



¿PRECIOS PREDATORIOS EN EL MERCADO DEL TABACO? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004).

*Fernando Díez Estella**

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil

Universidad Antonio de Nebrija

I. Introducción.

El presente trabajo tiene como objeto comentar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 2004, que estima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2001, la cual a su vez confirmaba la Resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia recaída en el Asunto *Tabacos de Canarias* (Expte. 375/96), de 16 de febrero de 1999, por la que se impone a Tabacalera, S.A. (hoy Altadis) una multa de 130 millones de las antiguas pesetas al haberla encontrado culpable de una práctica de abuso de posición de dominio, contraria al art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la venta de algunos tipos de cigarros “Farias” a un precio inferior al de su producción y comercialización, es decir, lo que se conoce como precio predatorio.

En efecto, el mercado, junto a la clásica práctica anticompetitiva de buscar ponerse de acuerdo con los rivales, es también frecuente emplear tácticas comerciales agresivas que persigan expulsar a los competidores o, si esto no es posible, inflingirles un daño, disciplinarlos, aunque sea a costa de sufrir una misma pérdida durante un cierto tiempo. La más habitual de estas estrategias consiste en vender productos a pérdida, es decir, bajo coste, de manera que se consigue que el rival abandone el mercado, y pueda entonces, desde la posición dominante que se ocupa, recuperar las pérdidas sufridas mediante una estructura de precios supracompetitivos.

Si ya es bastante insólito que nuestro TS case una Sentencia de la AN de las recaídas en recursos contra Resoluciones del TDC, no lo es menos el detalle y la profundidad con la que se analiza una práctica, la de los precios predatorios, que algunos economistas ponen en duda sea una estrategia que las empresas pongan en práctica en el mercado. Todo ello hace sin duda a este pronunciamiento de nuestro alto tribunal merecedor de comentarios y análisis. A tal objeto, se llevará a cabo a continuación, en el epígrafe II una somera descripción de la figura de los precios predatorios en la doctrina y la jurisprudencia, tanto comunitaria como estadounidense. Seguidamente, en el epígrafe III se señalarán los aspectos esenciales del fallo del TS y de la Resolución del TDC que ha sido anulada.

II. Los precios predatorios.

Durante muchos años se ha pensado que las circunstancias en las que una estrategia como la descrita anteriormente podía tener éxito eran tan limitadas que los



precios predatorios no eran un problema relevante desde el punto de vista de la política de competencia¹. En palabras del Tribunal Supremo de EE.UU., en el año 1985, en *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*², “hay un consenso entre los analistas respecto a que las prácticas de precios predatorios raramente se ponen en práctica, y aún más raramente triunfan”. Hoy, con instrumentos de análisis económico más desarrollados, se entiende en cambio que sí existen variados escenarios en los que practicar una política de precios predatorios es perfectamente racional y tiene visos de rentabilidad³. Sentencias como la conocida *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Co.*⁴ –curiosamente, recaída también en el mercado de la producción y comercialización del tabaco- son las que ahora marcan la pauta de análisis de los precios predatorios, y reflejan el diferente enfoque que a esta materia se le da en Estados Unidos y la Unión Europea.

Aunque no es el objeto de este comentario, sí es oportuno señalar que la práctica anticompetitiva de los precios predatorios es frecuente que, en la práctica, venga unida a una estrategia de precios discriminatorios, y por ello se ha señalado, precisamente comentando este pronunciamiento, que “para demostrar una práctica de precios discriminatorios y la *Primary-line injury* de la *Robinson Patman Act* (que también cubriría la práctica de precios predatorios en situaciones de inexistencia de dominio) el Tribunal exigió el mismo análisis que el empleado para una denuncia de precios predatorios de la Sección 2ª de la *Sherman Act*”⁵.

La gran dificultad a la que siempre se ha enfrentado el Derecho antitrust en este campo concreto, y es la tarea que acometen tanto el TDC y la AN como el TS en el asunto que venimos comentando, es cómo distinguir una conducta comercial agresiva, pero lícita, de una práctica de precios anticompetitiva. Una política demasiado “rígida” que no dejara capacidad de maniobra a las empresas dominantes llevaría a agostar la misma competencia en el mercado que el propio derecho antitrust trata de proteger. A la vez, una política demasiado “permisiva” puede llevar a abusos por parte de las empresas dominantes que perjudiquen tanto a sus rivales como a sus clientes. La “hostilidad” hacia la conducta de las empresas dominantes alcanzó su cenit en Estados Unidos en la década de los 60, y como se ha señalado acertadamente, “los asuntos de fusiones y concentraciones, precios discriminatorios, y abusos de posición

* Agradezco a Ana Mondedeu Insunza, Profesora Asociada de Derecho Mercantil de la Universidad Antonio de Nebrija, sus valiosos comentarios y sugerencias.

¹ *Vid.*, por todos, KOLLER, R., “The Myth of Predatory Pricing”, *Antitrust L. & Econ. Rev.*, nº 4, Summer 1971, pp. 105 a 122.

² 475 U. S. 574 (1985), n. 589.

³ *Vid.*, por todos, el excelente trabajo BOLTON, P.; RIORDAN, H. y BRODLEY, J., “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, *88 Geo. L. J.* 2239 (2000).

⁴ 113 S. Ct. 2578 (1993), Párrafo nº 2587: “*sea cual sea la flexibilidad adicional del estándar de la Robinson Patman Act, la sustancia de la acción es la misma en ambos cuerpos legales: un rival comercial ha aplicado una política de precios injustos en sus productos con el objetivo de eliminar o retardar la competencia y por tanto conseguir y ejercer el control sobre los precios en el mercado relevante*”.

⁵ JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition under Article 86 of the European Union”, *64 Antitrust L. J.* 380 (1996), pág. 492.



dominante, por norma siempre llevaban aneja una acusación de precios predatorios”⁶. En uno de los asuntos que han marcado la pauta en esta área durante muchos años, la conocida Sentencia *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*⁷, de lo que se acusaba a una empresa grande y diversificada fabricante de productos alimentarios era de *precios discriminatorios y predatorios* contra una empresa local. A partir de la publicación del artículo⁸ que da lugar al conocido *test Areeda-Turner*, puede decirse que empieza a cambiar esta tendencia, y en la actualidad podemos hablar de una actitud de Jueces y Tribunales más sensata a la hora de evaluar las supuestas prácticas predatorias llevadas a cabo por empresas dominantes.

Como ha quedado dicho, la frecuencia con la que, en la práctica de los mercados, precios discriminatorios y precios predatorios hacen su aparición de manera conjunta ha hecho que sean frecuentes los estudios que se ocupan del estudio de la discriminación de precios desde esta perspectiva específica⁹. En un temprano comentario a la Resolución del TDC objeto de recurso, se ha señalado que “cuando una empresa dominante intenta destruir a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá sus precios en el mercado concreto en que opera el competidor, pero no tiene porqué hacerlo en otros mercados. Es más, el mantenimiento de precios altos donde no opera el competidor le ayudará a soportar los gastos que va a sufrir donde rebaje sus precios. En este tipo de casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente (...)”¹⁰.

Para muchos autores la prohibición contra los precios predatorios depende en gran medida del efecto de exclusión de los competidores: “la Sección 2ª de la Sherman Act se ha aplicado a los precios predatorios, prestando atención a los competidores del vendedor”¹¹, siendo este factor intencional elemento esencial del tipo, cuya falta llevó a opinar al profesor POSNER que “los tribunales han aplicado frecuentemente unos test incorrectos para detectar precios predatorios”¹².

La cuestión en el derecho comunitario no está tampoco exenta de polémica, y de ahí que se hayan propuesto¹³ diferentes alternativas para la reforma de la actual legislación de

⁶ KWOKA, J. y WHITE, L., (Editors), *The Antitrust Revolution, The Role of Economics*, Oxford University Press, 2ª ed., Nueva York, 1994, pág. 152.

⁷ 386 U. S. 685 (1967).

⁸ AREEDA, P. y TURNER, D., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, *88 Harv. L. Rev.* 697 (1975).

⁹ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO/ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos ‘BT/ Telefónica’ y ‘Tabacos de Canarias’”, *GJ*, nº 201, Junio/ Julio 1999, págs. 9 a 34.

¹⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 43.

¹¹ KAUPER, T., “EC Competition Law – The Road to 1992: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal”, *59 Antitrust L. J.* 441, 38th Annual Meeting of the American Bar Association, 1990, pág. 441.

¹² POSNER, R., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago 1976, pág. 193.

¹³ MASTROMANOLIS, E. P., “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”, *ECLR*, Vol. 19(4), 1998.



los precios predatorios, teniendo en cuenta la dificultad que a veces entraña analizar conductas que tienen lugar en mercados separados¹⁴, y la dificultad –ya señalada- de distinguir entre políticas de precios agresivas¹⁵ y políticas de precios anticompetitivas.

III. La Sentencia del Tribunal Supremo.

Como ha quedado dicho, el motivo por el que la AN, en su Sentencia de instancia confirma la Resolución sancionadora del TDC, es por entender que la empresa Tabacalera, S.A., dado su poder de mercado, al vender entre los años 1990 a 1993 algunos tipos de cigarrillos “Farias” a un precio inferior al de su coste de producción y comercialización, había incurrido en una práctica de abuso de posición dominante prohibida por el art. 6 de la LDC. Así se recoge en el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia del TS, que seguidamente expone (FJ 3º) los cuatro motivos del recurso de casación: error de hecho en la apreciación de la prueba; inexistencia de soporte fáctico de los hechos declarados como “probados”; no acreditación de la venta a pérdida; y, no acreditación del elemento de la intencionalidad.

Tras unas breves consideraciones (FJ 4º) sobre el supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, el TS declara (FJ 5º) la improcedencia de los tres primeros motivos expuestos centrándose su análisis en el cuarto, el tema de la intencionalidad en la conducta supuestamente predatoria y la presunta violación del artículo 6 LDC.

A este aspecto, señala (FJ 6º) el TS una serie de interesantes –aunque ya conocidas y admitidas por toda la doctrina y jurisprudencia- consideraciones (no se prohíbe la posición de dominio, sino su abuso; la lista de conductas del art. 6 LDC no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa; la similitud con el artículo 82 del Tratado CE permite tomar en consideración la jurisprudencia comunitaria, etc.), y una última que es, a nuestro juicio, la clave de lo que será, en última instancia, su decisión final, cuando afirma –en el apartado e) de este Sexto Fundamento Jurídico- que “al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas”.

Esta última consideración, reflejo del *in dubio pro reo* vigente en el ámbito penal, y trasladable al ámbito en el que nos encontramos del derecho administrativo sancionador, es lo que lleva al TS a concluir (FJ 14º) que, así como hay elementos que sí pueden

¹⁴ *Vid.*, como ejemplo de esta situación, el comentario que se hace a la decisión de 15 de junio de 1999 de OFTEL, la agencia reguladora de las telecomunicaciones en el Reino Unido, de sancionar a BT por aplicar precios predatorios en el mercado de los servicios de anuncios clasificados, al lanzar un sistema informatizado que competía con el tradicional de Páginas Amarillas, en NIELS, G. y JENKINS, H., “Predation or Innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets”, *ECLR*, Vol. 21 (6), Junio 2000, págs. 287 a 290.

¹⁵ ANDREWS, P., “Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach”, *ECLR*, 1998, nº 1, pág.51.



hacer pensar en la existencia de un abuso de posición dominante¹⁶ por parte de Tabacalera en la venta de los cigarrillos “Farias”, no son suficientes para rebatir los elementos que hacen pensar lo contrario.

En efecto, como es conocido, y así la refleja acertadamente el TS en su pronunciamiento, la jurisprudencia comunitaria (*Vid.*, por todas, la Sentencia *AKZO*¹⁷), los precios inferiores a los Costes Medios Variables se presumen abusivos *iuris et de iure*, mientras que si son superiores a los Costes Medios Variables pero inferiores a los Costes Medios Totales, es preciso entonces demostrar una intencionalidad eliminatoria para considerarlos predatorios, y por tanto contrarios al ordenamiento antitrust. Este segundo test es el que la AN no lleva a cabo en su pronunciamiento, y es por tanto lo que lleva al TS (FJ 7º) a casar dicha Sentencia.

Tras hacer constar (FJ 9º) los hechos que el TDC en su Resolución declara como probados, el TS vuelve a insistir en el núcleo de su argumentación, expresando (FJ 10º) que “estamos en presencia de un procedimiento sancionador en el que, por consiguiente, todos los hechos que permitan integrar la conducta típica tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, de la intencionalidad, han de quedar completamente determinados, fuera de toda duda, pues cualquier duda razonable *habrá de ir en beneficio de la empresa imputada*” (la cursiva es nuestra).

¿Por qué considera el TS que la intención eliminatoria de Tabacalera no resulta acreditada? Lo expone en su FJ 12º, y se puede resumir en tres motivos:

1) Por la evolución de las cuotas de mercado, ya que disminuye la de Tabacalera desde 1990 a 1993 en siete puntos porcentuales, mientras que aumenta la de la competencia en más de seis –para el caso de la compañía Canariense- y en uno y medio –en el caso de la compañía Guajiro-. Disminución y aumento correlativos, concluye el TS, poco acordes con una estrategia supuestamente encaminada a conseguir la eliminación de competidores.

2) Por la evolución de los mismos precios de los cigarrillos “Farias”, que no sólo se mantuvieron en términos similares a los demás que integraban ese mercado relevante, sino que aumentaron en el período examinado, en términos absolutos, más que los competidores, lo que tampoco resulta acorde con la intención de excluir del mercado a los competidores.

3) Por último, y como elemento concluyente de la ausencia –o, cuando menos, duda razonable- de que la empresa imputada tuviera una intención eliminatoria o excluyente, la desaparición de dos de los competidores que se imputa a la conducta predatoria de Tabacalera no resulta acreditada; en 1993 habían desaparecido de las Tarifas Oficiales, sí, pero en cuanto resulta del Expediente administrativo, la desaparición había tenido lugar mucho antes.

¹⁶ Entre los que señala el TS, recogiendo en este sentido la argumentación esgrimida por el TDC, destacan la fuerte posición de Tabacalera en el sector, su capacidad financiera, la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos pertenecientes a mercados diferentes, de modo que las pérdidas que se generen con la venta de aquellos en los que la competencia es mayor se compensen con los beneficios de otras actividades desarrolladas en régimen cuasi-monopolístico.

¹⁷ Sentencia del TJCE (Sala 5ª), de 3 de julio de 1991, C-62/86, E.C.R. (1991) p. I-3359, nº 114.



Finalmente, y como “toque de gracia”, acogiéndose a la conocida *recoupment theory*, señala el TS en el FJ 13º de su pronunciamiento que esa posibilidad de recuperar pérdidas –reconocida en la jurisprudencia comunitaria como definitoria de una estrategia de precios predatorios- no consta acreditada, ya que Tabacalera no aumentó los precios de forma significativa –orientada a la extracción de las llamadas rentas monopolísticas- a partir de 1993, cuando supuestamente habían desaparecido sus competidores.

En conclusión, y como hemos anticipado, señala el Tribunal Supremo en su Fundamento Jurídico 14º, que todos los datos que constan en el expediente “no permiten eliminar toda duda razonable de que la intencionalidad de Tabacalera, S.A. fuese la de excluir a los competidores del mercado, que es la característica definitoria de la conducta predatoria y no que, efectivamente respondiera a una competencia agresiva o incluso de minimización de pérdidas”.