

RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIÓN

(Expte. VS/486/00 Tabacalera/McLane)

Consejo

Sres:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dña. M^a Jesús González López, Consejera
D^a Paloma Ávila de Grado, Consejera
D Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 30 de enero de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente VS/486/00 Tabacalera/McLane cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución de 24 de abril de 2002, recaída en el expediente sancionador 486/00 McLane/Tabacalera (1449/96 del Servicio de Defensa de la Competencia), incoado de oficio en el año 1996, tras la denuncia de McLane España S.A., contra Tabacalera S.A., en la que se acredita un abuso de posición de dominio de TABACALERA y, en consecuencia, se le imponen obligaciones de suministro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 24 de abril de 2002, el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) dictó Resolución en el expediente sancionador 486/00 McLane/Tabacalera (expediente 1449/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) por la que resuelve:

“Primero.- Declarar la comisión por TABACALERA S.A. de una conducta abusiva de posición de dominio prohibida por el artículo 6 LDC consistente en la negativa de suministro a McLANE ESPAÑA S.A. de las labores de tabaco que produce de sus propias marcas.

Segundo.- *Intimar a ALTADIS S.A. (antes TABACALERA S.A.) para que cese en esa conducta y, si McLANE ESPAÑA S.A. lo desea, proceda a efectuar los suministros pedidos en condiciones no discriminatorias, así como para que en lo sucesivo se abstenga de conductas semejantes.*

Tercero.- *Imponer a ALTADIS S.A. la publicación, en el plazo de un mes, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución, en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos diarios de circulación nacional de entre los cinco de mayor tirada.*

Cuarto.- *Imponer a ALTADIS S.A. una multa sancionadora de tres millones de euros.*

Quinto.- *Imponer a ALTADIS S.A. una multa coercitiva de seiscientos euros, por cada día de retraso en el cumplimiento de su obligación de suministro, sobre el que es plazo habitual.*

Sexto.- *Imponer a ALTADIS S.A. una multa coercitiva de seiscientos euros, por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de sus obligaciones de publicar la parte dispositiva de la Resolución.”*

Dicha Resolución del TDC había estado precedida de dos Resoluciones de Medidas Cautelares de fechas 26 de mayo de 1997 (MC-21/97) y 22 de diciembre de 1997 (MC-25/97), por las que el TDC imponía a Tabacalera, con una limitación temporal de seis meses en cada una de ellas, el suministro a McLane para su transporte y reparto, de sus labores de tabaco.

2. En relación con los anteriores resuelve, es necesario precisar que de acuerdo con la información remitida por el SDC y recogida en el Informe de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia(DI) de 2 de diciembre de 2009, Tabacalera dio cumplimiento a los numerales Tercero y Cuarto de la Resolución mediante el pago de la multa, que realizó con fecha 13 de mayo de 2002, y la publicación, el 15 de agosto de 2002, de la parte dispositiva de la resolución en el B.O.E y en los diarios ABC y El Periódico.

Por lo que se refiere al Quinto resuelve la Audiencia Nacional, por Auto de 8 de julio de 2002, suspende la multa coercitiva prevista para el caso de incumplimiento de la obligación de suministro, porque dice la AN, *“impuesta la obligación de efectuar suministros en condiciones no discriminatorias, debe mantenerse que tal suministro debe contratarse y organizarse en unas condiciones determinadas a acordar entre los interesados, por lo que, en ausencia de plazo concreto para que tal contratación y organización se lleven a cabo, es improcedente el señalamiento de una multa por “día de retraso en el cumplimiento de la obligación de suministro”.* Este Auto fue confirmado primero en Súplica y

finalmente en Casación mediante Auto del TS de 25 de septiembre de 2004.

Por tanto queda pendiente de Vigilancia únicamente el cumplimiento del Segundo resuelve, es decir el relativo al suministro a McLane España S.A., en condiciones no discriminatorias.

3. Con fecha 28 de febrero de 2003 la representación de Altadis solicitó al TDC una acción declarativa con la finalidad, según alegaba, de adecuar la posición jurídica de Altadis en el mercado de fabricación y venta de cigarrillos. Basaba dicha solicitud en el cambio sustancial en la situación de hecho que, a su entender, se había producido en los últimos años y que implicaba que la posición de Altadis en los mercados de referencia en dicha fecha, no fuera la misma que la existente en la época en la que se instruyó el expediente. En concreto, las declaraciones que Altadis pretendía del TDC eran:

- que no existe en la fecha actual (febrero de 2003) posición de dominio por parte de Altadis en el mercado de fabricación y venta de cigarrillos en España, y
- que la pérdida sobrevenida de la condición dominante de Altadis lleva como consecuencia la extinción de la obligación de suministrar a McLane, impuesta por el TDC en su Resolución de 24 de abril de 2002.

4. El 27 de mayo de 2003 el Servicio de Defensa de la Competencia remitió al TDC un Informe de Vigilancia de la RTDC de 24 de abril de 2002, que constaba de dos partes, la primera era relativa a la vigilancia propiamente dicha del cumplimiento de la resolución y, la segunda, en relación con la acción declarativa solicitada por ALTADIS, por considerar el SDC, que aun excediendo de la función de vigilancia del cumplimiento de la resolución, debía incluirlo *“por las repercusiones que, de ser tenido en cuenta por ese Tribunal, podrían derivarse respecto a la obligación impuesta a ALTADIS en la misma”* (se refiere a la RTDC de 24 de abril de 2002). El contenido de dicho informe era en resumen:

- a) Por lo que se refiere la cumplimiento del resuelve Segundo el Servicio, tras recoger las alegaciones de las partes constata que no se ha producido el suministro a que intimaba el TDC y concluye,

“que, en consecuencia, este Servicio no puede sino reiterarse en las conclusiones que ya pusiera de manifiesto en los distintos informes emitidos en relación con el cumplimiento de las medidas cautelares acordadas en el transcurso de la tramitación del expediente que trae por causa la Resolución objeto del presente y, en ese sentido, considerar que la postura mantenida hasta el momento por Altadis ha sido la de obstaculizar, mediante argumentos que, no por no carecer de lógica no dejan de ser dilatorios, y que no quedan enmascarados por

una efectivamente tenaz voluntad negociadora últimamente plasmada en su recurso a consultoras independientes, el efectivo suministro a McLane de las labores de tabaco de sus propias marcas a que ha venido siendo conminada por ese Tribunal, obstaculización que, en definitiva, implica el incumplimiento de la mencionada Resolución de 24 de abril de 2002”.

- b) En relación con la acción declarativa solicitada por ALTADIS, el Servicio hace una exposición resumida de los argumentos de las partes y, con la información aportada por las mismas, así como por Logista y por el Comisionado del Mercado de Tabacos (MTC), saca una serie de conclusiones recogidas por la DI en su Informe al Consejo de fecha 10 de noviembre de 2011 (folios 1.734 a 1.736), que a continuación se resumen.

Según el Servicio, en el año 2003 ALTADIS sigue siendo el único fabricante establecido en Península y Baleares y en el año 2002 su producción total se repartía entre sus propias labores, un 83,6 % de su fabricación, y la producción bajo licencia para Philips Morris (en adelante PM), de las marcas Marlboro y L&M, lo que supone el 16,4% restante. Que la producción bajo licencia en península y Baleares estaba decreciendo progresivamente, de modo que mientras que en 2002 ALTADIS producía un 35,6% y un 24,3% del consumo nacional de Marlboro y de L&M, siendo de importación el resto del consumo de dichas marcas, las previsiones para 2003 y 2004 eran 27,7% y 17,7% para Marlboro, cuyo contrato de licencia finalizaba en diciembre de 2004. El contrato para L&M finalizaba en diciembre de 2003. El resto de consumo interno de cigarrillos se cubre con la importación. Según ALTADIS su producción en 2002 supuso el 50,9% del consumo nacional, un 41,5% de marcas propias y un 9,4% de las marcas fabricadas bajo licencia.

Desde 1999 ALTADIS distribuye todas sus labores de tabaco a través de LOGISTA. En 2002 LOGISTA distribuyó el 100% de las labores destinadas al consumo nacional, y según su información con la siguiente desagregación: 55,3% producción nacional (41,32% de producción en Península-Baleares de marcas propias por Altadis, 9,82% de producción bajo licencia por Altadis y 4,19% de producción en Islas Canarias por Cita) y 44,7 % de cigarrillos importados de la Unión Europea.

Según datos del Comisionado del Mercado de Tabacos, en 2003 además de LOGISTA (febrero de 1999), están habilitados para operar en el mercado español los siguientes distribuidores mayoristas: McLane (1995); Ditralsa (julio 1996); Comet (septiembre 1997) y Tamco (marzo 1998).

Tras la entrada de España en la Comunidad Europea, los contratos de distribución y de importación de labores de tabaco no pueden recoger ningún tipo de exclusividad, por lo que cualquier fabricante es libre de contratar la distribución de sus productos con el operador que considere oportuno, o de hacerlo con uno o varios de estos operadores, y cualquier otro distribuidor mayorista puede realizar importaciones de los mismos productos que Logista, siempre, como es obvio, que el fabricante de la marca en cuestión acceda a ello.

Según LOGISTA los contratos de distribución que tiene firmados fueron negociados directamente con los distintos fabricantes cuando se constituyó, en el año 1999, no siendo una subrogación de las contrataciones que hasta entonces tenía Tabacalera. Los contratos no tienen exclusivas y son por una duración máxima limitada a tres años.

McLane, que en ese momento tiene 7.337 clientes (estancos) a los que distribuye principalmente cigarrillos, informa que se ha dirigido a distintos fabricantes de labores de tabaco, algunos de los cuales han realizado visitas a las instalaciones que la empresa ha destinado a la distribución de labores de tabaco al por mayor, y que ninguno le ha realizado una oferta concreta, alegando informalmente, que prefieren esperar a la resolución del contencioso abierto con Altadis.

5. Por Auto de 21 de noviembre de 2003 el TDC se pronuncia sobre la anterior pretensión de ALTADIS de obtener una acción declarativa sobre una sobrevenida pérdida de la posición de dominio acreditada en la Resolución de 25.04.2002, en los siguientes términos:

Tercero *Desestimar la pretensión de Altadis S.A. de obtener del Tribunal una acción declarativa sobre su supuesta sobrevenida pérdida de posición dominante en los mercado de referencia de la Resolución de 24 de abril de 2002*

El Tribunal fundamenta dicho pronunciamiento en que, “la acción declarativa solicitada por Altadis no tiene encaje en nuestro ordenamiento, pues la Ley de Defensa de la Competencia solo prevé que el Servicio o el Tribunal se pronuncien sobre la existencia de una posición de dominio en el ámbito de un procedimiento y no, como sería ahora el caso, después de haber concluido el mismo”.

6. Por Sentencia de 24 de febrero de 2009 (R 3796/2006), el Tribunal Supremo revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2006, que desestimaba el recurso de Altadis contra el Auto del TDC de 21 de noviembre de 2003 y estima parcialmente el recurso, anulando por contrario a derecho el Apartado Tercero del mismo más arriba transcrito, y dice que la autoridad de competencia (TDC) debe pronunciarse sobre la petición formulada por Altadis en su escrito de 28 de febrero de 2003 relativa a los siguientes puntos, a) que no existe en fecha actual (febrero

de 2003) posición de dominio por parte de Altadis en el mercado de fabricación y venta de cigarrillos en España, y b) que la pérdida sobrevenida de la condición dominante de Altadis lleva como consecuencia la extinción de la obligación de suministrar a McLane, impuesta por el TDC en su Resolución de 24 de abril de 2002.

El TS fundamenta dicho fallo planteándose y respondiendo a dos cuestiones:

- a) En el Fundamento Tercero de la citada sentencia el Tribunal Supremo se plantea en primer lugar la posibilidad de, ante un cambio de circunstancias, modificar, en fase de ejecución, las condiciones impuestas en la Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, (sin que ello afecte al acto que permanece inalterable, pero si a su ejecución, que debería modularse por el cambio de circunstancias) y se responde que:

“Esto es perfectamente viable, si así hubiera ocurrido, cuestión que después se examinará, por la razón misma del fundamento del acto, que debe ser en todo momento adecuado y conforme a los fines que lo justifican, según indica el artículo 53.2 LPAC. Pero además, la propia Ley de Defensa de la Competencia atribuye al SDC la función de vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten, en cuya función está sin duda la de apreciar el cambio de circunstancias y proponer al TDC las modificaciones procedentes. Si esto no fuera así habría que llenar la laguna legal y dar sentido a una solución adecuada, ya que el derecho no puede tolerar la permanencia de situaciones injustas. La vía para esa modificación sería la prevista en el artículo 105.1 LPAC -cuya aplicación supletoria se prevé en el artículo 50 LDC-, aunque referida exclusivamente al momento posterior en que se haya producido un cambio en las circunstancias que fueron determinantes para adoptar la resolución”.

- b) En segundo lugar analiza el TS si se ha producido dicho cambio de circunstancias, y para ello se remite a un informe del Ministerio de Economía y Hacienda que obra en la pieza de prueba y según el cual dice, a partir del año 2002, si bien en ventas globales por unidades vendidas ALTADIS sigue ocupando la primera posición, en términos de valor de ventas Philip Morris está por delante, tanto en cigarrillos rubios como en rubios y negros, lo que le lleva a concluir que se ha producido un cambio de circunstancias, al menos en el mercado de fabricación y venta de tabaco, en el sentido de que la posición de primer operador dominante de ALTADIS, ha sufrido modificación respecto a la que tenía antes de dichos años. Y añade el Alto Tribunal:

“Ahora bien, esta Sala no puede hacer una declaración sobre la pérdida de su posición de dominio en el mercado de referencia, ni

determinar sobre cuál ha de considerarse mercado relevante en la situación actual, ya sea el de fabricación, distribución y venta, ya sea sólo cualquiera de ellos, pues el TDC no se ha pronunciado al respecto, siendo él el único competente para decidir estas cuestiones referidas al momento en que se hizo la solicitud por el recurrente - 23/2/2003-“.

7. En Sentencia de 3 de marzo de 2009 (R 3779/2006) el Tribunal Supremo, reitera el anterior pronunciamiento y estima el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2006, por la que la AN desestimaba el recurso de ALTADIS contra el silencio del TDC a su petición 28 de febrero de 2003, ALTADIS había recurrido el silencio administrativo y después el Auto de 21 de noviembre de 2003.
8. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de marzo de 2009 (R902/2004) resuelve el recurso de casación interpuesto por ALTADIS contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003, en la que la AN declaraba conforme a derecho la RTDC de 24 de abril de 2002. El Tribunal Supremo hace un doble pronunciamiento: a) declara ha lugar al recurso y casa la Sentencia al estimar que la Sala de instancia ha incurrido en infracción del deber de motivación, ya que en la fundamentación de la sentencia recurrida no se responde de forma concreta, pormenorizada y motivada a los argumentos jurídicos relevantes y sustanciales planteados en la demanda, lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva, y b) entra en el fondo del recurso presentado por Altadis y Logista desestimándolo y declarando conforme a derecho la Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, que dice ha sido dictada en una aplicación razonable y no arbitraria de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia. Dice el Tribunal Supremo:

“En efecto atendidas las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, resulta ajustada al ordenamiento jurídico la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia: de considerar que, en el momento de dictarse la resolución de 24 de abril de 2002, la conducta de TABACALERA de no abastecer con sus propias marcas a la empresa denunciante, sigue siendo ilegítima, pues se constata que no ha variado, significativamente, la posición de dominio que tenía en el mercado de distribución mayoritaria de labores de tabaco ni en el mercado de fabricación, por lo que no cabe calificar dicha obligación de desproporcionada, ya que apreciamos que constituye una medida adecuada para satisfacer el objetivo de remover aquellos obstáculos considerado contrarios a la libre competencia, que suponen el mantenimiento de un comportamiento de explotación abusiva de la posición de dominio”.

Sin perjuicio de lo anterior, en el Fundamento Quinto de esta Sentencia el Tribunal Supremo, una vez que ha ratificado la RTDC de 24 de abril de

2002, retomando las Sentencias de 24 de febrero de 2009 (R 3796/2006) y de 3 de marzo de 2009 (R 3779/2006), añade lo siguiente:

“La decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia no supone la imposición de una obligación de hacer ad perpetum, porque, como hemos expuesto en las Sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 2009 (RC 3779/2006 y RC 3796/2006), “la propia Ley de Defensa de la Competencia atribuye al SDC la función de vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten, en cuya función está sin duda la de apreciar el cambio de circunstancias y proponer al TDC las modificaciones procedentes. Si esto no fuera así habría que llenar la laguna legal y dar sentido a una solución adecuada, ya que el derecho no puede tolerar la permanencia de situaciones injustas”.

9. Recibidas las Sentencias del Tribunal Supremo más arriba citadas el Consejo, con fecha 18 de mayo de 2009, solicitó a la DI informe sobre la situación de ambos expedientes.

La DI, tras seguir los trámites preceptivos, con fecha 22 de diciembre de 2009 elevó al Consejo el informe denominado *“Informe de vigilancia de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002 (expte 486/00 TDC), y del Auto de 21 de noviembre de 2003 sobre vigilancia de la resolución mencionada”*, acompañado de una propuesta de actuación.

En la Propuesta al Consejo la DI hace las siguientes consideraciones en relación con el pronunciamiento que debe realizar el Consejo en cumplimiento de la Sentencia del TS de 24 de febrero de 2009, *“si bien los datos obrantes en el presente informe de Vigilancia podrían corroborar la inexistencia de posición de dominio y de independencia de comportamiento por parte de Altadis en el mercado previamente definido, no es posible determinar la fecha en la que se produce el cambio de las circunstancias que motivaron la declaración de la práctica prohibida que, a juicio de esta Dirección de Investigación, y como se ha mencionado anteriormente, ha sido incumplida en un periodo determinado de tiempo. Por ello, y a los efectos de cuantificar dicho periodo, la Dirección de Investigación entiende que procede realizar un estudio de mercado en el que se analice la evolución de éste (en cuanto a fabricación, venta y distribución) y posibilite la determinación del momento en que Altadis deja, en su caso, de ostentar posición de dominio, y por tanto cesa su obligación de suministro a Conway y el supuesto incumplimiento de las resoluciones del extinto TDC”.*

10. El Consejo de la CNC, sobre la base de dicha propuesta y del informe recibido, adoptó el Acuerdo de 22 de diciembre de 2009, en el que, para dar cumplimiento a las Sentencias del Tribunal Supremo, solicita a la DI

que analice la situación de ALTADIS y el cumplimiento de la resolución del TDC en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Solicitar a la DI que, en los términos que considere oportuno, realice un estudio de mercado para determinar la posición de ALTADIS en el mercado a partir de 28 de febrero de 2003, al objeto de evaluar la situación del cumplimiento de la Resolución del TDC de 24 de abril de 2002 a partir de dicha fecha.

SEGUNDO.- Solicitar a la DI que realice los trámites necesarios, incluido el análisis de los aspectos relativos a la prescripción, para valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que el TDC habían impuesto a ALTADIS por Resolución de 24 de abril de 2002 y hasta la fecha de solicitud de cese de la obligación de suministro por cambio de circunstancias.”

11. En cumplimiento del acuerdo del Consejo de 22 de diciembre de 2009, y para determinar la posición de dominio de ALTADIS en el mercado relevante, la DI,
 - a) El 13 de enero de 2010 solicitó de la Dirección de Promoción un análisis detallado con el fin de determinar si han cambiado las circunstancias contempladas en la RTDC de 24 de abril de 2002 y cuando se ha producido, en su caso, dicho cambio.
 - b) Con fecha 15 de junio de 2010 la DI solicitó información sobre dichos extremos a las partes implicadas, a saber, ALTADIS, CONWAY y LOGISTA así como al Comisionado del Mercado de Tabacos.
12. La Dirección de Promoción (DP) remitió su informe a la DI en marzo de 2010 (folios 231 a 239).

Explica la DP que el informe tiene como objetivo “*analizar las cuotas de mercado en la venta y distribución de cigarrillos en la Península y Baleares en el periodo 2003/2009*” y que para el mismo se han utilizado datos públicos proporcionados por el Comisionado del Mercado de Tabacos. Sobre los datos de ventas la DP hace también una estimación de la fabricación de las distintas marcas para su venta en el mercado español.

Respecto a la continuidad de las series de datos sobre cuotas de ventas advierte la DP sobre las modificaciones que han supuesto la compra de ALTADIS por Imperial Tobacco en el año 2008, así como la compra de CITA por Gallager en el año 2005 y finalmente la compra de este último por JTI en el año 2007. Por tanto a partir de 2008 las cifras de ALTADIS incorporan las ventas de Imperial Tobacco, y JTI incorpora a partir de 2007 las cifras de CITA y Gallager.

Según los datos recogidos en el informe de la DP las cuotas de mercado en España a partir del año 2003 de los tres primeros vendedores serían las siguientes, tanto en valor como en millones de cajetillas vendidas:

a) Cuotas de ventas por ingresos.

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Altadis	35,0%	33,1%	31,5%	29,3%	29,5%	35,1%	34,5%
Phillip Morris	37,8%	38,6%	38,5%	35,8%	43,9%	34,5%	33,8%
JTI	10,8%	10,8%	10,7%	13,5%	19,6%	20,0%	20,2%

Fuente: elaboración DP con datos del Comisionado del Mercado de Tabacos.

b) Cuota de venta cajetillas de 20 cigarrillos.

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Altadis	38,6%	36,0%	33,4%	30,9%	31,2%	36,7%	35,6%
Phillip Morris	34,2%	35,3%	34,3%	32,0%	31,9%	31,7%	31,7%
JTI	10,2%	10,3%	10,1%	13,5%	19,9%	20,3%	20,4%

Fuente: elaboración DP con datos del Comisionado del Mercado de Tabacos.

13. Con fecha 28 de abril de 2010 CONWAY, tras haber tenido acceso al expediente y conocido el informe de la DP, presentó alegaciones en las que, remitiéndose a la doctrina de los mercados conexos, reitera que *“la existencia de una posición de dominio en el mercado de fabricación y venta de cigarrillos en España, ni resulta decisiva para acreditar la infracción del artículo 6 de la LDC, ni, por ende es concluyente para determinar si persiste la obligación de suministro impuesta por el TDC...”*

En resumen CONWAY alega que la negativa de venta de ALTADIS en el mercado de fabricación y venta, en el que reconoce que puede no ser dominante, refuerza la posición que tiene LOGISTA como distribuidor prácticamente único de cigarrillos.

14. Con el fin de completar la información aportada por la DP en su informe, con fecha 15 de junio de 2010, la DI solicitó a las partes implicadas, ALTADIS y CONWAY, así como a LOGISTA y al Comisionado del Mercado de Tabacos datos adicionales sobre las distintas magnitudes de los mercados. Recibida la información solicitada la DI elabora la propuesta de Informe final de Vigilancia que con fecha de 2 de septiembre de 2011, se recoge en los folios 1.523 a 1.590 y que fue remitida a las partes para alegaciones.
15. CONWAY en escrito recibido en la CNC el 21 de septiembre de 2011, presenta sus alegaciones en las que manifiesta que no tiene nada que añadir a la propuesta de la DI.

- 16.** ALTADIS, a la que se le remite el Informe con fecha 21 de septiembre, por escrito de 4 de octubre solicita ampliación de plazo y una reunión con la DI que tiene lugar el 18 de octubre de 2011. Tras dicha reunión ALTADIS solicita la suspensión del procedimiento durante quince días para tratar de encontrar soluciones a los problemas planteados por la DI en su Informe. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta, con fecha 28 de octubre de 2011 tiene entrada en la CNC el escrito de alegaciones de ALTADIS a la propuesta de Informe de Vigilancia. En dichas alegaciones ALTADIS, declara que no se ha encontrado solución “mutuamente aceptable” y reitera de forma exhaustiva sus argumentos respecto a la pérdida sobrevinida de la posición de dominio. En sus pedimentos solicita que se suspenda la tramitación de la Vigilancia hasta que la Audiencia Nacional resuelva un supuesto incidente de ejecución presentado por ALTADIS contra el Acuerdo del Consejo de 22 de diciembre de 2009; que se declare que ha perdido la posición de dominio, y que no ha incumplido la RTDC del 2002. Acompaña las alegaciones con un nuevo informe de una consultora económica, fechado en octubre de 2011, que bajo el título “*Análisis económico de la Propuesta de Informe de vigilancia de la DI*”, a lo largo de 29 páginas rebate las conclusiones de la DI sobre la posición de dominio de ALTADIS a partir de febrero de 2003.
- 17.** Con fecha 10 de noviembre de 2011 la DI eleva al Consejo el “*Informe Final de Vigilancia de la Resolución del exp 486/00 del extinto TDC, de 24 de abril de 2002 y del acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de diciembre de 2009*”. En el Informe final la DI se ratifica en todas sus consideraciones realizadas en la propuesta de Informe remitida a las partes, que en sustancia son, que no ha habido ningún cambio relevante respecto a la situación que fuera analizada en la resolución de 24 de abril de 2002 y que, como entonces, ALTADIS ostentaba en 2003 una posición de dominio en el mercado de fabricación de labores de tabaco en Península y Baleares al igual que en el de distribución mayorista a través de Logista, situación que considera se sigue manteniendo hasta hoy, y propone al Consejo que, a) declare el incumplimiento de ALTADIS desde 8 de julio de 2002, fecha del Auto por el que la Audiencia Nacional deniega la suspensión de la RTDC, hasta hoy; b) imponga a ALTADIS la obligación de suministrar sus labores de tabaco, no solo a CONWAY, sino a cualquier otro distribuidor, fijándole un plazo para que la contratación y el hipotético suministro se lleve a cabo.
- 18.** De la prolija información que la DI recoge en su Informe al Consejo de fecha 10 de noviembre de 2011, obtenida de las partes, del Comisionado del Mercado de Tabaco y de Logista, se recogen a continuación los cuadros que se consideran mas significativos y relevantes a los efectos de la decisión que debe adoptar el Consejo para dar cumplimiento a las

Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009 (R 3796/2006) y de 3 de marzo de 2009 (R 3779/2006):

a) Evolución de la cuota, en valor, de la distribución realizada por LOGISTA -datos aportados por LOGISTA- de las labores de tabaco (cigarrillos, cigarros y picadura) según origen del producto:

CIGARRILLOS											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010*
España Península	56%	50,4%	44,8%	42,7%	36,6%	32,1%	29,3%	29,4%	29,8%	30%	29%
España Canarias	12%	5,7%	5,3%	4,1%	2,8%	2,9%	2,6%	1,9%	1,6%	1,5%	1%
Resto UE	32%	43,9%	49,8%	53,2%	60,4%	64,7%	67,6%	68,3%	68,3%	68,1%	69%
Terceros países	0%	0%	0%	0%	0,2%	0,3%	0,4%	0,4%	0,3%	0,3%	0%

*hasta junio

CIGARROS											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010*
España Península	33,3%	34,7%	29,9%	28,9%	30%	31%	28,7%	29,4%	27,9%	26,2%	26,5%
España Canarias	30,7%	29,3%	31,2%	32,1%	29,9%	28,5%	28,9%	29%	30,6%	32,5%	32,5%
Resto UE	7,1%	8,6%	9,9%	10,1%	11,1%	11,7%	12,6%	13%	14,8%	17%	19,5%
Terceros países	28,9%	27,3%	29%	29%	29%	28,7%	29,7%	28,6%	26,7%	24,3%	21,5%

*hasta junio

PICADURA											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010*
España Península	9,9%	6,3%	5%	3,7%	2,9%	2,6%	3%	2,3%	2,3%	2,7%	2,7%
España Canarias	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Resto UE	90,1%	93,6%	95%	96,2%	96,9%	97,2%	96,8%	97,4%	97,3%	96,9%	96,9%
Terceros países	0%	0%	0%	0,1%	0,1%	0,2%	0,2%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%

*hasta junio

b) Porcentaje, en valor, de labores que distribuye LOGISTA –datos aportados por LOGISTA- desglosado por fabricante responsable:

CIGARRILLOS											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (Jun-10)
Altadis	39,30	37,90	36,60	35,10	33,10	31,50	29,40	29,60	30,10	30,60	30,20
Philips Morris	36,40	36,80	37,70	38,20	38,90	38,70	36,00	35,10	34,70	33,90	33,30
JTI	14,20	15,10	15,20	15,40	15,20	15,30	17,50	19,40	20,00	20,20	20,80
BAT	6,40	6,40	6,40	5,90	6,10	5,60	8,10	8,10	8,20	9,00	9,50
Imperial Tobacco	3,50	3,60	3,90	4,70	4,70	5,30	5,90	5,70	4,90	3,80	3,60
TOTAL Logista	99,99	99,99	99,90	99,40	98,60	98,20	98,60	99,10	99,10	99,00	99,00

CIGARROS											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (Jun-10)
Altadis	34,10	35,60	31,20	30,70	31,80	32,90	31,30	31,30	29,60	27,50	27,90
Corporación Habanos	24,00	21,80	22,20	22,20	22,50	22,90	23,20	22,50	20,60	18,60	15,70
Canariense de Tabacos	20,00	19,40	22,00	22,90	21,90	20,80	21,40	21,70	23,30	24,30	23,80
JTI	6,70	7,00	6,80	7,10	6,20	6,40	6,10	5,90	5,50	4,80	4,50
TOTAL Logista	97,00	96,90	97,20	97,90	98,20	98,60	98,60	98,50	98,00	97,20	96,60

PICADURA											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (Jun-10)
Altadis	11,50	7,60	6,10	4,60	4,10	4,00	4,40	4,30	2,50	6,90	7,20
Imperial Tobacco	56,90	64,30	61,80	69,30	68,00	68,50	65,30	61,90	52,70	33,20	23,20
BAT	14,20	12,20	13,50	10,20	10,00	9,10	9,50	9,50	9,80	9,20	8,30
JTI	7,40	5,90	7,00	5,00	4,90	4,40	4,70	5,90	9,10	7,60	5,20
TOTAL Logista	99,90	99,70	99,60	99,70	99,50	99,60	98,70	97,60	96,80	94,80	95,40

c) Utilizando los datos del CMT (2003 en adelante en cigarrillos y 2006 en adelante para el resto de las labores) y de Logista, para los años que

no disponía de datos del CMT, la DI ha elaborado los siguientes cuadros que recogen el porcentaje de cuota de Fabricación y Venta, en valor, de los distintos fabricantes de tabaco en el mercado español, a partir del año 2000:

CIGARRILLOS (% EN EUROS)											
FABRICANTES	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Altadis*	39,3	37,9	36,6	35,29	33,25	31,67	29,48	29,68	30,21	34,53	33,05
Philip Morris	36,4	36,8	37,7	37,85	38,62	38,51	35,77	34,88	34,51	33,75	33,38
JTI	14,2	15,1	15,2	10,69	10,59	10,54	13,35	19,57	20,02	20,33	20,49
BAT	6,4	6,4	6,4	5,93	6,16	5,66	8,09	8,03	8,19	9,04	9,04
Imperial Tobacco	3,5	3,6	3,9	4,41	4,68	5,35	5,91	5,73	4,87		

* En los años 2000,2001, y 2002 hay que añadir el 21,3%, 15,2% y 10,6%, respectivamente, de la fabricación de marcas bajo licencia

CIGARROS (% EN EUROS)											
FABRICANTES	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ALTADIS	34,1	35,6	31,2	30,7	31,8	32,9	29,03	29,29	27,75	26,07	27,38
HABANOS SA	24	21,8	22,2	22,2	22,5	22,9	24,62	24,31	22,26	20,40	17,63
CANARIENSE	20	19,4	22	22,9	21,9	20,8	21,38	21,56	22,67	22,57	22,92
GALLAHER/JTI	6,7	7	6,8	7,1	6,2	6,4	6,09	6,09	5,65	4,97	4,20
SWEDISH MATCH	1,8	1,8	2,2	2,5	2,6	2,4	2,65	2,46	2,75	3,22	
TABACOS EL GUAJIRO	2,1	2,2	2,2	2,1	1,9	1,8	2,13	2,28	2,70	3,16	3,45
AGIO	1,2	1,4	1,6	1,8	1,9	1,9	2,11	2,21	2,37	2,79	3,00
SCANDINAVIAN TOBACCO GROUP	2,2	2,5	2,8	2,5	3	3,2	3,50	3,40	3,60	3,80	7,12

PICADURA PIPA Y LIAR (% EN EUROS)											
FABRICANTES	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ALTADIS	11,5	7,6	6,1	4,6	4,1	4	3,83	3,76	3,82	44,79	35,77
IMPERIAL TOBACCO	56,9	64,3	61,8	69,3	68	68,5	67,50	63,94	56,05		
BAT	14,2	12,2	13,5	10,2	10	9,1	9,80	9,75	10,09	9,34	8,92
GALLAHER/JTI	7,4	5,9	7	5	4,9	4,4	4,50	5,90	9,30	15,06	8,23
POSCHL TABAK	2,5	3,6	3,6	3,3	3,8	4	3,90	4,66	6,72	14,05	14,18

d) Las mismas cuotas de fabricación y venta de los fabricantes que venden en el mercado español, y pero en porcentaje del número de cajetillas vendidas:

CIGARRILLOS								
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Altadis	38,95%	36,12%	33,56%	31,06%	31,34%	31,71%	35,60%	33,85%
Philip Morris	34,29%	35,28%	34,27%	31,98%	31,84%	31,71%	31,66%	31,53%
JTI	10,09%	10,11%	9,88%	13,36%	19,95%	20,31%	20,41%	20,55%
CITA	3,84%	3,50%						
Gallaher	1,61%	1,67%	6,11%	4,78%				
BAT	5,91%	6,23%	5,71%	8,96%	8,63%	8,65%	9,45%	10,45%
Imperial Tobacco	4,41%	4,20%	5,52%	6,11%	5,83%	4,96%		
Otros	0,90%	2,89%	4,95%	3,75%	2,41%	2,66%	2,88%	3,62%
Total general	100%							

e) La DI aporta asimismo, con datos de ALTADIS, la cuota de mercado de fabricación y venta de labores de tabaco propias de ALTADIS (fabricadas en España, introducidas de UE o importadas de países no comunitarios) y las labores fabricadas bajo licencia, desde año 2000 hasta el 2010:

CIGARRILLOS											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (jun-10)
Altadis (marcas propias)	39%	38%	36,6%	35%	33,1%	31,5%	29,4%	29,6	30,1%	30,6%	30,2%
Marcas bajo licencia	21,3%	15,2%	10,6%	7,6%	3%	-	-	-	-	-	-

CIGARROS											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (jun-10)
Altadis	34%	35,6%	31,1%	30,7%	31,8%	32,9%	31,3%	31,3%	29,6%	27,6%	27,9%
Corp. Habanos (participada al 50% por Altadis)	24%	21,8%	22,2%	22,2%	22,5%	22,9%	23,2%	22,5%	20,6%	18,6%	15,7%

PICADURA											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (jun-10)
PIPA	17,4%	16,2%	12,8%	13,5%	16,7%	17%	16,2%	16,3%	16,2%	16,1%	10,5%
LIAR	10,5%	6,7%	5,5%	4%	3,4%	3,4%	3,8%	3,8%	2,1%	6,7%	7,1%

- f) Finalmente el informe recoge la evolución de las cuotas de distribución tanto en valor como en volumen de tres de las distribuidoras autorizadas en el mercado español, según datos del Comisionado del Mercado de Tabaco.

CIGARRILLOS								
% CUOTA DISTRIBUCIÓN EN UNIDADES (CAJETILLAS)								
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Logista	99,17	97,96	97,38	98,31	98,92	98,91	98,86	98,51
Comet	0,82	2,04	2,62	1,69	1,08	1,09	1,14	1,27
Mc Lane	0,01	0,00						

Fuente: Comisionado Mercado de Tabaco

CIGARRILLOS								
% CUOTA DISTRIBUCIÓN EN EUROS								
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Logista	99,41	98,59	98,22	98,64	99,06	99,07	99,02	98,73
Comet	0,58	1,41	1,78	1,36	0,94	0,93	0,98	1,27
Mc Lane	0,01	0,00						

Fuente: Comisionado Mercado de Tabaco

CIGARROS								
% CUOTA DISTRIBUCIÓN EN UNIDADES (CAJETILLAS)								
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Logista				99,01	98,81	97,24	94,24	91,83
Comet				0,26	0,84	2,38	5,43	7,91
Mc Lane				0,73	0,34	0,37	0,32	0,24

Fuente: Comisionado Mercado de Tabaco

19. Asimismo el citado informe de la DI recoge la información sobre otras circunstancias relevantes al caso, como es la evolución del régimen legal que afecta a las actividades relacionadas con la fabricación, venta y distribución mayorista y minorista del tabaco, que de forma resumida se recogen a continuación.

Así, en el año 1996, momento de inicio del expediente que dio lugar a la Resolución objeto de este procedimiento, el régimen legal del mercado de tabacos se contenía en la *Ley 38/85, de 22 de Noviembre, sobre Monopolio Fiscal de Tabacos*, en la que se liberalizaba la importación y comercio en fase mayorista de labores de tabaco de procedencia comunitaria, tanto fabricadas en la Comunidad como puestas en libre práctica en ella, actividades que desde ese momento podían realizarse por cualquier persona física o jurídica en las condiciones reglamentariamente establecidas.

Se mantenía no obstante el monopolio de fabricación de labores de tabaco en Península y Baleares, cuya gestión se encomendaba, así como la de importación y distribución de labores de tabaco de procedencia no comunitaria, a TABACALERA.

Igualmente se mantenía el monopolio de la venta al por menor de labores de tabaco, con titularidad estatal, ejercido a través de las expendedorías de tabaco y timbre, consideradas como concesionarias del Estado, como instrumento fundamental para el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión sanitaria, tributaria y aduanera.

El *Real Decreto 2738/1986, de 12 de Diciembre de 1986, regulador de las actividades de Importación y Comercio mayorista y Minorista de Labores de Tabaco*, regulaba las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco, siendo el Ministerio de Economía y Hacienda el encargado de autorizar la realización de las labores no monopolizadas de los distintos operadores que así lo solicitasen, siempre que se cumplieran los requisitos contenidos en el citado Real Decreto.

La *Ley 13/1998 (LOMT)*, de 4 de mayo, de *Ordenación del mercado de Tabaco y normativa Tributaria*, introdujo importantes cambios en la regulación del mercado de tabaco, liberalizándolo, aunque mantiene el régimen de monopolio, de titularidad del Estado, para el comercio al por menor de labores de tabaco (con excepción de las Islas Canarias). Según la exposición de motivos los objetivos declarados de la Ley eran, “*se trata, por tanto, de sustituir para las repetidas fases la intervención del Estado en el mercado del tabaco por una nueva actividad meramente reguladora o de vigilancia que salvaguarde la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva, de tal forma que, dejando actuar a todos los sujetos que lo deseen, se supervise por un órgano estatal el correcto desenvolvimiento de tal actividad*”

empresarial. En consecuencia, la nueva Ley suprime los actuales monopolios de fabricación, de importación y de comercio al por mayor para las labores de tabaco no procedentes de los Estados miembros de la Unión Europea” y se crea el Comisionado para el Mercado de Tabacos, que sustituye a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos.

Completa por tanto esta Ley la incipiente liberalización de 1985, abriendo a la competencia el sector mayorista por completo (fabricación, importación y distribución al por mayor de labores del tabaco), extendiendo a las labores de tabaco originarias de terceros países el régimen existente para los productos comunitarios desde 1986, y crea el Comisionado para el Mercado de Tabacos, como órgano de interlocución y relación con los distintos operadores del mercado de tabacos y con las organizaciones que les representen y tiene competencias de índole reguladora y de vigilancia, con el objetivo de salvaguardar la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de competencia efectiva en el mercado de tabacos. El desarrollo de esta Ley y en concreto las condiciones en que debe producirse la distribución y las obligaciones del distribuidor mayorista se recogen en el artículo 18 del *Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio*.

Posteriormente, el *Real Decreto-Ley 6/2000, de Medidas urgentes de Intensificación de la Competencia en mercados de Bienes y Servicios*, en su artículo 42 por el que se modifican los artículos 2 y 3 de la Ley 13/1998, dispone que en adelante sean los fabricantes y, en su caso, los importadores los que deben garantizar que sus productos lleguen a todo el ámbito territorial nacional (excepto Canarias), siempre que exista demanda de los mismos, obligaciones éstas que previamente pesaban sobre los distribuidores mayoristas. Asimismo suprime la obligación para los distribuidores mayoristas de disponer y utilizar medios de transporte exclusivamente para la distribución de las labores de tabaco, abriendo la posibilidad de que los medios de transporte, sean propios o ajenos, permitan la distribución de las labores hasta las expendedorías. También relaja otras obligaciones relativas a la regularidad y frecuencia de la distribución.

Con posterioridad a la Resolución del TDC de 24 de febrero de 2002 y con el objetivo de facilitar la entrada de distribuidores mayoristas la *Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de impulso de la productividad*, sigue reduciendo los requisitos exigidos a los distribuidores mayoristas, y finalmente la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley Omnibus)*, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, el *Real Decreto 36/2010, de 15 de enero, por el que se modifica nuevamente el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998,*

de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre. Este Real Decreto pretende según su exposición de motivos eliminar toda una serie de trabas administrativas que no favorecían la entrada en el mercado de nuevos prestadores de servicios, suprimiendo las referencias a las licencias y adecuando la redacción al nuevo régimen de habilitación mediante presentación de declaración responsable, suprimiendo la acreditación de la solvencia financiera, la capacidad técnica o empresarial o la acreditación de los medios de transporte a utilizar en el caso de los distribuidores.

De esta forma, desaparece la licencia para las actividades mayoristas, sustituyéndose por una declaración responsable del mayorista sobre su intención de iniciar la actividad, donde además ponga de manifiesto su compromiso de cumplir la normativa vigente. Transcurridos 15 días desde la notificación de la intención de iniciar la actividad sin que se haya producido reparo por parte de la Administración, el mayorista estará habilitado para actuar en los mercados, y el Comisionado lo registrará en el registro de operadores y comunicará dicha inscripción al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales. Esta comunicación y registro es indefinida y no exige pago de tasas ni acreditación de requisitos como solvencia, capacidad técnica, medias de transporte. etc.

20. El 15 de diciembre de 2011 tuvo entrada en la CNC, dirigido al Consejo, escrito de ALTADIS ampliando la designación de personas apoderadas para representarle y modificando los datos de contacto. En dicho escrito solicita asimismo acceso al expediente, copia de la propuesta de la DI al Consejo y que se le informe de quién ha sido el ponente designado.
21. El 19 de enero de 2012 tiene entrada en la CNC nuevo escrito de ALTADIS reiterando la petición de acceso al expediente o copia del Informe elevado por la DI al Consejo.
22. El Consejo de la Comisión deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 18 de enero de 2012.
23. Son interesadas ALTADIS S.A. y CONWAY S.A.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Normativa de aplicación. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 41.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, corresponde a la Comisión Nacional de la Competencia la vigilancia de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de

concentraciones. Y el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/08, de 22 de febrero, establece en su artículo 42 el procedimiento a aplicar a las vigilancias del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, siendo el Consejo, previa propuesta de la Dirección de Investigación, el que debe resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento y en su caso sobre la finalización de la Vigilancia.

La Disposición Transitoria primera de la Ley 15/2007 dispone que las referencias del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Servicio de Defensa de la Competencia se entenderán realizadas, respectivamente, al Consejo de la CNC y a la Dirección de Investigación.

Asimismo y según establece el artículo 104 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009 (R 3796/2006) y de 3 de marzo de 2009 (R902/2004), citadas en los antecedentes de hecho 6 y 7 anteriores, ratifican la RTDC de 24 de abril de 2002 e instan al Consejo de la CNC analizar la posición de ALTADIS en el mercado en la fecha de 28 de febrero de 2003, a fin de valorar si continúan siendo aplicables las obligaciones impuestas a ALTADIS por el TDC en la citada Resolución.

SEGUNDO.- Objeto de la Resolución. El Consejo, una vez que ha recibido el preceptivo informe de la DI respondiendo al mandato que le había dado, y que está recogido en el Acuerdo de 22 de diciembre de 2009, tiene que pronunciarse en este expediente de Vigilancia sobre dos cuestiones que aunque pudieran considerarse distintas, están íntimamente relacionadas: a) por un parte, y una vez firme la Resolución de 24 de febrero de 2002, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2009, el Consejo debe analizar el cumplimiento por parte de ALTADIS del Resuelve Segundo de la citada Resolución y, b) por otra parte y en cumplimiento de las STS de 24 de febrero y de la segunda Sentencia de 3 de marzo de 2009, el Consejo debe dar respuesta a la solicitud de ALTADIS de 28 de febrero de 2003, respecto a una posible pérdida sobrevenida de la condición dominante de Altadis y, en su caso, de la incidencia de dicho cambio sobre las obligaciones que le fueron impuestas en base a su condición de dominante en el mercado. En resumen el objeto es analizar el cumplimiento de la Resolución a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo.

No es objeto de este procedimiento la revisión de la RTDC de 24 de abril de 2002, que ha sido declarada conforme a derecho por la Sentencia de Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2009, ni tampoco es esa la pretensión planteada

por ALTADIS en su escrito de 28 de febrero 2003, sino la evaluación por el Consejo de la CNC de una modificación en las circunstancias del mercado, en base a las cuales se había fijado la posición de dominio de TABACALERA, entre otras, las cuotas de mercado de ALTADIS, que habría dejado de ser dominante en el mercado de fabricación y venta de tabacos, y en la incidencia que dicho cambio, de constatarse, debe tener en las obligaciones que le fueron impuestas en función, precisamente de su dominancia. Así resulta, por lo demás, de lo que dispone el Tribunal Supremo en el Fundamento Tercero de la citada Sentencia de 24 de febrero de 2009, (énfasis añadido):

“Lo que con claridad se formula en la .demanda es que con posterioridad a ese acto se ha producido una modificación de las cuotas de mercado de tal forma que Altadis ha cedido su posición de principal, que ha pasado a McLane, (debería decir Philp Morris) por lo que a partir de ese cambio lo procedente sería que se le liberase de prestar la obligación del suministro no antes del momento en que ese cambio de circunstancias se produjo, que se fija en el año 2003, sino con posterioridad al mismo. Es decir, el acto permanece inalterable, pero su ejecución debería modularse por el cambio de circunstancias”.

De constatarse la pérdida de posición de dominio de ALTADIS a partir de febrero de 2003, sería ocioso analizar el eventual incumplimiento de la obligación impuesta en el Resuelve Segundo de la RTDC de 2002 en el periodo anterior, puesto que la infracción que supone el incumplimiento de lo dispuesto en la misma habría prescrito de acuerdo con lo previsto en el artículo 68.1 de la LDC en relación con el art. 62.4.c) de la misma Ley. Por tanto, procede analizar en primer término la eventual existencia de circunstancias, posteriores a la Resolución del TDC objeto de esta Vigilancia, que hayan causado que ALTADIS no ostente una posición de dominio en el mercado de producto y geográfico relevante a partir, al menos, desde la fecha en que aquélla realizó su solicitud.

TERCERO.- Análisis de las circunstancias tras la solicitud de ALTADIS. De acuerdo con la información que obra en el *“Informe Final de Vigilancia de la Resolución del exp 486/00 del extinto TDC, de 24 de abril de 2002 y del acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de diciembre de 2009”*, elaborada con la información aportada por las distintas partes y que la DI elevó el 10 de noviembre de 2011 al Consejo, la situación de ALTADIS en el mercado en el año 2003 era la que se recoge a continuación:

Cuotas en términos de valor.

(Para el análisis de las cuotas de mercado se ha tenido en cuenta fundamentalmente los datos sobre cigarrillos, dado que es la labor determinante a los efectos de analizar la existencia de la posición de dominio

de ALTADIS, sin perjuicio de alguna referencia a las otras labores, como puros y picadura).

- a) La cuota de fabricación y venta, en valor, de ALTADIS en el año 2003 eran del 35,29% de los cigarrillos distribuidos y vendidos en España (AH 18.c). El primer operador en ese mercado atendiendo al valor sería Philip Morris con una cuota del 37,85%. En el caso de cigarros el porcentaje era del 30,7% y en picadura y pipa del 4,6%.
- b) De acuerdo con el AH 18 e), en fabricación habría que adicionar a dicha cuota de ALTADIS la cantidad que producía bajo licencia, que en el año 2003 era un 7,6%, lo que en conjunto nos daría que ALTADIS fabricaba en el año 2003 un 42,6% de los cigarrillos vendidos en España.
- c) Esta cifra de fabricación de ALTADIS coincide con la cuota que suponen los cigarrillos fabricados en España Peninsular del total de la distribución realizada por LOGISTA de cigarrillos (42,7%, frente a 53,2 % resto de la UE y un 4,1 % procedente de Canarias). La coincidencia entre ambas cuotas es lógica puesto que ALTADIS es el único fabricante de cigarrillos en la península y LOGISTA distribuye prácticamente todos los cigarrillos, tanto de fabricación nacional como procedentes de la UE o de importación de terceros países.

Por tanto el Consejo considera que en el año 2003 ALTADIS podía controlar la distribución de, como máximo, el tabaco que fabricaba, es decir el 42,6% de las ventas en valor de cigarrillos, y porcentajes inferiores en el resto de las labores, disponiendo los distribuidores de una cuota no gestionada por ALTADIS de entre el 53,2% y el 57,4%, de los cigarrillos que provienen o bien de la UE, o de Canarias.

De acuerdo con la información que obra en el expediente sobre las reuniones y contactos mantenidas por CONWAY con los distintos fabricantes a lo largo de los años (folio 437), los distintos productores de los cigarrillos distribuidos y vendidos en España, tenían el control sobre la distribución de los mismos y por tanto la capacidad de elegir distribuidor, lo que podría extenderse incluso a la distribución de las labores de terceros competidores fabricadas por ALTADIS bajo licencia.

Cuota en términos de número de cajetillas:

- d) Si tomamos como referencia el número de cajetillas vendidas, las cuotas varían, así en el 2003 ALTADIS seguiría estando en primer lugar respecto a la producción y venta de cigarrillos con una cuota del 38,95%, seguida por Philip Morris (PM) con un cuota del 34,93%. Si se analiza la tendencia de la serie ALTADIS va perdiendo cuota hasta llegar a un 29,48% en el año 2006, mientras PM gana cuota, aunque posteriormente la adquisición de ALTADIS por Imperial Tobacco ha llevado a que en el año 2010 las

cuotas de ambas sean similares, teniendo cada una un tercio del mercado de cigarrillos peninsular.

Por tanto incluso en términos cajetillas de cigarrillos vendidas, la cuota controlada por ALTADIS para su distribución es inferior al 40% de las ventas.

Otros aspectos a tener en cuenta a la hora de fijar la posición de dominio:

Del análisis normativo que se recoge en el informe de la DI es posible concluir que la regulación de las condiciones del mercado de fabricación y venta de labores de tabaco y del mercado conexo de distribución mayorista han variado de forma importante desde el año 1996 en que se incoó el expediente que ha dado lugar a la Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, hasta 2003 y hasta este momento.

En el año 2003 y tal como se recoge en el AH 19, la fabricación y la comercialización mayorista de las labores de tabaco ya estaban totalmente liberalizadas. Desde la Ley 13/1998, de 4 de mayo de 1998, (LOMT), no solo estaba liberalizado el comercio intracomunitario, pudiendo traer cigarrillos de cualquiera de los países de la UE, tanto los fabricados en estos países, como los que estuvieran en libre práctica, sino que se había suprimido el monopolio de fabricación y se extendía el régimen de comercialización de los productos comunitarios, liberalizados desde 1986, a los originarios de terceros países, pudiendo importar labores de tabaco de cualquier origen. Y pudiendo por tanto los importadores contratar el transporte libremente.

Por lo que se refiere al transporte y distribución mayorista de las labores de tabaco la evolución fue más paulatina. En los primeros momentos de la liberalización era necesaria autorización y el cumplimiento de múltiples requisitos por parte de los distribuidores, lo que suponía barreras a la entrada que, como se deduce de la Resolución del TDC, era necesario superar y que se fueron suprimiendo en distintas normas.

Pero ya el Real Decreto-Ley 6/2000 de medidas urgentes (AH 19), introdujo modificaciones en la Ley 13/1998 para descargar a los distribuidores de obligaciones e imposiciones no justificadas. Así, mediante dichas modificaciones se traslada de los distribuidores a los fabricantes o importadores la obligación de asegurar el suministro a los estancos con regularidad. También se suprimen determinadas imposiciones a los distribuidores, que lastraban la función de transporte de las labores de tabaco, como condiciones sobre propiedad y uso exclusivo de los medios utilizados, aunque seguía subsistiendo la autorización.

Por lo que se refiere a la distribución minorista se mantiene la titularidad del Estado (monopolio), en el comercio, al por menor, de labores de tabaco que se considera un servicio público, como instrumento de control de un producto estancado, con notable repercusión aduanera, tributaria y sanitaria. Los

expendedores, (estancos) son concesionarios, titulares de una concesión de un servicio público, y el Comisionado se encarga de mantener la neutralidad.

En el año 2003 por tanto, el fabricante/importador, responsable de la adecuada provisión a los estancos, es quien seleccionaba, libremente, al distribuidor mayorista entre los, en aquellos momentos, autorizados, con los que firmaban el contrato de distribución. Es el fabricante quien tiene la opción de imponer o no, al distribuidor mayorista la obligación de compra en firme de sus productos o bien en régimen de depósito. Por tanto la retribución del distribuidor mayorista no se deriva ni se obtiene por la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta, sino que es pactada libremente por los fabricantes y los distribuidores, en función del volumen de los productos distribuidos, y de los servicios que se conviene prestar.

Posteriormente las leyes 24/2005 de impulso de la productividad; 25/2009, Ómnibus y el Real Decreto 36/2010, que modifica el RD 1199/1999, suprimen la autorización de forma que en este momento solo se necesita una declaración responsable ante el Comisionado para el Mercado de Tabaco, que lo registra como tal y que es quien debe controlar que cuenta con los medios adecuados para el servicio y para la comprobación por la Administración tributaria de las labores almacenadas y de sus movimientos (AH 19).

Cabe igualmente reseñar que los precios de venta al público (PVP) son fijados por los fabricantes/importadores y que el margen de los expendedores, monopolistas, también está fijado en un porcentaje del PVP, y que por tanto los distribuidores mayoristas no podrán retribuir al expendedor. Además este principio de neutralidad de la red minorista hace que los distribuidores no puedan hacer promociones, ni ser expendedores, ni puedan distribuir al segundo canal, de venta con recargo, que solo puede ser aprovisionado por los estancos de zona.

CUARTO.- Posición de ALTADIS en el mercado. El anterior Fundamento recoge las circunstancias que caracterizan el mercado en el momento en que se hizo la solicitud por parte de ALTADIS y con posterioridad a la misma, y sobre dicha base deberá analizarse si ALTADIS tenía en ese momento posición de dominio o si, fruto del cambio de circunstancias, la había perdido.

A juicio del Consejo las cuotas de ALTADIS, inferiores al 40% del consumo de cigarrillos en España, tanto si se mide en términos físicos de número de cajetillas, como de valor de las ventas, no apuntan hacia una posición dominante en el mercado, máxime cuando el segundo operador del mercado tiene una cuota similar y en el caso de la medición en términos de valor incluso superior.

La única cuota de ALTADIS que supera el 40% es la de fabricación si se incluye la fabricación bajo licencia, que en el año 2003 era de un 7,6% y que

finalizaba en el año 2004, en el que fabricó bajo licencia el equivalente a un 3% de las ventas. En efecto las modificaciones normativas por las que se suprime en el año 1998 el monopolio de fabricación asignado a Tabacalera (ALTADIS), han llevado de forma paulatina a una desaparición de la producción bajo licencia que en los años 2003 y 2004, y según el informe del SDC de 2003 se reducía a las labores de las marcas de Philip Morris, Marlboro y L&M (AH 4.b). Por tanto incluso en este supuesto, prácticamente el 60% de la mercancía a distribuir era libre de contratar con cualquiera de los distribuidores autorizados.

Si tenemos en cuenta que además, a partir del año 2000, se modifican las condiciones impuestas a los distribuidores mayoristas de forma que si bien se mantiene la autorización previa, se suprimen barreras a la entrada como la obligación de disponer de depósitos o de transporte propio, podemos concluir que las circunstancias en el año 2003 habían sufrido una modificación sustancial. De hecho, la inexistencia en el momento actual de barreras de entrada relevantes podría conducir a que el ámbito geográfico del mercado de fabricación y venta de labores del tabaco en España tenga una dimensión territorial superior a la nacional, cuestión sobre la que no es preciso pronunciarse en este expediente.

Es cierto que a pesar de la modificación de la normativa, la cuota de las distribuidoras distintas de LOGISTA apenas ha variado, sin que hayan conseguido incrementar su cuota en el mercado de distribución de los cigarrillos y solo de forma marginal en el de puros. Pero ciñéndonos al objeto de este procedimiento, en respuesta a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la pérdida de la posición de dominio de ALTADIS, el Consejo considera que de acuerdo con los datos más arriba recogidos y de la regulación existente, en el año 2003, ALTADIS no gozaba de una posición en el mercado de fabricación y venta de tabaco que le permitiera actuar de forma independiente de sus competidores y de los consumidores, ni que le situara en una posición tal que le permitiera abusar en el mercado conexo de la distribución, imponiendo a la distribuidora de su propiedad. Las cuotas de fabricación y venta de ALTADIS en el año 2003 y en los años posteriores no eran suficientes para impedir la entrada en el mercado de otras distribuidoras distintas de LOGISTA, puesto que los competidores de ALTADIS representan una cuota de mercado superior al 50% y creciente y sin trabas para contratar libremente con la distribuidora de su elección.

Por tanto, una vez constatada la pérdida de posición de dominio de ALTADIS en el mercado de fabricación y venta de tabacos en España en el momento de solicitud de revisión de dicha posición planteado por ALTADIS ante el SDC, y en cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Supremo citadas, procede declarar extinguida la obligación impuesta en el Resuelve SEGUNDO de la Resolución del TDC de 24 de abril de 2002 con efectos desde, al menos, 28 de febrero de 2003.

QUINTO.- Cumplimiento de la RTDC de 24 de abril de 2002. Resuelta la vigencia de la obligación impuesta a ALTADIS en el Resuelve Segundo de la RTDC de 2002, a partir de la fecha en que ALTADIS solicitó la modificación por cambio de circunstancias, es necesario proceder a analizar el cumplimiento de tal obligación en el periodo que va desde el momento en que la citada Resolución era ejecutiva hasta la fecha de 23 de febrero de 2003.

La Audiencia Nacional por Auto 8 de julio de 2002 deniega la suspensión de la ejecución de la RTDC, a excepción de la multa coercitiva recogida en el Resuelve Quinto, por lo que la Resolución es ejecutiva a partir de dicha fecha.

Según los reiterados informes de la DI (AH 2), ALTADIS dio cumplimiento al resto de los Resuelve a excepción del Segundo, puesto que si bien entró en negociaciones con CONMWAY, no llegaron a acuerdo y por tanto no realizó ningún suministro.

Por tanto en el periodo que va desde el 8 de julio de 2002 hasta el 23 de febrero de 2003, ALTADIS habría incumplido la obligación de suministro que se le había impuesto. No obstante dado que, de acuerdo con el anterior Fundamento de derecho, la obligación de suministro quedó extinguida desde el 23 de febrero de 2003, y que no fue intimada al cumplimiento, la infracción muy grave que, de acuerdo con el artículo 62.4. c) de la LDC, hubiera supuesto el incumplimiento de dicha obligación, habría prescrito por el transcurso de los cuatro años, tal como dispone el artículo 68.1 de la LDC.

SEXTO.- Cierre de la Vigilancia. En el Fundamento Jurídico Cuarto anterior se han motivado las razones que llevan a este Consejo a considerar que la obligación de suministro impuesta a ALTADIS por el Resuelve Segundo de la Resolución de 24 de febrero de 2002, ha dejado de ser exigible, al menos, a partir del 23 de febrero de 2003, fecha en la que ALTADIS solicitó una acción declarativa sobre su posición en el mercado en ese momento, puesto que se ha constado que a esa fecha y con posterioridad, ALTADIS no gozaba de posición de dominio.

Asimismo y tal como se recoge en el Fundamento Jurídico Quinto, la infracción que supone el incumplimiento de obligación de suministro impuesta por la Resolución y aplicable al periodo anterior a 23 de febrero de 2003 habría prescrito.

En consecuencia, al no ser exigible a partir de 23 de febrero de 2003 la obligación impuesta a ALTADIS en el resuelve Segundo de la Resolución del TDC de 24 de febrero de 2002; al haber prescrito la infracción por el incumplimiento de la obligación de suministro en el periodo anterior a dicha fecha y habiendo confirmado la Dirección de Investigación que ALTADIS dio cumplimiento en su términos al resto de los Resuelves ratificados por los

tribunales, procede dar por finalizada la vigilancia de la citada resolución del TDC.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Se da por concluida la Vigilancia de la Resolución de 24 de abril de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con lo razonado en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Dar traslado de esta resolución a la Audiencia Nacional en cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero y 3 de marzo de 2009.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.