amplitud del concepto, lo que le hace abarcar numerosas prácticas de muy diversa índole.

Resulta difícil definir las prácticas predatorias de una forma que, por tan vaga como para carecer por completo de utilidad, englobe los supuestos a los que se han referido tanto la doctrina como tribunales. De todas formas, algunos autores lo han intentado con

En este trabajo se van a utilizar las expresiones «prácticas predatorias» y «precios predatorios», pues la Real Academia de la Lengua acaba de aceptar la palabra «predación» en una edición de su Diccionario. Hasta ese momento, nuestra doctrina se había mostrado reacia a utilizar la expresión «precios predatorios», para traducir el término anglosajón *predatory pricing*. Así, el rrc en el caso «Asociación Española de Torrefactores de Café c. Nescafé, S. A., y Saumaza, S. A.» (sección primera de 17 de julio de 1989, exp. 245/89) la expresión procedente del francés «precios de evicción», mientras que algún autor ha por «precios ruinosos» (PICANOI en la traducción del libro de BELLAMY-QUILLO *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid, 1992, p. 537). En la actualidad, tanto el Tribunal de Justicia, como el Tribunal de Primera Instancia, y los Tribunales de Apelación, han utilizado la expresión «precios predatorios».

⁷ La expresión «venta a pérdida» designa un concepto más amplio que se reserva para el caso de la competencia desleal, aunque también pueda englobar a los precios predatorios. Los autores se han referido a las prácticas predatorias en su conjunto. Entre los que han utilizado uno de los más destacados es EASTERBROOK, «Predatory strategies and countervailing power», en *U. Chi. L.Rev.*, núm. 8, 1981, pp. 263-337.

considerable acierto. Así, SULLIVAN considera que es predatoria aquella conducta que «tiene la finalidad y el efecto de mejorar la posición competitiva de su autor, no mediante la mejora de sus prestaciones en el mercado, sino amenazando con perjudicar o perjudicando a los competidores potenciales para obligarles a abandonar el mercado o, por lo menos, forzarlos a competir de forma menos efectiva».⁸

Por su parte, AREEDA y TURNER definen como conducta de exclusión aquella «susceptible de contribuir de forma significativa a la creación o al mantenimiento de un poder monopolístico, que no es competencia basada en los méritos ni una restricción inherente a la competencia basada en los méritos»⁹, y PERRY afirma que la idea que subyace tras el término predación es, sencillamente, la búsqueda de un avance en el mercado a través de la limitación de la competencia en vez de hacerlo mediante una mejora de las prestaciones de la empresa.¹⁰

Estas tres definiciones son suficientes para destacar dos aspectos que nos parecen de importancia: el consenso existente entre la doctrina a la hora de caracterizar las prácticas predatorias y la excesiva generalidad con que se definen.¹¹

Los dos elementos que, de acuerdo con los autores citados, caracterizarían a las prácticas predatorias son: la conducta dirigida a perjudicar a los competidores como forma de mejorar la posición propia en el mercado y el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos. Estos son, sin duda alguna, los elementos esenciales para caracterizar a las prácticas predatorias, por lo que no se puede decir que las definiciones anteriores no sean correctas. El problema está en que, por su excesiva amplitud, abarcan tanto tácticas extremadamente refinadas, como, por ejemplo, inundar el mercado con nuevos productos para no dejar huecos a potenciales competidores, y que cualquier observador no experimentado tomaría por competencia lícita, como tácticas basadas simplemente en la pura violencia, incluso física, como pueden ser el sabotaje de la planta de un competidor o las amenazas personales.

⁸ SULLIVAN, *Handbook of the Law of Antitrust*, 1977, p. 108.

⁹ P. AREEDA y D. TURNER, *Antitrust Law*, v. 3, 1978, p. 626g.

¹⁰ R. PERRY, «Antitrust and innovation: are product modifications ever predatory?», en *Suffolk UL Rev.*, v. 22, 1988, 997-1028, p. 999.

¹¹ Si buscamos una definición en la doctrina española, veremos que se centra en los mismos elementos que las citadas. Así, por ejemplo, SALAS FUMAS y YAGÜE GUILLÉN se refieren de forma más descriptiva pero, quizás, menos sutil a las «tácticas competitivas por parte de algunas empresas, reducciones drásticas en los precios, aumentos en la producción...», cuyo propósito final es expulsar competidores de la industria y, una vez conseguido su objetivo, aprovecharse de la ausencia de competencia para elevar los precios, aumentar los beneficios y reducir el bienestar de los consumidores». SALAS FUMAS y YAGÜE GUILLÉN, ICE, octubre 1987, p. 113.

A la vista de esta definición, hay que precisar que la reducción del bienestar de los consumidores será probablemente una consecuencia de la reducción de la competencia en un determinado mercado, pero no es el objetivo de las empresas que se involucran en prácticas predatorias y, por esta razón, no debería figurar como tal en la definición.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, sería conveniente la introducción de un concepto más preciso y restringido que excluyese aquellas conductas que, aunque puedan considerarse predatorias en un sentido literal, no conciernen de forma directa al Derecho *antitrust*, pese a tener efectos anticompetitivos, y si a otras disciplinas como, por ejemplo, el Derecho penal en el caso del sabotaje. Incluso ciertos tipos de prácticas bien caracterizadas por el Derecho de la competencia como el boicot¹² o hasta las prácticas colusorias pueden considerarse predatorias si se dirigen contra uno o varios competidores.

BORK se acerca a esta concepción más estrecha al definir la predación como «la agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales mediante el empleo de prácticas comerciales que no se considerarían optimizadoras de beneficios de no ser por la esperanza de que: 1) los rivales tengan que salir del mercado, dejando al predator con una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopolísticos, o 2) de que estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predator considera inconveniente o amenazador».¹³

Para elaborar un concepto más restringido y, desde luego, más operativo, es necesario añadir un nuevo elemento a los vistos hasta ahora.¹⁴ Este elemento está relacionado con la sofisticación de la conducta. El predator que nos interesa emplea medios habitualmente competitivos que, llevados a su extremo por una empresa con poder en el mercado, pueden contribuir de forma decisiva a mantener o reforzar la posición monopolística. Los descensos de precios, la innovación en la publicidad son mecanismos de los que las empresas se valen habitualmente para competir, pero que, en determinadas circunstancias, pueden convertirse en instrumentos de una política predatoria. Así, se podría hablar del empleo de forma anticompetitiva de instrumentos típicos y lícitos de la competencia económica. Ahora bien, que preguntarse qué es lo que convierte en anticompetitivo el empleo de estos medios. En una primera aproximación se puede concluir que es su utilización de forma innecesariamente desmesurada. La empresa baja sus precios hasta un nivel que le produce pérdidas, la publicidad mucho más de lo que pueda considerarse razonablemente necesario para competir, o inunda el mercado con nuevos

¹² AREEDA y KAPLOW, *Antitrust*, 4.ª ed., 1988, p. 63.

¹³ BERT BORK, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, 1978, p. 144.

¹⁴ PERRY también utiliza un concepto restringido de predación, según el cual es predatoria la conducta que eleva los costes del rival de forma que permita al predator explotar su poder en el declinamiento de los consumidores. PERRY, «Predatory promotion: A theory of predatory behavior whose time has come?», en *ABLI*, vol. 27, núm. 2, 1989, pp. 215-249, p. 241. El elemento que aporta esta definición es el de la elevación de los costes de los competidores, lo cual es cierto en determinados tipos de prácticas predatorias, pero no se cumple en todos los casos de precios predatorios.

productos que apenas aportan nada en relación a los anteriores productos de la misma compañía, es probable que no pretenda más que perjudicar a sus competidores para forzarlos a abandonar el mercado y elevar después sus precios a niveles monopolísticos. En estos casos, el predador estaría autoinfligiéndose unas pérdidas que espera compensar posteriormente si su estrategia da resultado y sus competidores, incapaces de soportar ese nivel de pérdidas, tienen que dejar el mercado. Es este sacrificio de los beneficios a corto plazo ante la expectativa de ingresos monopolísticos a más largo plazo el elemento que nos faltaba para delimitar de forma más precisa las prácticas predatorias¹⁵.

Si se tiene en consideración este elemento, se puede elaborar un concepto que, junto con la definición amplia vista hasta ahora, nos sirva para identificar con claridad las prácticas predatorias en el ámbito del Derecho de la competencia.

De acuerdo con este concepto restringido, será predatoria aquella práctica en la que se den los siguientes elementos:

a) Existencia de una conducta orientada de forma directa a perjudicar a uno o varios competidores como forma de mejorar la situación propia en el mercado.

El elemento de la eliminación de un rival es el que realmente subyace bajo el término «predación»¹⁶ y, por lo tanto, el más característico de la conducta que se trata de definir.

b) Empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos.

Como se vio en el apartado anterior, la eliminación de un competidor puede ser el resultado de competencia lícita basada en los méritos, por lo que este elemento resulta esencial para determinar el carácter contrario a la libre competencia de las prácticas predatorias.

c) Apariencia competitiva del empleo de los medios señalados en la letra anterior.

Más adelante se verá que uno de los principales problemas que presentan las prácticas predatorias es, como la experiencia se ha encargado de demostrar, la dificultad para distinguir las de la competencia lícita¹⁷, lo que se debe, precisamente, al empleo por el predador de

¹⁵ Para algunos autores éste es el elemento más característico de las prácticas predatorias. Así, F. FISCHER, «On predation and victimless crime», en *Antitrust Bull.*, primavera 1987, pp. 85-92, p. 85.

¹⁶ Con los términos depredadores y predador se hace referencia, en su acepción más común, a aquellos animales que se alimentan de otros más débiles. Asimismo, CASARES, en su *Diccionario ideológico de la Lengua Española*, equipara depredar a robar o saquear con violencia.

¹⁷ *Ibid.*, entre otros, AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*; U. EASTERBROOK en U. Chi. L. Rev., vol. 48, 1981, p. 266.

instrumentos competitivos de forma anticompetitiva y con una finalidad de exclusión. Así, por ejemplo, resulta extremadamente difícil determinar si un descenso acusado de precios es la respuesta de una empresa más eficiente forzada por el fuerte nivel de competencia existente en el mercado y, por lo tanto, el resultado de competencia basada en los méritos; o si, por el contrario, es el resultado de una estrategia dirigida directamente contra los competidores, sin justificación en razones económicas o comerciales.

d) Sacrificio de los beneficios a corto plazo a cambio de una expectativa de mayores ganancias a largo o medio plazo.

Este elemento se engarza de forma directa con el anterior, ya que si una empresa reduce sus precios más de lo que sus costes le permiten, o gasta en publicidad mucho más de lo necesario para competir con éxito, se está autoinfligiendo un nivel de pérdidas que no sufriría en el contexto de la competencia normal. La ausencia de este coste inicial de una supuesta práctica predatoria indicaría que le empresa en cuestión está compitiendo sobre la base de sus méritos empresariales, por lo que la conducta no sería predatoria.

Con estos cuatro elementos se excluyen los supuestos que, pese a tener efectos anticompetitivos, no conciernen en principio al Derecho de la competencia y también aquellos que, como el boicot o la negativa a vender, utilizan medios tan abiertamente anticompetitivos que han sido condenados tradicionalmente por el Derecho de la competencia y ni siquiera discutir acerca de su naturaleza predatoria¹⁸.

En realidad, aunque no haya llegado a formularlo, la jurisprudencia de los ordenamientos analizados ha adoptado, en cierto modo, el concepto restringido que tratamos de introducir, ya que sólo emplea la expresión «prácticas predatorias» en supuestos que como los precios, innovación predatoria, cumplen los cuatro requisitos establecidos, o lo utiliza, en cambio, con aquellas prácticas que sólo estarían comprendidas en el concepto amplio de predación¹⁹.

También son muchos los autores en los que subyace esta idea limitada de predación, pues aunque no la definan, o incluso aunque mencionen simplemente el concepto amplio, después contemplan únicamente bajo el concepto de prácticas predatorias aquellas en las que se dan todos los elementos a los que nos hemos referido, olvidándose de todas las que, según el concepto amplio, serían predatorias²⁰.

¹⁸ Los casos se quedan fuera de nuestro concepto restringido, ya que en ellos falta la expectativa de mayores ganancias a largo o medio plazo, o incluso aunque mencionen los beneficios a corto plazo y los medios empleados no son habitualmente competitivos. Así, el boicot, en ninguno de los casos que hemos visto sobre prácticas de este tipo como, por ejemplo, el boicot de los sindicatos, ni se alude al concepto de prácticas predatorias.

¹⁹ Así, HURWITZ y KOVATC, al escribir sobre predación se refieren sólo a los precios predatorios y a la promoción predatoria. HURWITZ y KOVATC, *Judicial*

Así pues, se pueden utilizar dos conceptos diferentes pero complementarios de las prácticas predatorias. De acuerdo con un concepto amplio y, en cierto sentido, literal, son predatorias aquellas conductas que, mediante el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos, tienen por finalidad el perjudicar a uno o a varios competidores como forma de mejorar la situación propia en el mercado. Este concepto, aunque útil para comprender la idea que subyace bajo la expresión «práctica predatoria», resulta poco operativo por su excesiva generalidad.

Por este motivo, se propone otro concepto que, aunque se fundamenta en los mismos principios que el anterior, tiene un alcance bastante más limitado. De acuerdo con este concepto restringido, son predatorias las prácticas, distintas de la competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores, mediante el empleo abusivo de medios generalmente considerados como competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo.

Todavía se podría introducir otra limitación de carácter práctico. Aunque, en teoría, cualquier empresa puede llevar a cabo prácticas predatorias, la realidad es que, generalmente, sólo empresas con poder de mercado pueden hacerlo con éxito²¹. De todas formas, no somos partidarios de incluir en el concepto de prácticas predatorias el elemento de la necesidad de existencia de posición dominante por parte del actor, ya que, por lo menos desde el punto de vista teórico, no es un elemento imprescindible para su existencia²².

III. TIPOS DE PRÁCTICAS PREDATORIAS

Las prácticas predatorias se pueden clasificar en dos grandes grupos: predación basada en los precios y predación no basada en los

analysis of predation: The emerging trends», en *Va. L.Rev.*, vol. 35, 1982, pp. 63-157. Por su parte, VON KALINOWSKY se refiere a los precios predatorios, a la innovación predatoria, a la publicidad o promoción predatoria y al abuso predatorio de procesos gubernamentales. VON KALINOWSKY, ob. cit., pp. 10-30 a 10-42. AREEDA y TURNER se refieren, además de a los precios predatorios a la inversión predatoria y a la publicidad predatoria. AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. 3.

²¹ *Vid. infra*, cap. II, ap. 2.º

²² En realidad, como se verá posteriormente, el poder de mercado es necesario para que la estrategia predatoria tenga éxito, lo que no quiere decir que en circunstancias especiales o por apreciaciones erróneas una empresa no pueda intentar una estrategia predatoria sin tener poder de mercado. *Vid.* «A. A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms», 881 F. 2d 1396 (7.º Cir. 1989), cert. denied 494 us 1019 (1990). En este caso, la intención predatoria de la empresa demandada consta de forma expresa por las declaraciones de su presidente, a pesar de que ésta carecía del menor poder de mercado.

precios²³. Dado que la mayoría de los casos de prácticas predatorias contemplan supuestos de precios predatorios²⁴, resulta sencillo agrupar todos los demás casos bajo el epígrafe de predación no basada en los precios.

I. Predación basada en los precios

I.1. Precios predatorios

En la predación basada en los precios, el predador se sirve de distintos para dañar a sus competidores con una finalidad de exclusión. El mecanismo es sencillo en apariencia; el predador, una empresa con mayores recursos financieros que sus rivales, reduce sus precios de forma exagerada, por debajo del coste, ante la expectativa de que sus rivales, incapaces de soportar el nivel de pérdidas que este nivel de precios le produce y ante la imposibilidad de vender sus productos a precios superiores, se vean obligados a abandonar el mercado. Sin embargo, esta aparente simplicidad no es más que un espejismo, ya que los precios predatorios constituyen una de las conductas más problemáticas con las que se encuentra el Derecho de la competencia. En primer lugar, plantean infinidad de problemas, comenzando por su propia cualidad como táctica rentable²⁵ y por la imposibilidad de distinguirlos en la práctica de la competencia agresiva²⁶. Nos limitaremos a proporcionar esta mínima pincelada, ya que los precios predatorios y su problemática constituyen el tema central de nuestro trabajo.

Aunque los precios predatorios constituyen el auténtico núcleo de la categoría, hay otras prácticas en las que se actúa sobre los precios con la finalidad de mantener o reforzar una posición dominante con el *limit pricing* (precios límite) y la discriminación en los precios. Pese a que, como intentaremos demostrar, ninguna de éstas constituye una auténtica práctica predatoria, su similitud con ellas hace conveniente que las contemplemos en este apartado.

La doctrina suele emplear éste como el principal criterio para clasificar las prácticas predatorias. *Vid.* HAMILTON y KAWAHARA, «Predatory non-price competition: the case of Hawaiian Air Transportation», en *Antitrust L. & Econ. Rev.*, vol. 7, 1974, pp. 83-97.

Los últimos años están comenzando a producirse un cambio de tendencia. Así, el *Illinois* por precios predatorios tiende a disminuir, a la vez que aumentan los casos de predación no basada en los precios, especialmente por innovación predatoria. R. PERRY, *supra*, pp. 215-249, p. 216.

supra, cap. I.
supra, cap. II.