

Id Cendoj: 28079130032004100551
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 915/2002
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: FRANCISCO TRUJILLO MAMELY
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- HECHOS PROBADOS
- INTEGRACION DEL FACTUM
- DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
- ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE
- PRECIOS

Resumen:

SANCION DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A ALTADIS. Doctrina jurisprudencial sobre la integración del factum: el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional no supone un nuevo motivo de casación que permita revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia (la integración del factum queda limitada a hechos que pueden considerarse que constaban implícitamente admitidos en los declarados probados, no siendo incompatibles o contradictorios con ellos).ESTIMACION DEL RECURSO: EL ABUSO DE POSICION DE DOMINIO POR CONDUCTA PREDATORIA EXIGE QUE LA INTENCIONALIDAD DE LA EMPRESA DOMINANTE SEA LA DE EXCLUIR A LOS COMPETIDORES DEL MERCADO. Tal intencionalidad no queda probada.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Diciembre de dos mil cuatro.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación 915 de 2002 interpuesto por la entidad ALTADIS (anteriormente **TABACALERA** , S.A.), representada procesalmente por la Procuradora Doña MARIA TERESA GOÑI TOLEDO, contra la sentencia dictada el día 2 de noviembre de 2001 por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional en el recurso número 331 de 1999 que declaró ajustado a derecho el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de febrero de 1999 (aclarado por otro posterior de 26 de febrero siguiente), por el que se declaró que la empresa **Tabacalera** , S.A., dado su poder de mercado, al vender entre los años 1990 a 1993 algunos tipos de cigarros "Farias" a un precio inferior al de su coste de producción y comercialización, había incurrido en una práctica de abuso de posición dominante prohibida por el *artículo 6 de Defensa de la Competencia* y acordaba intimar a **Tabacalera** , S.A. para que en el futuro se abstuviera de realizar tales prácticas, le imponía una multa de 130.000.000 pesetas y decretaba la publicación de la parte dispositiva de esa Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de información general y de ámbito nacional, a costa de la empresa infractora.-

En este recurso es parte recurrida LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, con la representación procesal que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de noviembre de 2001 la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: " FALLAMOS: DESESTIMAR el presente recurso contencioso. administrativo interpuesto por la representación procesal de **TABACALERA** , S.A., confirmando el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de

Febrero de 1999, a que las presentes actuaciones se contraen, por su conformidad a Derecho.- Sin expresa imposición de costas "-.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de casación la compañía ALTADIS, a través de su Procuradora Sra. GOÑI TOLEDO, que lo formalizó por escrito, formulando un motivo de casación preliminar fundamentado en el *artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional* invocando la doctrina jurisprudencial de la integración del *factum*, citando las sentencias de esta Sala de fechas 5 de octubre de 2.000, 31 de mayo, 18 de junio y 24 de septiembre de 2.001 . Seguidamente invocó cuatro motivos de casación, todos ellos al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de Ley Jurisdiccional* , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate: el primero, por infracción de los *artículos 9.3 de la Constitución* en relación con el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1º de Julio, del Poder Judicial* ; el segundo, por infracción de los *artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución* en relación con el propio *artículo 5.4 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial* ; el tercero, por haberse infringido el *artículo 6.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* y el *artículo 86 del Tratado de la Unión Europea* ; y el cuarto, con carácter subsidiario del anterior, por considerar infringido el *artículo 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* y el *artículo 86 del Tratado de la Unión Europea* . Terminó suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimándolo, y casando y anulando la recurrida, se declarase la nulidad del Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de febrero de 1999, aclarado por otro posterior de fecha 26 de febrero siguiente, dejándolo sin efecto alguno, con imposición de costas a la Administración recurrida.-

TERCERO.- La parte recurrida, LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, a través del Sr. ABOGADO DEL ESTADO, en el escrito correspondiente formuló su oposición a los motivos de casación, y finalmente suplicó a la Sala que en su día se dictase sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, confirmando íntegramente la recurrida e imponiendo las costas a la recurrente.-

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 5 de octubre de 2004, se acordó señalar para deliberación y fallo de este recurso el día 30 de noviembre siguiente, en que han tenido lugar dichos actos procesales.-

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. FRANCISCO TRUJILLO MAMELY, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso de casación la sentencia dictada con fecha 2 de Noviembre de 2.001, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional , que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Altadis, S.A. (nueva denominación de la mercantil **Tabacalera** , S.A.) contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada en Expediente 375/96, con fecha 16 de Febrero de 1.999 (aclarada por la de fecha 26 del mismo mes y año), que declaró que "la empresa **Tabacalera** , S.A., dado su poder de mercado, al vender entre los años 1990 a 1993 algunos tipos de cigarros "Farias" a un precio inferior al de su coste de producción y comercialización, ha incurrido en una práctica de abuso de posición dominante prohibida por el *artículo 6 de Defensa de la Competencia* " y, en consecuencia, acordaba intimar a **Tabacalera** , S.A. para que, en el futuro, se abstuviera de realizar tales prácticas, imponerle una multa de 130.000.000 (ciento treinta millones de pesetas) y la publicación de la parte dispositiva de esa Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de información general y de ámbito nacional a costa de la empresa infractora.

La recurrente, en la instancia, adujo dos motivos de impugnación: uno, por infracción del *artículo 62.1.a), de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el artículo 54 del mismo Cuerpo Legal* , en cuanto no estaba suficientemente motivado el cambio de criterio entre el primer informe propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia, de fecha 23 de Febrero de 1.996 y el segundo de fecha 19 de Junio de 1.997, ya que en aquel se entendía que, aún existiendo venta a pérdida, los hechos no constituían abuso de posición dominante, sino simplemente una estrategia de minimización de pérdidas, en tanto que el segundo consideraba que existía ese abuso dada la existencia de un ánimo predatorio en la conducta de **Tabacalera** y una estrategia de expulsar del mercado a los competidores; y, otro, por infracción del *artículo 25 de la Constitución* y del principio de tipicidad contenido en el *artículo 129 de la Ley 30/1.992* , ya citada, en relación con el *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (sentencias AKZO y TETRACK), en cuanto ni estaba acreditada la venta a pérdida ni existía la intencionalidad o estrategia requerida para eliminar a los competidores o impedir a los potenciales competidores la entrada en el mercado.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia basó la desestimación del recurso en las siguientes consideraciones:

[...] "Se han considerado constatados por el TDC los hechos siguientes: Entre los años 1990 y 1993 los márgenes de explotación de la fabricación y comercialización de los cigarros Farias fueron negativos para **Tabacalera**, con la excepción de Farias Centenario -Caja de 25 - (sic) en 1991 y de Farias Superiores - Caja de 50 y Estuche de 5 - en 1.992. ..."

[...] "En este caso el mercado relevante de producto está constituido por los cigarros fabricados de forma mecanizada, con un peso de entre 5 y 8 gramos, un diámetro entre 11 y 18 mm., una longitud de entre 94 y 145 mm., y unos precios que oscilan entre las 30 y 70 ptas. El mercado geográfico será el comprendido por la Península y las Islas Baleares por las especiales condiciones existentes en el mismo con respecto a la fabricación y comercialización de tabaco. En dicho mercado, la cuota de **Tabacalera** es de un 66,7% en el año 1990, un 64,9% en 1991, un 62,9% en 1992 y un 59,7% en 1993. Por lo tanto tiene una posición de dominio en dicho mercado relevante, y en el sector del tabaco altamente monopolizado; y puede rebajar los precios de algunos productos por debajo de los costes con la finalidad de hacer más difícil la implantación en el mercado de los potenciales competidores, sin asumir graves riesgos. Durante los años 1990 a 1993, ha estado vendiendo los cigarros "Farias" por debajo de los costes de producción y dos marcas competidoras desaparecieron del mercado en el año 1993; y en esos años **Tabacalera** incrementó substancialmente el precio de los cigarros "Farias"; no han entrado competidores en el mercado relevante; y que, la marca "Farias" ha perdido cuota de mercado entre los años 1990 y 1993, por la regresión del mercado, y podría haber sido mucho mayor si los precios se hubieran fijado conforme a criterios de costes, de la existencia de una estrategia predatoria, consistente en que 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"

[...] "En la demanda se argumenta como cuestión de fondo la supuesta infracción de los *arts. 54 y 62 nº 1 a) de la Ley 30/92*; y del *art. 25 de la Constitución* en relación al principio de tipicidad del *art. 129 de la Ley 30/92*, y al *art.6 de la LDC*, por la supuesta falta de motivación por cambio de criterio en la resolución del segundo informe propuesta, respecto del primero que fue anulado. Lo cual la Sala entiende que no se sostiene en este caso porque el segundo informe no está vinculado por el primero al haber sido anulado éste, con retroacción de actuaciones por lo tanto no es preciso explicar el supuesto cambio de criterio, que en realidad no existió al estar invalidado el primero, no constituyendo término de comparación con respecto del segundo".

[...] "La falta de definición clara y concreta de los costes y márgenes en que se ha movido la actora en el mercado relevante y durante el período litigioso es otro argumento de la demanda para impugnar la Resolución del TDC de 16 de Febrero de 1999. Realmente el aspecto discutido es si concurren en este caso los requisitos jurisprudenciales comunitarios para determinar la existencia de precios predatorios. Según el informe obrante a los folios 98 a 178 del expediente 375/96 del TDC, ratificado testificalmente en este recurso, no hay constancia de que la recurrente practicara una política de venta a pérdida según el *art. 17 nº 2 c) de la Ley 3/91 de Competencia Desleal*, porque no se han fijado los precios por debajo de los costes variables, siendo el margen sobre tales costes positivo en todas las labores de cigarros "Farias" durante los años 1990 a 1993. Tal margen es la diferencia que resulta de restar al precio neto de venta de las distintas labores, minorado del impuesto y de la comisión del minorista, el coste variable, según consta en la página 158 de las citadas del expediente del T.D.C., en relación a las conclusiones de las págs. 176 y 177; donde se concreta que no se ha producido el efecto de expulsión al que hubiera conducido una política de precios desleal, porque en el mercado relevante entre 1990 y 1993 la desaparición de empresas fue sustituida por la entrada de otras nuevas, de donde se infiere que la recurrente no hizo inviable la posibilidad de competencia en el sector donde la actora fue disminuyendo su cuota de mercado en una media del 2,33% anual, y sus competidores la incrementaron en una media del 2% anual, según consta en la página 168 de las citadas".

[...] "Pese a lo expuesto en dicho informe practicado a instancia de la actora la Sala considera que en este caso concurren los requisitos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la U.E., de 24 de junio de 1.986 y 14 de noviembre de 1.996; porque de hecho tuvo lugar la eliminación de dos competidores y aunque los precios sean inferiores a la media de los costes totales, que incluyen producción y comercialización, en este caso no son inferiores a la media de los costes variables, deben ser considerados abusivos, al haberse acreditado la referida eliminación. Teniendo en cuenta que la desaparición del mercado de las marcas "REIG CAZA" y "BRAVIOS", no está acreditado que se produjera porque carecieran de la necesaria eficiencia para justificar una supuesta competencia agresiva y tampoco consta que fueran suficientemente eficientes para determinar la conclusión contraria lo cierto es que concurrió una doble eliminación del mercado por la recurrente, que se ha demostrado, constituye una competencia que infringe

los arts: 86 TUE y 6 LDC , con independencia de la intencionalidad de la misma porque lo que cuentan son los resultados, bastando la creación de riesgo inminente de una situación de eliminación de competidores, más aun cuando en este caso se ha concretado en dos marcas contrarias. No pudiéndose compensar con la entrada de otros competidores o con la pérdida de cuota de mercado posterior y el correlativo incremento en otras marcas de la competencia, como pretende la parte actora. En consecuencia procede confirmar el Acuerdo recurrido"

TERCERO.- Disconforme con la referida sentencia se interpone este recurso de casación, con un Motivo Preliminar en el que, con fundamento en el *artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional* y con cita de las sentencias de esta Sala de fechas 5 de Octubre de 2.000, 31 de Mayo, 18 de Junio y 24 de Septiembre de 2.001 , pretende, ante lo que considera parquedad del factum contenido en la Resolución recurrida y aún su flagrante contradicción en algunos puntos con los datos contenidos en el Expediente administrativo, la integración del relato histórico con ciertos hechos cuya acogida determinaría la falta de encaje de la conducta de la recurrente en el tipo regulado en las normas de competencia y, por tanto, la improcedencia de la sanción impuesta. A continuación articula cuatro motivos de casación, todos ellos al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la propia Ley Jurisdiccional* , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, denunciándose en el primero de ellos como infringidos los *artículos 9.3 de la Constitución* en relación con el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1º de Julio, del Poder Judicial* , en cuanto que la apreciación de la prueba se ha hecho de manera arbitraria en todos los puntos a que se refiere en el Motivo Preliminar; en el segundo, la infracción de los *artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución* en relación con el propio *artículo 5.4 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial* , habida cuenta de que los hechos declarados probados no tienen soporte alguno o tergiversan los hechos documentados en el Expediente administrativo; en el tercero se consideran infringidos los *artículos 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1.989, de 17 de Julio)* y *artículo 86 del Tratado de la Unión Europea* , por aplicación indebida, en cuanto una vez integrado el factum con los hechos concretos que pretende en relación con este motivo - la inclusión o no en el coste final del producto de los costes de la subactividad - no se habría acreditado la venta a pérdida, en cuanto en todo momento los precios de Farias se habrían situado por encima de los costes totales; y, por fin, un cuarto y último motivo, con carácter subsidiario del anterior, por considerar infringidos los *artículos 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* y *artículo 86 del Tratado de la Unión Europea* , porque entiende que no concurren los presupuestos establecidos ni en la legislación ni en la jurisprudencia europea para que pueda afirmarse la existencia de precios predatorios ya que, en cualquier caso, falta la concurrencia del elemento intencionalidad, frente a lo afirmado por la sentencia de instancia que acaba considerando que tal exigencia no es necesaria puesto que consta la eliminación de competidores.

CUARTO.- El *artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional* , dispone que: "Cuando el recurso se funde en el motivo previsto en la *letra d) del apartado 1 de este artículo* , el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de Instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder".

Ahora bien, tal precepto introducido en la Ley Jurisdiccional vigente, no supone, como ha puesto de relieve un sector doctrinal, un nuevo motivo de casación que permita la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, esto es, que con él se haya introducido el error de hecho en la apreciación de la prueba como un nuevo motivo de casación. Tal conclusión no se deduce ni de la interpretación gramatical del precepto, ni de su interpretación sistemática, ni de su interpretación finalista. Porque ha de tenerse en cuenta que, en primer término, el precepto emplea la expresión "integrar" y no las de revisar o modificar, por lo que los hechos omitidos por "éste", esto es, por el Tribunal "a quo" no parece que puedan ser incompatibles, ni implicar una revisión de los ya declarados probados. En segundo lugar, en el *apartado 1, subapartados a), b), c) y d), del artículo 88 de la referida Ley Jurisdiccional* se establece una relación tasada de los motivos, y el apartado 3 se vincula a la invocación del motivo incluido en el subapartado d), del apartado 1; y, por fin, porque con ello no se ha venido a alterar la naturaleza del recurso de casación que sigue siendo un recurso extraordinario cuyo objeto no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones litigiosas, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial " a quo ", bien sea " in iudicando ", esto es, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea " in procedendo ", es decir, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas.

Por ello, esta Sala tuvo ocasión de decir en la sentencia de 8 de Mayo de 2.003 que "salvo que se articule correctamente algún motivo de casación que abra paso a ello, este Tribunal no puede, como es

sabido, modificar el supuesto de hecho que enjuició la Sala de Instancia. Ahora bien, esa vinculación en el plano de los hechos no impide al órgano de casación (1) precisar y completar, sin alterarlos, tales hechos; (2) corregirlos incluso, siempre que ello no exija un nuevo proceso de valoración de la prueba, por tratarse de correcciones que dejan los hechos tal y como las partes, sin contradicción, los definieron en el debate procesal; y (3) discrepar, modificar, adicionar, ampliar o restringir el significado o trascendencia que en el plano jurídico deba otorgarse a aquellos hechos".

Y eso es lo que han hecho las sentencias a que alude la parte en su motivo preliminar, cuando han procedido a la integración del factum, limitada esa integración a hechos que podían considerarse que constaban implícitamente admitidos en los declarados probados y en modo alguno incompatibles o contradictorios con tales hechos.

QUINTO.- Mas, en este caso, lo que la parte recurrente propone en ese motivo preliminar no es eso exactamente, sino que lo que pretende propiamente supondría tanto como la introducción de un nuevo motivo casacional (lo que hemos rechazado) que tendría como fin establecer algo distinto de lo que ha planteado y resuelto la sentencia de instancia; esto es, pretende, aún manteniendo los hechos declarados probados, una revisión total y absoluta de los mismos mediante la introducción en ellos no ya sólo de una cuestión estrictamente jurídica, como ocurre con el hecho primero que pretende que se integre, cuestión que resuelta por la resolución administrativa, implícitamente se ha aceptado por la Sala sentenciadora, sino incluso en los demás, hasta siete adiciones, (si bien, una de ellas, la séptima como subsidiaria de esa primera) hechos incompatibles e incluso contradictorios con aquellos, poniendo así de relieve lo que no deja de ser una discrepancia o divergencia respecto de la valoración de los hechos que tomó en consideración la sentencia impugnada.

De ahí, con tal planteamiento, deviene indudable la improcedencia de los tres primeros motivos de casación, en cuanto los tres se argumentan, como correctamente aduce el Sr. Abogado del Estado, desde dos presupuestos inaceptables: que la sentencia altera, no aprecia, desconoce o tergiversa la realidad de los hechos y datos relevantes del asunto y que tales hechos son los que precisamente resalta y alega la parte recurrente.

SEXTO.- En el cuarto motivo de casación, subsidiario del tercero para el caso de que éste no se aceptase como así ha ocurrido, se denuncia, como ya dijimos, la infracción de los *artículos 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* en relación con el *artículo 86 del Tratado de la Unión Europea* y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto establece los requisitos y características de la conducta predatoria, que ha sido la conducta por la que ha sido sancionada la empresa recurrente.

El *artículo 6º de la Ley 16/1989*, en la redacción que tenía antes de la modificación y adición operada en él por la *Ley 52/1999, de 28 de diciembre*, y, por tanto, en la redacción que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, era del tenor literal siguiente:

"1.- Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2.- El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La 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.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3.- Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una

o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal".

Sobre tal precepto, como dijimos en la sentencia ya citada de 8 de Mayo de 2.003 , cuya doctrina se reiteró en la de 9 de Junio del mismo año, conviene hacer las siguientes consideraciones:

a) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

b) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

c) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

d) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (*artículo 10 de la Ley 16/1989*).

e) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

f) Por fin, dada la similitud existente entre el *artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6* , que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno.

SEPTIMO.- Aunque en esos preceptos, no se enumere como conducta abusiva de una posición de dominio la de precios predatorios, como caso particular de la venta a pérdida, la jurisprudencia comunitaria ha ido estableciendo la tipificación y consideración de tales precios, fundamentalmente a través de las sentencias de 3 de Julio de 1.991, AKZO/Comisión y 14 de Noviembre de 1.996, TETRAPACK/Comisión .

En la primera de ellas, al pronunciarse sobre el criterio de legalidad del comportamiento de una empresa dominante en materia de precios, estableció:

"70. De ello se deduce que el *artículo 86 del Tratado* prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, toda competencia por los precios no puede considerarse, sin embargo, legítima. 71. Los precios inferiores a la media de costes variables (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas), mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos. En efecto, una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir los precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida, a saber, la totalidad de los costes fijos (es decir, de aquellos que permanecen constantes con independencia de las cantidades producidas) y una parte al menos de los costes variables correspondientes a la unidad producida. 72. Por otra parte, los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir la competencia que se les hace".

Por su parte, la segunda de las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, señaló:

"41. Procede subrayar que, efectivamente, en la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consagró la existencia de dos métodos de análisis diferentes para verificar si una empresa ha practicado precios predatorios. En primer lugar, los precios inferiores a la media de los costes variables deben considerarse siempre abusivos. En tal caso, es inconcebible que exista algún objetivo económico que

no sea la eliminación de un competidor, pues cada unidad producida y vendida supone una pérdida para la empresa. En segundo lugar, los precios inferiores a la media de los costes totales, pero superiores a la media de los costes variables, sólo pueden considerarse abusivos cuando pueda demostrarse que existe un plan de eliminación de un competidor".

De modo sintético, expuesta la doctrina que se desprende de esas sentencias, puede decirse: a). Los precios inferiores a los costes variables medios, se presumen siempre abusivos; b). Los precios inferiores a los costes totales medios, pero superiores a los costes variables medios, serán abusivos si se establecen en el marco de una estrategia de eliminación de competidores.

Resulta así que en el concepto de precio predatorio, el elemento verdaderamente distintivo y que configura la conducta predatoria es la intención de eliminar a un competidor; intención que, en un supuesto, se presume iuris et de iure y, en otro, ha de probarse.

Desde esta perspectiva hemos de entender que la sentencia impugnada infringe los preceptos citados y la jurisprudencia expuesta, cuando en su Fundamento Jurídico Sexto, que expresa su ratio decidendi, desliga la existencia de la conducta predatoria de cualquier intencionalidad, quedándose simplemente en el hecho objetivo de la eliminación de dos competidores, pese a reconocer que "aunque los precios sean inferiores a la media de los costes totales, que incluyen producción y comercialización, en este caso no son inferiores a la media de los costes variables, deben ser considerados abusivos", añadiendo que "lo cierto es que concurrió una doble eliminación del mercado por la recurrente, que se ha demostrado, constituye una competencia que infringe los arts: 86 TUE y 6 LDC , con independencia de la intencionalidad de la misma".

Si, pues, hemos visto que la intencionalidad, es decir, el elemento subjetivo que subyace en la estrategia dirigida a eliminar un competidor es determinante para la configuración de la conducta abusiva y la sentencia no lo considera así, pese a entender que los precios de venta de los cigarros Farias que integran el mercado relevante, no han sido inferiores a la media de los costas variables, está infringiendo el ordenamiento jurídico, por lo que el motivo de casación examinado, y con él el recurso de casación, ha de ser estimado y la sentencia ha de ser casada.

Ello, por consiguiente, nos sitúa, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.1. c) y d), de la Ley Jurisdiccional en situación de resolver dentro de los términos en que apareciera planteado el debate. Que no era otro que el de determinar si **Tabacalera** , S.A., hoy Altadis, S.A., incurrió durante el periodo a que se refiere el expediente, esto es, entre 1.990 y 1.993, en abuso de posición de dominio por conducta predatoria, lo que sólo tendría lugar, conforme a la doctrina que hemos expuesto, si concurrieran los presupuestos que hemos establecido, conforme a la jurisprudencia comunitaria para calificar así esa práctica.

OCTAVO.- En primer término, la recurrente no ha reiterado en el recurso de casación la existencia de la infracción del artículo 62.1.a) de la ley 30/1.992 , por falta de motivación en el cambio efectuado entre el primer informe propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia, de fecha 23 de Febrero de 1.996 - que fue anulado por decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 15 de Abril de 1.996 - que no había considerado la conducta como abusiva y el segundo informe propuesta que elevó el mismo Servicio con fecha 19 de Junio de 1.997, en que sí consideraba la existencia de una conducta de abuso de posición dominante entre los años 1.990 y 1.993.

Con ello demuestra estar conforme con la desestimación de ese argumento por la Sala de Instancia; y, desde luego, en cualquier caso, han de ser consideradas procedentes las razones expuestas en la sentencia impugnada, sin más que añadir que es al Tribunal Defensa de la Competencia, conforme al artículo 25.a), de su propia Ley 16/1.989 , a quien corresponde: "Resolver los asuntos que tiene atribuidos por esta Ley", en tanto que al Servicio de Defensa de la Competencia le corresponde la de: "Instruir los expedientes por conductas incluidas en esta Ley", y: "Una vez instruido el expediente, lo remitirá al Tribunal, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antecedentes, los efectos producidos y la calificación que merezcan los hechos", así como: "El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente. Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio al ser susceptible de otra calificación". Funciones y procedimiento que determinan que, lo decisivo en este caso, para apreciar el motivo de impugnación aducido, habrá sido la falta de motivación de la Resolución sancionadora, pero no la diferente calificación entre los dos informes propuestas, provenientes de Instructores distintos y tras la expresa anulación por el Tribunal, por razones formales, del primero de ellos.

NOVENO.- El Tribunal de Defensa de la Competencia ha establecido como hechos declarados probados, en relación con la conducta sancionada, los siguientes:

"1.- **Tabacalera** fabrica y comercializa los cigarros Farias con las siguientes presentaciones: Farias nº 1 Caja (25), Farias nº 1 Estuche (5); Farias Superiores Caja (50), Farias Superiores Caja (25), Farias Superiores Estuche (5); Farias Superiores Especiales Caja, Farias Superiores Especiales Estuche. (Los Farias Centenario y los Farias Chicos quedan al margen del expediente; los primeros, por no integrar el mercado relevante y, los segundos, por hacer su aparición en 1993.

2.- En la época a que se refiere el expediente, **Tabacalera** ostentaba un monopolio legal en la fabricación de tabaco en la Península y en la importación y comercialización mayorista de tabaco procedente de los países no comunitarios. Asimismo, en aquel momento era monopolista de hecho en la distribución mayorista del tabaco fabricado en la Península y las Islas Canarias y del procedente de la CEE.

3.- Las cuotas de mercado en el definido como relevante son:

1990 1991 1992 1993

Tabacalera 66,7% 64,9% 62,9% 59,7%

CITA 7,8% 7,1% 6,5% 6,1%

Canariense 19,7% 21,4% 23,4% 25,9%

Guajiro 3,04% 3,69% 4,3% 4,6%

Otros resto resto resto

Por otra parte, según **Tabacalera** , dentro de la marca Farias, el tipo Farias Superiores representa el 95% de las ventas. La propia **Tabacalera** ha reconocido su posición dominante en dicho mercado. Esta posición dominante se ve reforzada por ser el único distribuidor mayorista en las fechas a las que se refiere el expediente.

4. Según la lista oficial publicada por el Ministerio de Economía y Hacienda, los precios de los cigarros que están en competencia en el mercado relevante fueron:

1990 1991 1992 1993

Bravíos 40 ptas 50 ptas 55 ptas - - -

Don Álvaro 40 ptas 50 ptas 55 ptas 56 ptas

Farias 40 ptas 43 ptas 50 ptas 54 ptas

Superiores

Farias 1 38 ptas 41 ptas 47 ptas 51 ptas

Guajiro 50 ptas 50 ptas 60 ptas 65 ptas

Brevas

Reig Caza 38 ptas 40 ptas 45 ptas - - -

Reig 15 30 ptas 32 ptas 34 ptas 37 ptas

5.- En el expediente resulta probado con los datos obtenidos de la contabilidad analítica y la documentación interna de **Tabacalera** :

5.1 Que, según el " Ranking de operaciones " (folios 760 y ss.), el margen (precio neto menos costes) de los " Farias " que se integran en el mercado relevante fue:

- negativo en 1990 para todas las presentaciones;
- negativo en 1991 para todas las presentaciones;
- negativo en 1992 para todas las presentaciones, con la excepción de Farias Superiores Caja (50) y Farias Superiores Estuche (5);
- negativo en 1993 para todas sus presentaciones.

5.2 Que, si se toman como base los " Estados demostrativos de resultados " (folios 791 y ss.) en lugar del " Ranking de operaciones ", se obtienen los siguientes resultados:

- negativo en 1990 para Farias Superiores Especiales;
- negativo en 1991 para Farias Superiores Caja (50) y Estuche (5), Farias Superiores Especiales y Farias nº 1;
- negativo en 1992 para Farias Superiores Especiales y Farias nº 1;
- negativo en 1993 para todas las presentaciones.

5.3 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.

5.4 Que **Tabacalera** era consciente de dicha práctica dado que los servicios de producción advirtieron a la Dirección que, si subían los precios de cigarros perderían cuota de mercado, de modo que la mejor forma de mantenerse en el mercado era vendiendo a los precios establecidos.

5.5 Que **Tabacalera** ha reconocido expresamente que en el año 1990 perdió un total de 580 millones de pesetas con la venta de los cigarros " Farias " (lo que supone una media de 7,9 ptas. por unidad) y que en el año 1993 el margen de venta de cigarros " Farias " fue negativo.

6.- Que algunas marcas competidoras, como " Reig Caza " o " Bravíos ", desaparecieron del mercado en el año 1993.

7.- **Tabacalera** realizó una regulación de empleo en el año 1993 (Vid. el Expediente nº 504/1993 en los folios 1621 y ss)".

Esos hechos así descritos, desligados de cualquier valoración jurídica, han de ser completados con otros dos hechos que se contienen en los Fundamentos Jurídicos: uno, que " en este caso, el mercado relevante de producto está constituido por los cigarros fabricados de forma mecanizada, con un peso de entre 5 y 8 gramos, un diámetro entre 11 y 18 mm., una longitud de entre 94 y 145 mm., y unos precios que oscilan entre las 30 y 70 ptas. El mercado geográfico será el comprendido por la Península y las Islas Baleares por las especiales condiciones existentes en el mismo con respecto a la fabricación y comercialización de tabaco" y, otro, " que prácticamente no han entrado competidores en el mercado definido como relevante".

DECIMO.- Al margen de cual sea el mercado relevante como elemento objetivo de la conducta sancionada como abusiva, y más concretamente como predatoria, porque nadie lo ha discutido y se ha dejado al margen del debate procesal y porque tampoco hay necesidad de detenerse en si en ese mercado la recurrente ocupaba una posición de dominio, puesto que la recurrente lo admite explícitamente y resulta suficientemente acreditado en cuanto su cuota en el período considerado, en todo caso, fue superior al 50% de aquel mercado (en la sentencia AKZO, ya citada, el TJCE, F.J.60 , recogiendo la doctrina establecida en la sentencia de 13 de Febrero de 1.979, Hoffmann-La Roche , estableció en el 50% la cuota de mercado que por sí misma es suficientemente indicativa de la existencia de esa posición), no puede perderse de vista que estamos en presencia de un procedimiento sancionador en el que, por consiguiente, todos los hechos que permitan integrar la conducta típica tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, de la intencionalidad, han de quedar completamente determinados, fuera de toda duda, pues cualquier duda razonable habrá de ir en beneficio de la empresa imputada. En este ámbito ha de señalarse que el convencimiento de la existencia del elemento subjetivo, primordial en la calificación de la conducta predatoria, que ya señalamos que era la intención de excluir al competidor, dada la dificultad de su expresión (en la sentencia AKZO/Comisión se contaba con la existencia de amenazas que constataban tal

intención) habrá de venir determinado por aquellos datos objetivos que efectivamente revelen esa intencionalidad, precisamente por la dificultad de deducir de la conducta este elemento subjetivo.

Así, examinada la cuestión planteada a la luz de los hechos declarados probados por la Resolución impugnada, con las precisiones que habremos de hacer como consecuencia del propio contenido del expediente, ha de llegarse a la conclusión que en la conducta de **Tabacalera** en el período examinado no concurren las características de los precios predatorios o, al menos, no cabe otorgar esa calificación a los hechos descritos sin duda razonable.

UNDECIMO.- En primer lugar, cierto es que el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha inclinado para llegar a la conclusión de que durante el período examinado se produjo una venta a pérdida, esto es, por debajo de los costes de producción y comercialización, del examen de la propia documentación aportada por **Tabacalera**, S.A. reflejada en sus documentos de contabilidad analítica dándole prevalencia sobre el informe que como documental fue aportado por aquella misma y ratificado en vía jurisdiccional, mediante testifical. Aunque no quepa considerar ese informe como una auténtica prueba pericial, ya esa misma comparación efectuada engendra el margen de la duda, pues aún admitida sin discusión la valoración que hace el Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que en modo alguno ha resultado acreditado es si los precios a que se vendieron durante el período examinado los cigarros Farias, estaban o no por debajo de los costes en los términos a que se refiere la jurisprudencia que antes quedó expuesta. En efecto, no se han determinado con precisión ni los costes fijos ni los costes variables. Y pudo haberse hecho sin más que practicar en el expediente administrativo la prueba pericial instada por la Compañía Canariense denunciante, después renunciada por ella; el Tribunal en su Auto de 13 de Julio de 1.998 (folios 1.47 y ss. del Expediente ante el Tribunal), se limitó a aceptar esa renuncia y pese a haberse pedido que se practicara por el propio Tribunal, no se llevó a efecto, según se explicó, por carecer de medios personales y materiales para la práctica de una prueba tan compleja (así se recoge de modo sintético en los Antecedentes, apartado 21, párrafo segundo de la propia Resolución impugnada).

Si, pues, esa precisión era necesaria para determinar si objetivamente la conducta podía calificarse de predatoria por sí misma, por existir la presunción iuris et de iure de la intención de excluir a los competidores o por el contrario requería la prueba expresa de esa intención, por no ser la conducta en sí misma predatoria, lo cierto es que esos datos sobre los costes fijos y variables, así como los que han de incluirse en una u otra categoría, no han quedado determinados con la claridad exigida por el derecho sancionador. Lo reconoce el propio Tribunal cuando en su Fundamentación jurídica viene a admitir que es cuando menos "discutible computar una tarifa teórica de distribución en lugar de contabilizar el coste que realmente se ha producido" lo que si bien le lleva en su razonamiento a concluir que "los resultados con respecto a la existencia de márgenes negativos no varían sustancialmente de uno a otro", añade a continuación " a los efectos de acreditar que, en algunos casos, (el subrayado es nuestro) se vendió por debajo de coste". Queda claro, en primer término, que esa venta por debajo de costes no fue en todos los casos, como parecería no sólo de los hechos que declara probados, sino, además, de toda la argumentación que precede a tal razonamiento y, en segundo lugar, que podría haberse completado la investigación para determinar extremos absolutamente necesarios acerca de la integración de los costes. Pues esa prueba le incumbía, bien a los denunciantes, bien a la Administración.

En este mismo aspecto, ha de entenderse que si la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia ha de acudir a la doctrina AKZO para, a través de su interpretación, determinar si existen los presupuestos que la misma establece en orden a la existencia de precios predatorios y razonar cuales son los hechos destacados que le permiten apreciar esa intención excluyente, es que - tal como luego recogió la sentencia que ha resultado casada, que siguió la propia argumentación de la Resolución impugnada en la instancia -, partía de que el precio de venta, aún siendo inferior a los costes de producción, no estaban por debajo de los costes variables medios o que el Tribunal tenía la duda, pese al examen de la contabilidad de la empresa y del propio informe aportado por la denunciada, de que lo estuvieran y, en ese caso, sí era preciso demostrar la intencionalidad de la exclusión de los competidores.

DUODECIMO.- Desde esta perspectiva, aún admitido que existía la posición de dominio, esto es, que **Tabacalera**, S.A. tenía posición privilegiada o dominante, esa situación no es sino el presupuesto para, a partir de la misma, determinar el abuso de la posición de dominio. Porque, en todo caso, también conviene advertir que no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición dominante merecerá ser calificada como explotación abusiva (que es la expresión empleada en el hoy *artículo 82 del Tratado, citado*) en términos generales. Lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una mayor posible eficiencia. Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico.

Y hay datos objetivos y suficientes, tanto en el propio Expediente administrativo como en la Resolución administrativa impugnada, para constatar que esa intención no resulta acreditada.

En efecto, si se comparan las cuotas de mercado en el definido como relevante, lo primero que se observa (Hecho probado 3º) es que al propio tiempo que disminuye la de **Tabacalera** desde 1.990 a 1.993, en siete puntos porcentuales, aumenta la de la competencia en un caso, la Canariense, en más de seis puntos porcentuales y, en otro, Guajiro en uno y medio puntos. Y esa tendencia a bajar la cuota de **Tabacalera** y a subir la de competidores resulta confirmada para los siguientes años (1.994, 1.995, 1.996) en el propio expediente administrativo. Disminución y aumento correlativos que resulta poco acorde con una estrategia de conseguir la eliminación de competidores, cuando esa pérdida de cuota no puede desde luego achacarse a una regresión del mercado; la regresión afectaría a todos, pero no a unos sí y a otros no.

Por otro lado, que esa posición de dominio permitiera a **Tabacalera**, S.A., rebajar los precios de algunos de sus productos, como luego se razona en los Fundamentos Jurídicos de la Resolución administrativa impugnada, tampoco puede considerarse demostrativa de la intencionalidad, pues esa facultad de soportar rebajas en los precios puede considerarse inherente a la posición de dominio. Y no es que los precios de los cigarros "Farias" integrantes del mercado relevante hubieran experimentado una bajada respecto de los de la competencia, sino que si se compara en la propia Resolución (Hecho Cuarto) la evolución de precios, no sólo se mantuvieron en términos similares a los demás que integraban ese mercado relevante, sino que aumentaron en el período examinado, en términos absolutos, más que los competidores, lo que tampoco resulta acorde con la intención de excluir del mercado a competidores.

En ese mismo Hecho Cuarto de la Resolución recurrida hay otro dato sustancial que lleva a la convicción, no ya a la duda razonable, de que en la actuación de **Tabacalera** no puede afirmarse que existiera intención excluyente. En efecto, la desaparición de dos de los competidores que se imputa a la conducta predatoria de **Tabacalera**, no resulta acreditada. Lo que no ofrece duda alguna es que en ese año 1.993, desaparecieron de las Tarifas Oficiales pero, en cuanto resulta del Expediente administrativo, la desaparición había tenido lugar mucho antes.

DECIMOTERCERO.- Así ha de comenzar señalándose que el propio cigarro " Reig 15 " que consta en esa lista - no desapareció, por tanto - si bien entraría por razón de precio en el mercado relevante, no entraría por razón de otras circunstancias que habían sido tenidas en cuenta para la determinación de aquel, como peso, longitud, etc; pues según consta de las propias alegaciones del Expediente hechas por la Compañía Canariense, tendría un peso de 3,8 gramos. Por otro lado, el " Reig Caza ", que no es exactamente igual que los incluidos en el mercado relevante, por tener un peso reconocido por su propia titular de 4,6 gramos, ni siquiera aparece en los Cuadros elaborados por el Servicio de Defensa para la Competencia, que se acompañaron con su informe propuesta, como se comprueba al examinar los Anexos, en particular los Cuadros números 5 y 6. Y respecto de los " Bravíos ", que tanto por su peso como por su precio entran en el mercado relevante, otro tanto ocurre al examinar esos mismos Anexos, y, además, la Compañía Canariense reconoce en sus alegaciones en el expediente administrativo que " al aparecer esta presentación en 1982 se produjo una importante progresión en las ventas. También aumenta en 1.983 pero menos, cuando su precio sobrepasa al precio del Farias entonces vigente. Y finalmente se hunde entre 1.984 y 1.987 como consecuencia de la diferencia de precio". Esto resulta confirmado, en cuanto al período que nos ocupa, por el propio oficio del Delegado del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, de fecha 3 de Julio de 1.998, en el que informa que las ventas son testimonialmente negativas en 1.990-1.992 e inexistentes en 1.993-1.994.

Si eso es así, no puede afirmarse que, una vez desaparecidos los competidores en 1.993, **Tabacalera** incrementase los precios. Ni consta acreditado que esos competidores desaparecieran en ese año ni el aumento de precios - la posibilidad de recuperar pérdidas, como otra de las características que la jurisprudencia y la doctrina han señalado como definitorias de los precios predatorios - consta que fuese superior a la subida de los años a que se contrae el expediente, tal como resulta en los hechos probados de aquella Resolución impugnada.

Por fin, ésta reconoce que "prácticamente no han entrado competidores en el mercado definido como relevante", pero lo cierto es que han entrado y alguno de ellos con tanta pujanza en el mercado, como el " Guajiro Brevas ", que es cierto que entró en 1.989, antes del período considerado, pero que avanza tanto en sus ventas como en sus precios.

DECIMOCUARTO.- Ciertamente es, igualmente, que existen otros datos en el Expediente, recogidos en la Resolución recurrida, que podrían hacer pensar en una conducta de abuso de posición dominante o de "explotación abusiva", a que se refiere el artículo 86 del Tratado de la Unión Europea, y como una clase de

la misma la de precios predatorios. En efecto, datos tales como la posición en el sector (Hecho Segundo) de **Tabacalera**, S.A., su capacidad financiera e incluso la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecieran a mercados diferentes, de modo que las pérdidas que se generan con la venta de aquellos en los que la competencia real o potencial pueda ser mayor, se compensan con los beneficios de otras actividades en los que la competencia es menor o inexistente, son muy a tener en cuenta, pero no pueden llevar, en presencia de conductas sujetas al ámbito administrativo sancionador, a su calificación como conducta predatoria, una vez depurados los hechos de cualquier duda razonable, en atención a las razones expuestas anteriormente.

Tampoco tiene suficiente entidad a esos efectos que se haga constar en los Hechos probados (Hecho 5.4) que **Tabacalera** era consciente de dicha práctica - esto es, que el precio de cesión (precio al que el fabricante cede el producto al mayorista para su distribución) había sido inferior al coste de producción en los años 1.990 a 1.993 - puesto que los servicios de producción advirtieron a la Dirección que si subían los precios de los cigarros perderían cuota de mercado, de modo que la mejor forma de mantenerse en el mercado relevante era vendiendo a los precios establecidos, ello tampoco, por sí solo, es determinante de la conducta predatoria, porque la más elemental lógica lleva a considerar que una subida de precios, lleva aparejada, al menos en principio, una caída de ventas y, por tanto, de cuota de mercado.

Y otro tanto ocurre con otros dos datos que se recogen en esos hechos: uno, la afirmación de que la propia **Tabacalera**, S.A., reconoce pérdidas en la venta de los cigarros Farias en 1.990 y que el margen fue negativo en 1.993 y, otro, que tuvo lugar una regulación de empleo en 1.993. Ninguno de esos dos datos sirven para acreditar lo que debiera estar acreditado: la intencionalidad en la exclusión de competidores, pues en todo caso, serían presupuestos para determinar costes y era necesaria una determinación de su influencia tanto en esos costes de producción, con la precisión de a qué márgenes se refiere, como en la intencionalidad excluyente, como elemento constitutivo de la conducta sancionada.

Es decir, todos estos datos, en comparación con los anteriores, no nos permiten eliminar toda duda razonable de que la intencionalidad de **Tabacalera**, S.A. fuese la de excluir a los competidores del mercado, que es la característica definitoria de la conducta predatoria y no que, efectivamente respondiera a una competencia agresiva o incluso de minimización de pérdidas.

Ello ha de llevar a la estimación del recurso contencioso administrativo, con la consiguiente anulación de la Resolución administrativa impugnada.

DECIMOQUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139 de la Ley Jurisdiccional*, cada parte satisfará las costas de este recurso de casación, sin que haya lugar a la condena en las de la instancia, al no concurrir temeridad o mala fe.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Estimar el presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de ALTADIS, S.A., (nueva denominación de la mercantil **TABACALERA**, S.A.), contra la sentencia dictada con fecha 2 de Noviembre de 2.001, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 331 de 1.999, que casamos y anulamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo antes expresado interpuesto por la citada mercantil y anular, por no conforme a derecho, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 16 de Febrero de 1.999 (aclarada por otra de 26 del siguiente mes y año), reseñada en el Fundamento Jurídico Primero de ésta sentencia, dictada en el Expediente 375/1.996, Tabacos de Canarias.

Tercero.- Cada parte satisfará las costas de este recurso de casación, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely, todo lo cual yo, el Secretario, certifico.