

Roj: SAN 2471/2003
Id Cendoj: 28079230062003100265
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 341/2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a cinco de noviembre de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 6/341/02, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, en nombre y representación de ALTADIS,S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA,S.A., frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, siendo codemandada McLANE ESPAÑA, S.A. contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de Abril de 2002, imponiendo sanciones, (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 16 de Mayo de 2002, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 24 de Mayo de 2002, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 8 de Julio de 2002, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 22 de Octubre de 2002, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. En iguales términos se pronunció la codemandada Mc Lane España, S.A., en escrito de 3 de Diciembre de 2002.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 12 de Diciembre de 2002, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 4 de

Noviembre de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de Abril de 2002, en la que se acuerda:

"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 sus 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."

La Resolución impugnada considera como hechos probados, de los que concluye que Tabacalera, S.A. ha realizado una conducta abusiva de su posición de dominio en el mercado, prohibido por el Art. 6 de la L.D.C., los siguientes:

"McLANE ESPAÑA,S.A. es una empresa autorizada por la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, con fecha 12 de Enero de 1.995, para poder importar labores de tabaco de la CEE y, con fecha 3 de agosto de 1.995, también para poder distribuirlos, que el 23 de mayo de 1996 se dirigió a diversas empresas tabaqueras y, entre ellas, a TABACALERA,,S.A. 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.

TABACALERA,S.A. responde el 2 de junio de 1996 a la solicitud de McLANE ESPAÑA,S.A. 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,S.A. 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.

TABACALERA,S.A. 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,S.A. 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,S.A. y representaban en conjunto un porcentaje de las ventas totales de labores superior al 70%.

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., Ernesta, 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,S.A.."

El expediente sancionador se inicia cuando con fecha 10 de Septiembre de 1.996 McLANE ESPAÑA,S.A. formuló denuncia contra TABACALERA,S.A. por una conducta supuestamente prohibida por la LDC y el TCE, consistente en haberle negado el suministro de labores de sus propias marcas.

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

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

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

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

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

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

Es cierto, que la cuota de mercado no es suficiente para determinar una posición de dominio, pero ninguna duda hay de que TABACALERA,S.A. ostentaba tal, tanto en el mercado de fabricación, como en el de distribución mayorista de labores de tabaco, fruto de su pasada posición de monopolio en el mercado de tabaco, entendida dicha posición de dominio, como el poder de actuar de modo independiente sin tomar en

consideración a sus competidores, suministradores o clientes. Como bien dice el Abogado del Estado, la posición de dominio no significa por sí exclusión de la competencia. sino que basta para que se produzca que exista una posición tal que permita influir sobre las condiciones en que la competencia se desarrolla.

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

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

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

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

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

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

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

SÉPTIMO.- Respecto a la procedencia y proporcionalidad de la sanción económica el TDC argumenta certeramente ambas cuestiones.

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

El TDC considera que no sólo debe intimar para el cese de la conducta, sino también multar, porque la actitud deliberada que ha guiado el comportamiento ilícito de TABACALERA, S.A. no ofrece ninguna duda y ello es evidentemente así y más cuando hubo una actuación recalitrante por la que TABACALERA, S.A. no abastecía de sus propias marcas a la codemandada.

A la vista de las distintas circunstancias que aparecen debidamente motivadas en la Resolución impugnada, la cuantía fijada para las multas en el Art. 10 de la LDC y el incremento que en él se establece hasta el 10 por cien del volumen de ventas parece ponderada a aquellas circunstancias y respetuosa con el

principio de proporcionalidad la sanción económica impuesta, lo que impone la desestimación del recurso.

OCTAVO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

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

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

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.