

RESOLUCIÓN (Expte. 486/00, McLane/Tabacalera)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Troléz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 24 de abril de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, Tribunal), con la composición antes expresada y siendo Ponente el Vocal D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 486/00 (1449/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) que tuvo origen en una denuncia de McLANE ESPAÑA S.A. (McLANE) contra TABACALERA S.A. (TABACALERA) por haberse negado a suministrarle labores de tabaco de sus propias marcas, lo que podría vulnerar el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y el art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de septiembre de 1996 McLANE formuló denuncia contra TABACALERA por una conducta supuestamente prohibida por la LDC y el TCE, consistente en haber negado el suministro de labores de sus propias marcas a McLANE, lo que podría suponer un abuso de posición dominante prohibido por los artículos 6 LDC y 86 TCE.
2. El 20 de septiembre de 1996 el Servicio, mediante Providencia, estimando que existían indicios racionales de conducta prohibida, acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del correspondiente expediente.

3. Habiendo sido solicitadas medidas cautelares por McLANE en el ínterin, el 4 de marzo de 1997 el Servicio dicta un Acuerdo en el que propone al Tribunal la adopción de la siguiente medida cautelar: "Que se ordene a TABACALERA suministrar a McLANE, en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas".
4. Con fecha de 26 de mayo de 1997, el Tribunal dictó Resolución en el correspondiente expediente de medidas cautelares (MC 21/97, TABACALERA) en la que se acordaba:

1.- Adoptar la medida cautelar consistente en ordenar a TABACALERA S.A. suministrar a McLANE ESPAÑA S.A., en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas, durante un período de seis meses.

2.- Interesar del Servicio que, en el ámbito de la instrucción que está realizando, analice los contratos en virtud de los cuales TABACALERA S.A. fabrica en la península y Baleares labores de tabaco de otras compañías tabaqueras a fin de que, previo cumplimiento de los trámites necesarios para garantizar sus derechos e intereses legítimos, adopte las decisiones que considere convenientes sobre el suministro de las labores de tabaco fabricadas bajo licencia.

Con posterioridad, hubo otra propuesta de medidas cautelares (Expte. MC 25/97) y se aceptó por Resolución de 22 de diciembre de 1997, luego recurrida por TABACALERA ante la Audiencia Nacional.

5. El 1 de septiembre de 1999 el Instructor formula mediante Providencia el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que considera acreditados los siguientes:

I. 1.- La Ley 38/85, de 22 de Noviembre, sobre Monopolio de Tabacos, 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 podrán realizarse por cualquier persona física o jurídica en las condiciones reglamentariamente establecidas. No obstante, se mantenía el monopolio de fabricación de labores de tabaco en Península y Baleares, así como el de importación y distribución de labores de tabaco de procedencia no comunitaria en el mismo territorio, encomendando la gestión de los mismos a TABACALERA.

(Posteriormente, la Ley 13/1998, de 4 de Mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos, ha suprimido estos monopolios).

Se mantiene el monopolio de la venta al por menor de labores de tabaco, con titularidad estatal, que se ejercerá a través de las expendedorías de tabaco y timbre, consideradas como concesionarias del Estado. (Este aspecto de la comercialización al por menor no ha sufrido modificación en la Ley 13/1998).

Por Real Decreto 2738/1986, de 12 de Diciembre de 1986, se regulaban 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. (Sustituido por el R. D. 1199/1999, de 9 de Julio, que desarrolla la precitada ley 13/1998).

I. 2.- Con fecha 12 de Enero de 1995, la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos autorizó a Mc Lane "... para la realización de la actividad de importación de labores de tabaco de la CEE por el plazo de tres años, a contar desde el día siguiente al del recibo de la notificación del presente acuerdo...", y denegando a la misma "... la autorización para la realización de la actividad de distribución de labores de tabaco de la CEE".

No obstante, una vez cumplidos por Mc LANE, a juicio de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, los requisitos establecidos por el art. 31.1. letras a), b), c), d) y e) del R. D. 2738/86, dicha entidad fue autorizada el 3 de Agosto de 1995 para la realización de la actividad de distribución de labores de tabaco de la CEE por el plazo de tres años.

I. 3.- Desde el momento de la recepción de la autorización, Mc LANE se puso en contacto con TABACALERA; R. J. REYNOLDS ESPAÑA S. L.; CITA TABACOS DE CANARIAS S.A.; EMESTA S.L.; ROTHMANS ESPAÑA S.A. Y GALLAHER CANARIAS S.A., empresas fabricantes de tabaco con mayor presencia en el mercado español, para que le fuera suministrado tabaco (fundamentalmente cigarrillos), en condiciones no discriminatorias, sin que haya obtenido hasta la fecha ninguna venta o suministro por parte de las mismas.

I. 4.- Por lo que respecta a la reacción de TABACALERA, el día 2 de junio de 1996 esta entidad remitió por conducto notarial a Mc LANE escrito de contestación a su petición de suministro en el que se decía textualmente:

En contestación a su carta de 23 de Mayo de 1996, remitida por conducto notarial, en la que nos solicitan que les comuniquemos nuestras tarifas de precios de todas las marcas, esta Compañía quiere hacer constar lo siguiente:

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 como distribuidor se circunscribe al suministro a las distintas expendedorías del territorio nacional sin que nos esté permitido ni subcontratar con Uds. ni comunicar sus tarifas de precios.

Las demás entidades contestaron en general que estaban contentas de la actual forma de distribución que les realiza TABACALERA y que su intención, de momento, no era la diversificación de sus sistemas de distribución, afirmando que no tenían contratos en exclusiva con TABACALERA y que mientras se mantuviera el actual monopolio minorista, esa entidad, por su experiencia, era la que más confianza les merecía.

I.5.- En su Resolución de 26 de Mayo de 1997 (Expte. MC 21/97), el TDC ordenó a TABACALERA “suministrar a Mc LANE, S.A. en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas durante un período de seis meses”. Esta Resolución fue recurrida por TABACALERA ante la Jurisdicción contencioso administrativa, solicitando la suspensión de la ejecución de la misma.

I. 6.- El TDC, en su Resolución de Incidente de fecha 30 de Julio de 1997, en el expediente antes referenciado (MC 21/97), acordó:

1) Ordenar a TABACALERA S.A. que en el plazo de 10 días a contar desde la notificación de la presente Resolución realice, en los términos señalados en el Fundamento de Derecho número 1, una propuesta a Mc LANE ESPAÑA, S.A. para la ejecución de la medida cautelar acordada en la Resolución de 26 de mayo de 1997.

2) Imponer a TABACALERA S.A. una multa coercitiva por importe de 150.000 pesetas diarias en caso de incumplimiento de la medida cautelar.

Esta Resolución, al igual que la de 26 de Mayo, fue recurrida por TABACALERA ante la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando esta entidad la suspensión de la ejecución de la misma.

I. 7.- Asimismo, el 20 de Octubre de 1997 el TDC, en una nueva Resolución de Incidente en el mismo expediente (MC 21/97 del TDC), resuelve sobre la pretensión de TABACALERA de que se suspenda la ejecución de la Resolución de 30 de Julio de 1997, declarándose incompetente para examinar dicha pretensión dado que “La interposición del recurso por TSA hace perder la competencia en todo supuesto a este Tribunal para tomar cualquier tipo de decisión posterior, trasladándose la competencia a aquel Órgano jurisdiccional al que corresponde revisar la Resolución y, en su caso, también acordar lo pertinente sobre la suspensión. Todo ello propicia, en definitiva, la tutela judicial efectiva invocada por los solicitantes y amparada por el art. 24.1 de la Constitución Española”.

I. 8.- El 10 de Octubre de 1997, D. Jaime Pérez-Bustamante, en representación de Mc LANE , formula solicitud de adopción de nuevas medidas cautelares contra TABACALERA, basándose en el incumplimiento reiterado por parte de la citada entidad de la medida cautelar ordenada por el TDC en su resolución de fecha 26 de Mayo de 1996 y ante el incumplimiento de la Resolución del TDC de 30 de Julio de 1997.

I. 9.- Mediante Resolución de 22 de Diciembre de 1997 (Expte. MC 25/97), el TDC acordó:

Primero.- Ordenar a TABACALERA, S.A. que, durante seis meses, suministre a Mc LANE ESPAÑA, S.A. en condiciones

no discriminatorias todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas.

TABACALERA debe hacer efectiva la medida cautelar a partir del día en que reciba la notificación de la presente Resolución.

Segundo.- Imponer a TABACALERA, S.A. una multa coercitiva por importe de 150.000 ptas. diarias en caso de incumplimiento de la medida cautelar.

I. 10.- Mediante Auto de 21 de Enero de 1998, la Sala Segunda de la Audiencia Nacional acuerda "... suspender la inmediata ejecución del acuerdo de 26 de mayo de 1997 dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, previa prestación de aval por la recurrente en el plazo de treinta días y en la cuantía de 27.000.000 ptas...". (Dicho Auto fue recurrido en súplica por Mc LANE, siendo desestimado mediante Auto de la Audiencia Nacional de 23 de Junio de 1998, que ha sido recurrido en casación por la entidad Mc LANE).

I. 11.- Posteriormente, en una tercera Resolución de incidente, de 4 de Febrero de 1998, el TDC resolvió "Imponer a TABACALERA S.A. una multa coercitiva por importe de 15.450.000 pesetas.", al haber incumplido lo dispuesto en la Resolución de 30 de Julio de 1997 que ordenaba a TABACALERA hacer una propuesta a Mc LANE en ejecución de la medida cautelar adoptada por Resolución de 26-05-97.

I. 12.- La postura mantenida hasta el momento por TABACALERA ha sido la de incumplir reiteradamente lo ordenado por el TDC en sus Resoluciones y presentar recurso contra las mismas ante la jurisdicción contencioso administrativa. Puesto que la Audiencia Nacional ha suspendido la ejecución de la medida cautelar ordenada por el TDC, TABACALERA no ha suministrado, hasta el momento, ninguno de sus productos a la denunciante.

6. La valoración jurídica que estos hechos merecen al Instructor en el PCH es la siguiente:

En el momento de producirse la denuncia de Mc LANE, TABACALERA ostentaba el monopolio de la fabricación de labores de tabaco en la Península y Baleares en virtud de lo dispuesto en la

Ley 38/1985. Derogada esta última por la Ley 13/1998, sigue ostentándolo al ser el único fabricante, de lo que se deriva, entonces y ahora, una innegable posición de dominio en el mercado geográfico delimitado. Igualmente, ostenta una posición de dominio en el mercado conexo de la distribución de labores de tabaco, con una cuota de mercado del 100% en el caso de cigarrillos y prácticamente la misma cifra en el de cigarros.

Del relato de hechos efectuado se desprende una clara y reiterada negativa por parte de TABACALERA a suministrar sus productos a la entidad denunciante, que se presenta como competidora en el mercado de distribución al por mayor de labores de tabaco. Dicha negativa tiene por objeto y produce el mantenimiento de la posición de dominio que TABACALERA ostenta en el mercado de distribución de labores de tabaco, impidiendo la entrada de un nuevo competidor en un escalón del mercado (el de la distribución mayorista) en el que prácticamente no existen otros operadores, y, como consecuencia, privando a los diferentes agentes que participan en el mercado de los potenciales beneficios que la entrada de un nuevo competidor podría reportar.

Por tanto, TABACALERA, al negar el suministro a Mc LANE, se ha servido de su posición de dominio en el mercado de la fabricación de labores de tabaco en Península y Baleares para mantener su posición en el mercado de la distribución, lo que podría constituir un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6. 2. c) de la LDC.

En el caso de que, una vez concluida la fase de tramitación del expediente, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que los hechos descritos constituyen efectivamente una práctica prohibida, esta entidad podrá ser objeto de sanción pecuniaria o cualquier otra medida prevista en el artículo 46 de la citada LDC.

7. El 5 de abril de 2000, una vez concluida la fase contradictoria del expediente posterior a la formulación del PCH, el Servicio dicta el correspondiente Informe en el que propone:

7.1.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 6.2.c) de la Ley 16/1989, imputable a TABACALERA, S.A., consistente en la

negativa de suministro a McLANE ESPAÑA, S.A. de las labores de tabaco que produce de sus propias marcas.

7.2.- Que se intime a TABACALERA, S.A. para que en lo sucesivo se abstenga de realizar prácticas semejantes, según prevé el art. 9 de la Ley 16/1989.

7.3.- Que se imponga a TABACALERA, S.A. la publicación a su costa de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte, en el B.O.E. y en uno de los diarios de mayor tirada nacional, de conformidad con el art. 46. 5 de la misma Ley 16/1989.

7.4.- Que se imponga a TABACALERA, S.A. una multa cuya cuantía deberá fijar el Tribunal.

7.5.- Que se adopte cualquier otro pronunciamiento previsto en el art. 46 del mismo texto legal.

8. Recibido el Informe-Propuesta y el expediente en el Tribunal, el 17 de abril de 2000 el Pleno del Tribunal dicta una Providencia mediante la que admite a trámite el expediente y nombra Ponente al Sr. HERNÁNDEZ, acordando poner de manifiesto aquél a los interesados por el plazo legal de 15 días para que puedan solicitar la celebración de vista y proponer pruebas.
9. El 31 de mayo de 2000, habiendo comparecido ambas partes en dicho trámite ante el Tribunal, el Pleno dicta un Auto en el que se pronuncia sobre la pertinencia de la prueba propuesta y acuerda la celebración de Vista.
10. El 27 de junio de 2000, obrando la prueba en el Tribunal, el Vocal ponente dicta una Providencia para la valoración de la misma. Comparecen en este trámite ambos interesados.
11. El 5 de octubre de 2000 se celebró Vista en la sede del Tribunal, compareciendo en la misma, conforme consta en la Diligencia dictada por el Secretario el día 25 del mismo mes, representantes del Servicio y de ambos interesados.
12. El 14 de noviembre de 2000 el Pleno del Tribunal dicta una Providencia para mejor proveer, mediante la que requiere a la denunciada para que aporte diversa información, particularmente ciertos contratos de licencia

suscritos por ella. En la citada Providencia se declara suspendido el plazo para dictar Resolución hasta la conclusión del trámite para mejor proveer.

13. El 4 de diciembre de 2000 la denunciada comparece en este trámite y aporta una información que solicita que sea declarada confidencial.
14. El Pleno del Tribunal, en su sesión de 20 de marzo de 2001, acuerda el cambio de Ponente en este expediente, por haber cesado al término de su mandato el anterior. El nuevo Vocal ponente designado es el Sr. PASCUAL Y VICENTE, lo que se notifica a los interesados y comunica al Servicio mediante Providencia de 23 de marzo de 2001.
15. El Pleno, en sesión de 16 de abril de 2001, a propuesta del Vocal ponente, acuerda una nueva diligencia para mejor proveer, mediante Providencia del mismo día, en la que se requiere a Altadis S.A. (ALTADIS, antes Tabacalera S.A.) para que, en el plazo de 15 días, aporte fotocopia del original del Contrato de Licencia de Marlboro celebrado el 27 de enero de 1999, a fin de confrontarlo con la traducción jurada aportada a requerimiento del Tribunal. En la citada Providencia expresamente se indica que, de conformidad con el art. 56.2 LDC, continúa suspendido el plazo para dictar Resolución hasta que finalice el trámite para mejor proveer.
16. Cumplimentado por ALTADIS el requerimiento de información y solicitada la declaración de confidencialidad para una parte de la misma, el 22 de mayo de 2001 el Tribunal dicta una Providencia de alegaciones sobre la confidencialidad, de la que se da traslado a los interesados para que, en el plazo de 15 días, manifiesten cuanto a su derecho convenga. Comparece en este trámite la denunciante.
17. El 6 de junio de 2001 el Pleno del Tribunal dicta un Auto en el que acuerda: a) Declarar confidenciales determinados elementos de los contratos suscritos por TABACALERA que obran en el expediente. b) Requerir a ALTADIS para que, en el plazo de un mes, presente ante el Tribunal la correspondiente versión no confidencial de los citados contratos. c) Ordenar la formación de pieza separada. Todo lo cual es ejecutado en los términos previstos en el Auto.
18. El 16 de julio de 2001 ALTADIS presenta un escrito de alegaciones ante el Tribunal acerca de cómo estima la parte que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo interpreta la doctrina de las *essential facilities*.

19. El 20 de julio de 2001 ALTADIS comparece ante el Tribunal para comunicar que, con fecha 13 de julio de 2001, ha presentado en el Servicio un escrito mediante el que solicita que sobresea el expediente 1864/98, McLane/Tabacalera. Se da traslado de este escrito por el Tribunal a la denunciante para que alegue lo que a su derecho convenga.
20. El 23 de julio de 2001 el Tribunal, tras apreciar que ALTADIS había presentado de forma incompleta la información requerida, la vuelve a requerir para completarla en un plazo que vence el 1 de septiembre de 2001.
21. El 3 de agosto de 2001 tiene entrada en el Tribunal un escrito de McLANE en el que denuncia la actitud de ALTADIS que, a su juicio, es obstruccionista y dilatoria porque intenta confundir al Tribunal, remitiéndole copia de una *confort letter* de la Comisión Europea relativa a un expediente ajeno a este procedimiento (escrito de 13 de julio de 2001, *supra*), y respondiendo de modo incorrecto e incompleto a sus requerimientos.
22. El 17 de septiembre de 2001, aportada ya por ALTADIS la información requerida, el Tribunal dicta una Providencia por la que concede a los interesados un nuevo plazo para que aleguen cuanto estimen conveniente acerca del alcance e importancia de dicha información. Comparecen en este trámite ambos interesados.
23. El 13 de diciembre de 2001 el Secretario del Tribunal dicta una Diligencia en la que da cuenta de que, en cumplimiento con lo dispuesto en la Providencia que abrió el trámite para mejor proveer, se incorporan al expediente las alegaciones de McLANE y, de conformidad con lo dispuesto por el Vocal ponente, se da por finalizada la interrupción del plazo de caducidad del expediente.
24. El 6 de marzo de 2002 el Pleno del Tribunal acordó, para mejor proveer, la práctica de una diligencia consistente en requerir a ALTADIS para que aporte al Tribunal información de su cifra de ventas. De conformidad con lo dispuesto por el art. 56.2 LDC, el plazo de caducidad del expediente queda interrumpido hasta la finalización de dicho plazo.
25. ALTADIS atiende a este requerimiento para mejor proveer dentro del plazo y el 21 de marzo de 2002 el Secretario del Tribunal dicta una Diligencia en la que da cuenta de que se incorporan al expediente los documentos solicitados a ALTADIS por la Providencia para mejor proveer de 6 de marzo de 2002 (recibidos el 20 de marzo de 2002), y que, de conformidad

con lo dispuesto por el Vocal ponente, se da por finalizada, a partir del día siguiente, 21 de marzo de 2002, la interrupción del plazo de caducidad del expediente. Según la información proporcionada por ALTADIS, su volumen de ventas de labores de tabaco en Península y Baleares ha ascendido, antes de impuestos y en millones de euros, a 839,5 en 2000 y 887,7 en 2001.

26. El Pleno del Tribunal ha deliberado y fallado en sus sesiones de 5 de marzo y 4 y 10 de abril de 2002.

27. Son interesados:

- Mc Lane España S.A.
- Altadis S.A. (antes Tabacalera S.A.)

HECHOS PROBADOS

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

como distribuidor se circunscribe al suministro a las distintas expendedorías 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión que ha de elucidarse en este expediente es si la negativa de suministro de las labores de tabaco de sus propias marcas que TABACALERA comunica a McLANE el 2 de junio de 1996 es legítima o si, por el contrario, constituye una conducta abusiva de su posición de dominio en el mercado prohibida por el art. 6 LDC y así merece ser declarado y sancionado.
2. El Servicio considera que esta denegación por parte de TABACALERA del suministro de sus propias marcas de labores de tabaco a McLANE

constituye una negativa injustificada a satisfacer las demandas de productos que, cuando se lleva a cabo desde una posición de dominio, constituye una conducta expresamente prohibida por el apartado c) del párrafo 2 del art. 6 LDC.

En opinión del Servicio, TABACALERA ostenta posición de dominio en dos mercados de labores de tabaco, geográficamente delimitados por el territorio español peninsular y balear: el de *fabricación*, donde es el único operador, y en el mercado de *distribución mayorista*, donde también actúa en solitario.

El Servicio considera que TABACALERA, al negar el suministro a McLANE, se ha valido de su posición de dominio en el mercado de fabricación para mantener su posición de dominio en el mercado conexo de la distribución mayorista, impidiendo así nuevos entrantes en este mercado.

3. TABACALERA ha alegado, en síntesis, lo siguiente:

3.1. El mercado de referencia no es el delimitado por el Servicio sino que los relevantes son varios mercados de *fabricación y venta* de diferentes labores de tabaco en la *Comunidad Europea*. El ámbito geográfico es la Comunidad Europea porque las filiales españolas de matrices situadas en otros países de la CEE y las empresas independientes que gocen de la correspondiente licencia administrativa pueden efectuar importaciones de labores de tabaco de cualquier país de la Comunidad. Y no es un mercado de producto sino varios porque son diferentes el de cigarros y el de cigarrillos, por una parte, y el de cigarrillos rubios y el de cigarrillos negros, por otra, ya que para los consumidores son productos diferentes no sustituibles entre sí. Habría, pues, que analizar los diferentes mercados y constatar la respectiva posición que ocupa en cada uno de ellos TABACALERA. En cuanto al mercado de cigarrillos rubios, ALTADIS sostiene que la competencia entre marcas es muy fuerte y que ella no ostenta posición de dominio.

3.2 Los contratos de licencia de fabricación suscritos con Philip Morris y que han sido aportados para mejor proveer al Tribunal, cumplen todas las condiciones propias del contrato de maquila lo que obliga, en opinión de ALTADIS, a situar las ventas de estos cigarrillos rubios que fabrica en régimen de maquila fuera de sus propias cuotas de mercado de cigarrillos rubios. Por otra parte, en la actualidad, y desde 1999, estos contratos de licencia ya no incluyen la distribución sino únicamente la fabricación.

3.3. La participación de ALTADIS en el mercado de “fabricación y venta” de las labores de tabaco en general asciende actualmente al 42 % y a un 29,1 % en el mercado de cigarrillos rubios, junto a Philip Morris que participa en este último con un 43,3 % y otras marcas cuyas participaciones son crecientes. Semejante evolución se registra en las labores de cigarros. De estas circunstancias, ALTADIS deduce que ha carecido de la independencia de comportamiento en el mercado que caracteriza a una posición de dominio.

3.4. Finalmente, ALTADIS sostiene que, incluso si se rechazara que no tiene una posición de dominio en el mercado relevante, su conducta con respecto a McLANE no constituiría un abuso por los siguientes motivos: 1) La pretendida negativa de venta no ha amenazado el mantenimiento ni el desarrollo de la competencia ya que McLANE no sólo se ha mantenido en el mercado sino que ha aumentado su participación en el mismo. 2) No es unánime la doctrina en cuanto a que haya de considerarse abusiva de posición de dominio una negativa de venta a un cliente nuevo si median explicaciones justificadas y aquí las ha habido; todo ello salvo que medien “instalaciones esenciales” lo que no es el caso. 3) Ha existido una razón objetiva para el rechazo del suministro consistente en la necesidad de mantener el prestigio de las marcas propias de TABACALERA, lo que exige tener plena garantía, que en este caso no se ha ofrecido, del buen funcionamiento de todas las fases del proceso de distribución que McLANE pretendía.

3.5. Para el supuesto de que el Tribunal no estimase sus alegaciones tendentes a demostrar que haber negado el suministro a McLANE no ha implicado abuso de posición de dominio en el mercado relevante, y llegase a obligarle a efectuar el suministro, ALTADIS indica que el Tribunal debería establecer una condiciones objetivas de acceso al suministro que garantizasen en todo caso el prestigio de las marcas de ALTADIS.

4 McLANE, por su parte, ha alegado lo siguiente:

4.1. La Audiencia Nacional (AN), mediante Sentencia de 21 de abril de 2001, ha desestimado los recursos interpuestos por TABACALERA contra las medidas cautelares dictadas por el TDC, confirmando así las dos Resoluciones que las ordenaban. El Tribunal Supremo (TS), por su parte, revocó mediante Sentencia de 7 de junio de 2000 la suspensión cautelar por la AN de las primeras medidas dictadas por el TDC, haciendo constar expresamente que el interés particular de TABACALERA debe ceder ante el interés público que demanda la introducción de competencia en el mercado mayorista de labores de tabaco. A pesar de estos

pronunciamientos de la AN y del TS, TABACALERA sigue incumpliendo estas Sentencias.

4.2. TABACALERA ha disfrutado del monopolio legal de la distribución al por mayor de labores de tabaco hasta su liberalización formal, y en todo momento ha distribuido sus propias marcas y las de sus competidores, lo que la ha permitido conocer la estrategia comercial de éstos, fijar los precios de distribución y privilegiar sus propias marcas. Además, al ser TABACALERA proveedor único de los estancos, conoce las ventas exactas de cada uno y fija unilateralmente las condiciones de abastecimiento y reparto, resultando de todo ello la inexistencia de competencia en el mercado.

4.3. La persistente actitud de TABACALERA contraria a la entrada en el mercado de un nuevo operador viene jalonada por los siguientes hechos acreditados en el expediente: a) Cuando McLANE solicitó su licencia, TABACALERA se personó en el expediente y se opuso a que se le concedieran las licencias solicitadas. b) Fracasado este intento y obtenida por McLANE la licencia, TABACALERA pretendió comprar el 50 % de sus acciones y, al no lograrlo, intentó luego adquirir infructuosamente el 25 %. c) Frustrados estos propósitos de eliminar a su competidor potencial, TABACALERA optó por estrangular a McLANE negándole el suministro de los productos con sus marcas, que representan el 60 % del mercado por lo que, catorce años después de haberse liberalizado legalmente el mercado, TABACALERA sigue ostentando un monopolio de hecho.

4.4. El mercado relevante afectado por la conducta de TABACALERA es el mercado geográfico español de la fabricación y el de la distribución mayorista de las labores de tabaco, como han reconocido las autoridades comunitarias.

4.5. TABACALERA ostenta una posición dominante en la fabricación y en la distribución mayorista por los motivos siguientes. En cuanto a la fabricación, la cuota de TABACALERA era en la fecha de la denuncia superior al 55 % y hoy, seis años más tarde, sigue siendo superior al 40 %, en un mercado con las siguientes barreras de entrada: a) TABACALERA ha tenido el monopolio legal de fabricación de labores de tabaco en la península y Baleares y, de hecho, lo sigue manteniendo. b) TABACALERA tiene estrechos vínculos estructurales con sus competidores, pues fabrica sus marcas y las distribuye en exclusiva y ha dispuesto incluso de empresas en participación con varios de ellos. Por lo que respecta a la distribución mayorista, TABACALERA mantiene el monopolio de hecho.

4.6. La negativa de suministro de TABACALERA implica un abuso de su posición de dominio en el mercado relevante, siendo rechazables sus genéricas apelaciones a la supuesta inaplicabilidad de la doctrina de las *essential facilities*.

4.7. Respecto de los contratos de fabricación bajo licencia suscritos por TABACALERA con sus competidores, McLANE hace notar que han sido también de distribución mayorista exclusiva hasta que la Comisión Europea advirtió de que la exclusividad era ilegal, lo que llevó a las partes a suprimirla a partir de 27 de enero de 1999, aunque la realidad sea que, al fabricar TABACALERA sus marcas y las de sus principales competidores y distribuir todas ellas en el mercado español, su cuota en el mercado de distribución alcanza el 100 % en cigarrillos y el 99 % en cigarros, según Dictamen del TDC en la concentración *Midesa/Logista*.

5. El Tribunal hace notar que el primer párrafo del art. 6 LDC establece la prohibición a los operadores económicos de explotar abusivamente su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Y, en su párrafo segundo, en la lista ejemplificativa que contiene, reputa como tal, entre otras: *la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios* (apartado c). Esta es precisamente la imputación que hace el Servicio en su informe a TABACALERA.
6. Dos cuestiones sucesivas se imponen a la consideración del Tribunal para esclarecer si procede confirmar o revocar esta imputación del Servicio. La primera es si la probada negativa de suministro ha de reputarse o no como *injustificada*, ya que la imputación sería insostenible si resultara con justificación bastante. Si, por el contrario, resultara que la negativa había sido *injustificada*, correspondería inmediatamente averiguar si, en el momento en que se produjo la negativa, gozaba TABACALERA de una posición de dominio en el mercado relevante. Si esa posición de dominio no fuera apreciada, la denunciada conducta de TABACALERA no habría sido reprochable, aun en el caso de que su negativa de suministro hubiera carecido de justificación. En cambio, sí sería reprochable, intímable y sancionable ese comportamiento de haberlo practicado desde una posición de dominio en el mercado relevante. Se impone, pues, dar respuesta en primer término, y sin más dilación, a esta cuestión: ¿Ha estado debidamente justificada por TABACALERA la negativa de suministro de sus propias marcas a McLANE?
7. Ciertamente la carta de 2 de junio de 1996 que TABACALERA envía a McLANE desestimando suministrarla no contiene *razones convincentes*

como para poder calificar de *justificada* la negativa. Lo único que se responde allí al pretendido suministro de las labores con marcas propias de TABACALERA es: *No podemos aceptar su ofrecimiento* (de suministro) *por cuanto Tabacalera tiene su propia red de distribución y, en consecuencia, no necesita nuevos distribuidores*. Posteriormente TABACALERA ha sido más explícita cuando ha hecho notar que un distribuidor mayorista de tabaco no es un mero transportista sino un operador logístico que ha de estar dotado de almacenes, medios de transporte y elementos informáticos, que permitan garantizar un estándar adecuado de conservación de los productos, y que McLANE, escudándose en que se trata de un secreto comercial, se ha negado a detallarle los medios operativos con los que cuenta. TABACALERA ha intentado también justificar ante el Tribunal su negativa de suministro señalando que la misma está amparada por la Constitución que, al consagrar en su art. 38 el sistema de libre empresa en el marco de la economía de mercado, ampara la libertad de contratación. Es cierto que ante el Tribunal TABACALERA ha sido más explícita que en su carta a McLANE al explicar su negativa de suministro, aunque no ha sido convincente.

8. En efecto, siendo cierto que el tabaco es un bien que requiere de logística y transporte adecuados para que su calidad no se perjudique, no lo es menos que la empresa que solicitaba a TABACALERA ser distribuidora es filial de una conocida multinacional dedicada, entre otras actividades, a la distribución de labores de tabaco en diversos países. Y no es razonable pedir a quien tiene acreditado oficio el mismo tipo de información que sería razonable demandar a un pretendiente sin experiencia. Ciertamente, la respuesta de McLANE no favorece unas buenas relaciones comerciales, pero no es ésta la cuestión que aquí se ventila y, en todo caso, la misma no exonera a TABACALERA, como empresa dominante, de sus responsabilidades de suministro.
9. En cuanto a que *la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado* que consagra la Constitución española ampare una ilimitada libertad de contratación, como argumenta TABACALERA, resulta bien lejano de la realidad. Por lo que respecta al Derecho de la competencia, al que se refiere este expediente, bastaría señalar que gran parte de su contenido consiste precisamente en prohibiciones limitativas de la libre contratación, en beneficio del mercado, para cuyo correcto funcionamiento es imprescindible que la libre competencia sea salvaguardada de las conductas de los operadores económicos que la perturben o que pretendan perturbarla porque, cuando la competencia se destruye o se aquieta, el mercado deja de funcionar adecuadamente y ya no puede cumplir bien sus funciones entre las que destaca el asignar óptimamente

los siempre escasos recursos de la sociedad. Es precisamente la consagración constitucional de la economía de mercado lo que justifica la represión desde los poderes públicos de las conductas que atentan contra la libre competencia, en perjuicio frecuentemente de la libre contratación.

10. La negativa de suministro de sus propias marcas que TABACALERA le comunica a McLANE en su carta de 2 de junio de 1996 ha resultado, pues, una *negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos*, de las que prohíbe el art. 6.1.c) LDC cuando se practican desde una posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. La cuestión que corresponde dilucidar ahora al Tribunal es la antes anunciada: ¿disponía TABACALERA, en la fecha de autos, de una posición de dominio en el mercado relevante?
11. El mercado relevante o mercado afectado por el comportamiento de TABACALERA, ha de ser considerado tanto por su ámbito *geográfico* como por lo que se refiere al *producto*.

Por lo que se refiere al mercado geográfico relevante, éste se define 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 puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*. Desde este punto de vista, sostenido por los reglamentos comunitarios y confirmado por el Tribunal de Justicia Europeo, en el presente expediente no puede considerarse como tal el mercado español en su totalidad, porque la diferente legislación, particularmente de índole fiscal, de la Comunidad Autónoma canaria obliga a segregar del mercado geográfico afectado esta zona del territorio nacional. Pero resulta completamente inatendible la pretensión de TABACALERA de que sea considerado como relevante el mercado de la Comunidad Europea, al ser tan diferentes las condiciones legales y de mercado que rigen en ambos ámbitos. Resulta de particular interés señalar, en este sentido, la barrera técnico-económica que separa en las labores de tabaco el mercado europeo del español, representada por el hecho de que la normativa española obliga a que cada paquete de cigarrillos que se venda al público en España deba llevar incorporada la marca fiscal y contener una leyenda en castellano que advierta del peligro que representa el tabaco para la salud. Si un fabricante no español de la Comunidad Europea desea abastecer a un mayorista español de sus cigarrillos, el problema se salvaría poniendo en origen la marca fiscal y la

leyenda pero si, como es el caso en el presente expediente, los fabricantes europeos prefieren no abastecer directamente a McLANE desde fuera de España, este distribuidor mayorista se vería obligado a comprar los paquetes de cigarrillos no españoles en el mercado internacional, desembalarlos y desempaquetarlos, retirar la envoltura de cada paquete, poner a cada uno la marca fiscal y la leyenda, y un nuevo celofán, y volver a empaquetarlos y embalarlos. Tan ineficiente y costosa práctica hace inviable la importación paralela de labores de tabaco desde España y es una razón más para delimitar el mercado geográfico como el que tiene lugar en el territorio español peninsular y de la Comunidad balear, que es, por otra parte, como la propia Comisión Europea lo ha delimitado.

En cuanto al mercado de producto relevante, en efecto, tal como percibió el Servicio, son identificables dos mercados afectados por la conducta de TABACALERA, ambos de labores de tabaco: el mercado de la *fabricación* y el mercado, conexo con éste, de la *distribución mayorista*. Esta es también la delimitación que hace la Comisión Europea cuando señala que el mercado de producto es el mercado de fabricación y venta de cigarrillos y puros y el de distribución mayorista de labores de tabaco.

Alega TABACALERA que los cigarrillos rubios y negros no son sustituibles para el consumidor normal, lo que aconsejaría, según ella, considerar que son dos submercados diferentes. Esta consideración es, sin embargo, superflua en el caso que nos ocupa, pues establecer la distinción no sería determinante ya que, como se verá más adelante, la cuota de mercado no puede ser en este expediente el único elemento de preceptivo análisis para apreciar si TABACALERA dispone de una posición de dominio.

12. Las siguientes consideraciones se proponen, precisamente, esclarecer qué debe entenderse por *posición de dominio* en el mercado. Ciertamente es que nada dice al respecto la Ley española de Defensa de la Competencia ni tampoco el Tratado de la Comunidad Europea, pero no lo es menos que el Tribunal de Justicia Europeo ha elaborado una clara doctrina al respecto, que este Tribunal ha venido siguiendo fielmente. Según esta doctrina, la posición de dominio de una empresa en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, cualquier característica que afecte al bien o servicio de que se trate. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá, según esa doctrina, de que la misma se beneficie de un poder y una independencia de comportamiento en el mercado, en grado suficiente como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de proveedores, competidores, clientes o usuarios.

13. Las autoridades comunitarias utilizan diversos enfoques para identificar la existencia de una posición dominante por parte de una empresa. En general, parten de un *análisis estructural* del mercado y de la posición en el mismo de la empresa considerada. En ocasiones, además, estudian el comportamiento de la empresa en cuestión y el de sus competidores, es decir, realizan un *análisis conductista*. A veces, analizan también un *análisis de dependencia*, respecto de la que puede encontrarse la víctima del supuesto abuso con relación a la empresa investigada. El primero es un análisis que se lleva a cabo normalmente en todos los casos, mientras que el segundo y el tercero son habitualmente complementarios del primero. Seguidamente, se hará una breve referencia a estos tres métodos de aproximación.
14. Por lo que se refiere al *análisis estructural*, ya en 1978, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE), en la Sentencia *United Brands*, había declarado que la investigación sobre si una empresa está en posición dominante *debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y, después, la situación competencial en dicho mercado*. Y el Tribunal añadía: *La existencia de una posición dominante resulta en general de la reunión de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes*.

Los factores de estructura que el TJE considera relevantes para el análisis son los siguientes: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y, en cuanto a los factores de situación competencial en el mercado, la Sentencia señala que hay que tener en cuenta los siguientes: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

15. En lo referente al *análisis conductista*, desde tan temprana fecha como 1965, en que hace público su *Memorandum* sobre el problema de las concentraciones en el mercado común, la Comisión atribuye al comportamiento de la empresa y de sus competidores una importancia de primer orden para dilucidar si existe una posición de dominio. Es en términos de *comportamiento en el mercado*, principalmente por la capacidad de la empresa de ejercer una influencia en el mismo, como la Comisión definía allí la *posición de dominio*. Luego, será el propio Tribunal de Justicia Europeo, en su Sentencia *United Brands*, el que, pese a considerar los criterios estructurales de manera principal, no dejó de atribuir importancia a los factores de comportamiento. Así, no obstante afirmar allí la necesidad de examinar la situación concurrencial en el mercado, señalaba que, *al hacerlo, puede ser útil eventualmente el tomar*

en consideración hechos evocados a título de comportamientos abusivos sin que al hacerlo haya de reconocérseles necesariamente ese carácter. En la Sentencia Hoffman-La Roche, el TJE se reafirma en el reconocimiento de la importancia de los criterios conductistas al señalar que la posición dominante: No excluye que se dé una cierta competencia, pero coloca a la empresa que se beneficia de ella en condiciones, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente sobre las condiciones en que la referida competencia se desarrolla y, en cualquier caso, de comportarse en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante lo cual, esta actitud le perjudique.

En todo caso, los criterios de comportamiento se aplican para confirmar las conclusiones derivadas del análisis estructural y para completar éstas cuando no resultan concluyentes. Es decir, la aplicación de criterios conductistas es complementaria pero no excluyente con respecto a la aplicación de criterios estructurales.

16. Finalmente, por lo que se refiere al *análisis de dependencia*, es de señalar que la Comisión Europea ha utilizado en diversas ocasiones el concepto de *dependencia económica* en expedientes incoados por el artículo 82 del Tratado para caracterizar como tal al vínculo entre dos empresas cuando una de ellas se presenta como el *contratante obligatorio* de la otra. Así, en la Decisión *General Motors* de 19 de diciembre de 1974, la Comisión consideró que esta empresa disponía en Bélgica de una posición dominante al estar cualquier importador paralelo belga obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que el vehículo importado pueda circular en Bélgica. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia Europeo en la Sentencia *British Leyland* de 11 de noviembre de 1986, que señala expresamente la existencia de una *situación de dependencia económica característica de una posición dominante*.
17. Examinada TABACALERA a la luz de estos criterios seguidos por el Tribunal de Justicia Europeo para establecer si una empresa dispone de una posición dominante en el mercado, resulta evidente que la atribución que le hace el Servicio de ostentarla en la fecha de autos en los dos mercados (fabricación y distribución mayorista) es certera, como después se verá, e incluso resultaría tal posición de dominio en el mercado si, a efectos meramente dialécticos, se aceptara como válida la delimitación propuesta por TABACALERA, ya que elegir una u otra delimitación afectaría, en lo que es significativo para este expediente, únicamente a la cuota de mercado ostentada por TABACALERA, y la cuota es sólo un elemento del análisis, pero no el elemento en exclusiva determinante.

En efecto, la cuota de mercado es uno de los elementos estructurales de la situación competencial del mercado, pero no el único definitorio de la posición dominante, como reconoce la propia TABACALERA en sus alegaciones al invocar la Resolución *Bacardí* de este Tribunal. Ciertamente, la posición de dominio en el mercado no puede atribuirse a una empresa únicamente a partir de la porción de mercado que la misma alcanza, porque una empresa puede tener una cuota elevada sin disponer de una posición de dominio y también puede suceder que disponga de una posición dominante, incluso si su parte del mercado es débil. En su Sentencia *United Brands* el TJE dejó claro como el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo, lo que habrá que apreciar, en todo caso, a la luz de otros factores. Ciertamente es que el mismo Tribunal, en la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, también había señalado que *cuotas extremadamente importantes constituyen, en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante*, pero no lo es menos que añadía: siempre y cuando se mantengan *durante un período de una cierta duración*. En el caso presente, la realidad es que, en cualquiera de las hipótesis que se contemplen, la cuota de TABACALERA es significativa, lo que obliga a esmerar el análisis de los demás elementos a tomar en cuenta.

18. En cuanto a los *factores estructurales*, merecen ser destacados aquí los siguientes: *presentación* del producto, redes de *transporte y venta e integración vertical*. Por lo que se refiere a la *presentación* de los paquetes de cigarrillos, conviene recordar que cada paquete que se vende a los estancos debe llevar una “marca fiscal” y una “leyenda en español advirtiendo del peligro para la salud”, debajo del celofán, por lo que resultan ineficientes importaciones paralelas si los fabricantes extranjeros se niegan a vender a un mayorista español, como ha sido el caso. Por ello, la ventaja del único fabricante existente dentro del territorio peninsular y balear es incontrovertible. En cuanto a las redes de *transporte y venta*, basta mencionar ahora que la de TABACALERA es completa como corresponde a su condición de monopolista durante tantos años, mientras que la del distribuidor que pretende operar, McLANE, es por fuerza incipiente. La ventaja en este aspecto por parte de TABACALERA es también notoria. La cuestión relativa a la *integración vertical* presenta en este caso una variante que es característica de sectores cuyo comercio al por menor funciona en régimen de monopolio con un aprovisionador tradicional dotado de la condición de monopolista legal durante muchos años: aunque legalmente no pueda definirse como de *integración vertical* la situación existente a la fecha de autos, los efectos económicos son en

gran medida equivalentes. De nuevo la hegemonía de TABACALERA sobre cualquier pretendiente a entrar en el mercado es muy fuerte. En resumen, el test de factores conduce a considerar que TABACALERA dispone de una posición de dominio en el mercado relevante, incluso de aceptarse la segmentación cigarrillos rubios-cigarrillos negros que TABACALERA propone.

19. Por lo que se refiere a los *factores competenciales*, teniendo en cuenta que ya se han hecho las consideraciones pertinentes acerca de la cuota de mercado, proceden unos comentarios a propósito de los *competidores* y de las *barreras de entrada*. En cuanto a fabricación, únicamente hay uno en el territorio peninsular y balear -TABACALERA- que, en la fecha de autos, fabrica sus propias marcas y las marcas de sus principales competidores mediante contratos que otorgaban a TABACALERA también la distribución exclusiva. Y, por lo que se refiere a las barreras de entrada, innecesario parece insistir más en el bloqueo total del mercado para los nuevos entrantes mantenido en este sector, primero por disposición legal y luego, de hecho, por factores que van desde el mantenimiento del régimen de monopolio en la venta al por menor a la imposibilidad de comercio paralelo por la barrera técnico-económica antes descrita. Es decir, las barreras de entrada, como la ciencia económica califica a las dificultades y costes asociados que una empresa tiene que salvar para entrar en un sector económico, son perfectamente identificables aquí, sobre todo, en los siguientes aspectos: preexistencia reciente de un monopolio legal, la exigencia de autorización para el ejercicio de la actividad y negativa de acceso a los canales de distribución. En estas circunstancias, la posición de dominio de TABACALERA es indudable porque ha gozado de una independencia tal de comportamiento que le ha permitido impedir la entrada de competidores.
20. Cuando la Sentencia *Hoffman-La Roche* hacía la consideración citada *ut supra* a propósito de la importancia de los criterios conductistas para identificar una posición dominante, estaba escribiendo un párrafo que hoy este Tribunal puede aplicar directamente al caso que se está examinando. El comportamiento de la empresa que revelaba su posición dominante era para el TJE el que *coloca a la empresa que se beneficia de ella en condiciones, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente sobre las condiciones en que la referida competencia se desarrolla y, en cualquier caso, de comportarse en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante lo cual, esta actitud le perjudique*. Esto es exactamente lo que TABACALERA tiene acreditado en el expediente haber hecho. En todo caso y como es doctrina del alto Tribunal europeo, los criterios de comportamiento se aplican para confirmar las conclusiones

derivadas del análisis estructural y para completar éstas si no resultaran concluyentes. En el presente expediente, el análisis conductista ha sido confirmatorio de las conclusiones que ya se habían derivado del análisis de los factores estructurales y competenciales.

21. Innecesario resulta completar la investigación presente con un *análisis de dependencia* para confirmar la posición de dominio en el mercado que ostentaba TABACALERA en la fecha de autos, si bien destacan las similitudes entre este caso y los analizados tanto en la Decisión *General Motors*, donde se consideraba que esta empresa disponía en Bélgica de una posición dominante al estar cualquier importador belga obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que el vehículo importado pueda circular en Bélgica, como en la Sentencia *British Leyland* de 11 de noviembre de 1986, que señala expresamente la existencia de una *situación de dependencia económica característica de una posición dominante*.
22. En definitiva, tras los análisis estructural y conductista efectuados, no cabe la menor duda de que, en la fecha de autos, TABACALERA ostentaba una posición de dominio en los dos mercados en los que operaba, peninsular y balear de fabricación y de distribución mayorista de labores de tabaco, y que la negativa de suministro denunciada, tendente a impermeabilizar esa posición dominante en el mercado de distribución, constituye una explotación abusiva de dicha posición de dominio por su parte que, en aplicación del párrafo 2.c) del art. 6 LDC y, tal como establece el párrafo primero del mismo artículo, está prohibida.
23. Es rechazable la argumentación de TABACALERA según la cual el que hayan descendido sus cuotas en los mercados definidos como relevantes constituye una prueba de que no ostentaba posiciones de dominio en la fecha de autos. Eso no prueba lo que TABACALERA desea que pruebe porque nunca se sabrá cuáles serían hoy las cuotas de mercado de otros competidores si TABACALERA no hubiera obstruido pertinazmente su entrada, como ha resultado acreditado en el caso de McLANE. Es reprochable el que una empresa, que se ha visto amparada por la legalidad durante largo tiempo en el ejercicio de un monopolio legal, se muestre abiertamente rebelde a la legalidad cuando ésta decide sustituir el régimen de monopolio por el de libre competencia.
24. Los términos en que plantea TABACALERA en sus alegaciones la discusión de la doctrina de las *essential facilities* son inadecuados al caso, porque la cuestión que aquí se ventila no es si estamos o no en presencia de una infraestructura determinante para el ejercicio de una actividad, sino

que el asunto que hay que dirimir tiene su anclaje directo en una prohibición expresa del art. 6 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia que, en su apartado 2. c), en relación con el 1, precisa que *la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos* está prohibida cuando se practica desde una posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Pero, además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha reiterado que una empresa dominante de un mercado primario (el de fabricación, en el presente caso) que se niega a suministrar mercancías o servicios en un mercado secundario (el de distribución mayorista, en este expediente), con la finalidad de reservárselo, explota su posición dominante de manera abusiva. Así lo hizo, entre otras, en la Sentencias *Commercial Solvents* (1974), *Decca Navigation System* (1989), *Magill* (1991), *Tetra Pak* (1996), *ITT/Promedia/Belgacom* (1997).

La doctrina de los mercados conexos es, por otra parte, independiente conceptualmente de la doctrina de las *essential facilities*, como este Tribunal acaba de recordar en su reciente Resolución *Tubogas/Repsol*, ya que -como allí se dijo- *el aspecto económico a considerar* (en la doctrina de los mercados conexos) *es que una empresa controla un factor necesario para competir en un mercado conexo descendente*. Como en la mencionada Resolución señalaba este Tribunal, la doctrina de que constituye un abuso de posición dominante el negar algo necesario, cualquiera que esto sea, a un competidor en un mercado conexo, cuando se dispone en el primero de posición de dominio, goza de amplísimo respaldo jurisprudencial.

25. En definitiva, el Tribunal considera acreditado que TABACALERA ha infringido el art. 6 LDC por lo que procede declararlo así, imponerle las correspondientes sanciones y la publicación a su costa de la parte dispositiva de esta Resolución.
26. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la sección segunda del Capítulo I del Título I de la LDC, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras.

En cuanto a las intimaciones, 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.

Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan los arts 1, 6 y 7 LDC multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

27. La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho art. 10, 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.
28. En el presente caso, el Tribunal considera que debe intimar para el cese de la conducta y también multar, porque la actitud deliberada que ha guiado el comportamiento ilícito de TABACALERA que se examina en este expediente no ofrece ninguna duda.
29. Por lo que se refiere a la determinación de la cuantía de la sanción, el Tribunal ha atendido a la importancia de la infracción, teniendo en cuenta los criterios que le impone el art. 10 LDC y hace constar, en este sentido, lo siguiente:
 - a) En cuanto a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, se impone reputar como de muy grave la conducta de TABACALERA, y de consecuencias determinantes para que aún no exista competencia en el mercado de distribución mayorista de labores de tabaco como ha querido el legislador. No resulta ocioso insistir en la gravedad que tiene una conducta como la que aquí se declara que ha practicado TABACALERA, consistente en aferrarse mediante prácticas ilegales a la condición de monopolista que antes la Ley le otorgaba y que después le retiró. Esta conducta significa una obstrucción inadmisible a un proceso de liberalización que el legislador ha querido.
 - b) En relación con la dimensión del mercado afectado, es muy amplia porque abarca todo el territorio peninsular, así como el de la Comunidad balear.

c) Respecto de la cuota de TABACALERA en el mercado relevante, es plena en cuanto a fabricación todavía hoy, y lo era igualmente, por lo que se refiere a distribución, en la fecha de autos.

d) En cuanto al efecto de la restricción sobre la competencia, es notable, como se deduce de la importante cuota que TABACALERA sigue ostentando en el mercado.

e) En cuanto a cuál ha sido la duración de la restricción de la competencia, resulta que aún perdura pues, incluso después de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en contrario, TABACALERA sigue sin abastecer de sus propias marcas a la denunciante.

f) Por lo que se refiere a la reiteración de TABACALERA en la realización de las conductas prohibidas, este Tribunal no tiene conocimiento de ninguna respecto de otras empresas, aunque considera que no cabe, en este caso, atribuir importancia a esta circunstancia pues, siendo conocida en el mercado la negativa de TABACALERA a suministrar a McLANE, filial de una conocida multinacional que distribuye al por mayor tabaco en varios países, resulta difícil imaginar numerosos aspirantes a realizar esta actividad en España cursando pedidos a TABACALERA.

30. Estas consideraciones ponen de manifiesto que los factores que deben ser tenidos en cuenta para cuantificar la sanción se han dado en grado sumo en el presente expediente. El Tribunal, atendiendo todas las circunstancias del caso fija la cuantía de la sanción en tres millones de euros.

VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal, por unanimidad, salvo en lo relativo a la cuantía de la multa sancionadora que tuvo los votos en contra de los Vocales señores Castañeda Boniche y Martínez Arévalo por considerarla excesiva,

HA RESUELTO

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.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y que, por tanto, no cabe recurso en esta vía, siendo sólo susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.