

RESOLUCIÓN (Expte. 375/96, Tabacos de Canarias)

Pleno

Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 16 de febrero de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Ricardo ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente número 375/96 (1033/93 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado como consecuencia de las denuncias presentadas por la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. contra Tabacalera, S.A. por la realización de prácticas de abuso de posición dominante mediante venta a pérdida y falseamiento de la libre competencia por actos desleales, consistentes en hacer regalos a los expendedores que compran sus productos, infringiendo de este modo la normativa vigente sobre el monopolio de tabacos en España.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 9 de diciembre de 1993 la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias (en lo sucesivo la Asociación) presentó una denuncia contra Tabacalera, S.A. y su subsidiaria C.I.T.A., S.A. por la realización de las siguientes prácticas de abuso de posición dominante: a) La venta a pérdida por Tabacalera de los cigarros "FARIAS". Y b) El otorgamiento por parte de Tabacalera a C.I.T.A. de una subvención para que ésta pueda vender los cigarros "ALVARO REGALOS" por debajo de coste.

A esta denuncia se adhirió la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. (en lo sucesivo C^a Canariense) el día 21 de enero de 1994.

2. Posteriormente, en los meses de diciembre de 1993, marzo y junio de 1994 se presentaron escritos de ampliación de la denuncia en los que se imputaban a Tabacalera los siguientes actos: a) La imposición de restricciones a la distribución de los productos de la C^a Canariense. b) La

realización de actos de denigración contra la citada Compañía y sus productos. c) La puesta en marcha de una campaña de regalos a los expendedores que compraban productos de Tabacalera en lugar de los de la C^a Canariense. Y d) La utilización del logotipo de Tabacalera ("T") indistintamente como representativo de la empresa y como símbolo del monopolio de distribución minorista.

3. El Director General de Defensa de la Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra Tabacalera y C.I.T.A. el 4 de enero de 1994.
4. El 18 de enero de 1994 se abrió el trámite de información pública, mediante la publicación de un Aviso en el BOE número 24, de 28 de enero de 1994. En dicho trámite no compareció ninguna persona.
5. El 14 de marzo de 1994 el Instructor del expediente solicitó a la Subdirección General de Estudios y Relaciones Internacionales de la Dirección General de Defensa de la Competencia la realización de un estudio sobre el mercado de los cigarros-puro en España (folios 1462 y ss.).
6. Entre los resultados de la investigación realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia hay que destacar los siguientes:

6.1.- Configuración del sector. En España, con la excepción de las Islas Canarias, el sector aparecía configurado del siguiente modo:

- La fabricación de tabaco estaba monopolizada por el Estado. El ejercicio de dicha actividad se desarrollaba a través de Tabacalera.
- La comercialización al por menor de tabaco quedaba también reservada al Estado que la ejercía a través de la red de expendedurías de tabaco y timbres.
- La importación y distribución de tabaco al por mayor procedente de los países de la CEE estaba liberalizada. Sin embargo, para desarrollar dichas actividades se precisaba una autorización de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos.
- La importación y comercialización al por mayor de tabaco procedente de otros países distintos de los de la CEE era monopolio del Estado que se ejercía también a través de Tabacalera.

Tabacalera ostentaba, pues, un monopolio legal en la fabricación de tabaco en la Península y en la importación y comercialización mayorista de tabaco procedente de los países no comunitarios. Asimismo, en aquel momento era monopolista de hecho en la distribución mayorista de tabaco, tanto fabricado en la Península y las Islas Canarias, como procedente de la CEE.

6.2. Delimitación del mercado relevante. Se considera como mercado relevante de producto el de los cigarros cuyo precio de venta al público se sitúa entre las 30 y 70 pesetas por unidad.

En dicho mercado Tabacalera tenía en los años 1990-93 una clara posición de dominio con una cuota de mercado que se situaba entre el 59 y el 66%.

6.3. Constatación de los hechos denunciados. Se ha podido constatar a través de las investigaciones realizadas:

- Que entre los años 1990 y 1993 los márgenes de explotación de la fabricación y comercialización de los cigarros FARIAS fueron negativos para Tabacalera (con la excepción de Farias Centenario -Caja de 25- en 1991 y de Farias Superiores -Caja de 50 y Estuche de 5- en 1992).
- Que las restricciones a la distribución denunciadas fueron debidas a fallos logísticos concretos y no a una estrategia adoptada por Tabacalera.
- Que los actos de denigración contra la C^a Canariense y sus productos tuvieron su origen en la extralimitación de algún agente de Tabacalera y no en una política de dicha empresa.
- Que la oferta de obsequios a los expendedores se hizo infringiendo lo dispuesto en la Ley 38/1985 y el R.D. 2738/1986.
- Que el uso del logotipo "T" de Tabacalera por parte de los estancos introduce confusión en el mercado y puede afectar a la libre competencia. Esta conducta, sin embargo, no podía ser imputada a Tabacalera, aunque debería corregirse.
- Que, si bien Tabacalera subvencionaba a C.I.T.A. para que pudiera continuar vendiendo a pérdida los cigarros "ALVARO REGALOS", dicho comportamiento resulta difícilmente encuadrable en la Ley de Defensa de la Competencia.

7. Aunque los denunciantes solicitaron la adopción de medidas cautelares, el Servicio de Defensa de la Competencia consideró que no era necesario proponerlas al Tribunal porque no existían indicios que hicieran pensar en la ineficacia futura de la Resolución definitiva.

8. Con fecha 5 de abril de 1995 se formuló pliego de concreción de hechos de infracción contra Tabacalera por las siguientes conductas:

a) *Abuso de posición de dominio por venta a pérdida entre los años 1990 a 1993 de los cigarros "FARIAS", prohibido por el art. 6.1 de la Ley 16/1989.*

En la medida en que pudiera afectar a la entrada de labores de tabaco de procedencia comunitaria, dicha conducta estaría también prohibida por el art. 86 del Tratado de Roma.

b) *Acto de competencia desleal por haber incentivado con regalos a los expendedores de tabaco que compraran sus productos en lugar de los de la Compañía Canariense de Tabacos, prohibido por el art. 7 de la Ley 16/1989.*

9. Tras analizar las alegaciones formuladas por Tabacalera en su descargo, el Servicio de Defensa de la Competencia elevó el 23 de febrero de 1996 el expediente al Tribunal acompañado del preceptivo Informe-Propuesta, en el que se concluía:

"Este Servicio de Defensa de la Competencia propone al Tribunal que:

1) *Se declare que el incentivo que Tabacalera, S.A. ofrece a los expendedores, consistente en la entrega de diferentes tipos de regalos cuando los expendedores compran las labores de tabaco de Tabacalera, S.A. es un acto de competencia desleal de los que contempla el artículo 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.*

2) *Se declare que del resto de las prácticas imputadas a Tabacalera, S.A. en las denuncias contenidas en el presente expediente no se deduce ninguna otra conducta prohibida por la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.*

3) *Se declare que de las denuncias presentadas contra CITA, Tabacos de Canarias, S.A. no se deduce ninguna conducta prohibida por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.*

- 4) *Se inste a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos a que analice la utilización del símbolo (T) como figura de identificación de las expendedorías.*
 - 5) *Se hagan los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia."*
10. Por Auto de 15 de abril de 1996, el Tribunal, considerando que se había producido un sobreseimiento parcial y tácito de una parte sustancial del expediente sancionador, infringiendo lo establecido en el art. 37.4 de la LDC, ya que, por una parte, se había obviado el trámite de audiencia previa a los interesados y, por otra, se había impedido a los denunciante interponer el correspondiente recurso, decretó la nulidad de actuaciones y la reposición del expediente al momento anterior a la elaboración del preceptivo Informe-Propuesta para que el Servicio de Defensa de la Competencia procediera a formular acusación o sobreseer expresamente las conductas de TABACALERA y C.I.T.A. que habían sido objeto de denuncia y de incoación de este expediente sancionador.
 11. Al tener conocimiento del Auto anterior, la C^a Canariense solicitó nuevamente, con fecha 7 de junio de 1996, la adopción de medidas cautelares, en razón del previsible retraso que sufriría la resolución definitiva del expediente.

La citada Compañía, a la vista de que no se proveía sobre su solicitud, interpretó que se había producido una denegación tácita de la misma y, de conformidad con lo establecido en el art. 44 de la Ley 30/1992, pidió la correspondiente certificación de acto presunto. Por Providencia de 19 de julio de 1996 el Servicio de Defensa de la Competencia comunicó a los denunciante que no le constaba haber propuesto ninguna medida cautelar al Tribunal.

El 29 de julio de 1996 la C^a Canariense presentó recurso ante el Tribunal por la negativa del Servicio a adoptar, en este caso, medidas cautelares. Mientras se tramitaba dicho recurso en el Tribunal, el Servicio de Defensa de la Competencia procedió a proponer la adopción de las siguientes medidas cautelares: a) Que se ordene a Tabacalera que se abstenga de hacer regalos a los distribuidores. b) Que se ordene a Tabacalera asegurar el suministro de productos de los competidores a los expendedores. Y c) Que se inste a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos a que vigile el cumplimiento de lo anterior.

Por Resolución de 28 de octubre de 1996 el Tribunal acordó desestimar el

recurso porque, al proponer el Servicio de Defensa de la Competencia la adopción de medidas cautelares, el mismo había quedado privado de objeto.

Finalmente, por Resolución de 23 de diciembre de 1996 el Tribunal acordó, como medida cautelar, ordenar a Tabacalera que se abstuviera de ofrecer ningún obsequio o incentivo a los expendedores mientras mantuviera la condición de distribuidor mayorista dominante y que dispusiera las medidas necesarias para asegurar el suministro a los expendedores de los productos de sus competidores.

Tabacalera ha recurrido esta última Resolución ante la Audiencia Nacional solicitando además la suspensión del acto impugnado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por Auto de 13 de junio de 1997 resolvió que no había lugar a la suspensión.

12. Por Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 17 de marzo de 1997 se sobreseyó el expediente de referencia con respecto a los cargos que se imputaban a C.I.T.A., al considerar que se trataba de una empresa independiente de Tabacalera, que por tanto, no tenía posición de dominio en el mercado y que, por otra parte, no se había demostrado la existencia de prácticas predatorias.

Por Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 1997 se sobreseyó también el expediente con respecto a los siguientes cargos que se imputaban a Tabacalera: imponer restricciones a la distribución de los productos de los competidores, realizar actos de denigración de los productos de la C^a Canariense y utilizar en los estancos el logotipo "T" de Tabacalera, por considerar, en los dos primeros casos, que no existían pruebas y, en el último, que se trataba de una cuestión que compete a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos.

13. Declaradas conclusas las actuaciones, el Servicio de Defensa de la Competencia remitió, con fecha 19 de junio de 1997, el expediente al Tribunal acompañado de un nuevo Informe-Propuesta en el que la acusación quedaba reducida a la realización por Tabacalera de las siguientes prácticas:

- a) Abuso de posición dominante por la venta con pérdida de los cigarrillos "Farias" entre los años 1990 y 1993.
- b) Falseamiento de la competencia por actos desleales consistentes en que, actuando dicha empresa como distribuidor mayorista, ha procedido a hacer regalos a los expendedores que compran sus

productos.

14. Recibido el expediente en el Tribunal, el Vocal Sr. Castañeda comunicó el día 1 de julio de 1997 su intención de abstenerse de intervenir en el procedimiento por haber sido con anterioridad miembro del consejo de administración de Tabacalera en representación del Patrimonio del Estado.

Por Auto de 9 de julio de 1997 el Tribunal resolvió aceptar dicha abstención.

15. Por Providencia de 2 de julio de 1997 el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LDC, acordó la admisión a trámite del expediente y su puesta de manifiesto a los interesados para que solicitaran la celebración de vista y propusieran las pruebas que consideraran necesarias.

16. En el curso del expediente se han planteado varias cuestiones incidentales cuya resolución ha demorado considerablemente la tramitación del mismo.

Así, el 14 de julio de 1997 Tabacalera solicitó tener acceso a determinados documentos que figuraban en el expediente como reservados, aunque no lo eran con respecto a dicha empresa. Por Providencia de 23 de julio de 1997 se resolvió el citado incidente.

El 16 de julio de 1997 la C^a Canariense solicitó el levantamiento de la confidencialidad de determinados documentos.

El 18 y el 23 de julio de 1997 Tabacalera planteó dos nuevos incidentes para lograr la obtención de copias de una serie de documentos aportados por ella que figuraban en el expediente.

Tras la tramitación procedimental oportuna, que comprendió siempre la audiencia de los interesados, el Tribunal por Auto de 15 de enero de 1998 resolvió el levantamiento de la confidencialidad con respecto a los siguientes documentos: Anexos del Informe-Propuesta, Cuentas anuales de Tabacalera e Informe de Arthur & Andersen sobre las cuentas de la sociedad citada.

17. Tabacalera propuso, como prueba documental, que se tuvieran por reproducida la obrante en el expediente y presentó además un Informe sobre costes de fabricación de los cigarrillos "Farias" elaborado por el Catedrático D.Sixto Alvarez Melcón, solicitando la confidencialidad del

mismo.

Por su parte, la Asociación y la C^a Canariense solicitaron diversas pruebas de confesión, documental, testifical, pericial y de exhibición de libros de comercio. La pericial versaba sobre la determinación por un auditor de cuentas de los porcentajes que sobre el beneficio total de Tabacalera, S.A. representaba el mercado de cigarros y el de cigarrillos en los años 1990-1993; el porcentaje que, sobre el total de su plantilla, representan los trabajadores asignados a la fabricación de cigarros y cigarrillos, respectivamente, en los mismos años; los costes y gastos de promoción de Tabacalera, S.A. que se atribuyen a sus cigarros y cigarrillos en los mismos años; el coste por unidad de los envases y cajas de los cigarros FARIAS; y cuáles serían, según la teoría dominante, los conceptos que debieran incluirse en contabilidad analítica para determinar el coste real de un producto desde su fabricación hasta la puesta a disposición del público. La de exhibición de libros tenía por objeto determinar los gastos dedicados por Tabacalera, S.A. a la comercialización de labores de tabaco por ella fabricadas en los años 1990-1993 y fijar las cantidades destinadas mensual y anualmente a retribución e incentivo del expendedor (dinero, tabaco, viajes, automóviles, motocicletas y cualquier clase de obsequios y artículos de promoción).

18. Por Providencia de 25 de febrero de 1998 se dió traslado a los interesados de la solicitud de prueba pericial presentada por la Asociación y la C^a Canariense y del escrito de Tabacalera; S.A. al que se refiere el apartado anterior para que manifestasen su opinión al respecto.

La C^a Canariense se opuso a considerar el Informe del Profesor Alvarez Melcón como prueba pericial y propuso que se considerara como documental y se le pusiera de manifiesto. Tabacalera se mostró conforme con la prueba pericial propuesta por los denunciantes pero solicitó que se eliminaran de los documentos a examinar por el perito los denominados "Ranking de Operaciones", porque se trataba de un documento interno de trabajo o, subsidiariamente, que se advirtiera al perito del carácter de dicho documento y que se ampliara la prueba con la inclusión del Informe del Profesor Alvarez Melcón.

19. Por Auto de 1 de junio de 1998 el Tribunal acordó la práctica de las siguientes pruebas:

- a) La documental consistente en: Tener por reproducidos los documentos obrantes en el expediente. Requerir al Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (FEOGA) para que certificara si Tabacalera, S.A. había recibido durante los años 1990 a 1993 alguna subvención directa o

indirecta de dicho organismo. Requerir a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos para que remitiera al Tribunal los siguientes documentos: Lista de compañías fabricantes de tabaco de las Islas Canarias con contratos suscritos con Tabacalera, S.A. para la venta en comisión en la Península de cigarros elaborados en dichas Islas. Tarifas anuales de precios de cigarros correspondientes a cada uno de los años 1990 a 1993, en las que consten las marcas y vitolas de cigarros de las Islas Canarias vendidas en el área del monopolio por Tabacalera, S.A. Copia de los Pliegos de condiciones de Tabacalera para la venta a comisión de cigarros fabricados en las Islas Canarias de los años 1969 y 1975, especificando el precio y peso de los "Farias". Período de tiempo en que los cigarros "Bravío" y "Reig Caza" fabricados por la C^a Canariense se comercializaron por Tabacalera, con especificación de precios y su comparación con los "Farias superiores". Cuadro numérico de ventas anuales de vitolas de cigarros en el área del Monopolio (Península e Islas Baleares), en el segmento de 6 a 8 gramos de peso, fabricados tanto por Tabacalera, S.A. como por terceros, durante el período 1990 a 1995. Escritos de la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias en relación con la denuncia presentada en el mes de diciembre de 1988 por los incentivos dados por Tabacalera, S.A. a los estancos.

b) La testifical del Sr. Fuenmayor, Director de la agencia DEF.

c) La pericial propuesta por los denunciantes con las matizaciones solicitadas por Tabacalera.

d) La de exhibición de libros sometida a la condición de poder disponer para su realización del mismo perito al que se refiere la prueba anterior.

Finalmente, en relación con el Informe del Profesor Alvarez Melcón, resolvió considerarlo como alegación de parte y rechazar la solicitud de que se mantuviera confidencial ya que, previamente, por Auto de 15 de enero de 1998, el Tribunal había decidido levantar la confidencialidad de los datos en que se basa.

20. El Tribunal acordó la celebración de vista, teniendo en cuenta que todos los interesados la habían solicitado.

21. Con fecha 12 de junio de 1998 los denunciantes renunciaron a la prueba pericial por no poder soportar su coste y solicitaron que se hiciera con cargo a la Administración.

Por Auto de 13 de julio de 1998 el Tribunal, considerando que, tanto el Servicio como el Tribunal de Defensa de la Competencia carecían de

medios materiales y personales para la práctica de una prueba tan compleja, aceptó la renuncia.

22. Con fecha 28 de junio de 1998 los denunciados renunciaron asimismo a la prueba de confesión de Tabacalera.

Por Providencia de 27 de julio de 1998 se aceptó la renuncia.

23. La prueba testifical se celebró el día 29 de julio de 1998.
24. Por Providencia de 23 de septiembre de 1998 se abrió el trámite de valoración de prueba.
25. La vista se celebró en la sede del Tribunal el día 29 de octubre de 1998 y en ella intervinieron:

- La Instructora del expediente y la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, en representación del Servicio de Defensa de la Competencia, que mantuvieron la imputación a Tabacalera de dos prácticas restrictivas de la competencia, una de abuso de posición dominante por vender a pérdida los cigarrillos "Farias" y otra de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, consistentes en incentivar con regalos a los estancieros para que vendieran los productos de aquella con preferencia a los de los competidores.

- La representación letrada de Tabacalera que, tras aceptar que Tabacalera tiene posición de dominio en el mercado definido como relevante, negó las imputaciones que se le hacen puesto que, por una parte, no ha existido venta con pérdida ya que, tanto los costes totales como los costes variables de producción de los cigarrillos "Farias" son inferiores a los precios de venta, ni finalidad predatoria; y, por otra, tampoco se dan en este caso los requisitos exigidos por el art. 7 de la LDC porque, según la sentencia del Juzgado nº 8 de Madrid de 7 de julio de 1995, Tabacalera, al incentivar con regalos la actividad de los expendedores de tabaco que venden sus marcas, no ha incurrido en ningún comportamiento desleal.

La C^a Canariense, en escrito presentado en el Tribunal el día 26 de octubre de 1998 y la Asociación, en escrito de 28 de octubre de 1998, indicaron que no concurrirían a la vista.

26. El Pleno del Tribunal deliberó sobre este expediente en sus sesiones de 3 de noviembre de 1998, 29 de diciembre de 1998 y 9 de febrero de 1999.

23. Son interesados:

- Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias.
- Compañía Canariense de Tabacos, S.A.
- Tabacalera, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. Tabacalera fabrica y comercializa los cigarros "Farias" con las siguientes presentaciones:

Farias nº 1 Caja (25)
Farias nº 1 Estuche (5)
Farias Superiores Caja (50)
Farias Superiores Caja (25)
Farias Superiores Estuche (5)
Farias Superiores Especiales Caja
Farias Superiores Especiales Estuche

(Los Farias Centenario y los Farias Chicos quedan al margen del expediente; los primeros, por no integrar el mercado relevante y, los segundos, por hacer su aparición en 1993).

2. En la época a la que se refiere el expediente, Tabacalera ostentaba un monopolio legal en la fabricación de tabaco en la Península y en la importación y comercialización mayorista de tabaco procedente de los países no comunitarios. Asimismo, en aquel momento era monopolista de hecho en la distribución mayorista del tabaco fabricado en la Península y las Islas Canarias y del procedente de la CEE.

3. Las cuotas de mercado en el definido como relevante son:

	<u>1990</u>	<u>1991</u>	<u>1992</u>	<u>1993</u>
Tabacalera	66,7 %	64,9%	62,9%	59,7 %
CITA	7,8	7,1	6,5	6,1
Canariense	19,7	21,4	23,4	25,9
Guajiro	3,04	3,69	4,3	4,6
Otros	resto	resto	resto	resto

Por otra parte, según Tabacalera, dentro de la marca "Farias", el tipo "Farias Superiores" representa el 95% de las ventas.

La propia Tabacalera ha reconocido su posición dominante en dicho mercado. Esta posición dominante se ve reforzada por ser el único distribuidor mayorista en las fechas a las que se refiere el expediente.

4. Según la lista oficial publicada por el Ministerio de Economía y Hacienda, los precios de los cigarros que están en competencia en el mercado relevante fueron:

	<u>1990</u>	<u>1991</u>	<u>1992</u>	<u>1993</u>
Bravíos	40 ptas	50 ptas	55 ptas	--- ptas.
Don Alvaro	40	50	55	56
Farias	40	43	50	54
Superiores				
Farias 1	38	41	47	51
Guajiro	50	50	60	65
Brevas				
Reig Caza	38	40	45	----
Reig 15	30	32	34	37

5. En el expediente resulta probado con los datos obtenidos de la contabilidad analítica y la documentación interna de Tabacalera:

5.1. Que, según el "Ranking de operaciones" (folios 760 y ss.), el margen (precio neto menos costes) de los "Farias" que se integran en el mercado relevante fue:

- negativo en 1990 para todas las presentaciones.
- negativo en 1991 para todas las presentaciones.
- negativo en 1992 para todas las presentaciones, con la excepción de Farias Superiores Caja (50) y Farias Superiores Estuche (5).
- negativo en 1993 para todas sus presentaciones.

5.2. Que, si se toman como base los "Estados demostrativos de resultados" (folios 791 y ss.) en lugar del "Ranking de operaciones", se obtienen los siguientes resultados:

- negativo en 1990 para Farias Superiores Especiales.
- negativo en 1991 para Farias Superiores Caja (50) y Estuche (5), Farias Superiores Especiales y Farias nº 1.
- negativo en 1992 para Farias Superiores Especiales y Farias nº 1.
- negativo en 1993 para todas las presentaciones.

5.3. Que el precio de cesión (precio al que el fabricante cede el producto al mayorista para su distribución) fue inferior al coste de producción en los años 1990 a 1993.

5.4. Que Tabacalera era consciente de dicha práctica dado que los servicios de producción advirtieron a la Dirección que, si subían los precios de los cigarros perderían cuota de mercado, de modo que la mejor forma de mantenerse en el mercado era vendiendo a los precios establecidos.

5.5. Que Tabacalera ha reconocido expresamente que en el año 1990 perdió un total de 580 millones de pesetas con la venta de los cigarros "Farias" (lo que supone una media de 7,9 ptas. por unidad) y que en el año 1993 el margen en la venta de cigarros "Farias" fue negativo.

6. Que algunas marcas competidoras, como "Reig Caza" o "Bravíos", desaparecieron del mercado en el año 1993.
7. Tabacalera realizó una regulación de empleo en el año 1993 (Vid. el Expediente nº 504/1993 en los folios 1621 y ss.).
8. En el expediente obra documentación aportada por Tabacalera (folios 1088 y ss.) y diversos informes de la agencia de investigación DEF (folios 557 y ss.), no desvirtuados por Tabacalera, que reconocen la entrega por esta última empresa de diversos tipos de incentivos, obsequios y regalos a los expendedores (cigarrillos, cigarros, humidores, barajas, llaveros, corta puros, mecheros, bolígrafos, ropa deportiva, bolsas de viaje, etc.) por vender en determinadas condiciones los productos de la propia Tabacalera.

También constan numerosos testimonios de que el resto de las empresas fabricantes de cigarrillos y cigarros actúan del mismo modo que Tabacalera.

9. La Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos emitió un Informe el 18 de abril de 1994 en el que se decía que los regalos promocionales no están incluidos entre los incentivos prohibidos por la Ley 38/1985 y el Real Decreto 2738/1986 (folios 1224 y ss.).
10. La Dirección General de Agricultura de la Comisión Europea certificó el 24 de agosto de 1998 que Tabacalera, en su condición de industria transformadora, no se había beneficiado de ayudas directas del FEOGA. Asimismo indicó que resultaba posible que con anterioridad al año 1993

hubiera obtenido ayudas del organismo nacional de intervención en los mercados agrarios (FEGA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como se ha indicado en los Antecedentes de Hecho, las prácticas restrictivas de la competencia que se enjuician en este expediente son, de un lado, un abuso de posición dominante en el que ha incurrido Tabacalera al vender por debajo de coste los cigarros "Farias" en los años 1990 a 1993 (práctica contraria al art. 6 LDC) y, de otro, la realización por la citada empresa, durante el mismo período de tiempo, de actos de competencia desleal que atentan contra el buen funcionamiento del mercado, consistentes en otorgar incentivos y regalos a los expendedores para que vendan los productos de Tabacalera con preferencia a los de otras marcas competidoras (práctica contraria al art. 7 LDC).
2. Con respecto a la primera de las prácticas, hay que señalar que, para poder determinar la existencia de un abuso de posición dominante, es preciso definir previamente el mercado relevante y la posición de la empresa encausada en el mismo.

2.1. En este caso, el mercado relevante de producto está constituido por los cigarros fabricados de forma mecanizada, con un peso de entre 5 y 8 gramos, un diámetro entre 11 y 18 mm., una longitud de entre 94 y 145 mm. y unos precios que oscilan entre las 30 y 70 ptas. El mercado geográfico será el comprendido por la Península y las Islas Baleares por las especiales condiciones existentes en el mismo con respecto a la fabricación y comercialización de tabaco.

2.2. En dicho mercado, la cuota de Tabacalera es de un 66,7 % en el año 1990, un 64,9% en 1991, un 62,9 en 1992 y un 59,7 en 1993.

Por otra parte, la peculiar estructura del mercado del tabaco en España y la política comercial desarrollada por Tabacalera en dicho mercado, una muestra de la cual se juzga en este expediente, induce a pensar que se trata de un mercado con un nivel muy bajo de disputabilidad.

2.3. Además, hay que tener también en cuenta que, en este caso, se dan otras circunstancias que refuerzan la posición de Tabacalera, como son:
a) El hecho de ostentar, de un lado, el monopolio legal de fabricación de tabaco en la Península y Baleares y el de la importación y comercio mayorista de tabaco procedente de países no comunitarios y, de otro, el ser monopolista de hecho en la importación de tabaco comunitario y en la

distribución mayorista de labores de tabaco de cualquier procedencia. b) El conocimiento del mercado que le da dicha situación. Y c) El ser, finalmente, el único fabricante-distribuidor integrado que está presente en el mercado con una gran diversidad de productos. Todo ello dota a Tabacalera de una gran fuerza e independencia (poder de mercado) que la va a permitir, llegado el caso, realizar determinados sacrificios financieros respecto de un producto concreto para mantenerse en el mercado, sin que su rentabilidad general se vea afectada.

2.4. Por tanto, a la vista de los datos anteriores, podemos afirmar que Tabacalera tiene una clara posición de dominio. En este sentido, hay que señalar también que la propia Tabacalera ha reconocido sin ambages su posición dominante.

3. Afirmada la posición de dominio corresponde analizar a continuación si Tabacalera ha desarrollado un comportamiento abusivo.

3.1. A este respecto, en el expediente ha resultado suficientemente probado:

- a) Que, según el "Ranking de operaciones" de Tabacalera, el margen (precio neto menos costes) de los "Farias" que se integran en el mercado relevante fue negativo para todas las presentaciones en el año 1990; fue también negativo para todas las presentaciones en el año 1991; y lo mismo sucedió en el año 1992, con la excepción de Farias Superiores Caja (50) y Farias Superiores Estuche (5); por último, en el año 1993 fue igualmente negativo para todas sus presentaciones.
- b) Que a parecida conclusión se llega si, en lugar de tomar como base para el cálculo los citados "rankings", se parte de los "Estados demostrativos de resultados" elaborados por la propia Tabacalera, cuya diferencia con los anteriores estriba en que no incluyen la totalidad de la tarifa de distribución (suprimen el beneficio empresarial) ni los costes de comercialización, aunque se reduce el número de presentaciones en los que el margen resulta negativo.
- c) Que el precio de cesión (precio al que el fabricante cede el producto al mayorista para su distribución) fue inferior al coste de producción en los años 1990 a 1993, oscilando la diferencia entre las 6,63 y las 13,3 pesetas por unidad.
- d) Que, pese a todo lo anterior, los precios de los cigarrillos "Farias" se mantuvieron en niveles similares a los de sus competidores.

- e) Que en documentos internos de Tabacalera se indica, a efectos de justificación de su política comercial, que si se suben los precios de los "Farias" se perderá cuota de mercado, de modo que para mantenerse en el mercado no se deben alterar los precios.
- f) Que algunas marcas competidoras de "Farias" como "Reig Caza" o "Bravíos" han desaparecido del mercado en 1993.
- g) Que en dicho año 1993 Tabacalera incrementó los precios de venta al público de los cigarros "Farias".

3.2. Tabacalera ha tratado de defenderse alegando: En primer lugar, que los "Ranking de Operaciones" son documentos internos de trabajo, elaborados sobre bases y procedimientos teóricos y a efectos puramente comparativos de la operatividad de unas labores de tabaco en relación con otras que, por tanto, no tienen la finalidad de reflejar los costes de los productos porque entre otros extremos incluyen conceptos y magnitudes extraños a los mismos. En segundo lugar, que en los "ranking de operaciones" no se descontaban de los costes de producción los llamados "costes de subactividad", esto es, la parte relativa a la sobrecapacidad de producción instalada y a la mano de obra improductiva en el momento en que se reduce la producción a consecuencia de una fuerte caída de las ventas; en este sentido, alegan también que, al tratarse de una empresa pública, por razones político-sociales no podían hacer una regulación de empleo ni proceder a la venta de activos o cierre de plantas. Y, en tercer lugar, que los citados documentos contables incluyen, además, de un lado, una tarifa de distribución no cierta e innecesaria, porque Tabacalera, S.A. se distribuye sus propios productos y, de otro, unos gastos institucionales de publicidad y promoción. Practicando todas estas deducciones, los precios de Tabacalera llegan a situarse la mayor parte de las veces por encima de los costes variables.

3.3. Tabacalera ha calculado que los citados costes de subactividad representarían:

- Por lo que respecta al personal: Un 14 % en 1990; un 17% en 1991; un 24% en 1992; y un 31% en 1993.
- Por lo que respecta a los equipos productivos: Un 31% en 1990; un 33% en 1991; un 40% en 1992; y un 47% en 1993.

4. Frente a estas argumentaciones, el Tribunal, de conformidad con lo afirmado por el Servicio de Defensa de la Competencia, entiende que, con

independencia de las distintas teorías y metodologías existentes para el cálculo de los costes, los "Ranking de operaciones" de Tabacalera son documentos suficientemente indicativos del margen real de cada producto, en este caso de los "Farias", ya que la subactividad puede ser también considerada como un coste más de producción que varía de manera inversa al volumen de ventas del producto y que, por consiguiente, ha de computarse, al igual que sucede con otros gastos, como el consumo excesivo de factores productivos. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, por lo general, el coste de la subactividad sólo puede mantenerse de manera prolongada en el tiempo por quien tiene una posición de dominio en el mercado y puede imputarlo a otra actividad que resulta rentable. Por otra parte, la alegación relativa a que, por razones de política social, Tabacalera no podía llevar a cabo una reducción de plantilla, debe ser igualmente rechazada porque ha resultado probado que, al menos en el año 1993, realizó una regulación de empleo. Asimismo, el Tribunal considera que también ha de ser contabilizado el coste de comercialización que está integrado por los gastos de publicidad y promoción directa, la publicidad institucional, el tabaco regalado con carácter promocional y los gastos del personal relacionado con actividades promocionales y publicitarias. Finalmente, el Tribunal estima que, aunque puede resultar discutible computar una tarifa teórica de distribución en lugar de contabilizar el coste que realmente se ha producido, como hacen los "Estados demostrativos de resultados", sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, los resultados con respecto a la existencia de márgenes negativos no varían sustancialmente de uno a otro, a los efectos de acreditar que, en algunos casos, se vendió por debajo de coste.

5. Ahora bien, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en su sentencia de 3 de julio de 1991 (As. Akzo), estableció con respecto a los precios predatorios, de un lado, que la aplicación de la norma de competencia no puede depender exclusivamente de un criterio automático basado en los costes, pues dicho criterio no permite apreciar la intencionalidad del autor o las estrategias a largo plazo y, de otro, que la existencia de un precio inferior a la media de los costes totales (fijos + variables), pero superior a la media de los costes variables, será predatoria cuando exista intención de eliminar a un competidor o disuadirlo de que actúe en el mercado, habrá que analizar también la presencia en este caso de estos dos últimos elementos.

A este respecto, considerando los siguientes factores: que Tabacalera tiene una posición privilegiada, no sólo en el mercado relevante definido, sino en todo el sector del tabaco altamente monopolizado; que, desde esa situación monopolística o de fuerte dominio del mercado, Tabacalera

puede rebajar los precios de algunos productos por debajo de los costes con la finalidad de hacer más difícil o imposible la implantación en el mercado de los potenciales competidores, sin asumir graves riesgos; que Tabacalera, durante los años 1990 a 1993, ha estado vendiendo los cigarrillos "Farias" por debajo de los costes de producción; que dos marcas competidoras desaparecieron del mercado en el año 1993; que en ese mismo año Tabacalera incrementó sustancialmente el precio de los cigarrillos "Farias"; que prácticamente no han entrado competidores en el mercado definido como relevante; y que, si bien es cierto que la marca "Farias" ha perdido cuota de mercado entre los años 1990 y 1993, hay que considerar que tal pérdida, de un lado, se debe en buena medida a la regresión del mercado y, de otro, que podría haber sido mucho mayor si los precios se hubieran fijado conforme a criterios de costes, se llega a la conclusión de la existencia de una estrategia predatoria.

El abuso se produciría en este caso por la intención de mantener una marca y una posición en el mercado a base de fijar unos precios que producen unos ingresos por debajo de los costes, esto es, abundantes pérdidas. Esta política sólo puede ser seguida por Tabacalera dada su posición en el sector, su extraordinaria capacidad financiera y la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecen a mercados diferentes, de modo que las pérdidas que se generan con la venta de aquéllos en los que la competencia real o potencial puede ser mayor, se compensan con los beneficios de otras actividades en las que la competencia es menor o inexistente. Así pues, la política de precios de Tabacalera con respecto a la marca "Farias" no puede calificarse de competencia agresiva que lleva a que los productores ineficientes desaparezcan del mercado, sino de estrategia que busca la eliminación de éstos, sean eficientes o no, y que, sobre todo, sirve de aviso a los competidores potenciales para que se abstengan de introducirse en el mercado.

6. La segunda de las prácticas que se imputa a Tabacalera consiste en ofrecer regalos o incentivos a los estancieros para que vendan preferentemente los productos de su marca. Esta práctica resultaría desleal porque, a juicio del denunciante y del Servicio de Defensa de la Competencia, infringe lo dispuesto en el art. 7.2 de la Ley 38/1985, que establece que los mayoristas (Tabacalera) no podrán retribuir a los expendedores (estancos) más que con la comisión establecida por esta Ley, y en el art. 5.1 del R.D. 2738/1986, que desarrolla la Ley anterior y que dispone que los distribuidores al por mayor de tabaco no podrán conceder a los expendedores ningún tipo de bonificaciones o incentivos (art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal, que sanciona la violación de normas, en relación con el art. 7 de la LDC).

6.1. Con respecto a esta práctica hay que decir, en primer lugar, que dicha práctica no ha sido negada por Tabacalera, sin embargo, durante la tramitación del expediente se ha producido un amplio debate sobre su licitud.

6.2. Tabacalera, basándose en un Informe de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos de 3 de julio de 1994, considera que la oferta de regalos es una actividad de promoción y, por lo tanto, no puede encuadrarse en las categorías de retribución, bonificación o incentivo. Asimismo, Tabacalera ha invocado la excepción de cosa juzgada por existir una sentencia firme del Juzgado nº 8 de Madrid de 7 de julio de 1995, que condena a Tabacalera por competencia desleal por aprovechamiento de la reputación ajena (se refiere al cigarro "Reig 15") al lanzar los cigarrillos "Farias Chicos" pero que, en cambio, desestima la demanda con respecto al resto de las peticiones del demandante (Canariense de Tabacos) entre las que se encontraba la práctica que se enjuicia en este expediente.

La citada sentencia distingue entre la relación de competencia que se da entre Tabacalera y Canariense en su condición de fabricantes de cigarrillos y el contrato de comisión para la distribución de cigarrillos existente entre Tabacalera y Canariense, que resulta matizado por la especial situación de monopolio de Tabacalera. En el primer caso, la práctica de hacer regalos a los estancieros es lícita (no hay competencia desleal). En el segundo, la citada práctica constituiría un incumplimiento del contrato de comisión que obliga a Tabacalera a ser neutral, pero no un acto de competencia desleal, pues el fabricante (Canariense) y el mayorista (Tabacalera) no compiten entre sí. En definitiva, la sentencia parece afirmar que se ha violado el art. 1258 del Código civil (buena fe de las partes a la hora de cumplir el contrato) y no el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal (buena fe entendida como competencia por eficiencia).

6.3. Habiendo declarado la jurisdicción civil que no existe competencia desleal por violación de normas, sino un mero incumplimiento del contrato de distribución, la única posibilidad que tiene este Tribunal para considerar que no se han producido los efectos de la cosa juzgada en este caso sería la de considerar que la conducta de Tabacalera, al romper la obligación de ser neutral en su actividad mayorista de distribución de tabaco, ha atentado contra el orden público económico que la Ley de Defensa de la Competencia debe proteger y garantizar.

Esta doctrina ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, en su

sentencia de 20 de abril de 1989, que considera ajustada a derecho la distinta percepción de las consecuencias de unos mismos hechos en el orden civil y en el administrativo y aplicada por este Tribunal en diversas ocasiones, véanse las Resoluciones de 28 de junio de 1995, 31 de marzo de 1997 y también la de 23 de diciembre de 1996 sobre medidas cautelares en este mismo expediente.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, analizados detenidamente los hechos presuntamente constitutivos de la infracción, no resulta concluyente que se haya producido una perturbación suficiente del mercado, el Tribunal considera que el art. 7 de la LDC. no resulta aplicable en este caso.

7. El art. 10 de la LDC establece que el Tribunal podrá imponer a las empresas que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en dicha Ley una multa de hasta 150.000.000 de pesetas, que podrá incrementarse hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico anterior a la Resolución del Tribunal.

La concreta cuantía de las sanciones se fijará, en cambio, teniendo en cuenta una serie de parámetros que se establecen en el párrafo segundo del citado artículo. Así pues, teniendo en cuenta, por una parte, en primer lugar, que la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia llevan en este caso a calificar la práctica de relativamente grave, pues, si bien la predación aparece configurada como una práctica de extrema gravedad, sin embargo la discusión sobre la extensión de la misma obliga a matizar dicha apreciación; en segundo lugar, que el mercado afectado representa aproximadamente una tercera parte del mercado de cigarros; y, en tercer lugar, que los efectos de la práctica predatoria sobre el mercado no han podido precisarse con exactitud; y, por otra, que la cuota de mercado de la empresa infractora es muy elevada y que la práctica ha durado cuatro años; el Tribunal considera adecuado imponer a Tabacalera, S.A. una sanción económica de 130.000.000 de pesetas.

Vistos los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia y los demás de general aplicación

HA RESUELTO

- Primero.** Declarar que la empresa Tabacalera, S.A., dado su poder de mercado, al vender algunos tipos de cigarros "Farias" a un precio inferior al de su coste de producción y comercialización, ha incurrido en una práctica de abuso de posición dominante prohibida por el

artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo. Intimar a Tabacalera, S.A. para que, en el futuro, se abstenga de realizar tales prácticas.

Tercero. Imponer a Tabacalera, S.A. una multa de 130.000.000 de pesetas.

Cuarto. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de información general y de ámbito nacional a costa de la empresa infractora.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.