

**Id. Cendoj:** 28079130032009100073  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 24/02/2009  
**Nº de Recurso:** 3796/2006  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** OSCAR GONZALEZ GONZALEZ  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

### **Resumen:**

Conductas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia por negativa de suministro de marcas de tabaco. Recurrente: ALTADIS, S.A.

---

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil nueve

En el recurso de casación nº 3796/2006, interpuesto por la Entidad ALTADIS, S.A., representada por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, y asistida de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 3 de mayo de 2006, recaída en el recurso nº 34/2004, sobre sanción por conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia; habiendo comparecido como parte recurrida la Entidad McLANE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, y asistida de letrado, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad ALTADIS, S.A., contra el Auto del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de noviembre de 2003, dictado en incidente de ejecución en el expediente 486/2000.

Como antecedentes es necesario destacar lo siguiente:

1º 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, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

artículo 6 LDC (RCL 1989591)

2) El recurso contencioso administrativo interpuesto contra la anterior Resolución del TDC fue desestimado por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional en sentencia de 5 de noviembre de 2003 (recurso 341/2002, de esta Sección 6ª), habiéndose interpuesto contra esta sentencia recurso de casación que se tramitó en esta Sala bajo el nº 902/2004.

3) El 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, recaída en el expediente 486/2000, 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) Ante el silencio del TDC se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, que dio lugar a los autos 612/2003, en los que recayó sentencia desestimatoria de fecha 3 de mayo de 2006, y que han sido objeto del recurso de casación nº 3779/2006.

5º Con posterioridad a dicho recurso el TDC dictó el auto ya citado, de 21 de noviembre de 2003, como incidencia de ejecución en el expediente 486/00, que decidió diversas cuestiones y, entre ellas, desestimó la pretensión de obtener una acción declarativa sobre la sobrevenida pérdida de posición dominante. Se motivó este acto de la siguiente forma:

Dicho auto constituyó el objeto del recurso contencioso-administrativo nº 34/2004 en el que se ha dictado sentencia desestimatoria objeto ahora de la presente casación nº 3796/2006.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la recurrente se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 5 de junio de 2006, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (ALTADIS, S.A.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 19 de julio de 2006, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual

expuso, los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el artículo 1, letra c) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia en lo que se refiere a los requisitos de congruencia y motivación, motivo que se pone en relación con el art. 42 de la LRJ-PAC, art. 218 de la LEC y arts. 24 y 25 de la CE.

2) Al amparo de lo preceptuado en el artículo 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de los arts. 6, 9, 25 y 31 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia; art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea; arts. 9.3, 24 y 25 de la Constitución en lo que se refiere al principio de tutela judicial efectiva y legalidad, en relación con los arts. 127 y 129 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC; arts. 42 y 53.2 de la LRJ-PAC, en relación con el art. 63 del mismo texto legal.

Terminando por suplicar dicte sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 95.2 c) y d), por la que estimando los motivos de casación objeto de recurso, anule la sentencia de instancia y, entrando a conocer el fondo del asunto, estime íntegramente las peticiones de la demanda en el sentido de (i) declarar la inexistencia de posición dominante de Altadis, S.A. en el mercado de referencia y (ii) en todo caso, declarar la extinción de la obligación de suministro a McLane impuesta por el TDC en su resolución de fecha 24 de abril de 2002, dictada en el expediente 486/2000. Interesando mediante otrosí, entre otros, sea formulada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, celebración de vista, al amparo de lo dispuesto en el art. 44.1.c) de la LOTC, infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del principio constitucional de legalidad en materia sancionadora de los arts. 24 y 25 de la Constitución y acumulación de las presentes actuaciones al recurso de casación que se sigue ante esta Sala bajo el nº 3779/2006.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 29 de junio de 2007, se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 5 de septiembre de 2007 entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y McLANE ESPAÑA, S.A.), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo, lo que hicieron mediante escritos de fechas 2 y 5 de octubre de 2007 respectivamente, en los que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitaron se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas al recurrente. Mediante otrosí ambas partes se oponen al planteamiento de cuestión prejudicial y a la celebración de vista, el Abogado del Estado se opone a la acumulación interesada y la representación procesal de McLane España, S.A. no se opone a la misma.

QUINTO.- Por providencia de fecha 14 de noviembre de 2008, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 17 de febrero siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por ALTADIS S.A. (antigua TABACALERA S.A.) contra el auto del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de noviembre de 2003, en virtud del cual se desestimó la pretensión de la recurrente de "obtener una acción declarativa sobre su supuesta sobrevenida pérdida de posición dominante en los mercados de referencia de la resolución de 24 de abril de 2002.

El Tribunal de instancia basó su fallo en los siguientes fundamentos:

auto de 21 de noviembre de 2003 Ley  
16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC

Sala que la Resolución del TDC de 24/04/2002

sentencia de 5 de noviembre de 2003

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes, y que pueden resumirse así:

1º Al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley Jurisdiccional, la recurrente aduce quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, por falta de motivación, al no decidirse en ella, en primer lugar, acerca de las peticiones de la demanda sobre la inexistencia de posición dominante de ALTADIS en el mercado de tabacos con posterioridad al año 2002, a los efectos de continuar en el suministro de tabacos a la entidad MCLANE, que se le impuso por la resolución de TDC de 24 de abril de 2002, y, en segundo lugar, al no resolverse sobre la segunda petición de que se declare extinguida la obligación de suministro impuesta por dicha resolución al desaparecer su posición de dominio.

2º Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional alega infracción de las normas sobre competencia, al entender que ha dejado de tener la condición de operador dominante en el mercado de referencia, por lo que su obligación de suministro a MCLANE no tiene razón de ser. Así señala, que la prueba ha demostrado que ALTADIS ha sufrido una pérdida paulatina de cuota de mercado de tal forma que en el año 2002 Philip Morris ocupa el primer lugar en el mercado, siendo la recurrente

la segunda operadora con un 40% de cuota de mercado, que no ha parado de descender desde la liberalización del sector. Indica que no hay precedentes nacionales o comunitarios en que se establezca la obligación de suministro sin límite de tiempo - caso Hilti AG de la Comisión, caso Procter&Gamble del Consejo de Ministros, caso Sogecable/Vía Digital del Consejo de Ministros-. Añade que se ha infringido el artículo 31.b) LDC que impone al Servicio de Defensa de la competencia vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten.

SEGUNDO.- El primer motivo, concretamente referido, como de su formulación se desprende, a la vulneración de las normas de la sentencia debe estimarse, pues indudablemente no se resuelve en ella, con infracción del artículo 67 de la Ley Jurisdiccional, lo que constituye la razón fundamental de la demanda que no es otra que dejar sin efecto la obligación de suministro de tabaco por parte de ALTADIS a MCLANE que le había sido impuesta por la resolución del TDC de 10 de septiembre de 1996. La remisión que hace la sentencia a lo expresado en el auto del TDC de 21 de noviembre de 2003 no es suficiente para considerar cumplido el requisito de congruencia, pues no se tienen en cuenta los argumentos esgrimidos en la demanda contra el mismo, y que se recogen en el apartado II de sus Fundamentos de Derecho, en el que se expresa:

(art. 38 C.E

(art. 25 C.E

Hubiera sido necesaria una respuesta a éstos argumentos, que se formularon en forma clara y precisa, y que no pueden ser solventados con una simple referencia a la resolución impugnada, que es precisamente la que se discute, ni con la reproducción, con diferentes términos, de la motivación recogida en el acto administrativo.

La estimación del recurso lleva a plantearse el litigio en los términos en que ha sido debatido en la primera instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley Jurisdiccional.

TERCERO.- La primera cuestión que hay que resolver es la relativa a si es posible en fase de ejecución del acto administrativo modificar las obligaciones impuestas en el mismo respecto del suministro de tabaco por Altadis a Mclane.

Tanto el acuerdo del TDC como la sentencia del Tribunal de instancia parten de una circunstancia que no es la aquí planteada, pues consideran que lo que se pretende es la modificación del supuesto de hecho del acto, y su consiguiente revisión. No es esto lo que se solicita por el recurrente, pues si así fuera, sería válido el argumento de que ello solo puede lograrse a través de los mecanismo que -sin nombrarlos tanto la resolución como la sentencia-, establecen las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y la Ley Jurisdiccional, y que no son otros que la revisión de oficio prevista en los artículos 102, 103 y 104 de la primera, y el artículo 102 de la

segunda

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

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

Admitida, por tanto la posibilidad de modificación, cumple a continuación examinar si se ha producido el cambio de circunstancias, y a este respecto, hay que señalar que en el informe del Ministerio de Economía y Hacienda que obra en la pieza de prueba de la parte actora, aparece que, si bien, en las ventas globales (cigarrillos rubios y negros), por unidades vendidas continua Altadis en primer lugar, sin embargo, Philip Morris figura por delante de aquella, en la venta de cigarrillos rubios por unidades vendidas, en las ventas globales (cigarrillos rubios y negros), por valor económico total, y en la venta de cigarrillos rubios por valor económico total, todos a partir de año 2002.

Esto demuestra que se ha producido un cambio de circunstancias, en el sentido de que la posición de primer operador dominante de Altadis, ha sufrido modificación respecto a la que tenía antes de dichos años, al menos en lo que respecta al mercado de venta de tabaco, lo que pudiera venir influido por el de distribución.

Ahora bien, esta Sala no puede hacer una declaración sobre la pérdida de su posición de dominio en el mercado de referencia, ni determinar sobre cuál ha de considerarse mercado relevante en la situación actual, ya sea el de fabricación, distribución y venta, ya sea sólo cualquiera de ellos, pues el TDC no se ha pronunciado al respecto, siendo él el único competente para decidir estas cuestiones referidas al momento en que se hizo la solicitud por el recurrente -23/2/2003-.

En consecuencia, sin perjuicio de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, lo procedente es devolver el expediente al TDC para que adopte la resolución procedente en función de los razonamientos que han sido hechos en los precedentes fundamentos.

CUARTO.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley

29/1998 , no procede hacer una especial imposición de las costas causadas.

## **FALLAMOS**

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación n° 3796/2006, interpuesto por la Entidad ALTADIS, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 3 de mayo de 2006 , debemos revocar dicha sentencia, y declaramos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo n° 34/2004 , promovido por la Entidad ALTADIS, S.A., anulando por contraria a Derecho, el apartado tercero del Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de noviembre de 2003, debiendo dicho Tribunal de Defensa de la Competencia pronunciarse sobre la petición formulada por la recurrente en su escrito de 28 de febrero de 2003 relativa a los puntos a) y b) expresados en el apartado 3) del Fundamento Jurídico 1° de la sentencia recurrida; sin expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos  
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.