

**Id. Cendoj:** 28079130032009100067  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 03/03/2009  
**Nº de Recurso:** 902/2004  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

### Resumen:

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. TABACALERA, S.A. COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. McLANE ESPAÑA, S.A. ARTÍCULO 6.1 DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. NEGATIVA DE SUMINISTRO DE LABORES DE TABACO A UNA EMPRESA DISTRIBUIDORA MAYORISTA. ARTÍCULO 9 LDC: INTIMACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMEPTENCIA. RECURSO DE CASACIÓN. ARTÍCULO 88.1 c) LJCA. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA SENTENCIA. ARTÍCULO 67.1 LJCA. ARTÍCULO 24 CE. MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. DOCTRINA CONSTITUCIONAL: STC 127/2008, DE 27 DE OCTUBRE.

---

### SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación número 902/2004, interpuesto por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de las entidades mercantiles ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 341/2002, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002, sobre sanción por la realización de conductas prohibidas. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado y la entidad mercantil McLANE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén.

### ANTECEDENTES DE HECHO

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

«

».

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

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de las entidades mercantiles ALTADIS, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. recurrentes, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 5 de marzo de 2004, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Sentencia de 5 de noviembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 341/02

artículo 234 del TCE sentencia de Oscar Bronner asunto C-7/97, de 26 de noviembre de 1998 » .

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

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

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

« art. 139 LJCA ».

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

« sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) el pasado 5 de noviembre de 2003

art. 6 LDC art. 234 del Tratado CE » .

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

Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

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

« . . . ».

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

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

« . . . » .

2º.- El Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, en representación de CONWAY, S.A. (anteriormente McLANE ESPAÑA, S.A.), en escrito presentado el 29 de mayo de 2008, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« . . . » .

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

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

S.A. de una conducta abusiva de posición de dominio prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la negativa de suministro a McLANE ESPAÑA, S.A. de las labores de tabaco que produce de sus propias marcas, e intima a ALTADIS S.A. (antes TABACALERA) para que cese en esa conducta y proceda a efectuar los suministros pedidos en condiciones no discriminatorias.

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

« artículo 6 LDC

. » .

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

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

« [...] Art. 24 Arts. 54.1.a) y 138.1 de a Ley 30/92  
Art. 6 de la LDC Arts. 38 y 25

Art. 6 de la LDC

Art. 6.1.c) de la LDC

Art. 6 en el apartado 2.c) de la Ley de Defensa de la Competencia

Art. 6 de la LDC

Art. 9 LDC

Arts. 38 y 25

Art. 9 de la LDC

Art. 38

Art. 10 de la LDC

Art. 10 de la LDC . . . . . » . . . . .

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

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

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

El segundo motivo de casación, fundado también al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción del artículo 67 del mencionado cuerpo legal y del artículo 24 de la Constitución, denuncia que la sentencia impugnada no decide todas las cuestiones controvertidas en el proceso, incurriendo en incongruencia, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, pues no da respuesta a una cuestión esencial de la defensa de que no cabe imponer la obligación de suministro, porque, cuando se dicta la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el año 2002, ALTADIS no era ya operador dominante.

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

El cuarto motivo de casación, que se formula de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción del artículo 9 de la Ley de Defensa de la Competencia y de los artículos 25 y 38 de la Constitución, cuestiona que

se haya aplicado a ALTADIS una medida consistente en la obligación de suministro sin que se cumplan, en el momento en que se impuso, los presupuestos de hecho necesarios para su aplicación y la existencia de abuso de posición de dominio.

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

Procede estimar la prosperabilidad del primer y del segundo motivos de casación, que por razones de orden lógico procesal son examinados conjuntamente, puesto que apreciamos que la Sala de instancia ha infringido las normas reguladoras de la sentencia establecidas en el artículo 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que prescribe que las sentencias «decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso», ya que ha incurrido en violación del deber de motivar las decisiones judiciales, porque no da una respuesta suficiente, pormenorizada y razonable a una cuestión de carácter sustancial, en que la parte recurrente centro la controversia jurídica en la instancia, referida a que si la obligación impuesta a ALTADIS de suministro de sus propias marcas a McLANE ESPAÑA, S.A. si éste lo desea, en condiciones no discriminatorias, supone una vulneración del principio de legalidad sancionadora, en infracción del artículo 25 de la Constitución, que garantiza el respeto al principio de proporcionalidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 38 de la Carta Magna, pues restringe, injustificadamente, según se aducía, el ámbito de libertad del empresario, toda vez que se trata de una medida total y absolutamente desproporcionada, al no ostentar ALTADIS, en abril de 2002, la posición de dominio atribuida.

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

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

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

marzo y 127/2008, de 27 de octubre , para que se pueda declarar que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una decisión razonada fundada en Derecho, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

« STC 52/2005, de 14 de marzo art. 24.1 CE  
(SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3 STC 8/2004, de 9 de febrero

art. 24.1 CE (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2

b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero , 'el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre' (FJ 3 en ambas). ... [La constricción de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma ...

SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3 (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3 art. 24.1 (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2 ».

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

« ex arts. 31 y 32 de la Ley

(art. 33.1 LJCA STC 100/2004, de 2 de junio (FJ 6  
SSTC 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b; y 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2

(art. 65.2 LJCA (art. 33.2 LJCA (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 4

STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta la más reciente STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8 ».

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

« artículo 24 artículo 120 Tribunal Constitucional  
en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero Tribunal Europeo de Derechos  
Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994 ).».

Conforme es doctrina de esta Sala, advertida en la sentencia de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), « ».

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

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

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, este Tribunal Supremo, asumiendo las funciones jurisdiccionales de Sala de instancia, debe, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, examinar si la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002 es o no conforme a Derecho, sin necesidad de entrar a conocer de aquellos motivos de impugnación deducidos en el escrito de demanda, a los que la parte se aquietó al formular el escrito de interposición del recurso de casación (infracción del principio de

presunción de inocencia; falta de motivación y defectos en la tramitación del procedimiento e improcedencia de la sanción económica impuesta), al aceptarse íntegramente en estos extremos los razonamientos de la Sala sentenciadora.

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

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

En efecto, cabe considerar que los hechos imputados por el Tribunal de Defensa de la Competencia a TABACALERA, consistentes en la negativa de suministro de las labores de tabaco de sus propias marcas a McLANE ESPAÑA, S.A., son constitutivos de una conducta abusiva de su posición de dominio, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece que «queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional», y, concretamente, contraviene lo dispuesto en el apartado 2 c) de la referida disposición legal, que dispone que el abuso podría consistir en «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios», en cuanto que ha quedado acreditado de forma indubitada en el expediente que TABACALERA goza en el momento de la denuncia formulada por la empresa distribuidora McLANE ESPAÑA, S.A. (2 de junio de 1996), que motivó la incoación del expediente sancionador por el Tribunal de Defensa de la Competencia (20 de septiembre de 1996), de una posición de dominio en el mercado relevante de distribución mayorista de labores de tabaco en la península e Islas Baleares, directamente afectado, y, asimismo, en el mercado de fabricación de tabacos, y que con este comportamiento continuado y pertinaz de obstaculización y obstrucción, ha reforzado su poder económico en ambos mercados primario y descendente, conexos, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores.

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

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

«

.».

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

La precisión establecida en el invocado artículo 3.4 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre, que somete a un régimen de autorización la actividad de distribución de los fabricantes, no interfiere en la aplicación del Derecho de la Competencia para impedir aquellas conductas, como la analizada, consistente en negar el suministro de productos que resultan

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

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

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

La medida de intimación adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede caracterizarse como una injerencia ilegítima en el ámbito del derecho a la libertad de empresa, como aducen las entidades mercantiles recurrentes, en cuanto que restringe las facultades reconocidas al empresario, pues como ya informa la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, «la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución», de modo que garantizar la existencia de una competencia suficiente obliga al Tribunal de Defensa de la Competencia a adoptar aquellas medidas de intimación que se revelen idóneas y necesarias para que cesen aquellas conductas empresariales que constituyan una explotación abusiva de la posición de dominio para preservar los intereses públicos vinculados al Derecho de la competencia.

La decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia no supone la imposición de una obligación de hacer ad perpetuum, porque, como hemos expuesto en las sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 2009 (RC 3779/2006 y RC 3796/2006), «la propia Ley de Defensa de la Competencia atribuye al SDC la función de vigilar la

ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten, en cuya función está sin duda la de apreciar el cambio de circunstancias y proponer al TDC las modificaciones procedentes. Si esto no fuera así habría que llenar la laguna legal y dar sentido a una solución adecuada, ya que el derecho no puede tolerar la permanencia de situaciones injustas».

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

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

SEXTO.- Sobre las costas procesales.

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

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

## **FALLAMOS**

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

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Fernando Ledesma Bartret.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Óscar González González.- Rubricados.

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