



Recurso Nº: 902/2004

F

130

**RECURSO CASACION Num.: 902/2004**

**Votación: 17/02/2009**

**Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**

**Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier**

13-03-09

Ag

**SENTENCIA**

**TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: TERCERA**

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Fernando Ledesma Bartret**

**Magistrados:**

**D. Manuel Campos Sánchez-Bordona**

**D. Eduardo Espín Templado**

**D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**

**D. Óscar González González**

---

En la Villa de Madrid, a tres de marzo de dos mil nueve .

**VISTO** el recurso de casación número 902/2004, interpuesto por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de las entidades mercantiles ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 341/2002, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002, sobre sanción por la

realización de conductas prohibidas. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado y la entidad mercantil McLANE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 341/2002, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 5 de noviembre de 2003, cuyo fallo dice literalmente:

*«PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO en nombre y representación de ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de Abril de 2002, por ser la misma ajustada a derecho.*

*SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.»*

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de las entidades mercantiles ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 14 de enero de 2004 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de las entidades mercantiles ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. recurrentes, compareció en tiempo y forma ante

este Tribunal Supremo y, con fecha 5 de marzo de 2004, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*«Que, habiendo por presentado este escrito, lo admita y en sus méritos, tenga por personada a esta parte ante el Tribunal Supremo como parte recurrente y por interpuesto, en tiempo y legal forma, RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia de 5 de noviembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 341/02, y tras los oportunos trámites, anula dicha Sentencia por los motivos expuestos en el cuerpo del presente escrito, y en consecuencia, dicte sentencia estimando la demanda y anule la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002.*

*Por Primer Otrosí manifiesta que en la medida que ALTADIS considera que la conducta imputada no constituye un abuso de dominio a la vista de la jurisprudencia comunitaria en materia de negativa de suministro en la que se basa la Sentencia de la Audiencia Nacional, se solicita a la Sala que eleve una cuestión prejudicial ante el TJCE, en virtud del artículo 234 del TCE, dirigida a aclarar este aspecto. La conexión comunitaria reside en que tanto el TDC como la Audiencia quería resolver de conformidad con el derecho comunitario y la jurisprudencia reseñada, cuya doctrina se halla resumida en la sentencia de Oscar Bronner asunto C-7/97, de 26 de noviembre de 1998.»*

**CUARTO.-** La Sala, por auto de fecha 7 de julio de 2005, admitió el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por providencia de la Sala de fecha 11 de octubre de 2005 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la entidad mercantil McLANE ESPAÑA, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

**1º.-** El Abogado del Estado, en escrito presentado el día 7 de diciembre de 2005, expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; le tenga, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme el auto (sic) que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en el art. 139 LJCA.».*

2º.- El Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, en representación de la entidad mercantil McLANE ESPAÑA, S.A., en escrito presentado el día 13 de diciembre de 2005, expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

*«que admita el presente escrito, tenga por evacuado el trámite de oposición al recurso de casación interpuesto por ALTADIS, S.A., y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) el pasado 5 de noviembre de 2003, que desestimó el recurso interpuesto por ambas empresas contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) con fecha 24 de abril de 2002 y, en su día, previos los trámites legalmente preceptivos, dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito, con expresa imposición de costas al recurrente.*

*Por Primer Otrosí, manifiesta que esta parte estima absolutamente improcedente la propuesta realizada por las recurrentes -su primer otrosí-, acerca del planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pretensión que carece de todo fundamento porque la resolución sancionadora dictada por el TDC, y asimismo, la sentencia objeto de este recurso de casación tiene como fundamento única y exclusivamente una infracción del art. 6 LDC, norma sobre la que el TJCE carece de competencia para pronunciarse, de conformidad con lo previsto en el art. 234 del Tratado CE.».*

**SEXTO.-** Por providencia de la Sección Segunda de 15 de noviembre de 2007, se acuerda remitir las actuaciones a la Sección tercera, por corresponder su conocimiento a la misma, de conformidad con las normas de reparto establecidas por acuerdo de la Sala de Gobierno, para el reparto de asuntos entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 3 de diciembre de 2007, recibidas las actuaciones procedentes de la Sección Segunda, se convalidan las actuaciones practicas y se acuerda entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la entidad mercantil McLANE ESPAÑA, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado, en escrito presentado el día 8 de enero de 2008, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga, por formuladas las consideraciones que en él se contienen; y previa la tramitación que proceda, dicte sentencia en su día en los términos interesados en el suplico del escrito al que se remite.».*

**OCTAVO.-** Por providencia de fecha 11 de abril de 2008, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 13 de mayo de 2008, suspendiéndose el mismo por providencia de 9 de mayo de 2008, a fin de dar traslado a las partes recurridas para que aleguen lo que en derecho proceda sobre la Cuestión Prejudicial Comunitaria planteada por la representación procesal de las entidades mercantiles recurrentes, evacuándose el trámite con el siguiente resultado:

**1º.-** El Abogado del Estado en escrito presentado el 26 de mayo de 2008, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*«Que tenga por presentado este escrito y lo admita, por cumplimentado el traslado al que corresponde, por realizadas las manifestaciones que en él se contienen y resuelva de conformidad con las mismas.».*

**2º.-** El Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, en representación de CONWAY, S.A. (anteriormente McLANE ESPAÑA, S.A.), en escrito

presentado el 29 de mayo de 2008, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*«que tenga por evacuado el trámite conferido en la Providencia de 9 de mayo y por realizadas las alegaciones contenidas en el presente escrito y, en virtud de las mismas, revoque a la mayor brevedad posible la suspensión del señalamiento previsto en la Providencia de 13 de mayo de 2008 y señale nueva fecha para deliberación y fallo del presente procedimiento».*

**NOVENO.-** Por providencia de fecha 14 de noviembre de 2008, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 17 de febrero de 2009, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT**, Magistrado de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.**

El recurso de casación que enjuicamos se interpone contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de la entidad mercantil ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002, que resolvió el expediente 486/00, en la que declara la comisión por TABACALERA, S.A. de una conducta abusiva de posición de dominio prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente

en la negativa de suministro a McLANE ESPAÑA, S.A. de las labores de tabaco que produce de sus propias marcas, e intima a ALTADIS S.A. (antes TABACALERA) para que cese en esa conducta y proceda a efectuar los suministros pedidos en condiciones no discriminatorias.

Concretamente, la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002, confirmada por la Sala de instancia, acordó:

*«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.»*

## **SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.**

La Sala de instancia fundamenta el pronunciamiento de desestimación del recurso contencioso-administrativo en las siguientes consideraciones jurídicas:

«[...]Las recurrentes en su prolija demanda alegan: a) Violación del Art. 24 de la Constitución, al no haberse desvirtuado el principio de presunción de inocencia no habiéndose practicado prueba al respecto, principalmente sobre la posición de dominio de ALTADIS, S.A. y sobre la existencia de negativa al suministro; b) Violación de los Arts. 54.1.a) y 138.1 de a Ley 30/92 por falta de motivación y defectos de tramitación; c) Inexistencia de infracción del Art. 6 de la LDC negando la posición de dominio y subsidiariamente en caso de que ésta existiera, consideran que no hubo abuso por parte de ALTADIS, S.A. se trataría de un supuesto de prestación de servicios y no de suministros y en el hipotético supuesto de que se tratase de una negativa de suministro, la misma no constituiría un abuso, o si lo constituyese estaría justificada; d) Desproporción de la medida adoptada, lo que comportaría una violación de los Arts. 38 y 25 de la Constitución al imponer a ALTADIS, S.A. la obligación de suministrar a McLANE ESPAÑA, S.A. e) Improcedencia de la sanción económica.

[...] Pese a los esfuerzos dialécticos de las recurrentes, debe descartarse en primer lugar la ausencia de motivación de la Resolución impugnada. Por el contrario en la misma se argumentan profusamente las razones que llevan al TDC a considerar cometida una conducta abusiva de posición de dominio prohibida por el Art. 6 de la LDC. Esa argumentación detallada es una motivación más que suficiente, pues el que no se comparta la fundamentación de una Resolución, no puede implicar en modo alguno que esta deba considerarse inmotivada.

[...] Tampoco y pese a lo sostenido por las actoras, nos hallamos en presencia de una negativa a una petición de prestación de servicios formulada por McLANE ESPAÑA, S.A. sino claramente ante una negativa de suministros, que no aparece justificada, tal y como se desprende del contenido de la carta de TABACALERA, S.A. de 2 de Junio de 1.996 que anteriormente se ha transcrito. Tiene razón el TDC cuando argumenta que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado no ampara una ilimitada libertad de contratación, por lo que nos hallamos claramente ante una negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos, prohibidas por el Art. 6.1.c) de la LDC cuando se practican con abuso de posición de dominio en el mercado relevante.

Es conocida la definición de mercado geográfico relevante como la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. Es cierto, que en el caso de autos no puede considerarse como tal el mercado español en su totalidad, porque la diferente legislación de índole fiscal, de la Comunidad Autónoma Canaria obliga a segregar del mercado geográfico afectado esta zona del territorio

*nacional, pero como muy bien argumenta el TDC no pueden reputarse como mercado relevante el de toda la Comunidad Europea, donde existen condiciones legales y de operativa de mercado diferentes a las existentes en España.*

*Pese a la ausencia de prueba que aducen las actoras y las consideraciones que realizan sobre las importaciones tiene razón el TDC, cuando concluye proclamando la práctica inviabilidad de la importación de labores de tabaco desde España por su carácter costoso, vistas las exigencias de la normativa española sobre las leyendas que debe contener cada paquete de cigarrillos, que exigirían un desempaquetado y ulterior empaquetado.*

*Debe, pues, reputarse como mercado geográficamente relevante el peninsular y el de las Islas Baleares y una vez definido éste, ha de analizarse si TABACALERA, S.A. ostentaba una posición dominante en el mercado.*

*Es cierto, que la cuota de mercado no es suficiente para determinar una posición de dominio, pero ninguna duda hay de que TABACALERA, S.A. ostentaba tal, tanto en el mercado de fabricación, como en el de distribución mayorista de labores de tabaco, fruto de su pasada posición de monopolio en el mercado de tabaco, entendida dicha posición de dominio, como el poder de actuar de modo independiente sin tomar en consideración a sus competidores, suministradores o clientes. Como bien dice el Abogado del Estado, la posición de dominio no significa por sí exclusión de la competencia, sino que basta para que se produzca que exista una posición tal que permita influir sobre las condiciones en que la competencia se desarrolla.*

*Junto a la ya referida importante cuota de mercado de TABACALERA, S.A., que en la fecha a la que se refieren los hechos ostentaba el monopolio legal de fabricación de labores de tabaco en el territorio peninsular y balear, debe tenerse en cuenta que fabricaba sus propias marcas y las de sus principales competidoras mediante contratos que le otorgaban la distribución exclusiva, de lo que resultaba un claro control ejercido por ella, respecto de sus propias competidoras. En definitiva, la posición de dominio se derivaba no sólo de la cuota que TABACALERA, S.A. ostentaba en el mercado nacional, sino también de su especial posición en éste, derivada de su histórica condición de monopolista en dicho mercado, tal y como recoge el TDC en su Resolución, en una argumentación que esta Sala asume.*

*[...] En cuanto al abuso de tal posición de dominio, éste se ha llevado a cabo a través de una de las formas previstas por el Art. 6 en el apartado 2.c) de la Ley de Defensa de la Competencia, que contempla de forma específica como un supuesto particular de abuso "la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios". Resulta claro en el caso de autos, el carácter abusivo de la conducta de la recurrente, ya que con ella se dificulta la*

*presencia en el mercado español de un competidor en el sector de la distribución, lo que afecta a la correcta competencia en el mercado.*

*Tiene también razón el TDC cuando se fija en que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha reiterado que una empresa dominante de un mercado primario (el de fabricación) que se niega a suministrar mercancías o servicios en un mercado secundario como el de distribución mayorista, con la finalidad de reservárselo, explota su posición dominante de manera abusiva (Sentencias Commercial Solvents (1974), Decca Navigation System (1989), Magill 1991), Tetra Pak (1996), ITT/Promedia/Belgacom (1997).)*

*[...] Resultando perfectamente probado, en función de lo argumentado, que TABACALERA, S.A. ha infringido el Art. 6 de la LDC resultaban procedentes las intimaciones y multas sancionadoras.*

*El Art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.*

*No cabe entender como hace la actora que se ha producido una vulneración de los Arts. 38 y 25 de la Constitución al imponerse a ALTADIS, S.A. la obligación de suministrar a McLANE ESPAÑA, S.A. en condiciones no discriminatorias. El TDC actúa con base en el precitado Art. 9 de la LDC, pues no cabe olvidar que "la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado reconocida en el Art. 38 de la Constitución".*

*La defensa de la competencia es precisamente una defensa necesaria de la libertad de empresa y de la economía de mercado y con ese fin ha actuado en el caso de autos el TDC en la Resolución impugnada.*

*[...] Respecto a la procedencia y proporcionalidad de la sanción económica el TDC argumenta certeramente ambas cuestiones.*

*Así se fija en que la cuantía de las sanciones se fijará, según el Art. 10 de la LDC, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.*

*El TDC considera que no sólo debe intimar para el cese de la conducta, sino también multar, porque la actitud deliberada que ha*

*guiado el comportamiento ilícito de TABACALERA, S.A. no ofrece ninguna duda y ello es evidentemente así y más cuando hubo una actuación recalcitrante por la que TABACALERA, S.A. no abastecía de sus propias marcas a la codemandada.*

*A la vista de las distintas circunstancias que aparecen debidamente motivadas en la Resolución impugnada, la cuantía fijada para las multas en el Art. 10 de la LDC y el incremento que en él se establece hasta el 10 por cien del volumen de ventas parece ponderada a aquellas circunstancias y respetuosa con el principio de proporcionalidad la sanción económica impuesta, lo que impone la desestimación del recurso.».*

### **TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.**

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. se articula en la exposición de cuatro motivos de casación.

En el primer motivo de casación, fundado con el amparo procesal del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, las entidades mercantiles recurrentes tachan a la sentencia impugnada de irrazonable por incumplir el requisito de contener una motivación razonable exigido por el artículo 24.1 de la Constitución, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto que incurre en quiebras lógicas significativas, al confirmar la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia de imponer en 2002 la obligación de suministro de labores de tabaco por parte de ALTADIS a McLANE cuando ha desaparecido la posición de dominio, no se pronuncia sobre la alegación relativa al mercado del producto, incurre en error en la expresión de las alegaciones concernientes a la delimitación del mercado geográfico, no analiza el régimen jurídico del mercado del tabaco, y no hace referencia alguna respecto de la valoración de las pruebas practicadas en el proceso de instancia.

El segundo motivo de casación, fundado también al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción del artículo 67 del mencionado cuerpo legal y del artículo 24 de la Constitución, denuncia que la sentencia impugnada no decide todas las cuestiones controvertidas en el proceso, incurriendo en incongruencia, de

conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, pues no da respuesta a una cuestión esencial de la defensa de que no cabe imponer la obligación de suministro, porque, cuando se dicta la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el año 2002, ALTADIS no era ya operador dominante.

El tercer motivo de casación, que se funda con el amparo procesal del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, por vulneración del artículo 38 de la Constitución, en relación con los artículos 6.1 y 6.2 c) de la Ley de Defensa de la Competencia, reprocha a la sentencia recurrida que considere la conducta de ALTADIS una negativa injustificada de suministro y viole la libertad de empresa que integra la libertad de contratación.

El cuarto motivo de casación, que se formula de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción del artículo 9 de la Ley de Defensa de la Competencia y de los artículos 25 y 38 de la Constitución, cuestiona que se haya aplicado a ALTADIS una medida consistente en la obligación de suministro sin que se cumplan, en el momento en que se impuso, los presupuestos de hecho necesarios para su aplicación y la existencia de abuso de posición de dominio.

**CUARTO.- Sobre el primer y el segundo motivos de casación: la infracción de las normas reguladoras de la sentencia.**

Procede estimar la prosperabilidad del primer y del segundo motivos de casación, que por razones de orden lógico procesal son examinados conjuntamente, puesto que apreciamos que la Sala de instancia ha infringido las normas reguladoras de la sentencia establecidas en el artículo 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que prescribe que las sentencias «decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso», ya que ha incurrido en violación del deber de motivar las decisiones judiciales, porque no da una respuesta suficiente, pormenorizada y razonable a una cuestión de carácter sustancial, en que la parte recurrente centro la controversia jurídica en la instancia, referida a que si la obligación impuesta a ALTADIS de suministro de sus propias marcas a McLANE ESPAÑA, S.A. si éste lo desea, en condiciones no

discriminatorias, supone una vulneración del principio de legalidad sancionadora, en infracción del artículo 25 de la Constitución, que garantiza el respeto al principio de proporcionalidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 38 de la Carta Magna, pues restringe, injustificadamente, según se aducía, el ámbito de libertad del empresario, toda vez que se trata de una medida total y absolutamente desproporcionada, al no ostentar ALTADIS, en abril de 2002, la posición de dominio atribuida.

En efecto, la lectura de los fragmentos de la sentencia recurrida, que hemos transcrito, autoriza la afirmación de que la Sala de instancia ha incurrido en déficit de motivación, en cuanto que, al examinar la legalidad de la medida de intimación impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia, con base jurídica en la aplicación del artículo 9 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en que ALTADIS cese en su conducta y proceda a cumplimentar en condiciones no discriminatorias los pedidos de suministro solicitados por McLANE ESPAÑA, S.A., no analiza, adecuadamente, el argumento de carácter sustancial concerniente a si estaba justificada esta obligación, atendiendo a la evolución del mercado de fabricación y venta de tabacos, que evidenciaría la pérdida de la posición de dominio de ALTADIS, S.A. en 2002, y que, por ello, debía calificarse de desproporcionada.

Asimismo, consideramos que la sentencia recurrida, aunque no contenga una motivación radicalmente contradictoria, incurre en el vicio de falta de motivación relevante, al no pronunciarse sobre la valoración de las pruebas admitidas y practicadas en autos, referentes a la delimitación del mercado de la fabricación y venta de labores de tabaco, que incluye el análisis de las cuotas de mercado de los distintos productos, y sobre el funcionamiento y régimen de expedición del llamado precinto fiscal, con las que se pretendía acreditar la inexistencia de abuso de posición de dominio de ALTADIS, tanto cuando se produjeron los hechos imputados de conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, como cuando se dicta la resolución sancionadora por el Tribunal de Defensa de la Competencia, así como justificar la segmentación del mercado de producto.

Por ello, conviene recordar que, según es consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 67/2007, de 27 de marzo, que se reitera, substancialmente, en las sentencias constitucionales 44/2008, de 10 de marzo y 127/2008, de 27 de octubre, para que se pueda declarar que

un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una decisión razonada fundada en Derecho, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

*«Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo, "forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE. Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de 'la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo', sino sobre el 'desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes' (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de 'un quebrantamiento de forma que ... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia' (FJ 4).*

*a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el art. 24.1 CE el de que dicha cuestión fuera 'efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno' (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2).*

*b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, 'el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y*



*al fundamento jurídico que la nutre' (FJ 3 en ambas). ... [La constricción de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma ...*

*c) Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva es la falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal —y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional— 'es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita' (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido 'no se produce incongruencia omisiva prohibida por el art. 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo' (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2)" (FJ 2)».*

Y debe asimismo referirse, desde la perspectiva de poder considerar infringido el principio de congruencia, en razón de la naturaleza del recurso contencioso-administrativo, el distinto grado de vinculación del Juez contencioso-administrativo en el ejercicio de su función jurisdiccional resolutoria en orden a dar respuesta a las pretensiones deducidas por las partes, a los motivos de impugnación y a las argumentaciones jurídicas, según se declara en la sentencia constitucional 278/2006, de 27 de septiembre:

«... debemos considerar que en todo proceso contencioso-administrativo la demanda incorpora necesariamente una pretensión en relación con la actuación administrativa impugnada (sea de declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico, de anulación del acto o resolución, de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de medidas para su pleno restablecimiento, de condena o de cese de una actuación material, ex arts. 31 y 32 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa: LJCA). Cualesquiera que sean, las pretensiones han de fundamentarse en concretos motivos aducidos en defensa de la ilegalidad de la actuación administrativa; pudiendo contraponer las partes demandadas, a su vez, motivos de oposición a las pretensiones. Finalmente, los motivos de impugnación o de oposición han de hacerse patentes al órgano judicial mediante las necesarias argumentaciones jurídicas.

Las anteriores consideraciones cobran particular relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen no sólo «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes» sino dentro también «de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición» (art. 33.1 LJCA). Como afirmamos en la STC 100/2004, de 2 de junio (FJ 6), en el proceso contencioso-administrativo adquieren especial relevancia los motivos aducidos para basar la ilegalidad de la actuación administrativa (en el mismo sentido, las SSTC 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b; y 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, frente a la estricta vinculación del juzgador a las pretensiones de las partes, por el contrario su vinculación es sólo relativa en relación con los motivos de impugnación u oposición, pues el órgano judicial dispone de la facultad de introducir en el debate procesal motivos no apreciados por las partes, ya sea en el trámite de la vista o conclusiones (art. 65.2 LJCA) o en el momento de dictar sentencia (art. 33.2 LJCA), a salvo la prohibición de que el órgano judicial lleve a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos bajo preceptos legales seleccionados por él ex novo con el objeto de mantener una sanción administrativa (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 4.c).

[...]

c) Por último, cuanto antecede no comporta que el Juez esté constreñido por las alegaciones y razonamientos jurídicos de las partes. A salvo las particularidades de las normas sancionadoras, el principio procesal plasmado en los aforismos *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean

*de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por las partes, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados por las mismas (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta la más reciente STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8)».*

Y, resulta adecuado recordar la doctrina de esta Sala sobre la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del principio de congruencia, que se engarza en el deber del juez de motivar las decisiones judiciales, que constituye una garantía esencial para el justiciable, como hemos señalado, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en la sentencia constitucional 118/2006, de 24 de abril, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico, según se expone en las sentencias de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003):

*«El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruiz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo.».*

Conforme es doctrina de esta Sala, advertida en la sentencia de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), *«el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas.»*

En suma, la proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta al caso litigioso examinado, atendiendo a los razonamientos contenidos en la sentencia constitucional 127/2008, de 27 de octubre, promueve que declaremos que la Sala de instancia ha incurrido en infracción del deber de motivación, puesto que constatamos que en la fundamentación de la sentencia recurrida no se responde de forma concreta y pormenorizada a argumentos jurídicos relevantes planteados en la demanda, en relación con la aplicación del artículo 9 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que, aunque no haya alterado los términos del debate procesal incurriendo en incongruencia, no ha respetado plenamente los términos del debate procesal planteado en el proceso de instancia, que se encuentra enmarcado por las pretensiones formuladas en la demanda, que exige dar respuesta explícita y suficiente a las causas de pedir, de modo que observamos un desajuste externo entre el fallo judicial y los términos en que las partes fundamentaron jurídicamente sus pretensiones, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el primer y el segundo motivos de casación formulados, debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 341/2002, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-

administrativa, este Tribunal Supremo, asumiendo las funciones jurisdiccionales de Sala de instancia, debe, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, examinar si la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002 es o no conforme a Derecho, sin necesidad de entrar a conocer de aquellos motivos de impugnación deducidos en el escrito de demanda, a los que la parte se aquietó al formular el escrito de interposición del recurso de casación (infracción del principio de presunción de inocencia; falta de motivación y defectos en la tramitación del procedimiento e improcedencia de la sanción económica impuesta), al aceptarse íntegramente en estos extremos los razonamientos de la Sala sentenciadora.

**QUINTO.- Sobre los motivos de impugnación de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002.**

Procede desestimar el recurso contencioso-administrativo, puesto que consideramos que la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002 es conforme a Derecho, al basarse la decisión administrativa en una aplicación razonable y no arbitraria de los artículos 6 y 9 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

En efecto, cabe considerar que los hechos imputados por el Tribunal de Defensa de la Competencia a TABACALERA, consistentes en la negativa de suministro de las labores de tabaco de sus propias marcas a McLANE ESPAÑA, S.A., son constitutivos de una conducta abusiva de su posición de dominio, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece que «queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional», y, concretamente, contraviene lo dispuesto en el apartado 2 c) de la referida disposición legal, que dispone que el abuso podría consistir en «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios», en cuanto que ha quedado acreditado de forma indubitada en el expediente que TABACALERA goza en el momento de la denuncia formulada por la empresa distribuidora McLANE ESPAÑA, S.A. (2 de junio de 1996), que motivó la incoación del expediente sancionador por el Tribunal de Defensa de la

Competencia (20 de septiembre de 1996), de una posición de dominio en el mercado relevante de distribución mayorista de labores de tabaco en la península e Islas Baleares, directamente afectado, y, asimismo, en el mercado de fabricación de tabacos, y que con este comportamiento continuado y pertinaz de obstaculización y obstrucción, ha reforzado su poder económico en ambos mercados primario y descendente, conexos, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores.

Procede rechazar que el Tribunal de Defensa de la Competencia haya incurrido en error de hecho o en error jurídico en la delimitación del mercado relevante afectado -mercado nacional de fabricación de labores de tabaco y mercado de distribución al por mayor de dichos productos, que se extiende al ámbito geográfico de la Península y las Islas Baleares-, en la determinación de sus características estructurales y competitivas y en la fijación de las cuotas de mercado que ostenta TABACALERA (en el mercado de fabricación superior al 55% en el momento de la denuncia y monopolio de hecho en el mercado de distribución mayorista), pues no resulta adecuada la segmentación de los mercados por productos que propugnan las entidades recurrentes, atendiendo a las características específicas y distintas del mercado de distribución analizado, y, porque, con base en el principio de facilidad probatoria, cabe constatar que no se ha propuesto la admisión de pruebas tendentes a desvirtuar concretamente la participación de la empresa filial LOGISTA en el mercado de distribución de tabacos al por mayor, limitándose a afirmar, sin base probatoria alguna, que de ningún modo puede atribuírsele un 100% del mercado, al sólo tener como fabricante una cuota del 60,80% en 1995, que se ha reducido en un 15% en cinco años, y deber tomar en consideración que de su actividad de distribución que estima en un 40%, el 55% corresponde a la distribución de labores de tabaco de fabricantes extranjeros.

Cabe referir que la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia declara como hechos probados relevantes para apreciar si concurren los presupuestos fácticos para estimar su subsunción en la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, los siguientes, que no han sido desvirtuados en el proceso de instancia:

*«1. McLANE es una empresa autorizada por la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, con fecha 12 de Enero de 1995, para poder importar labores de tabaco de la CEE y, con fecha 3 de agosto de 1995, también para poder distribuirlos, que el 23 de mayo de*

1996 se dirigió a diversas empresas tabaqueras y, entre ellas, a TABACALERA, anunciándoles su propósito de distribuir al por mayor labores de tabaco en España y solicitándoles las listas de precios de sus marcas y demás condiciones de suministro, con vistas a formular los correspondientes pedidos.

2. TABACALERA responde el 2 de junio de 1996 a la solicitud de McLANE mediante una carta en la que hace constar, entre otros, los siguientes extremos:

*En primer lugar, respecto a los productos fabricados por esta Compañía, no podemos aceptar su ofrecimiento por cuanto que Tabacalera tiene su propia red de distribución y, en consecuencia no necesita nuevos distribuidores. Creemos que estarán de acuerdo con nosotros en que la autodistribución en ningún modo afecta al derecho de la competencia ni supone infracción de norma alguna.*

*En segundo lugar y respecto a los cigarrillos fabricados por otras compañías y que distribuye Tabacalera, S.A nuestra actuación 11/28 como distribuidor se circunscribe al suministro a las distintas expendedurías del territorio nacional sin que nos esté permitido ni subcontratar con Uds. ni comunicar sus tarifas de precios.*

3. TABACALERA ostentaba en las citadas fechas el monopolio legal de fabricación de labores de tabaco en el territorio peninsular y balear, en virtud del cual fabricaba sus propias labores y las de otras empresas tabaqueras extranjeras, con las que le vinculaban contratos de fabricación bajo licencia que simultáneamente le otorgaban la exclusiva de la distribución de esas labores, al dejar al albedrío de TABACALERA la determinación de las cantidades que habrían de producirse de las mismas para tener atendido el mercado. En el año 1996 las doce primeras marcas más vendidas eran producidas por TABACALERA y representaban en conjunto un porcentaje de las ventas totales de labores superior al 70 %.

4. Aunque este Tribunal ha dictado diversas Resoluciones conminando cautelarmente a TABACALERA para que suministre a McLANE las labores de tabaco que produce con sus propias marcas, estas Resoluciones han sido recurridas por TABACALERA ante la Audiencia Nacional y hasta el presente no se ha producido suministro alguno a McLANE por parte de TABACALERA.

5. Las otras empresas tabaqueras a las que se había dirigido McLANE para que le suministraran tabaco en condiciones no discriminatorias (R. J. Reynolds España S. L., Cita Tabacos de Canarias S.A., Emesta S.L., Rothmans España S.A., Gallaher Canarias S.A.) le respondieron que preferían no suministrarle porque, mientras se

*mantuviera el monopolio minorista, deseaban distribuir únicamente a través de TABACALERA.»*

La tesis impugnatoria que postula la defensa letrada de las entidades mercantiles actoras contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, que sostiene que la existencia de un abuso de posición de dominio, consistente en la negativa a contratar con un tercero la prestación de un servicio, debe tener en cuenta el grado de posición de dominio y la cuota del mercado de la empresa dominante exigibles para efectuar dicha imputación, y que, por ello, contradice la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, expuesta con el objeto de demostrar que si los fabricantes extranjeros de tabaco, cuya venta en el mercado nacional es superior a la de ALTADIS, no contratan los servicios de McLANE para la distribución en España, no es debido a la intervención de ALTADIS, resulta infundada, porque el reproche jurídico que realiza el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia se basa en que TABACALERA ostentaba una situación de monopolio de hecho en el mercado de distribución al por mayor de sus labores de tabaco, comercializadas bajo el amparo de sus propias marcas, que es el mercado pertinente en el que cabe examinar la licitud del comportamiento abusivo denunciado; posición que se refuerza por la cuota que tiene en el mercado de fabricación -único operador-, y en la constatación de un comportamiento obstruccionista efectuado con el fin de que una empresa de distribución mayorista no pueda desarrollar su actividad en condiciones no discriminatorias respecto de la empresa de distribución filial de TABACALERA, que dificulta y restringe injustificadamente la libre competencia en este mercado de distribución mayorista que, por designio del legislador, había sido recientemente liberalizado (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria), de donde se desprende que se ha prevalecto abusivamente de su condición anterior de monopolista, que conserva una red propia de distribución, cerrando el mercado a la actividad de un competidor.

La precisión establecida en el invocado artículo 3.4 del 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, que somete a un régimen de autorización la actividad de distribución de los fabricantes, no interfiere en la aplicación del Derecho de la Competencia para

impedir aquellas conductas, como la analizada, consistente en negar el suministro de productos que resultan indispensables para que una empresa competidora pueda desarrollar la actividad de distribución en el mercado mayorista, no justificada por consideraciones objetivas, que, por suponer un menoscabo significativo de la estructura de la competencia y porque propicia la eliminación de potenciales competidores, son contrarias a lo establecido en el artículo 6 del referido cuerpo legal.

En último término, cabe rechazar que la obligación impuesta a ALTADIS de suministrar a McLANE pedidos de las labores de tabaco de sus propias marcas en condiciones no discriminatorias vulnere los artículos 9.3, 25 y 38 de la Constitución, pues ni se revela arbitraria, ni contraria al principio de legalidad sancionadora, ni supone una restricción ilegítima de la libertad de empresa, ya que la resolución de intimación tiene cobertura jurídica en el artículo 9 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que dispone que «quienes realicen actos de los descritos en los artículos 1, 6 y 7 podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos», y constituye una medida proporcionada y necesaria para que cesen los efectos lesivos del Derecho de la Competencia, derivados del abuso de la posición de dominio, atribuido a la conducta de TABACALERA, S.A.

En efecto, atendidas la 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 considerados contrarios a la libre competencia, que suponen el mantenimiento de un comportamiento de explotación abusiva de la posición de dominio.

La medida de intimación adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede caracterizarse como una injerencia ilegítima en el ámbito del derecho a la libertad de empresa, como aducen las entidades

mercantiles recurrentes, en cuanto que restringe las facultades reconocidas al empresario, pues como ya informa la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, «la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución», de modo que garantizar la existencia de una competencia suficiente obliga al Tribunal de Defensa de la Competencia a adoptar aquellas medidas de intimación que se revelen idóneas y necesarias para que cesen aquellas conductas empresariales que constituyan una explotación abusiva de la posición de dominio para preservar los intereses públicos vinculados al Derecho de la competencia.

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».

Por ello, resulta inadecuado el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se propugna, «para que dictamine sobre si la conducta imputada no constituye un abuso de posición de dominio a la vista de la jurisprudencia comunitaria», porque pertenece a esta Sala resolver la controversia jurídica, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 9 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por ello, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles

ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.,  
contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de  
24 de abril de 2002, que se declara conforme a Derecho.

**SEXTO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley  
reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, no procede efectuar  
expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni  
de las originadas en el presente recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la  
potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la  
Constitución.

**FALLAMOS**

**Primero.- Declarar haber lugar** al recurso de casación interpuesto por  
la representación procesal de las entidades mercantiles ALTADIS, S.A. y  
COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. contra la  
sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de  
la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003, dictada en el recurso  
contencioso-administrativo 341/2002, que casamos.

**Segundo.- Desestimar el recurso** contencioso-administrativo  
interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles  
ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.,  
contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de  
24 de abril de 2002, que se declara conforme a Derecho.

**Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.**

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.- Fernando Ledesma Bartret.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Óscar González González.- Rubricados.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.