

Id. Cendoj: 28079230062006100169
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 03/05/2006
Nº de Recurso: 612/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a tres de mayo de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 612/2003, se tramita, a

instancia de Altadis, S.A., representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la

desestimación presunta del Tribunal de Defensa de la Competencia de la solicitud de Altadis, S.A.,

de fecha 28 de febrero de 2003, en el que la Administración demandada ha estado representada y

defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido como parte codemandada McLane España, S.A., representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen, siendo indeterminada la

cuantía del recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2003, y la Sala, por providencia de fecha 5 de noviembre de 2003, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 26 de noviembre de 2003 la representación procesal de McLane España, S.A. presentó un escrito en el que solicitó ser tenida por parte, y la Sala, por providencia

de 4 de diciembre de 2003, la tuvo por personada en condición de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente, en su turno, contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 25 de abril de 2006.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la solicitud formulada por Altadis, S.A..

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) El 10 de septiembre de 1996 McLane España, S.A. formuló denuncia contra Tabacalera, que dio lugar al expediente 1449/96, del Servicio de Defensa de la Competencia y al expediente 486/2000 del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), que concluyó por Resolución del TDC de 24 de abril de 2002 (AC 200338), cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

Primero.- Declarar la comisión por Tabacalera, SA de una conducta abusiva de posición de dominio prohibida por el artículo 6 LDC (RCL 1989591) consistente en la negativa de suministro a McLane España, SA de las labores de tabaco que produce de sus propias marcas.

Segundo.- Intimar a Altadis, SA (antes Tabacalera, SA) para que cese en esa conducta y, si McLane España, SA 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, SA 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, SA una multa sancionadora de tres millones de euros

Quinto.- Imponer a Altadis, SA 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, SA 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.

2) El recurso contencioso administrativo interpuesto contra la anterior Resolución del TDC fue desestimado por esta Sala en sentencia de 5 de noviembre de 2003 (recurso 341/2002, de esta Sección 6ª).

3) 28 de febrero de 2003 Altadis, S.A. presentó un escrito ante la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, en relación con la Resolución del TDC citada, en el que solicitaba una declaración sobre los puntos siguientes: a) que no existe en la fecha actual posición de dominio por parte de Altadis en el mercado de la fabricación y venta de cigarrillos en España, y b) que la pérdida sobrevenida de la condición dominante de Altadis lleva como consecuencia la extinción de la obligación de suministrar a McLane, impuesta por el TC en su Resolución de 24 de abril de 2002.

4) El 16 de octubre de 2003 Altadis interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por el TDC de su solicitud de 28 de febrero de 2003.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) que existe cierta confusión en la delimitación del mercado de referencia, como lo prueba que la Resolución del TDC hable en ocasiones del mercado de la fabricación, en otras al mercado de fabricación y venta y en otras a cuotas de mercado de venta, b) de acuerdo con la estructura actual del mercado de cigarrillos en España, el mercado de referencia es el de los cigarrillos fabricados en España o en otros Estados miembros destinados a ser distribuidos y vendidos en España, c) en dicho mercado Altadis tiene un cuota del 38% y por tanto no tiene posición de dominio, d) al no ostentar Altadis posición de dominio, se ha extinguido la obligación de suministro impuesta por el TDC en la Resolución de 24 de abril de 2000.

El Abogado del Estado contesta que el recurso es inadmisibile al existir litispendencia con el recurso 34/2004, y en cuanto al fondo, que la pretensión del recurrente contradice lo declarado por la Resolución del TDC de 24 de abril de 2000, que ha sido confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003 , que no han declarado la existencia de una posición dominante por tener determinada cuota de mercado, sino por la existencia de una posición que permite influir sobre las condiciones en que la competencia se desarrolla.

La codemandada McLane opone a la demanda su inadmisibilidad por litispendencia con otro proceso, y la improcedencia de la pretensión actora, porque la situación continúa siendo la misma que la contemplada en la Resolución de 14/04/2002 y Altadis/Logista, como sucesores de Tabacalera, S.A., mantienen una posición de dominio en el mercado definido por el TDC en dicha Resolución y de monopolio de facto en el mercado de la distribución mayorista de tabaco.

TERCERO.- Examinamos en primer término la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por ambas partes codemandadas.

Sobre la litispendencia, aún siendo cierto que entre el presente recurso y el recurso

34/2004 existe identidad de partes y de pretensiones, sin embargo no cabe desconocer que las resoluciones objeto de los respectivos recursos son distintas, de un lado, la desestimación presunta por el TDC de la solicitud de 28 de febrero de 2003 sobre una declaración de inexistencia de posición de dominio y de extinción de la obligación de suministro, y de otro lado, el auto del TDC de 21 de noviembre de 2003, que se ocupó no únicamente de la acción declarativa a que nos acabamos de referir, sino también de una solicitud de confidencialidad formulada por Altadis y de la reiteración por Altadis de su negativa de suministro a McLane.

Es de especial consideración, para rechazar la alegación de inadmisibilidad del recurso, que la parte actora ha solicitado la acumulación del recurso 34/2004 al presente recurso, lo que ha sido denegado por la Sala, en autos de 12 de enero de 2004 y 25 de febrero de 2004, por razón de que en el momento de la interposición del segundo recurso se desconocía si la pretensión del recurrente era coincidente o más amplia que la pretensión del primer recurso, pues como se ha dicho los actos impugnados eran distintos. Por lo tanto, la tramitación de los dos recursos no es imputable a la parte recurrente, que solicitó su acumulación en un único recurso, sino a la decisión de esta Sala, que consideró preferible la tramitación separada de ambos recursos, por la citada falta de identidad de los actos impugnados, acordando el señalamiento de deliberación y fallo en la misma fecha, para evitar el riesgo de pronunciamientos contradictorios.

CUARTO.- En cuanto al fondo, la Sala comparte el criterio del TDC expresado en el auto de 21 de noviembre de 2003, sobre la ausencia de acción para solicitar del TDC una declaración sobre inexistencia de posición de dominio, al margen o fuera del procedimiento sancionador regulado por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Además, la Sala considera que la pretensión deducida por la parte actora en el presente recurso es inviable en cuanto está dirigida a obtener una modificación de lo resuelto por el TDC por una vía distinta a la de los recursos previstos por la LDC y LJCA. En efecto, la parte actora, que ha sido sancionada por abuso de posición de dominio por una Resolución del TDC que puso fin a la vía administrativa, pretende en la ejecución de dicha Resolución sancionadora, un nuevo debate sobre la existencia o no de la posición de dominio, con la pretensión de que se declare que no existe la posición de dominio apreciada en la Resolución sancionadora.

Concretamente la pretensión de la parte actora, tal y como aparece expuesta en su escrito de 28 de febrero de 2003, que consideró desestimado de forma presunta por el TDC, consiste en: a) que se declare que en la fecha actual (febrero de 2003) no existe posición de dominio por parte de Altadis en el mercado de la fabricación y venta de cigarrillos en España, y b) que se declare la extinción de la obligación de suministrar a McLane, impuesta por el TDC en la Resolución de 24 de abril de 2002.

Sin embargo, tal pretensión se articula sobre la base de una lectura equivocada de la Resolución del TDC de 24 de abril de 2004. Dice la parte actora en su demanda que se puede constatar la existencia de cierta confusión en la delimitación del mercado de referencia efectuada en la citada Resolución, pues en unas ocasiones el TDC se refiere al mercado de la fabricación, en otras ocasiones al mercado de la fabricación y venta y en otras a cuotas de mercado de venta. Siguiendo con la tesis de la demanda, esa confusión exige proceder a una "adecuada" delimitación del mercado de referencia (Fundamento de Derecho 4-II, páginas 8/9 de la demanda), y tal mercado de referencia, correctamente definido es el de "...los cigarrillos fabricados en España (territorio peninsular e Islas Baleares) o en otros Estados Miembros destinados a ser

distribuidos y vendidos en España territorio peninsular e Islas Baleares)..."

QUINTO.- Por el contrario, considera la Sala que la Resolución del TDC de 24/04/2002 no padece de ninguna confusión en la delimitación del mercado de referencia, y que, en todo caso, el lugar para discutir una delimitación incorrecta y sustituirla por otra diferente es el oportuno recurso en la vía contencioso administrativa.

En efecto, la Resolución del TDC no es confusa, sino perfectamente clara en la definición del mercado de referencia, que aparece en su Fundamento de Derecho Undécimo:

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 (el subrayado es nuestro).

Tampoco nuestra sentencia de 5 de noviembre de 2003, que declaró la conformidad a derecho de la Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, apreció ninguna clase de confusión en la delimitación del mercado de referencia, como lo demuestra la lectura de su Fundamento Jurídico Cuarto:

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 (el subrayado es nuestro).

SEXTO.- Es muy claro, entonces, que delimitado el mercado de referencia, tanto por el TDC como por nuestra sentencia citada como el mercado de la fabricación y el mercado conexo de la distribución mayorista de las labores de tabaco, no cabe ahora, por la vía de un escrito en ejecución de la Resolución del TDC, modificar tal delimitación del mercado, en el sentido que pretende la parte actora, que la amplía para incluir en la delimitación del mercado no sólo los cigarrillos fabricados en España, sino también los fabricados en otros Estados miembros destinados a ser distribuidos y vendidos en España.

Las razones anteriores hacen inviable la pretensión actora de obtener una declaración de inexistencia de posición de dominio y de extinción de la obligación de suministro a McLane.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Altadis, S.A., contra la Resolución descrita en el encabezamiento de esta sentencia.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.