

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"

Alejandro FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO (*)
Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (**)

I.- INTRODUCCIÓN

Los precios predatorios -o, lo que es lo mismo, los precios inferiores al coste establecidos por una empresa en posición de dominio- constituyen uno de los problemas más complejos y a la vez fascinantes del Derecho *anti-trust*. Ello se debe, en buena medida, a la naturaleza esencialmente paradójica del problema; efectivamente, en apariencia, se trata de perseguir y sancionar aquellas conductas de precios "excesivamente bajos", que son precisamente las que más benefician a los consumidores y usuarios, a la vez que son un exponente especialmente caracterizado de la eficiencia empresarial.

Para los economistas se trata de uno de los problemas más complejos, tanto para la tradicional escuela de la "organización industrial" (1) como para las nuevas corrientes analíticas, como la teoría de juegos (2), que

aportan en gran medida el instrumental teórico-económico en el que necesariamente deben basarse los juristas. Para estos, el problema del precio predatorio es, sin duda, uno de los que mayor número de publicaciones ha generado desde la publicación en 1975 del célebre estudio de los Profesores Areeda y Turner (3).

(*) Abogado, ARAOZ Y RUEDA; Doctor en Derecho; Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Instituto de Estudios Bursátiles (IEB), Madrid.

(**) Subdirector, COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES; Doctor en Derecho; Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Santiago.

(1) Por todos, vid. SCHERER/ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ª ed., Boston, 1990, pp. 450-451; CARLÖFF & PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, Boston, 1990, pp. 402 y ss.

(2) Para una aplicación de la teoría de juegos al Derecho *anti-trust*, puede verse PHILIPS, *Competition policy: a game-theoretic perspective*, Cambridge, 1995, pp. 185 y ss.; en general, por todos, vid. SHUBIK, *Teoría de juegos en las ciencias sociales. Conceptos y soluciones*, México D.F., 1996; RASMUSEN, *Juegos e información. Una introducción a la teoría de juegos*, México D.F., 1996.

(3) AREEDA & TURNER, "Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act", *HARV. L. REV.*, VOL. 88, 1975, pp. 697 y ss. La literatura jurídica norteamericana sobre la materia es absolutamente exhaustiva; para una relación de los principales trabajos, nos remitimos a la lista recogida en la monografía de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Madrid, 1997. Para una reseña de la bibliografía existente en el Derecho comunitario, puede verse, entre otros, los trabajos de HINOJOSA MARTÍNEZ, "Predatory pricing literature under European Competition Law: the AKZO case", *LIEI*, 1993, pp. 95 y ss.; MASTROMANOLIS, "Predatory pricing strategies in the European Union: a case for legal reform", *ECLR*, 1998, pp. 211 y ss. En Derecho español, además de la monografía ya citada de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, deben mencionarse los trabajos de ALONSO ESPINOSA, "Artículo 14", en AA.VV. *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, (Coord. F.J. Alonso Espinosa, J.A. López Pellicer, J. Massaguer Fuentes y A. Reverte Navarro), Madrid, 1999, pp. 236 y ss.; ALONSO SOTO, "Venta a pérdida", *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, Madrid, 1995, pp. 6827 y ss.; BERENGUER FUSTER, "La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal", en AA.VV. *La prohibición de venta a pérdida*, Madrid, 1997, pp. 58 y ss.; CREMADES SANZ-PASTOR, "La venta a pérdida en Derecho francés y en Derecho europeo", en AA.VV. *La prohibición de venta a pérdida*, Madrid, 1997, pp. 29 y ss.; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, "Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplica-

En nuestro ordenamiento, el problema ha venido a adquirir unas dimensiones de mayor complejidad toda vez que la venta a pérdida constituye un tipo específico recogido por el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 11 de enero, de Competencia Desleal, habiendo sido además objeto de regulación por parte de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y otras leyes autonómicas de comercio interior. En este sentido, debe hacerse constar que este trabajo se circunscribe al precio predatorio como manifestación de un abuso de posición dominante, por lo que excluimos de toda consideración las restantes vertientes jurídicas de dicha conducta.

La reciente liberalización de importantes sectores económicos, que eran antes objeto de monopolios legales o de marcos normativos fuertemente intervencionistas, está planteando con especial intensidad la necesidad de que los operadores económicos que venían gozando antes de situaciones de privilegio adecuen sus conductas a la libre competencia. Asimismo, con la globalización de la economía y la liberalización mundial del comercio, es cada vez más difícil hablar de una posición dominante puesto que son muy pocas empresas las que pueden gozar de semejante posición (4). Por todo ello, no es casualidad que los "ex-monopolistas" constituyan el blanco frecuente de las resoluciones sancionadoras en este campo, tanto en España como en el resto de la Unión Europea.

ción administrativa y judicial en España", *La Ley*, núm. 2.971, 31.3.1992, pp. 1 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Venta con pérdida en la Ley de Comercio Minorista", en AA.VV. *La prohibición de venta a pérdida*, Madrid, 1997, pp. 101 y ss.; GALÁN CORONA, "Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación", en AA.VV. *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. A. Bercovitz), Madrid, 1992, pp. 81 y ss.; MARÍN LÓPEZ, "Artículo 14", en AA.VV. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, (Coords. R. Bercovitz & J. Leguina Villa), Madrid, 1997, pp. 240 y ss.; OTERO LASTRES, "La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996", *La Ley*, núm. 4.005, 1996-2, pp. 2 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE "La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de Junio de 1992", *RGD*, 1993, pp. 10.349 y ss.

(4) Ello excluye las llamadas "posiciones fuertes" o "posiciones preeminentes" que, sin ser técnicamente posiciones de dominio, plantean interesantes problemas tanto para el Derecho *antitrust* como para el Derecho de la competencia desleal.

El objeto del presente comentario son precisamente dos recientes resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia ("TDC") recaídas en los asuntos *BT/Telefónica* (5) y *Tabacos de Canarias* (6) por las que las compañías Telefónica y Tabacalera han sido sancionadas con unas multas muy importantes por abusar de su posición de dominio. Si bien ambas resoluciones han sido recurridas ante la Audiencia Nacional y puntualizando, como es menester hacer, que las resoluciones del TDC en modo alguno constituyen jurisprudencia en la acepción normativa del término, no es menos cierto que se trata de los 2 pronunciamientos más elaborados y significativos desde que, de forma tímida y embrionaria, se abordara el problema por el TDC en 1990 (7).

Para ello, comenzaremos por realizar un breve resumen de los hechos de ambas resoluciones, así como de la parte dispositiva de las mismas, centrándonos exclusivamente en los aspectos relativos a los precios predatorios. A continuación, esbozaremos el concepto general de precio predatorio y sus elementos caracterizadores, distinguiéndolo de figuras afines. El análisis de los elementos objetivos de esta conducta nos conducirá a considerar la estructura del mercado relevante, la capacidad económica de la empresa en posición de dominio, los niveles de costes y el problema de la posibilidad de recuperar las pérdidas incurridas por parte del predador como resultado de su estrategia. La intencionalidad o finalidad de eliminar a un competidor, como expresión del llamado "elemento subjetivo", será la siguiente de las cuestiones a considerar. Una vez examinados los elementos esenciales de la infracción, no hemos querido proceder a recapitular sin antes considerar algunas de las principales líneas argumentales defensivas del presunto predador.

II.- ANÁLISIS DE LOS HECHOS DE LAS RESOLUCIONES COMENTADAS

Al objeto de que el lector tenga un conocimiento sucinto de los hechos enjuiciados, haremos un breve

(5) Resolución 21.1.1999, expte. 412/97.

(6) Resolución 16.2.1999, expte. 375/96.

(7) Nos referimos a las resoluciones recaídas en los asuntos *Indas, S.A. c. Arbora Corporación y Laboratorios Ausonia, S.A.*, resolución 7.1.1990, expte. 291/1990; *NCA Electromedicina, S.A. c. General Electric C.G.R., S.A.*, resolución 30.1.1991, expte. 295/1991.

resumen de cada una de las resoluciones comentadas, para finalizar con un análisis comparativo de ambas.

1. Resolución BT/Telefónica.

Entre otras imputaciones, British Telecom ("BT") formuló denuncia contra Telefónica por abuso de posición dominante en infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia ("LDC") y artículo 86 TCE por entender que, en la prestación de servicios de voz internacional, Telefónica aplicaba precios predatorios ya que su precio era inferior al coste de alquiler de líneas que ofrecía a la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional (AMMI) y a la oferta que, para prestar unos servicios análogos, dicha Asociación recibió de BT.

Junto a una serie de argumentos de carácter procedimental relativos a la falta de interés legítimo de la denunciante, la existencia de cosa juzgada administrativa por haber recaído una resolución en sede administrativa por parte de la Secretaría de Estado de Comunicaciones y la falta de título legal habilitante para que la denunciante prestara los servicios ofertados, Telefónica sostuvo que los precios no eran predatorios basándose en un cálculo de costes aportado.

Al objeto de enmarcar los términos del debate, analizaremos los principales hechos de la resolución comentada.

1.1. Mercados relevantes.

El TDC declaró que el mercado de producto relevante es el de los servicios de alquiler de circuitos, mientras que el mercado geográfico relevante es el español, aspectos ambos que no fueron controvertidos.

1.2. Posición de dominio.

Conscientes sin duda de que la posición dominante resultaría inequívocamente acreditada, la estrategia de la representación de Telefónica pasó por intentar probar que, en la fecha de los hechos objeto del pliego de concreción de hechos, los servicios en cuestión seguían estando en régimen de monopolio por lo que BT no tenía título legal habilitante para ofrecer los servicios en cuestión.

Tras un pormenorizado análisis jurídico de la normativa en materia del vigente Derecho de telecomunica-

ciones, el TDC concluyó que el denominado servicio "Primex" ofertado por BT no podía considerarse un servicio sometido a derechos exclusivos o especiales por no cumplir dos de las características esenciales de los servicios de la llamada "telefonía vocal básica"; en consecuencia, los servicios habían quedado liberalizados en 1992 y no en 1995, como sostuvieron tanto Telefónica como la propia Secretaría General de Comunicaciones (8). Por todo ello, el TDC concluyó que el servicio ofertado por BT era un servicio de valor añadido que podía ser prestado y se prestaba en régimen de libre competencia. En consecuencia, Telefónica, como todo monopolio, disponía de posición de dominio en su mercado, en este caso el de servicio de alquiler de circuitos, y, desde el punto de vista geográfico, esta posición de dominio se mantiene en la totalidad del territorio español, que constituye una parte sustancial del Mercado Comunitario.

1.3. Estructura del mercado.

(a) En el plano de los precios, debe destacarse que las tarifas aplicables al servicio de alquiler de circuitos a Telefónica en el período 1993-1995 estaban reguladas, incluyendo los siguientes conceptos: (i) cuota de conexión; (ii) cuota de alquiler mensual (para los circuitos nacionales dentro de España) que hasta el 1 de julio de 1994 variaba en función de la velocidad y el origen y final de la línea, de conformidad con una división administrativa de áreas en zonas metropolitanas, provinciales o nacionales y, a partir de esa fecha, en función de la distancia; y (iii) cuota de alquiler mensual (para los circuitos internacionales) que variaba en función del país de destino, según áreas geográficas.

(8) Cabe lógicamente plantearse la interrogante de en qué medida podrá Telefónica invocar la resolución de la Secretaría de Estado para fundamentar, entre otros argumentos, su recurso contencioso-administrativo en el "principio de confianza legítima". Sobre este particular, puede consultarse la reciente monografía de CASTILLO BLANCO, *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1998. En el plano jurisprudencial, no puede dejar de destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1997 (RAJ 1997/6890) en la que se ventilaba el recurso de casación de las empresas sancionadas precisamente contra la resolución del TDC en el asunto ANELE (expediente 254/1989) de 14 de mayo de 1991; sobre la misma, puede verse el comentario de SANZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997", en AA.VV. *Anuario de Derecho de la Competencia 1997*, Madrid, 1998, pp. 349 y ss.

(b) Respecto de la estructura del mercado, se trataba de un mercado con importantísimas barreras de entrada, no sólo derivadas de las inversiones necesarias y de la capacidad tecnológica requerida sino del hecho de que Telefónica, en tanto que antiguo monopolista, disponía de unas "infraestructuras esenciales" (*essential facilities*) (9) que necesariamente debían ser empleadas.

(c) Finalmente, en cuanto a la capacidad económica de Telefónica, no existía duda alguna respecto de su solvencia para poder costear durante un período largo de tiempo las pérdidas en que pudiera incurrir en una determinada área de negocio, como tampoco existía duda alguna respecto de la plausibilidad de dicha estrategia con la finalidad de obstaculizar y retrasar la implantación en España de uno de sus principales competidores internacionales como era BT.

Hay que tener en cuenta que, aunque el alquiler de circuitos (tanto nacionales como internacionales) era un servicio monopolizado, en determinados casos, como en el de los miembros de la AMMI, competía con servicios de valor añadido liberalizados. Esta competencia era relativamente más fuerte en los servicios internacionales que en los nacionales y Telefónica era la única que podía realizar una oferta cubriendo todas las necesidades de comunicación de los miembros de la AMMI. Por ello, con la realización de descuentos sobre las tarifas oficiales podía indiscutiblemente restringirse la entrada de competidores en mercados conexos al de alquiler de circuitos, como eran los servicios de valor añadido liberalizados, principalmente en el ámbito internacional.

1.4. Análisis de la conducta de Telefónica.

A lo largo del expediente, resultó probado que las empresas con grandes necesidades de comunicación de voz internacional podían satisfacerlas utilizando dis-

(9) Sobre el concepto de "infraestructuras esenciales", pueden verse los trabajos de AREEDA, "Essential facilities: an epithet in need of limiting principles", *ANTITRUST L. J.*, vol. 58, 1990, pp. 841 y ss.; FURSE, "The essential facilities doctrine in Community Law", *ECLR*, vol. 16, 1998, pp. 469 y ss.; OVERD y BISHOP, "Essential facilities: the rising tide", *ECLR*, vol. 19, 1998, pp. 183 y ss.; TREACY, "Essential facilities - Is the tide turning?", *ECLR*, vol. 19, 1998, pp. 501 y ss. En el ámbito jurisprudencial, reviste extraordinario interés la reciente sentencia del TJCE de 26 de Noviembre de 1998 en el asunto *Oscar Bronner GmbH & Co. v. MediaPrint* (asunto C-7/97).

tintos servicios y/o tecnologías (10). En este sentido, el suministro de los circuitos privados internacionales por parte de Telefónica a BT era un elemento esencial e imprescindible para la prestación por parte de ésta a sus clientes de su servicio "Primex", representando el precio del alquiler de dichas líneas el coste principal del mencionado servicio (aproximadamente el 75% del precio total).

En este contexto, se acreditó que Telefónica no aplicaba a los miembros de la AMMI las tarifas oficiales del servicio de alquiler de circuitos, sino que les hacía importantes descuentos que no aplicaba a otros operadores como sería el caso de BT. Efectivamente, estos precios reducidos se aplicaban a los miembros de la AMMI, pero no a BT, cuando el servicio Primex ofertado por BT, que necesitaba circuitos alquilados, competía con el de alquiler de circuitos ofertado por Telefónica para satisfacer las necesidades de comunicación de dichas empresas (11).

A juicio del TDC, esta conducta, que carecía de justificación objetiva, era discriminatoria e impedía a BT competir en el negocio del consumidor final de servicios telecomunicaciones.

1.5. Postura del TDC.

Como tendremos ocasión de ver a continuación, la estructura argumental de la resolución del TDC es, al menos en este punto, de indudable rigor e impecable precisión técnica.

(10) Se trataba básicamente de: (i) el servicio telefónico básico, monopolizado en exclusiva por Telefónica en la fecha de autos; (ii) servicio de alquiler de circuitos, monopolizado hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1558/1995; y (iii) servicios que añaden otros elementos adicionales a los circuitos alquilados, como era el servicios "Primex" de BT.

(11) Telefónica alegó que no existía aplicación de precios discriminatorios de ningún tipo toda vez que no se estaba ante prestaciones equivalentes: mientras que se prestaba a BT un servicio de alquiler de circuitos, los miembros de la AMMI recibían un servicio de alquiler de circuitos multiplexados, es decir, basado en tecnología digital y técnicas de multiplexación. Aunque el TDC admitió prima facie la verosimilitud formal del argumento, tras un examen de los hechos, rechazó el mismo toda vez que concluyó que en las pruebas practicadas había resultado acreditado que Telefónica empleó únicamente circuitos analógicos y no tecnología digital multiplexada.

(a) Efectivamente, haciendo gala de rigor metodológico, el TDC comienza por desgranar el concepto de "conducta predatoria" afirmando lo siguiente:

"La conducta de una empresa se puede calificar de predatoria cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo."

Se opta, con ello, por un concepto restringido o limitado de práctica predatoria en línea con las propuestas apuntadas en nuestro país por la doctrina (12) y que sintetiza los elementos esenciales de tipo estático y dinámico que necesariamente están presentes en este tipo de conductas.

(b) En cuanto a la *aplicación específica* de este concepto general a los hechos probados en el expediente y su *delimitación con figuras afines*, el TDC continúa afirmando:

"La experiencia muestra que la mayoría de los casos de prácticas predatorias se refieren a predación basada en los precios y, en ocasiones, aparece conjuntamente con discriminaciones de precios puesto que, cuando un operador dominante intenta dañar a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá los precios específicamente en el mercado en que opera el competidor, pero no tiene por qué hacerlo en otros mercados. De hecho, el mantenimiento de precios elevados donde no actúa el competidor le ayudará a financiar su estrategia predatoria. En estos casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente pero ambas conductas tienen sustantividad propia y la empresa que las realiza puede ser acusada de ambas."

A la hora de realizar una clasificación de las diferentes prácticas predatorias existentes, existe unanimidad al

(12) No podemos más que congratularnos que el TDC haya recogido prácticamente al pie de la letra (sin citar eso sí la procedencia ...) la definición propuesta por nosotros. Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust...*, cit., p. 38.

afirmar que pueden diferenciarse dos grandes grupos: predación basada en los precios y otros tipos de predación no basados en precios (13). El TDC recoge esta distinción, como también el que la mayoría de los casos de prácticas predatorias contemplan supuestos de precios predatorios.

Otro elemento importante en el razonamiento del TDC es el de la diferenciación con figuras afines, como puede ser la discriminación como conducta abusiva específica recogida tanto por el artículo 86 TCE ("aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva") como por el artículo 6, d) LDC ("aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros").

Efectivamente, la posible confusión entre ambas prácticas puede producirse en la medida en que, cuando una empresa dominante que opera en un mercado concreto intenta eliminar a un competidor mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá sus precios en el mercado concreto en que opera el competidor aunque no tiene por qué hacerlo también en otros mercados; de hecho, el mantenimiento de precios altos en otros mercados en los que no opera el competidor le ayudará a subvencionar (*cross-subsidization*) las pérdidas incurridas allí donde rebaje sus precios. Esta presencia simultánea y la aparente identidad de ambas conductas no puede ignorar que tienen "sustantividad propia" (14) por lo que no puede haber vulneración del principio *non bis in idem* al sancionar separadamente ambas conductas (15).

(13) Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust...*, cit., p. 39.

(14) Recogiéndose nuevamente por el TDC con absoluta fidelidad el razonamiento expuesto por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust...*, cit., p. 43.

(15) Los precios discriminatorios no comparten con los precios predatorios dos de sus elementos esenciales: la finalidad de exclusión y el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos. Sin negar que estos elementos puedan estar presentes en un supuesto concreto de discriminación de precios, no son sin embargo necesarios para que la conducta sea considerada como tal y, por tanto, prohibida. Por ello, a diferencia de los precios predatorios, no es en estos dos elementos en donde reside la ilicitud de la práctica.

(c) El siguiente de los elementos analizados por el TDC es considerado como un requisito previo necesario para que pueda considerarse acreditada la existencia de precios predatorios: la *estructura del mercado considerado*.

A este respecto, el TDC se pronuncia en los términos siguientes:

"En este sentido, es sabido que uno de los elementos clave de los que depende el éxito de una estrategia de precios predatorios es el de la existencia de barreras de entrada al mercado, puesto que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de rentas monopolísticas, ya que éstas atraerán rápidamente a nuevos operadores resultando imposible explotar una posición de dominio. Por ello, es conveniente analizar ante todo si la práctica de precios predatorios resulta factible en el mercado de que se trate.....".

Habiendo analizado los hechos probados, el TDC concluye que "...teniendo en cuenta la situación de liberalización incipiente en el período donde transcurrieron los hechos, se podía considerar una práctica económicamente rentable el retrasar al máximo la entrada e instalación de nuevos operadores mediante una política de descuentos selectivos aplicada a los principales clientes a los que podían acudir sus competidores....".

La resolución es sin embargo superficial en este aspecto de gran importancia y se echa claramente de menos el análisis de otros factores relativos a la estructura del mercado que tendrían que haberse tomado en cuenta.

(d) Tratándose de una conducta que presupone el que el predador deberá incurrir en fuertes pérdidas durante un período considerable de tiempo hasta que logre la expulsión del mercado de su competidor y presuponiendo, como es evidente, la posición de dominio, el análisis de la conducta predatoria exige una *evaluación de la capacidad económica del presunto predador* al objeto de contrastar la plausibilidad de dicha conducta.

Con indudable rigor, el TDC recoge esta cuestión en su razonamiento aunque con cierta superficialidad, quizás porque estaba fuera de toda duda (*res ipsa loquitur*):

"Ante esta situación, es evidente, y no ha sido discutido por ninguna de las partes en el expediente, que

Telefónica ostenta posición de dominio en los mercados antes señalados. Además, dada su dimensión y capacidad financiera, podía llevar a cabo una conducta predatoria y, por otra parte... Por todo ello, puede concluirse que la aplicación de precios predatorios en este caso resultaba factible...".

(e) Finalmente, como no podía ser de otra forma, debe llevarse a cabo el análisis financiero-contable dirigido a determinar la *relación precios/costes* o, en otras palabras, si estaba incurriendo en pérdidas.

Nuevamente, el TDC es concluyente en este punto al afirmar lo siguiente:

"...antes de estudiar los precios y costes de supuesto predador, que es el verdadero núcleo del problema, pues la relación costes-precio de la empresa es la que permitirá calificar los precios como predatorios."

Precisamente, fue este aspecto el que resultó determinante de la desestimación de la denuncia en este punto, a pesar de que Telefónica fuera condenada como resultado de otras prácticas abusivas que sí resultaron probadas, ya que el TDC apreció que "...en relación con este punto, no existe en el expediente el mínimo análisis económico y la acusación se basa exclusivamente en que los precios a los que Telefónica alquilaba los circuitos a los miembros de la AMMI eran inferiores a los regulados...". Por todo ello, el TDC concluyó que, ante la falta de prueba suficiente para afirmar que los precios aplicados por Telefónica eran predatorios, debía primar el principio de presunción de inocencia por lo que no recayó sanción alguna por razón de esta conducta.

2. Resolución Tabacos de Canarias.

En una resolución dictada apenas unas semanas después, el TDC tuvo que resolver sobre la denuncia presentada por la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos contra Tabacalera y su filial CITA por abuso de posición dominante consistente en la venta a pérdida por parte de Tabacalera de los cigarros "Farias".

2.1. Mercados relevantes.

El TDC declaró que el mercado relevante del producto es el de cigarros cuyo precio de venta al público se

situía entre 30 y 70 pesetas por unidad, mientras que el mercado geográfico es el formado por la Península y las Islas Baleares.

2.2. Posición de dominio.

Las cuotas de mercado de Tabacalera eran de un 66,7% en 1990, un 64% en 1991, un 62,9% en 1992 y de un 59,7% en 1993. Si bien la tendencia era la de una ligera pérdida de cuota de mercado durante los años objeto de la investigación, Tabacalera mantuvo siempre una cuota superior al 59%, lo que nos permite hablar de la existencia de una posición dominante (16). Además, el TDC tuvo en cuenta de forma expresa la existencia en el mercado en cuestión de una serie de circunstancias que refuerzan la posición dominante de Tabacalera. Estas circunstancias son consecuencia de la peculiar estructura del mercado.

2.3. Estructura del mercado.

Tabacalera todavía ostenta el monopolio legal de la fabricación de tabaco en la Península y en Baleares, además del de importación y comercio mayorista de tabaco procedente de países no comunitarios. Por otro lado, Tabacalera es el monopolista de hecho en la importación de tabaco comunitario y en la distribución de labores de tabaco de cualquier procedencia.

La situación de monopolio de la que tradicionalmente ha gozado Tabacalera en el mercado español de tabaco le permite tener un mejor conocimiento del mercado que cualquiera de sus rivales y ha resultado determinante para que, en la actualidad, Tabacalera sea el único fabricante-distribuidor integrado que está presente en el mercado con una gran diversidad de productos.

En opinión del Tribunal, estas circunstancias

“...dotan a Tabacalera de una gran fuerza e independencia que le va a permitir, llegado el caso, realizar determinados sacrificios financieros respecto de un producto concreto para mantenerse en el mercado, sin que su rentabilidad general se vea afectada....”.

(16) - Hay que recordar que en “AKZO”, el TJCE estableció en el 50% la cuota de mercado que por sí misma es suficientemente indicativa de la existencia de una posición dominante.

Así pues, hay que concluir que las especiales características del mercado relevante permiten a Tabacalera beneficiarse de lo que la doctrina ha denominado “subvenciones cruzadas”, es decir, la posición de Tabacalera en el mercado del Tabaco contemplado en su conjunto permite a esta empresa realizar determinados sacrificios financieros y soportar fuertes pérdidas en algún sector del mercado sin que sus resultados globales se resientan.

Otro concepto interesante introducido por el TDC al analizar la estructura del mercado es el que denomina “mercado con un nivel muy bajo de disputabilidad”. Con esta expresión, el TDC recoge la doctrina de los “contestable markets”, que será analizada más adelante y lo que pretende reflejar es el hecho de que en el mercado relevante la competencia potencial es escasa, lo que, sin duda, resulta determinante a la hora de tomar en consideración los efectos de una determinada conducta desarrollada por la empresa dominante.

2.4. Análisis de la conducta de Tabacalera.

El TDC considera suficientemente probado que entre los años 1990 y 1993 Tabacalera ha estado vendiendo cigarrillos “Farias” a un precio inferior a su coste, lo que constituye el elemento central de una estrategia de precios predatorios.

No obstante, como se verá más adelante en la resolución comentada, se obvian elementos importantes como la distinción entre los costes fijos y variables del presunto predador, el coste marginal o el coste variable medio ya que proporcionan una información esencial para analizar la conducta de la empresa dominante.

Por último, debe destacarse que, en el año 1993, tras la desaparición de algunas marcas competidoras de “Farias”, Tabacalera incrementó los precios de venta al público de estos cigarrillos.

2.5. Postura del TDC.

El TDC llega a la conclusión de la existencia de una estrategia predatoria a la vista de las circunstancias siguientes:

“Tabacalera puede rebajar los precios de algunos productos por debajo de los costes con la finalidad de hacer más difícil o imposible la implantación en el mer-

cado de los potenciales competidores sin asumir graves riesgos; que Tabacalera durante los años 1990 a 1993 ha estado vendiendo los cigarros "Farias" por debajo de los costes de producción; que dos marcas competidoras desaparecieron del mercado en 1993; que en ese mismo año Tabacalera incrementó sustancialmente el precio de los cigarros "Farias"; que prácticamente no han entrado competidores en el mercado definido como relevante; y que, si bien, es cierto que la marca "Farias" ha perdido cuota de mercado entre los años 1990 y 1993, hay que considerar que tal pérdida, de un lado, se debe en buena medida a la regresión del mercado y, de otro, que podría haber sido mucho mayor si los precios se hubieran fijado conforme a criterios de costes...".

Considera el TDC que en este caso el abuso se producirá por la intención de mantener una marca y una posición en el mercado a base de fijar unos precios que producen unos ingresos por debajo de los costes y que esta política sólo puede ser seguida por Tabacalera dada su posición en el sector, su extraordinaria capacidad financiera y la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecen a mercados diferentes.

Manifiesta asimismo el TDC que la política de precios de Tabacalera con respecto a la marca "Farias" no puede calificarse de competencia agresiva.

El razonamiento del TDC presenta, sin embargo, un punto oscuro sobre el que apenas se incide en la resolución. Por un lado se afirma que los precios de los cigarros "Farias" estuvieron en todo momento al nivel de los de sus competidores. Por otro lado, que durante los años 1990-1993, en que tuvo lugar la estrategia predatoria, Tabacalera perdió cuota de mercado.

En ningún caso puede justificarse, como hace el TDC, una pérdida de cuota de mercado en la regresión del mercado, ya que la regresión afecta a todos los competidores por igual y, por lo tanto, justifica una pérdida de volumen de negocios pero no una pérdida de cuota de mercado. Por otro lado, una estrategia de precios predatorios encaminada a eliminar a un competidor requiere el establecimiento de unos precios considerablemente inferiores a los del competidor, no unos precios similares.

Así pues, la política de precios de Tabacalera en relación con los cigarros "Farias" parece la estrategia de

una empresa menos eficiente, quizá por su condición de ex-monopolista, que trata de mantener su cuota de mercado a costa de asumir pérdidas que puede financiar con los beneficios que obtiene en otros mercados. Si es así, hay que plantearse si la actuación de Tabacalera puede considerarse predatoria y si el establecimiento de unos precios inferiores al coste con la única finalidad de igualar los precios de la competencia puede considerarse un "abuso" y, en consecuencia, resultar sancionable desde el punto de vista del Derecho de la Competencia cuando el acusado es una empresa en posición dominante.

Más adelante abordaremos la problemática de si la conducta consistente en "igualar los precios de la competencia" puede resultar una justificación eficaz para vender a precios inferiores al coste.

3. Analogías y diferencias.

Como analogías de ambas resoluciones del TDC aquí comentadas, puede destacarse que se trata de la introducción de un régimen de libre competencia en mercados previamente monopolizados. Si la desregulación y la liberalización del ordenamiento son requisitos indispensables, se pone de manifiesto que no son suficientes. Efectivamente, los "ex-monopolistas" mantienen frecuentemente posiciones dominantes o de ventaja durante largo tiempo y tienen inevitables resistencias frente a un entorno nuevo, como es el de la libre competencia, pudiendo recurrir a conductas excluyentes para lograr que pervivan sus privilegios en el mercado. Los problemas devienen todavía más complicados cuando la propia Administración Pública interviene para pronunciarse acerca de si determinadas actividades siguen o no monopolizadas o si están ya liberalizadas, interpretando con ello el ordenamiento jurídico y pudiendo suscitar una confianza legítima en los operadores de la legalidad de su conducta.

Hechas estas precisiones, existen evidentes diferencias. Mientras que la resolución en el asunto *BT/Telefónica* no llegó a ser propiamente un caso de precios predatorios, puesto que faltaban elementos esenciales en la instrucción del caso que impidieron un pronunciamiento por esta vía, entendemos que presenta no obstante un razonamiento técnico-jurídico sólido y que servirá indudablemente de precedente en el futuro. Por el contrario, como veremos a lo largo de este trabajo, la resolución del TDC en el asunto *Tabacos de*

Canarias, siendo a todos los efectos una resolución sancionadora por precio predatorio, adolece de notables lagunas e imprecisiones que no contribuyen a clarificar esta cuestión, que es sin duda compleja.

III.- CONCEPTO; ELEMENTOS CARACTERIZADORES

En un trabajo anterior, entendíamos que son predatorias las prácticas distintas de la competencia basada en los méritos empresariales con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar a uno o a 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 y largo plazo (17).

De los diversos elementos que integran este concepto, quizá el verdaderamente distintivo y que configura la conducta predatoria es la intención de excluir a un competidor o, dicho de otra forma, el comportamiento excluyente y los medios que se adoptan para la consecución de dicha finalidad. Aunque la conducta típica es la intención de excluir, entendida de forma literal, la práctica nos enseña que interpretar esta expresión de forma amplia. Así, en palabras de Areeda y Turner, "... el comportamiento excluyente incluye, de forma extensiva, un comportamiento que no sólo (i) tiende a reducir las oportunidades de los competidores, pero también que (ii) no propicia la competencia en los méritos o la propicia de manera innecesariamente restrictiva ..." (18).

Así, en los EE.UU., baste repasar someramente la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando la Sección 2 del Sherman Act. Como botón de muestra, puede citarse la conocida sentencia en el asunto *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* donde se manifestaba lo siguiente (19):

(17) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. supra, p. 38.

(18) AREEDA & TURNER, *Antitrust Law*, Boston, 1978, p. 78: "... exclusionary behavior comprehends at the most behavior that not only (i) tends to impair the opportunities of rivals, but also (ii) either does not further competition on the merits or does so in an unnecessarily restrictive way...".

(19) 472 U.S. 585, 1985: "*The question whether Ski Co's conduct may properly be characterized as exclusionary cannot be answered by simply considering its effect on Highlands. In addition, it is relevant to consider its impact on consumers and whether it has impaired competition in an unnecessarily restrictive way. If a firm has been attempting to exclude rivals on some basis other than efficiency, it is fair to characterize its behavior as predatory*".

"La pregunta de si la conducta de Ski Co puede propiamente caracterizarse como excluyente no puede contestarse simplemente considerando su efecto sobre Highlands. Además, es relevante considerar su impacto sobre los consumidores y si ha reducido la competencia de forma innecesariamente restrictiva. Si una empresa ha estado intentando excluir a sus competidores sobre una base distinta a la eficacia, es justo caracterizar su comportamiento como predatorio."

Por su parte, la jurisprudencia comunitaria está plagada de resoluciones y sentencias sancionando otras conductas "excluyentes" por tener las mismas cabida en el elenco abierto del Artículo 86 del Tratado (20).

Finalmente, y en lo que a la jurisprudencia de nuestro TDC respecta, puede decirse lo mismo puesto que hay numerosos ejemplos de sanción de conductas excluyentes abusivas sin atender por ello a los precios de venta. Así, en la resolución dictada en el asunto *NCA Electromedicina c. General Electric CGR* (Exp. 295/1991, Diciembre de 1991), se afirmaba que la empresa en posición de dominio en el mercado de bombas de cobalto realizó su campaña promocional para dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de su competidora, declarando dicha conducta excluyente como contraria al Artículo 6 LDC. Asimismo, en la resolución dictada en el asunto *Indas c. Arbora y Ausonia* (Exp. 291/1990, 7.1.1992), el TDC examina los efectos excluyentes de la práctica denunciada (regalo de pañales) y concluye que mediante dicha práctica se introducen elementos que impiden la libre competencia basada en los méritos, es decir, en las reales cualidades del producto y en el esfuerzo legítimo de las empresas en su organización.

De la definición apuntada por el TDC en el asunto *BT/Telefónica* antes comentado, puede afirmarse que será predatoria aquella conducta en la que se den los elementos siguientes:

(a) Existencia de una conducta orientada de forma directa a perjudicar a uno o varios competidores como estrategia para mejorar la situación propia en el mercado. En este sentido, el elemento de la eliminación de un rival es el que subyace tras el término mismo de "predación" y es el más característico de esta conducta.

(20) Por todos, vid. KORAH, *An Introduction to EEC Competition Law and Practice*, 6ª ed., Oxford, 1997, pp. 110 y ss.

(b) Empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos o en la eficiencia empresarial.

(c) Apariencia competitiva del empleo de los medios señalados en el apartado anterior. Efectivamente, uno de los principales problemas es la dificultad de distinguir las de la competencia lícita en la medida en que se emplean instrumentos competitivos de forma anticompetitiva y con una finalidad de exclusión.

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

IV.- ELEMENTOS OBJETIVOS

1. Estructura del mercado relevante.

En el análisis de la estructura del mercado reside, en buena medida, el núcleo del examen de verosimilitud de una estrategia de precios predatorios. Efectivamente, si el mercado no reúne las condiciones objetivas para que pueda resultar expulsado el competidor agredido, difícilmente podrá afirmarse con el suficiente nivel de credibilidad que se den los elementos que integran el concepto mismo de conducta predatoria (21).

En la resolución del TDC en el asunto *BT/Telefónica*, se afirma con indudable acierto que "...para considerar acreditada la existencia de precios predatorios es necesario analizar tanto el *mercado* y las características de las empresas involucradas como los precios y costes del supuesto predador...". No obstante, al desarrollar posteriormente este aspecto, el TDC se circunscribe a mencionar la existencia de "barreras de entrada", elemento de indudable importancia pero que debe complementarse por otros aspectos igualmente importantes.

En un anterior trabajo, sostuvimos que las características estructurales que debían darse eran, entre otras, las siguientes: (i) fuertes barreras de entrada; (ii) mercado

(21) Sobre este aspecto, parece existir práctica unanimidad, incluso desde posiciones muy diferenciadas. Para un análisis exhaustivo de esta cuestión, pueden verse, entre otros, los trabajos de JOSKOW & KLEVORICK, "A framework for analysing predatory pricing policy", *YALE L.J.*, vol. 89, 1979, pp. 213 y ss.; MASTROMANOLIS, cit. supra, pp. 221 y ss.

de oferta horizontalmente concentrado, y (iii) dimensión relativa de los clientes (22).

1.1. Barreras de entrada.

El análisis tradicional realizado por los economistas integrantes la escuela clásica de la "organización industrial" pasaba por sostener que las desviaciones persistentes y reiteradas de los precios de niveles competitivos se producían únicamente cuando se reunían las dos condiciones siguientes: (i) una concentración lo suficientemente grande en los oferentes de bienes o servicios que diera lugar a la colusión o a prácticas concertadas; y (ii) barreras de entrada elevadas a nuevos competidores (23).

En un trabajo ya clásico, Bain definió una barrera de entrada como "la posibilidad que tienen, en el largo plazo, las empresas ya consolidadas en un mercado de elevar sus precios de venta por encima de sus costes medios mínimos de producción y distribución sin inducir a potenciales competidores a entrar por ello en el sector" (24). Por su parte, Stigler consideraba una barrera de entrada como "el coste de producción (a determinado o a cualquier nivel de producción) que debe soportar toda empresa para poder entrar a un mercado en el que no está presente pero que, por el contrario, no tienen aquellas empresas que ya están presentes en el mercado" (25).

Pues bien, con independencia del debate académico sobre el alcance y contenido de la definición de barreras de entrada, parece existir unanimidad para englobar en la misma cuestiones o aspectos tan diferentes como las economías de escala necesarias en un determinado sector industrial, las restricciones o limitaciones de orden administrativo o legal (v.gr., tarifas, cuotas, derechos de propiedad industrial) y las ventajas absolutas o naturales en costes de las empresas ya implantadas (especialmente, los llamados costes de

(22) Vid. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, cit. supra, p. 11.

(23) SCHERER & ROSS, cit. supra, pp. 386-390 y ss.

(24) BAIN, *Industrial Organization*, 2ª ed., Nueva York, 1968, p. 252.

(25) STIGLER, *The Organization of Industry*, Homewood, Ill, 1968, p. 67.

información o "curva de aprendizaje" y las "infraestructuras esenciales").

Una perspectiva diferente de las condiciones de entrada a un mercado es la proporcionada por la "teoría de los mercados disputables" (*contestable markets*) (26). En síntesis, se afirma que un mercado es "perfectamente disputable" si se dan tres condiciones. En primer lugar, los nuevos entrantes no deben tener desventajas respecto de las empresas ya implantadas; ello significa que podrán tener acceso a la misma tecnología productiva, precios de compra, productos e información sobre la demanda. En segundo lugar, los "costes hundidos" deben ser iguales a cero o, en otras palabras, todos los costes asociados o ligados a la entrada deben ser íntegramente recuperables lo que significa que un nuevo entrante podría salir posteriormente de la industria sin coste. El tercer requisito es que la "demora en la entrada" (*entry lag*, definida como el tiempo transcurrido entre que la entrada de una nueva empresa al mercado es conocida por sus competidores y el momento en el que el nuevo entrante es capaz de empezar a suministrar al mercado) sea inferior al tiempo o periodo de ajuste del precio para las empresas ya presentes en el mercado (*price adjustment lag*, definido como el tiempo que transcurre entre el momento en el que quieren modificar sus precios y el momento en el que efectivamente los modifican). El resultado de todo ello es que, si un mercado es "perfectamente disputable", entonces el equilibrio que se produce debe generar un resultado socialmente eficiente y óptimo. Los "costes hundidos" son, en esta construcción, una nueva barrera de entrada a tener muy en cuenta. En definitiva, la "disputabilidad de los mercados" es una teoría para la cual la competencia potencial juega un papel predominante a la hora de generar unas conductas competitivas (27).

A pesar de algunas debilidades, la teoría de los mercados disputables ha sido determinante en el Derecho *antitrust* a la hora de reducir o moderar el énfasis en la concentración y tomar más en cuenta la competencia potencial.

(26) Esta teoría fue elaborada por BAUMOL, PANZAR & WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego, 1982.

(27) VISCUSI, VERNON & HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 2ª ed., Cambridge/Mass., p. 163.

Hemos tenido ocasión de constatar cómo, en su resolución en el asunto *Tabacos de Canarias*, el TDC hacía referencia a un nivel bajo de "disputabilidad" del mercado relevante. ¿A qué se refería con dicha expresión? No existe indicación alguna en la resolución comentada que permita interpretar esta expresión, por lo que sería totalmente especulativo aventurar una u otra interpretación por mucho que parezca razonable deducir que se trata de una adaptación del concepto que esbozaran en su día Baumol, Panzar y Willig. Ahora bien, si no deja de ser ciertamente grave que el TDC emplee barbarismos para iniciados, sin explicar su significación y alcance, es todavía más preocupante en la medida en que se hace de ello una prueba de cargo en un expediente sancionador.

1.2. Mercado de oferta horizontalmente concentrado.

Una estrategia de precio predatorio tendría muy poco sentido en un mercado en el que compitieran multitud de diferentes empresas, donde varias de ellas representarían una competencia directa para el supuesto predatorio. Por el contrario, las estrategias predatorias tienen una lógica claramente mayor en mercados oligopolistas, en los cuales la oferta está sensiblemente concentrada en pocas empresas. En el ámbito del Derecho comunitario, las sentencias del TJCE en los asuntos *AKZO* y *Tetra Pak II*, al igual que las resoluciones del TDC objeto de este estudio, confirman esta afirmación.

1.3. Dimensión relativa de los clientes.

Parece evidente que, cuanto mayor sea la concentración de la demanda, menores serán las posibilidades reales de que el predatorio pueda imponer sus condiciones, por mucho que el riesgo de infligir graves daños a su competidor sea potencialmente mayor.

2. Existencia de una posición dominante: ¿una condición esencial?

En la construcción clásica imperante y asimilando una estrategia de precios predatorios a la manifestación de un abuso de posición dominante, se viene aplicando el esquema analítico habitual para este tipo de casos previstos tanto por el artículo 86 TCE como por el artículo 6 LDC. En este sentido, habrá que delimitar primero los mercados relevantes, tanto de producto como geográfico, para pasar posteriormente al análisis de la

posición de dominio entendida como la facultad que tiene la empresa de actuar de forma independiente de sus rivales o competidores (28). Este ha sido el análisis aplicado por el propio TDC en las resoluciones aquí comentadas en los asuntos *BT/Telefónica* y *Tabacos de Canarias*.

Otra precisión previa que conviene realizar y que resulta de especial relevancia en mercados regulados, es aquella consistente en diferenciar entre el estatuto de "operador dominante" y "operador con posición dominante". Aunque pueden coincidir ambas calificaciones y la condición de "operador dominante" será sin duda un poderoso indicio, no sería correcto asimilar de forma automática ambas calificaciones por la estandaridad de las diferentes normativas y por los diferentes requisitos de orden sustantivo que una y otra normativa establecen (29).

Ahora bien, más recientemente, se ha planteado en qué medida debe necesariamente exigirse una posición dominante para que una estrategia de precios predatorios pueda surtir los efectos excluyentes característicos que dicha conducta anticompetitiva conlleva (30). El punto de partida de esta reflexión ha sido el necesario análisis previo, tanto de viabilidad de la conducta (incremento de poder de mercado) como de su racionalidad (aumento de los beneficios). ¿Cómo encajan estos requisitos de viabilidad y racionalidad con el concepto de posición de dominio manejado tanto a nivel del Derecho Comunitario como del Derecho español? Como afirmara recientemente Newton, se trata de una interrogante que puede descomponerse

en dos partes: (i) ¿Es *necesaria* una posición dominante para que una empresa pueda tener la capacidad y el incentivo de poner en práctica una estrategia de precios predatorios o pueden tener también éxito como "predadores" aquellas empresas que no ostenten una posición de dominio?; (ii) ¿Constituye la posición de dominio un requisito *suficiente* para que una empresa sea un predador exitoso o deben cumplirse condiciones o requisitos adicionales? (31).

Si intentamos aplicar el concepto clásico de posición de dominio a la conducta de precios predatorios, se suscita de inmediato un problema conceptual. En la medida en que una empresa esté dispuesta a poner en práctica semejante estrategia llegando a asumir considerables pérdidas, debe ello significar que el rival que se pretende con ello eliminar plantea una amenaza competitiva real o potencial al presunto predador. Ahora bien, una empresa en posición de dominio es aquella que es verdaderamente independiente de las presiones competitivas de sus rivales por lo que no tendría, en principio, necesidad alguna de recurrir a este tipo de conductas. En definitiva, el origen del problema reside en que el objetivo de una estrategia de precios predatorios es precisamente la creación de una posición de dominio mediante la supresión de un competidor que coarta o limita las posibilidades que tiene el presunto predador de actuar de forma independiente; por ello, la cuestión fundamental reside no tanto en determinar en qué medida el predador ya goza de una posición de dominio sino en determinar si será capaz de impedir la competencia efectiva y garantizarse esa posición de dominio mediante su conducta predatoria.

Pues bien, esta construcción pone de manifiesto cómo el modelo tradicional en tres fases -"delimitación de mercados relevantes/análisis de posición de dominio/análisis de la conducta"- no resulta del todo adecuado a la estrategia de precios predatorios. En la medida en que la finalidad de dicha estrategia es precisamente la creación de poder de mercado y que la posición de dominio es, en el análisis convencional, el resultado de una conducta predatoria exitosa y no una condición o requisito previo de dicha conducta, no parece que tenga un encaje coherente con el análisis económico exigir la acreditación previa de una posición dominante antes de poder concluir que una determinada conducta fue abusiva. Por

(28) Así, puede recordarse la definición dada por el propio TJCE en el asunto *United Brands c. Comisión*, [1978] 1 C.M.L.R. 429, para quien "... se refiere a la situación de poder económico que ostenta una empresa que la da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores" (considerando 65).

(29) Sobre esta diferenciación y su aplicación al mercado de las telecomunicaciones, *in extenso*, puede verse ARPÓN DE MENDÍVIL & FIGUERA, "El estatuto de los operadores", en AA.VV. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, (Dir. A. Arpón de Mendivil y A. Carrasco), Madrid, 1999, pp. 209 y ss.

(30) Nos referimos al trabajo de NEWTON, "Do predators need to be dominant?", *ECLR*, vol. 20, 1999, pp. 127 y ss.

(31) NEWTON, cit. supra, p. 129.

todo ello, se hace indispensable dar un nuevo enfoque al análisis desde una perspectiva más dinámica del problema y tomando en cuenta, no tanto si el predador ya tiene una posición dominante cuando pone en práctica la estrategia de precios predatorios sino si, como consecuencia de la misma, puede crearse una posición dominante que impida o restrinja la competencia efectiva en el mercado.

El análisis de los aspectos "estratégicos" de la conducta del predador puede ofrecer interesantes claves; no en vano, recientes estudios han venido a mostrar cómo incluso empresas con una cuota de mercado reducida, que convencionalmente no se hubiera considerado en sí misma suficiente para acreditar una posición dominante, pueden ejercer poder de mercado a través de una conducta estratégica (32).

¿Qué se entiende por "conducta estratégica"? Un comportamiento estratégico es aquél que engloba a aquellas decisiones o actuaciones adoptadas por una empresa para optimizar su posición competitiva al objeto de lograr la consecución de una ventaja empresarial permanente sobre sus rivales, incrementando con ello sus beneficios (33). En teoría de juegos, se trataría de una conducta calificada como "comportamiento estratégico no-cooperativo" en la medida en que se trata de una conducta unilateral que exige, al menos, los requisitos siguientes:

- detentar poder de mercado o cierta ventaja competitiva;
- debe actuarse antes que el resto de sus rivales (primer movimiento);
- debe demostrarse de forma creíble que se seguirá la estrategia adoptada con independencia de cuáles sean las decisiones que tomen los rivales (compromiso).

Generalmente, una conducta estratégica implementada por una empresa es consustancial al comportamiento pro-competitivo mismo por lo que no se la puede calificar como intrínsecamente anticompetitiva, dependiendo dicha calificación de la naturaleza y del objeto de la conducta desplegada. Así, la finalidad de la con-

(32) Por ejemplo, BAKER, "Unilateral competitive effects theories in merger analysis", *Antitrust*, 1997, pp. 21-22.

(33) Por todos, CARLTON & PERLOFF, cit., p. 382.

ducta suele ser invariablemente la de desincentivar la entrada de un potencial competidor al mercado, la reducción de los niveles de beneficios de un competidor o su eliminación del mercado en cuestión. En cuanto a las estrategias adoptadas, pueden mencionarse, entre otras, la publicidad, la innovación predatoria (34), el intento de incrementar los costes del rival (*raising rivals costs*) (35) o la multiplicación de productos para copar los diferentes nichos de un mercado (36). Pues bien, algunas veces estas conductas serán perfectamente legítimas y otras veces no, lo que pone de manifiesto que la incorporación al análisis de los aspectos estratégicos, siendo de indudable importancia, dificulta muchas veces las conclusiones respecto del análisis estructuralista convencional.

Hechas estas reflexiones, debemos concluir que, si bien la acreditación de una posición de dominio debe exigirse con carácter general para poder entenderse cometida una infracción del Derecho *antitrust* por el cauce de un abuso de dicha posición, no debe descartarse encauzar la infracción cuando se aprecie la existencia de los efectos excluyentes de una estrategia de precios predatorios en una empresa que no tenga técnicamente dicha posición de dominio. En este caso, entendemos que la vía legal ofrecida por el artículo 7 LDC en relación con una infracción del artículo 17.2 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal o del artículo 15 de la propia Ley 3/1991 brindan una posible solución.

3. Delimitación del mercado relevante.

En el análisis convencional, comenzaríamos por delimitar un mercado relevante del producto para pasar a

(34) Vid. BROCK, "Structural monopoly, technological performance and predatory innovation: relevant standards under Section 2 of the Sherman Act", *ABLI*, vol. 21, 1983, pp. 291 y ss.; SCHMALENSSEE, "Product differentiation advantages of pioneering brands" *AM. ECON. REV.*, vol. 72, 1982, pp. 349 y ss.

(35) Por todos, SALOP & SCHEFFMAN, "Raising rivals' costs", *AM. ECON. REV.*, vol. 73, 1983, pp. 267 y ss.

(36) En esta materia, el trabajo clásico aplicado a la industria de los cereales para desayuno es el de SCHMALENSSEE, "Entry deterrence in the ready-to-eat breakfast cereals industry", *BELL J. ECON.*, vol. 9, 1978, pp. 378 y ss. También puede verse CURTIS EATON & LIPSEY, "The theory of market preemption: the persistence of excess capacity and monopoly in growing spatial markets", *Economica*, vol. 16, 1985, pp. 153 y ss.

analizar posteriormente si existe una posición dominante en el mismo.

Pues bien, de las reflexiones anteriores se desprende que la conducta predatoria es, en la mayoría de los casos, una estrategia que se despliega en diferentes mercados. Así, un predador con éxito no necesariamente tiene por qué gozar de una posición de dominio en el mercado en el que lleva a cabo la estrategia de precios predatorios sino que, en la mayoría de los casos, gozará de la misma en otros mercados ascendentes (*upstream*), descendentes (*downstream*) o próximos. De hecho, cuantos más mercados relevantes existan en los que el predador solamente tenga que hacer frente a una competencia real y efectiva limitada, más atractiva resultará una estrategia de precios predatorios para desincentivar la competencia potencial. Por último, no puede olvidarse que muy frecuentemente el predador empleará los beneficios obtenidos en unos mercados próximos o conexos, en los que disfrute ya de rentas monopolísticas, para financiar las pérdidas sufridas en el mercado en el que pretende eliminar al competidor; es lo que analizaremos más tarde con el nombre de "subvenciones cruzadas".

En el plano comunitario, los casos *AKZO* y *Tetra Pak II* son espacialmente ilustrativos. En ninguno de los dos casos, podía hablarse de forma inequívoca de un solo mercado de producto. Así, en el asunto *AKZO*, la empresa sancionada estaba intentando limitar la entrada de su competidor, ECS, en el mercado europeo de plásticos; para ello, puso en práctica una política de precios predatorios en un mercado distinto, que era el de aditivos para la harina, que formaba a su vez parte del mercado más amplio de los peróxidos orgánicos. En *Tetra Pak II*, el predador gozaba de posición dominante en el mercado de cartones asépticos y puso en práctica su estrategia predatoria en otro mercado distinto: el de los cartones no asépticos.

En las resoluciones del TDC comentadas, ocurre algo similar. Así, en la recaída en el asunto *BT/Telefónica*, los mercados en los que Telefónica tenía una posición de dominio eran prácticamente todos los relacionados con las telecomunicaciones en España, en los que había gozado o gozaba todavía de un monopolio legal. Concretamente, pretendía impedir la entrada de un competidor potencial, BT, en un mercado recién liberalizado: el de alquiler de circuitos. Por su parte, en la resolución *Tabacos de Canarias*, Tabacalera gozaba del monopolio legal de fabricación de tabaco, de comercia-

lización al por menor (a través la red de expendedurías), de importación y comercialización al por mayor de tabaco procedente de países distintos de los de la CE y un monopolio de hecho en la distribución mayorista de tabaco procedente de los países de la CE, dentro de un mercado que englobaba diferentes variedades de cigarrillos y cigarros puros. Pues bien, se trataba aparentemente de controlar a los rivales en un segmento concreto del mercado de cigarros puros.

Todo ello nos lleva a concluir que no puede analizarse una estrategia de precio predatorio en un mercado de producto aislado o individualizado sino que se trata de un fenómeno que se despliega en varios mercados. De hecho, puede constatarse cómo el mercado en el que se pone en práctica la estrategia es precisamente aquél en que la víctima está cuestionando, de una forma efectiva, el dominio o poder de mercado del predador; por eso, hay que eliminarlo. En otras palabras, allí donde el predador puede actuar con absoluta independencia de sus rivales, con una clara posición dominante, no tiene necesidad de recurrir a una campaña de precios predatorios costosa y arriesgada; en cambio, en aquellos mercados en los que tiene una posición fuerte pero no dominante, tendrá mayor interés en adoptar este tipo de estrategia.

Desde un punto de vista del análisis jurídico, ello obligará a analizar varios mercados en conjunto y no un solo mercado relevante, lo que dificulta indudablemente el análisis toda vez que, si falta el requisito o condición previa de la existencia de una posición de dominio en un mercado concreto, difícilmente podrá sancionarse por abuso. Ello da buena cuenta de la complejidad de estas conductas y de las dificultades de orden técnico-jurídico que conlleva su adecuada sanción.

4. Análisis del coste; subvenciones cruzadas.

(a) La comparación de los precios aplicados con los costes del supuesto predador constituyen un elemento fundamental para poder calificar como "predatoria" una determinada política de precios. Sin ánimo de analizar en profundidad esta cuestión, que ha sido objeto de pormenorizado análisis en trabajos anteriores (37),

(37) Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. supra, pp. 91 y ss.; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, cit. supra, pp. 3 y ss. Para una visión de conjunto, puede consultarse también la obra de HAY, "Confused lawyer's guide to the predatory pricing literature", en *J. REPRINTS ANTR. L. & ECON.*, vol. 17, 1986, pp. 155 y ss.

la tesis dominante en la jurisprudencia comunitaria, como ponen de manifiesto tanto los asuntos *AKZO* como *Tetrapak II*, ha pasado por adherirse en términos generales a la teoría de Areeda/Turner (38).

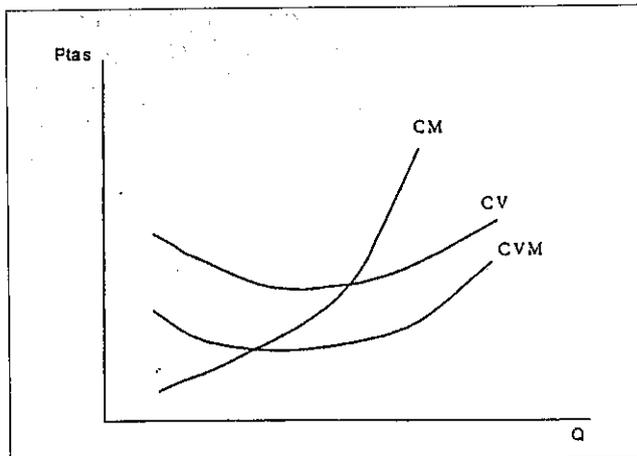
En síntesis, la teoría de Areeda/Turner viene a postular lo siguiente:

- todo precio establecido con una "anticipación razonable" y que sea igual o superior al coste marginal a corto plazo no deberá ser considerado predatorio;

- todo precio establecido con una "anticipación razonable" y que se fije a un nivel inferior al coste marginal a corto plazo será considerado como predatorio, salvo que sea igual o superior al coste total medio, en el entendido en que, si es igual o superior al coste variable total, deberá gozar de una presunción relativa (*iuris tantum*) de legalidad;

- debido a la dificultad de determinación de los costes marginales, se propone sustituir los mismos por los costes variables medios como criterio sustitutivo.

De forma gráfica, puede reflejarse esta construcción como sigue:



Puede verse cómo la zona situada entre las curvas correspondientes al coste variable medio (CVM) y al coste variable (CV) es aquella que está sometida a una presunción relativa de predación, susceptible de ser contrarrestada por el supuesto predatorio.

(38) AREEDA & TURNER, cit. supra, pp. 704 y ss.

En la resolución en el asunto *BT/Telefónica*, el TDC abordó el tema de forma directa en su Fundamento de Derecho 8º y, aunque parece abrigar ciertas dudas sobre el test Areeda/Turner, lo cita expresamente afirmando que se trata del criterio aplicado a nivel comunitario:

"Por todo ello, puede concluirse que la aplicación de precios predatorios en este caso resultaba factible, por lo que procede pasar al análisis de precios y costes del supuesto predatorio. Sin embargo, en relación con este punto, no existe en el expediente el mínimo análisis económico y la acusación se basa exclusivamente en que los precios a los que Telefónica alquilaba los circuitos a los miembros de la AMMI eran inferiores a los regulados. Como es sabido, el conocer con exactitud los costes y su descomposición entre fijos y variables en el sector de las telecomunicaciones es tarea, sin duda, muy difícil, con lo que es más que complejo aplicar criterios como el test Areeda-Turner, frecuentemente utilizado por los tribunales norteamericanos y usado también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en la Sentencia de 3 de junio de 1991, As. AKZO, aunque introduce la intencionalidad como nuevo factor en este análisis, lo aplica al considerar prácticamente una presunción *iuris et de iure* de predación para los precios inferiores al coste variable medio y una presunción *iuris tantum* para los precios superiores al coste variable medio, pero inferiores al coste total medio. Este criterio es ratificado en la Sentencia de 14 de noviembre de 1996, As. Tetrapak II). En cualquier caso, ante la falta de prueba suficiente para afirmar que los precios aplicados por Telefónica eran predatorios debe primar el principio de presunción de inocencia por lo que el Tribunal considera que dicha imputación no está acreditada."

Por su parte, en la resolución recaída en el asunto *Tabacos de Canarias*, el razonamiento es muy similar en este punto aunque más elaborado en la medida en que la relación precios/costes sí fue objeto de pormenorizado debate a diferencia de la resolución anterior. En su Fundamento de Derecho 5º, el TDC se remite nuevamente a la sentencia del TJCE en el asunto *AKZO* (no cita en cambio el asunto *Tetrapak II*, mucho más reciente) para aplicar, en síntesis, el test Areeda/Turner de la forma siguiente:

"Ahora bien, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en su sentencia de 3 de julio de 1991 (As. Akzo), estableció con respecto a

los precios predatorios, de un lado, que la aplicación de la norma de competencia no puede depender exclusivamente de un criterio automático basado en los costes, pues dicho criterio no permite apreciar la intencionalidad del autor o las estrategias a largo plazo y, de otro, que la existencia de un precio inferior a la media de los costes totales (fijos + variables), pero superior a la media de los costes variables, será predatoria cuando exista intención de eliminar a un competidor o disuadirlo de que actúe en el mercado, habrá que analizar también la presencia en este caso de estos dos últimos elementos."

De las resoluciones comentadas, puede razonablemente concluirse que el TDC viene aplicando en términos generales el test Areeda/Turner por lo que, en caso de situarse el nivel de precios entre el coste variable medio y el coste variable, recurrirá a una indagación adicional acerca de la intencionalidad del supuesto predador (elemento subjetivo), que será objeto de análisis más adelante.

(b) Respecto a qué deban considerarse costes fijos y costes variables, quizás resulte conveniente recordar algunas nociones básicas de contabilidad de costes.

Desde una perspectiva estrictamente conceptual, son costes variables aquellos cuya cuantía depende del número de unidades producidas o del tiempo de actividad; son costes que varían de forma directa con respecto a los cambios en el nivel de actividad (horas extraordinarias, mano de obra eventual, materias primas, energía, primas de producción, etc...). El cambio que experimentan los costes variables al variar el volumen de producción puede ser proporcional o no al número de unidades producidas (progresivos o decrecientes). Son costes fijos los que permanecen constantes con independencia de las variaciones de la producción para un período de tiempo conocido. Este concepto recoge todos aquellos en los que se necesita incurrir para dotar a la planta de una determinada capacidad productiva, incluyendo tanto la referida a los recursos humanos como a los materiales, por lo que se les conoce también como costes de capacidad. Se incluyen como tales los siguientes: obsolescencia de los equipos, mano de obra fija, seguros, impuestos sobre bienes inmuebles, mantenimiento de las instalaciones, etc... Por último, hay costes semi-variables o mixtos que se caracterizan por tener un componente fijo y otro variable; así, por ejemplo, la depreciación del

inmovilizado tiene un componente fijo que es la obsolescencia y otro variable que es el uso (39).

Desde una perspectiva del análisis de los mismos, es asimismo importante diferenciar entre las diferentes etapas o fases como son (i) su clasificación, (ii) su localización y (iii) su imputación.

Hechas estas precisiones, y desde un punto de vista técnico, puede decirse que los principios generales enunciados encuentran su reflejo en la estructura de nuestra contabilidad analítica y, más concretamente, del Grupo 9 del Plan General de Contabilidad.

En lo que a su aplicación al análisis *antitrust* respecta, debe recordarse brevemente que Areeda y Turner sostuvieron que no era conveniente perderse en un análisis casuístico de los costes variables, propugnando un concepto amplio de coste variable, del que sólo se excluirían los costes del capital imputables a inversiones en inmovilizado material (inmuebles, equipo), impuestos (en la medida en que vayan ligados al volumen de actividad, lo que excluye tributos como el IBI o el IAE) y depreciación de la planta; los gastos promocionales, así como el I+D se consideran variables.

¿Qué lecciones pueden extraerse de la resolución del TDC en el asunto *Tabacos de Canarias* a la hora de determinar los criterios en materia de clasificación de costes e imputación a fijos y variables? La resolución del TDC es extraordinariamente prolija pero confusa en este punto, tal y como se pone a continuación de manifiesto:

a) Que, según el "Ranking de operaciones" de Tabacalera, el margen (precio neto menos costes) de los "Farias" que se integran en el mercado relevante fue negativo para todas las presentaciones en el año 1990; fue también negativo para todas las presentaciones en el año 1991; y lo mismo sucedió en el año 1992, con la excepción de Farias Superiores Caja (50) y Farias Superiores Estuche (5); por último, en el año 1993 fue igualmente negativo para todas sus presentaciones.

b) Que a parecida conclusión se llega si, en lugar de tomar como base para el cálculo los citados "rankings",

(39) MEMENTO PRÁCTICO - LEFEBVRE, *Contable* 1997, Madrid, 1998, pp. 309 y ss.

se parte de los "Estados demostrativos de resultados" elaborados por la propia Tabacalera, cuya diferencia con los anteriores estriba en que no incluyen la totalidad de la tarifa de distribución (suprimen el beneficio empresarial) ni los costes de comercialización, aunque se reduce el número de presentaciones en los que el margen resulta negativo.

c) Que el precio de cesión (precio al que el fabricante cede el producto al mayorista para su distribución) fue inferior al coste de producción en los años 1990 a 1993, oscilando la diferencia entre las 6,63 y las 13,3 pesetas por unidad.

3.2. Tabacalera ha tratado de defenderse alegando: En primer lugar, que los "Ranking de Operaciones" son documentos internos de trabajo, elaborados sobre bases y procedimientos teóricos y a efectos puramente comparativos de la operatividad de unas labores de tabaco en relación con otras que, por tanto, no tienen la finalidad de reflejar los costes de los productos porque entre otros extremos incluyen conceptos y magnitudes extraños a los mismos. En segundo lugar, que en los "ranking de operaciones" no se descontaban de los costes de producción los llamados "costes de subactividad", esto es, la parte relativa a la sobrecapacidad de producción instalada y a la mano de obra improductiva en el momento en que se reduce la producción a consecuencia de una fuerte caída de las ventas; en este sentido, alegan también que, al tratarse de una empresa pública, por razones político-sociales no podían hacer una regulación de empleo ni proceder a la venta de activos o cierre de plantas. Y, en tercer lugar, que los citados documentos contables incluyen, además, de un lado, una tarifa de distribución no cierta e innecesaria, porque Tabacalera, S.A. se distribuye sus propios productos y, de otro, unos gastos institucionales de publicidad y promoción. Practicando todas estas deducciones, los precios de Tabacalera llegan a situarse la mayor parte de las veces por encima de los costes variables.

4. Frente a estas argumentaciones, el Tribunal, de conformidad con lo afirmado por el Servicio de Defensa de la Competencia, entiende que, con independencia de las distintas teorías y metodologías existentes para el cálculo de los costes, los "Ranking de operaciones" de Tabacalera son documentos suficientemente indicativos del margen real de cada producto, en este caso de los "Farias", ya que la subactividad puede ser tam-

bién considerada como un coste más de producción que varía de manera inversa al volumen de ventas del producto y que, por consiguiente, ha de computarse, al igual que sucede con otros gastos, como el consumo excesivo de factores productivos. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, por lo general, el coste de la subactividad sólo puede mantenerse de manera prolongada en el tiempo por quien tiene una posición de dominio en el mercado y puede imputarlo a otra actividad que resulta rentable. Por otra parte, la alegación relativa a que, por razones de política social, Tabacalera no podía llevar a cabo una reducción de plantilla, debe ser igualmente rechazada porque ha resultado probado que, al menos en el año 1993, realizó una regulación de empleo. Asimismo, el Tribunal considera que también ha de ser contabilizado el coste de comercialización que está integrado por los gastos de publicidad y promoción directa, la publicidad institucional, el tabaco regalado con carácter promocional y los gastos del personal relacionado con actividades promocionales y publicitarias. Finalmente, el Tribunal estima que, aunque puede resultar discutible computar una tarifa teórica de distribución en lugar de contabilizar el coste que realmente se ha producido, como hacen los "Estados demostrativos de resultados", sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, los resultados con respecto a la existencia de márgenes negativos no varían sustancialmente de uno a otro, a los efectos de acreditar que, en algunos casos, se vendió por debajo de coste.

Como puede constatarse, el TDC maneja indistintamente y frecuentemente con escaso rigor diferentes conceptos contables, incurriendo en frecuentes contradicciones o inconsistencias. Así, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho 3º, se manifiesta que "...Tabacalera puede rebajar los precios de algunos productos por debajo de los costes...", sin precisar a qué costes se hace referencia, mientras que unas líneas después se afirma que se "... han estado vendiendo los cigarros "Farias" por debajo de los costes de producción...", sin concretar a qué costes concretos se refiere por lo que no resulta posible saber si son reconducibles a costes fijos o variables.

Por otra parte, la resolución del TDC deviene todavía más confusa en la medida en que se hace asimismo referencia a los "márgenes negativos". Como es sabido, la definición de margen es la diferencia entre ingresos y costes de producción, directamente vinculados a la

obtención y venta de un producto en sentido total que se concreta, a nivel unitario, en la diferencia entre precio y coste. En cuanto a su determinación, se lleva a cabo por el procedimiento del cálculo del coste completo, es decir, la suma de los costes variables más los fijos imputables a dichos productos por medio de los centros de costes. En este sentido, nuestro PGC se pronuncia claramente contrario a la teoría del coste directo ("direct costing"), por imputación exclusiva de los costes variables, preconizando la obtención de una serie de márgenes y resultados a distintos niveles, según se van vinculando los costes fijos directos a los productos, gamas, producción total o a la empresa en su conjunto (costes de estructura). El TDC no concreta si se refiere al margen industrial (ingresos por ventas menos costes industriales de los productos vendidos), al comercial (margen industrial menos costes comerciales) o al llamado coste de cobertura, que se define como diferencia entre los ingresos y los costes variables correspondientes cuando la empresa puede distinguir entre costes variables y costes fijos, en relación a un producto o grupo de productos. En cambio, se refiere en el Fundamento de Derecho 4º al "margen real", concepto éste completamente desconocido en contabilidad analítica.

De forma más concreta, tienen interés las alegaciones formuladas por Tabacalera en relación a la "subactividad". En relación a los costes relacionados con la subactividad, debe recordarse que su asignación se realiza en función de la parte del coste que puede asignarse a la desocupación productiva por la falta de utilización de los factores, tomando como dato base para su determinación el nivel de actividad esperado. En el caso de producción inferior a la capacidad normal de la empresa, una parte de cargas fijas, las procedentes de la subactividad, se encuentra vinculada al ejercicio en que se producen. Estas cargas de subactividad se llevan directamente a resultados del ejercicio, no afectando a la valoración de las existencias. Conforme a este método, en cada fase de producción y distribución, el importe de las cargas fijas, que se considera para su incorporación a existencias, es el resultado de multiplicar el importe total por la relación entre nivel real de actividad/nivel normal de actividad. Su no consideración tiene un efecto peligroso sobre los resultados de las empresas, dado que incorpora un exceso de cargas fijas, a menudo no recuperables del precio de venta, e incluso lleva a la distribución de dividendos ficticios y a la obtención de un balance inexacto. En la

práctica, el tratamiento de la subactividad que afecta a las cargas incorporables, depende de que la empresa valore sus existencias a coste real o a coste estándar. Pues bien, lo cierto es que el TDC trata esta importante cuestión de forma extraordinariamente superficial, sin llegar a desmenuzar las implicaciones del mismo para la determinación de los niveles de precios fijados por Tabacalera.

(c) Respecto de las llamadas "subvenciones cruzadas" (40), el punto de partida es nuevamente estructural en la medida en que el precio predatorio aparece únicamente como una estrategia económicamente verosímil cuando el predador puede financiar las pérdidas incurridas en el mercado relevante con los beneficios que obtiene en otros mercados; de ahí que se haya afirmado que el predador es típicamente una empresa que goza de posición de dominio en diferentes mercados o, en expresión de Philips, se trata de un "multimarket monopolist".

En la resolución del TDC en el asunto *Tabacos de Canarias*, se afirmaba lo siguiente:

"Esta política sólo puede ser seguida por Tabacalera dada su posición en el sector, su extraordinaria capacidad financiera y la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecen a mercados diferentes, de modo que las pérdidas que se generan con la venta de aquéllos en los que la competencia real o potencial puede ser mayor, se compensan con los beneficios de otras actividades en las que la competencia es menor o inexistente. Así pues, la política de precios de Tabacalera con respecto a la marca "Farias" no puede calificarse de competencia agresiva que lleva a que los productores ineficientes desaparezcan del mercado, sino de estrategia que busca la eliminación de éstos, sean eficientes o no, y que, sobre todo, sirve de aviso a los competidores potenciales para que se abstengan de introducirse en el mercado."

* (40) En un plano estrictamente terminológico, tan inadecuada resulta desde una perspectiva técnico-jurídica emplear "subvención" como "subsidio". No obstante, por su acepción más genérica, liberada de todo contenido administrativo, se nos antoja más acertada la expresión "subvención" que la de "subsidio". En este sentido, vid. AYLÓN CASTRO, "Hacia un mercado interior de la electricidad en la Unión Europea", *GJCE*, Bol. 136, Sept. 1998, p. 16; en sentido contrario, PÉREZ-NAVARRO CASTILLO, "Hacia un mercado interior de la electricidad: la liberalización del sector en la Comunidad Europea y en España", *Derecho Neg.*, Mayo 1998, p. 21.

El problema se nos antoja de cierta complejidad por lo que merezca quizás ser tratado con mayor detalle del que lo hizo el TDC para quien, según parece, la "...*posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecen a mercados diferentes...*" podía considerarse sin más una prueba más de su conducta abusiva. Al objeto de determinar la naturaleza anticompetitiva por excluyente de una política de "subvenciones cruzadas", debemos comenzar por precisar su concepto y manifestaciones fundamentales (41).

En un *plano estrictamente conceptual*, suelen definirse las "subvenciones cruzadas" como aquel procedimiento por el cual se imputan los gastos originados por la actividad empresarial en un determinado mercado de producto y geográfico a otro o, en otras palabras, la fijación del precio de venta de un producto por encima de su coste marginal para financiar la venta de otro producto por debajo de su coste marginal (42). Aunque puede usarse indistintamente o de forma más generalizada, no es menos cierto que se emplea habitualmente en el contexto de mercados regulados, donde la Administración impone al operador dominante unas tarifas o precios públicos para determinados productos o servicios que pueden ser inferiores a su coste marginal, que se subvencionan en cambio con los beneficios que puede obtener el citado operador con los obtenidos en otros productos o servicios.

En cuanto a su *tipología o clasificación*, existen evidentemente diferentes manifestaciones de "subvenciones cruzadas" que deben considerarse separadamente. A los efectos del presente trabajo, nos limitaremos a diferenciar entre "subvenciones cruzadas" realizadas por una empresa entre sectores de actividad diferentes pero estando ambos liberalizados, y aquellas "subvenciones cruzadas" realizadas entre un sector regulado y otro que no lo está. Para ilustrar este problema, nos remitiremos a un trabajo de la Comisión Europea de 1991 sobre Directrices para la Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones, donde se afirmaba lo siguiente (43):

(41) Para un excelente tratamiento del problema, puede verse el trabajo de HANCHER & BUENDÍA SIERRA, "Cross-subsidization and EC law", *CMLR*, vol. 35, 1998, pp. 901 y ss.

(42) HANCHER & BUENDÍA SIERRA, cit. supra, p. 902; VISCUSI, VERNON & HARRINGTON, cit. supra, pp. 337-338.

(43) D.O.C.E. 6.9.1991, núm. C-233/2.

"Las subvenciones cruzadas no conducen a la fijación de precios predatorios, ni a restricciones de la competencia cuando son los gastos de actividades reservadas los subvencionados por los ingresos generados por otras actividades reservadas, dado que estas actividades están cerradas a la competencia en el sector... Más aún, esta forma de subvención es necesaria ya que permite a los operadores beneficiarios de derechos exclusivos, cumplir con su obligación de proporcionar un servicio público universal, en igualdad de condiciones para todos los interesados. ...Por el contrario, la subvención de actividades abiertas a la competencia ... mediante la transferencia de sus gastos a actividades sujetas a monopolio puede provocar una distorsión de la competencia y, por consiguiente, infringir las disposiciones del Artículo 86, pudiendo tal acción ser equiparada al abuso de una empresa en posición dominante...".

Ello explica que la normativa vigente establezca obligaciones de contabilidad separada respecto de diferentes segmentos de actividad en los sectores de telecomunicaciones (44) y electricidad, entre otros (45). Por ello, el problema no es tanto el de la existencia "subvenciones cruzadas" en sí mismo consideradas, lo que puede constituir una estrategia empresarial perfectamente lícita, sino el de determinar en qué medida las mismas conllevan trasvases de beneficios entre mercados regulados y otros que no lo están. Así, puesto que el trasvase de beneficios entre mercados liberalizados por parte de una determinada empresa es perfectamente lícito, el *test* verdaderamente relevante a los efectos de una imputación de precio predatorio será, a estos efectos, la prueba de la existencia de un precio inferior al coste.

Desde una *aproximación económica al problema*, la primera interrogante que se nos plantea es que se trata

(44) Vid. Artículos 14 y 34 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Al respecto, puede verse el trabajo de BENÍTEZ, DÍAZ DE RÁBAGO y VARELA, "Contabilidad, financiación y régimen fiscal en el mercado de las telecomunicaciones", en AA.VV. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, (Dir. A. Arpón de Mendivil y A. Carrasco), Madrid, 1999, pp. 704-711.

(45) Artículo 20.2 Ley 54/1997, de 28 de noviembre, del Sector Eléctrico; Capítulo VI Directiva 96/92/CE, de 19 de Diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

de una conducta aparentemente incompatible con criterios de optimización de beneficios empresariales. Ahora bien, esta reflexión preliminar no debe llevar en sí misma y de forma inmediata a conclusiones precipitadas, especialmente cuando se constatan las enormes dificultades que se plantean desde una perspectiva de contabilidad analítica para realizar la imputación de determinados costes comunes de la empresa o compartidos entre diferentes ramas de actividad y, en consecuencia, para determinar si existen o no "subvenciones cruzadas" (46). Se constata, en particular, que una aproximación estrictamente basada en un análisis de la relación precio/costes no es suficiente a la hora de determinar si los precios aplicados a diferentes productos no tienen naturaleza excluyente.

Finalmente, respecto de su *calificación jurídica*, dejaremos a un lado las interesantes cuestiones que pueden plantear las "subvenciones cruzadas" en el plano de las ayudas públicas para centrarnos en sus implicaciones como manifestación de un abuso de posición dominante. Pues bien, hemos puesto ya de manifiesto las dificultades derivadas de desagregar determinados costes comunes a diferentes actividades o mercados de producto, especialmente cuando se trata de la imputación de costes fijos. Ello dificultará sobremanera la determinación concreta y precisa del "coste variable medio" en aquellos casos en que se dan "subvenciones cruzadas", lo que aconseja diferenciar entre aquellos supuestos en los que los precios en mercados en competencia son inferiores a los costes variables medios y aquellos otros en los que los precios son superiores a los costes variables medios.

Precios inferiores al coste variable medio:

Estos niveles de precios serán prácticamente siempre injustificables cuando fueran aplicados por parte de una empresa en posición dominante. La toma en consideración de aspectos estratégicos hace de la predación una estrategia todavía más verosímil en la medida en que los competidores saben frecuentemente muy poco de la estructura de costes del presunto predador debido a las evidentes asimetrías informativas existentes, especialmente para competidores potenciales.

(46) Para un análisis pormenorizado de esta cuestión, puede verse el trabajo de HANCHER & BUENDÍA SIERRA, cit. supra, pp. 907-908.

Precios superiores al coste variable medio:

Como ya hemos visto al analizar brevemente la jurisprudencia comunitaria en los asuntos *Akzo* y *Tetra Pak II*, los precios superiores al coste variable medio, pero inferiores al coste variable total, están sometidos a una presunción relativa de predación, susceptible de prueba en contrario, y que debe ir en todo caso acompañada de la prueba del elemento subjetivo relativo a la intención del predador de excluir al competidor agredido. Al margen de las dificultades ya comentadas de imputar costes comunes y, en consecuencia, de determinar el coste variable medio, se añade que en la práctica la mayoría de los casos de "subvenciones cruzadas" en sectores antes regulados (telecomunicaciones, energía, etc...) ponen de manifiesto unos precios superiores al coste variable medio; todo ello plantea problemas complejos a la hora de aplicar el test jurisprudencial antes mencionado.

Dejando al margen las dificultades que en sí mismo plantea la aplicación práctica del elemento subjetivo y que serán objeto de análisis más adelante, lo cierto es que los precios inferiores al coste variable total pero superiores al coste variable medio no son siempre anticompetitivos. Sólo podrá decirse que lo son en la medida en que puedan perjudicar a un competidor eficiente, de tal suerte que éste se vea obligado a abandonar el mercado, a renunciar a entrar en dicho mercado o a reducir su presencia en el mismo (47). Quiere ello decir que el pliego de cargos y toda resolución sancionadora deberán poder estar en situación de probar los elementos siguientes: (i) que la empresa o competidor agredido opera de forma eficiente, lo que se refleja en sus precios; (ii) que el presunto predador aplica precios inferiores; y (iii) que el presunto predado ha incurrido en pérdidas como consecuencia de los precios aplicados. En estos casos, la política de precios del presunto predador eliminaría o neutralizaría a un competidor eficiente por lo que sería claramente anticompetitiva; la única excepción admisible parecería ser el que el presunto predador pudiera demostrar que es "más

(47) Esta noción está ya presente en la sentencia del TJCE en el asunto *Tetra Pak II* cuando se afirmada lo siguiente (párrafo 44): "... Debe resultar posible sancionar los precios predatorios siempre que exista un riesgo de que los competidores puedan ser eliminados ...".

eficiente", es decir, que sus precios reducidos se deben a razones de eficiencia empresarial.

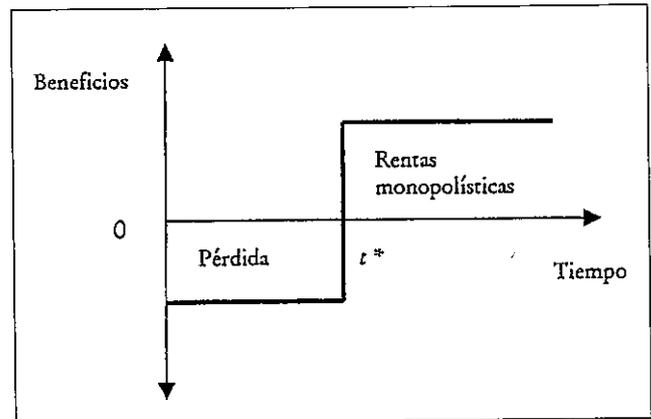
Pues bien, en sectores industriales regulados o intervenidos, en los que resulta muy complejo imputar costes comunes del operador dominante entre actividades propias de dicho sector regulado y otras pertenecientes a sectores liberalizados, se ha defendido la tesis por parte de Hancher y Buendía Sierra de que debe exigirse al presunto predador unos niveles de precios en todo caso superiores al coste variable total. La aparente severidad de dicha propuesta se compensaría con la enorme discrecionalidad de que goza el predador para imputar arbitrariamente partidas de costes comunes a una u otra actividad (48).

A la vista de lo que precede, debe concluirse que no sólo existe una completa carencia de motivación o razonamiento en la resolución *Tabacos de Canarias* del TDC en este punto, sino que esta ligereza o superficialidad en el manejo de una cuestión tan compleja pone de manifiesto una preocupante falta de rigor, especialmente cuando se trata de resoluciones sancionadoras.

5. Capacidad económica del presunto predador.

Una campaña de precios predatorios conllevará la asunción de significativas pérdidas por parte del predador; ello resulta especialmente agravado por cuanto que, para poder transmitir de forma creíble a la víctima su carácter permanente y disipar la sensación de que se trata de un "farol" transitorio, deberá prolongarse durante un período significativo de tiempo.

En el gráfico que sigue, se refleja la duración en el tiempo de una estrategia de precios predatorios. La fase de pérdidas durará hasta el punto t^* en cuyo momento la víctima habrá sido derrotada y decide abandonar el sector. A partir de este momento, el predador incrementa sus precios y comienza a obtener las rentas monopolísticas derivadas de su estrategia.



Pues bien, de esta sencilla representación gráfica, se desprende en primer lugar la indudable capacidad económica que tiene que tener el presunto predador (en una expresión generalizada en la doctrina anglosajona y que es especialmente ilustrativa, se suele hablar de *deep pocket*) para poder financiar las pérdidas durante un periodo de tiempo que puede ser prolongado. En segundo lugar, no puede olvidarse que estas pérdidas se verán incrementadas si la víctima es incapaz de igualar el nivel de precios predatorios puesto que la capacidad económica del predador de absorber pérdidas durante un periodo no despreciable de tiempo debe ir unida a su capacidad industrial para absorber la demanda arrebatada a la empresa agredida (49). Efectivamente, de poco o nada serviría que el presunto predador lograra sus objetivos y eliminara del mercado a su competidor si no es luego capaz de abastecer a los clientes del competidor ya desaparecido. Por último, el riesgo de que la víctima pueda volver a entrar al mercado y reabrir sus fábricas e instalaciones, poniendo en jaque la obtención de rentas monopolísticas, aconseja que el predador prolongue el punto t^* de tal forma que esté convencido de haber "rematado" a su víctima (50).

6. Posibilidad de recuperar pérdidas.

El siguiente de los problemas que debemos abordar es el de en qué medida puede afirmarse que solamente cabe prohibir y sancionar una conducta predatoria

(48) HANCHER & BUENDÍA SIERRA, cit. supra, pp. 920-921.

(49) En este sentido, FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, cit. supra, p. 9.

(50) En este sentido, vid. MCGEE, "Predatory pricing revisited", *J. L. & ECON.*, 1980.

cuando permita a la empresa dominante recuperar la supuesta pérdida sufrida por dicha conducta en un determinado plazo de tiempo posterior a la campaña. Estamos ante lo que se ha denominado como la tesis la "posibilidad de recuperación" (*possibility of recoupment*).

En el gráfico insertado en el apartado anterior, en el que reflejábamos la proyección de las pérdidas y de las rentas monopolísticas en una estrategia de precios predatorios, constatábamos algunos de los diferentes requisitos que debían darse para que el predador pudiera recuperar las pérdidas sufridas.

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. ha exigido una probabilidad razonable de recuperación de gastos de la campaña de depredación (51), la jurisprudencia del TJCE ha sido de una claridad meridiana en el sentido opuesto. Así, en el considerando 44 de la sentencia del TJCE de 14 de Noviembre de 1996 en el asunto *Tetra Pak International c. Comisión* (52), al analizar la abusividad de una conducta de precio predatorio, se afirmaba lo siguiente:

*"Por otra parte, no sería adecuado, en las circunstancias del presente expediente, exigir pruebas adicionales de que Tetra Pak tenía una probabilidad razonable de recuperar las pérdidas incurridas. Debe ser posible sancionar la conducta de precios predatorios siempre que existe un riesgo de que los competidores puedan ser eliminados. El Tribunal de Primera Instancia determinó que... existía en este caso dicho riesgo. **El objetivo perseguido, que no es más que el de mantener una competencia no distorsionada, excluye toda espera hasta tanto dicha estrategia conduzca a la eliminación efectiva de los competidores**".*

De todo ello, se deduce que la mera intención por parte de la empresa con posición dominante de haber perseguido el reforzamiento de su posición de dominio con la conducta desplegada, es suficiente para que dicha conducta pueda ser calificada como "abusiva", sin que sea preciso que se trate de un "abuso exitoso".

(51) *Brook Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 113 S.Ct. 2578, 1993.

(52) Asunto C-333/94-P; 1997 4 C.M.L.R. 662.

A nuestro juicio, *de lege ferenda*, la solución no puede ser distinta por las razones siguientes.

En primer lugar, existe un evidente problema de determinación del plazo de recuperación; en otras palabras, ¿hasta cuándo debe entenderse que el presunto predador debe haber podido recuperar las pérdidas? ¿Debe quedar paralizado un expediente sancionador hasta esperar si el transcurso del tiempo pone de manifiesto que las pérdidas se han recuperado?

En segundo lugar, y asumiendo que las pérdidas incurridas como consecuencia directa de la campaña de precios predatorios puedan computarse con la precisión necesaria, resulta más que dudoso que vayan a poder cuantificarse los beneficios que enjungen dichas pérdidas o, en otras palabras, es muy problemática la determinación de cuándo los beneficios generados van a poder ser directamente atribuibles (relación causa-efecto) al éxito de la campaña de precios predatorios. Efectivamente, pueden intervenir aquí unos hechos de muy distinta naturaleza que dificulten sobremanera la determinación de la causa u origen propiamente dicho de estos beneficios.

Por último, tratándose de un hecho *ex-post*, existe un evidente problema de imputación de la conducta al presunto predador en la medida en que difícilmente podrá argumentarse que unos hechos, que se pretenden como constitutivos del tipo sancionador mismo y que escapan por completo a su control o a su responsabilidad, son atribuibles a él.

El TDC no ha barajado expresamente en ninguna de las resoluciones comentadas esta cuestión si bien, en la resolución recaída en el asunto *Tabacos de Canarias*, da a entender que, en el propio año 1993, Tabacalera incrementó sustancialmente el precio del "Farias" sin que se sepa si recuperó con ello las pérdidas sufridas o no.

V.- ELEMENTO SUBJETIVO

Por "elemento subjetivo", se entiende la especial intención o estrategia que subyace a una determinada conducta y que se dirige a eliminar o excluir a un competidor del mercado.

Partiendo en gran medida de la jurisprudencia comunitaria en el asunto *AKZO* (1991), en la resolución del

TDC en el asunto *Tabacos de Canarias*, se afirmaba lo siguiente:

"...será predatoria cuando exista intención de eliminar a un competidor o disuadirlo de que actúe en el mercado, habrá que analizar también la presencia en este caso de estos dos últimos elementos...

.....
A este respecto, considerando los siguientes factores: que Tabacalera tiene una posición privilegiada, no sólo en el mercado relevante definido, sino en todo el sector del tabaco altamente monopolizado; que, desde esa situación monopolística o de fuerte dominio del mercado, Tabacalera puede rebajar los precios de algunos productos por debajo de los costes con la finalidad de hacer más difícil o imposible la implantación en el mercado de los potenciales competidores, sin asumir graves riesgos; que Tabacalera, durante los años 1990 a 1993, ha estado vendiendo los cigarros "Farias" por debajo de los costes de producción; que dos marcas competidoras desaparecieron del mercado en el año 1993; que en ese mismo año Tabacalera incrementó sustancialmente el precio de los cigarros "Farias"; que prácticamente no han entrado competidores en el mercado definido como relevante; y que, si bien es cierto que la marca "Farias" ha perdido cuota de mercado entre los años 1990 y 1993, hay que considerar que tal pérdida, de un lado, se debe en buena medida a la regresión del mercado y, de otro, que podría haber sido mucho mayor si los precios se hubieran fijado conforme a criterios de costes, se llega a la conclusión de la existencia de una estrategia predatoria.

Así pues, la política de precios de Tabacalera con respecto a la marca "Farias" no puede calificarse de competencia agresiva que lleva a que los productores ineficientes desaparezcan del mercado, sino de estrategia que busca la eliminación de éstos, sean eficientes o no, y que, sobre todo, sirve de aviso a los competidores potenciales para que se abstengan de introducirse en el mercado."

Curiosamente, al analizar en su Fundamento de Derecho 5º lo que denomina "estrategia predatoria" de Tabacalera, con lo que el lector tiene la impresión de que el TDC analizará aquellos elementos de carácter subjetivo que se dan en la conducta de la empresa expedientada, se pone de manifiesto que las cuestiones analizadas son de índole absolutamente objetiva: (i) los niveles de precios producen unos ingresos inferiores a los costes; (ii) la extraordinaria capacidad

financiera de Tabacalera; (iii) la posibilidad de practicar subsidios cruzados; (iv) el posterior incremento de precios de los "Farias"; (v) el abandono del mercado por parte de determinadas marcas; y (vi) la ausencia total de nuevos entrantes en la industria. Así, se acaba concluyendo de forma un tanto insólita que "... la política de precios con respecto a la marca "Farias" no puede calificarse de competencia agresiva que lleva a que los productores ineficientes desaparezcan del mercado, sino de estrategia que busca la eliminación de éstos, sean eficientes o no, y que, sobre todo, sirve de aviso a los competidores potenciales para que se abstengan de introducirse en el mercado...".

En definitiva se viene a poner de manifiesto que, a la hora de analizar la presencia del elemento subjetivo, el TDC no toma en consideración otros datos o hechos distintos que lo que son elementos absolutamente objetivos para deducir de los mismos que la estrategia perseguía la eliminación de los competidores. A nuestro juicio, se trata de una construcción que adolece no solo de una evidente confusión conceptual sino que es inaceptable por cuanto que el juzgador sustituye su propio criterio y valoración personal a la de la empresa expedientada. Efectivamente, el elemento subjetivo o especial intencionalidad del presunto predador tiene que extraerse de correspondencia interna, cartas o comunicaciones amenazantes al competidor y otras manifestaciones subjetivas que permitan al juzgador deducir esta intención del predador de hechos concretos y no de sus apreciaciones personales.

Todo ello, viene a recordar las enormes dificultades existentes a la hora de centrar las características de este elemento subjetivo y que son, entre otras, las siguientes (53).

(53) Destacando las dificultades e incertidumbres derivadas de la aplicación del elemento subjetivo, pueden verse los trabajos de MASTROMANOLIS, cit. supra, pp. 214-215; SUBIOTTO, "The special responsibility of dominant undertakings not to impair genuine undistorted competition", *World Competition*, vol. 18, 1995, p. 15; SOAMES & RYAN, "Predatory pricing in Air Transport", *ECLR*, vol. 14, 1993, pp. 159-161, poniendo de manifiesto que en determinados sectores como el de transporte aéreo, con importantes costes fijos, el análisis del elemento subjetivo exija probablemente su análisis incluso cuando los precios son inferiores al coste variable total; LEVY, "Case C-82/86: AKZO Chemie BV v. Commission", *CMLR*, vol. 29, 1991, pp. 425-426, destacando las dificultades que plantea aplicar el test subjetivo o de intencionalidad que preconiza el TJCE; GUY, "Case comment: the AKZO case: predatory pricing as an abuse of dominant position", 1987, *ECLR*, vol. 7, p. 75; HINOJOSA MARTÍNEZ, cit. supra, p. 121, estos últimos destacando la inseguridad jurídica que conlleva la determinación de la "intención" excluyente.

En primer lugar, existe un evidente problema de prueba a la hora de acreditar los estados psicológicos o el *animus* concreto con el que se puso en práctica una determinada estrategia.

En segundo lugar, y asumiendo que existieran pruebas documentales concretas que pusieran de manifiesto la voluntad o el deseo de eliminar a un determinado competidor, no es siempre fácil deslindar estas manifestaciones de una "competencia agresiva".

Por último, no puede olvidarse que, por encima y más allá de las palabras, el abuso de posición dominante es un concepto esencialmente objetivo, que ni conlleva una intención de perjudicar, ni tan siquiera un comportamiento moralmente reprochable (54). En el ámbito comunitario, el propio TJCE viene afirmando desde la sentencia de 13 de Febrero de 1979 en el asunto *Hoffman-LaRoche (Vitaminas)* que "el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo" (55).

VI.- ARGUMENTOS DEFENSIVOS DEL PRESUNTO PREDADOR: LOS PRECIOS BAJOS COMO RESPUESTA A LA COMPETENCIA DE UN RIVAL

Tanto la parte denunciante como el propio SDC tendrán la carga de la prueba a la hora de acreditar que todos y cada uno de los elementos antes examinados se reúnen en el asunto objeto del expediente; en este sentido, la estrategia defensiva del presunto predador irá encaminada ante todo a intentar desvirtuar la presencia de estos elementos que, en tanto que presupuestos esenciales de la conducta infractora, deberán necesariamente estar presentes.

En el presente apartado nos proponemos analizar una de las posibles estrategias defensivas de la empresa expedientada y cuál sería su posible acogida por parte del TDC a la luz de las resoluciones comentadas: los precios bajos como respuesta a la competencia del rival.

Ya hemos tenido ocasión de examinar cómo, tanto en el Derecho Comunitario como en nuestro Derecho interno, parece una cuestión pacífica que todas aque-

llas políticas llevadas a cabo por empresas en posición dominante consistentes en vender por debajo de coste, cuando dicha conducta se conjuga con una finalidad contrastada de eliminar a un competidor, son predatorias y por tanto ilegales.

Lo que parece mucho menos claro es en qué medida ello restringe la libertad de actuación de una empresa en posición de dominio a la hora de "igualar", de forma selectiva, ofertas de sus rivales aunque sea sobre la base de vender a pérdida. El problema no es baladí. Efectivamente, por una parte, el TJCE ha reconocido sin ambages el derecho que tiene toda empresa en posición de dominio de tomar todas aquellas medidas que puedan considerarse razonables para proteger sus intereses comerciales (56), sin olvidar que la sentencia en el asunto *AKZO* pareció admitir que "salir al paso" de la competencia (*meeting competition*) podría constituir un argumento justificativo de la venta por debajo de coste. Por otra parte, en el mismo asunto, el TJCE condenó de forma expresa las reducciones de precios selectivas e inferiores al coste, confirmando la decisión de la Comisión por la que se condenaba a *AKZO* por cotizar "precios ventajosos" (entre coste medio total y coste variable medio) a los clientes de su competidor sin hacer extensivas dichas condiciones a sus clientes tradicionales.

En su Decisión en el asunto *Irish Sugar*, la Comisión Europea consideró que las reducciones de precios establecidas por "Irish Sugar" eran abusivas por su naturaleza selectiva, a pesar de que los precios nunca se situaron por debajo del coste y de que la empresa acusada manifestó que se había limitado a alinear su oferta con las de sus competidores.

Afirma la Comisión que

"No hay duda acerca de que una empresa en posición dominante puede defender su posición compitiendo con otras empresas en el mercado. Sin embargo, la empresa dominante no debe intentar eliminar a sus competidores. La empresa dominante tiene una especial responsabilidad de no disminuir todavía más el nivel de competencia existente en el mercado.

(54) Vid. WAELBROECK & FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, tomo I, Barcelona, 1998, p. 358.

(55) Considerando 91.

(56) Por ejemplo, vid. *United Brands v. Comisión*, asunto 27/76, [1978] E.C.R. 207, 293.

El mantenimiento de un sistema de competencia efectiva... requiere que la competencia planteada por pequeñas empresas en un mercado con una dominado por una empresa se proteja frente a los comportamientos de la empresa dominante dirigidas a excluirlas del mercado no en virtud de su mayor eficiencia sino de su poder de mercado".

Los argumentos de la Comisión, perfectamente válidos frente a los precios predatorios, no afrontan el verdadero problema al que se enfrenta la empresa obligada a vender con pérdidas con la única finalidad de hacer frente a una estrategia agresiva de uno de sus competidores y mantenerse en el mercado. En este sentido, si no se distingue entre estrategias ofensivas (predatorias) y defensivas, se puede producir el efecto de facilitar de forma considerable el éxito de cualquier estrategia predatoria ya que la respuesta de la empresa agredida podría situarla al mismo nivel que a la empresa "predadora".

Es evidente que cuando la bajada de precios para responder a un competidor la lleve a cabo una empresa que no dispone de posición dominante, no nos encontramos ante precios predatorios ni, probablemente, ante una conducta reprobable desde el punto de vista del Derecho de la competencia. El verdadero problema se plantea cuando es la empresa dominante quien rebaja sus precios como medida defensiva.

La prohibición de la aplicación de precios predatorios debe ir orientada a evitar la exclusión del mercado de competidores eficientes pero no necesariamente de competidores ineficientes (57). Ello nos lleva a plantearnos en qué medida "igualar ofertas" (*meeting competition*) de competidores es admisible y cuándo se pueden "mejorar las ofertas" (*beating competition*). En términos generales, y sobre la base de los antecedentes comentados, entendemos que si la "igualación" de una determinada oferta, aunque sea de tipo selectivo y para un cliente *ad hoc*, no conlleva una venta por

(57) Por ello, en la resolución del TDC en el asunto *Tabacos de Canarias*, se echa ciertamente de menos un análisis más detallado acerca de si las marcas que se afirma que habían desaparecido del mercado, "Reig Caza" y "Bravíos", eran eficientes o desaparecieron por su propia falta de eficiencia. Es cierto que semejante análisis falta también en la resolución del Tribunal de Justicia de Primera Instancia en el asunto *Tetra Pak II* (párrafo 202), donde únicamente se refiere a la eliminación de "competidores" en general sin matizar.

debajo del nivel de coste legalmente establecido como predatorio, deberá considerarse como una respuesta legítima del presunto predador, aunque ello conlleve la desaparición del mercado de la empresa cuya oferta ha sido "igualada" si con ello se demuestra que es menos eficiente. Por el contrario, una mejora sistemática y *ad hoc* de ofertas a clientes para eliminar a un determinado competidor, con independencia del nivel de los precios, puede constituir una infracción de los Artículos 86 TUE y 6 LDC, no ya por precio predatorio, sino como un supuesto de discriminación ilegal en clave de abuso de posición dominante (58).

En definitiva, queda planteado en toda su extensión el problema de en qué medida una empresa en posición de dominio puede dirigirse selectivamente a clientes de uno o varios competidores ofreciéndoles precios inferiores al coste (59).

VII.- CONCLUSIONES

El análisis tradicional del precio predatorio como abuso de posición dominante tiene planteados una serie de nuevos retos derivados, por una parte, de las dificultades ligadas a delimitar un solo mercado de producto relevante y, por otra, de la previa acreditación de la posición dominante por el presunto predador. Hemos puesto de manifiesto, a lo largo de este comentario, cómo la interrelación entre varios mercados conexos, ascendentes o descendentes, en los que el predador desarrolla sus actividades da lugar a que sea en aquellos mercados en los que no tiene posición de dominio en los que se pone en práctica la práctica excluyente comentada.

El análisis de la estructura del mercado considerado debe, a nuestro juicio, ocupar la atención preferente de la Administración; es precisamente ese análisis el que

(58) Efectivamente, ello podría tener un efecto especialmente pernicioso para la competencia potencial en la medida en que el nuevo entrante, cada vez que hiciera una oferta a un cliente, vería la misma mejorada por el predador, imposibilitándose con ello su entrada.

(59) Para unas interesantes reflexiones al respecto, pueden verse los trabajos de ANDREWS, "Is meeting competition a defence to predatory pricing? The *Irish Sugar* decision suggests a new approach", *ECLR*, 1998, pp. 49 y ss.; SPRINGER, "Meeting competition: justification of price discrimination under EC and US law", *ECLR*, vol. 18, 1997, pp. 251 y ss.

proporcionará, en buena medida, la "prueba del algodón" respecto de la verosimilitud de los efectos excluyentes de la conducta. Aunque es ciertamente encomiable el esfuerzo realizado en el análisis de las barreras de entrada, como lo es introducir nuevas y sugerentes reflexiones acerca de la "contestabilidad" de los mercados, no basta con "tirar la piedra y esconder la mano": deben desarrollarse los planteamientos en toda su extensión y aplicarlos a los hechos probados.

Constatamos asimismo una evidente simplificación en el análisis de determinados elementos objetivos como es el de las "subvenciones cruzadas", a las que parece darse un valor de indicio *per se* de predación, sin diferenciar los diferentes supuestos. Efectivamente, en un contexto de mercados absolutamente liberalizados y en ausencia de cruces de beneficios entre sectores regulados con los que no lo están, se trata de una práctica perfectamente legítima, que deberá ser analizada bajo el marco de la capacidad económica del presunto predador para aguantar la campaña de pérdidas y no como elemento individualizado.

Por otra parte, parecen evidentes las dificultades que encuentra el TDC con la aplicación de conceptos fundamentales de contabilidad analítica a la política de precios del presunto predador. Aunque se trata de una disciplina en la que los juristas no nos sentimos especialmente cómodos, existen otras áreas, como el *marketing* o el análisis de un determinado mercado de producto y su evolución, en los que las generalidades o especulaciones con escaso rigor científico pueden pasar más desapercibidas. Por la importancia que tiene el análisis de los costes del presunto predador para la calificación de su conducta, sería aconsejable en un futuro que el TDC recabara los correspondientes informes periciales para clarificar estas cuestiones.

Confiamos en que estas reflexiones críticas contribuyan al debate general en torno a uno de los problemas sin duda más complejos y fascinantes del Derecho *anti-trust*.