

Id Cendoj: 28079230062001100196
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0331/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dos de noviembre de dos mil uno.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 06/331/1999, se tramita a instancia de TABACALERA, S.A., representada por la Procuradora D^a M^a Teresa Goñi Toledo, con asistencia Letrada, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fechas 16 y 26 de Febrero de 1.999, sobre Abuso de posición dominante, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo de 130.000.000 de pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por Tabacalera, S.A., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensas de fechas 16 de Febrero y 26 de Febrero de 1.999, solicitando a la Sala revoque el acuerdo recurrido.

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

Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dictó auto en fecha 8 de Junio de 2.000 con el resultado obrante en autos. Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 31 de Octubre de 2001.

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

Vistos, siendo Ponente el Illmo. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la Resolución (Expte. 375/96. Tabacos de **Canarias**) del

Pleno del TEAC de 16 de Febrero de 1.999, cuyo origen fue la denuncia presentada 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 presunta realización de prácticas de abuso de libre 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 ese modo la normativa vigente sobre el monopolio de tabacos en España.

Dicha Resolución concluyó declarando 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, e intimó a Tabacalera, S.A. para que, en el futuro se abstenga de realizar tales prácticas. Y le sancionó con una multa de 130.000.00 de pesetas.

SEGUNDO.- Se han considerado constatados por el TDC los hechos siguientes: Entre los años 1990 y 1993 los márgenes de explotación de la fabricación y comercialización de los cigarros Farias fueron negativo para Tabacalera, con la excepción de Farias Centenerio-Caja de 25- en 1991 y de Farias Superiores -Caja de 50 y Estuche de 5 -en 1992. Las restricciones a la distribución denunciadas fueron debidas a fallos logísticos concretos y no a una estrategia adoptada por Tabacalera. Los actos de denigración contra la Cª Canariense y sus productos tuvieron su origen en la extralimitación de algún agente de Tabacalera y no en una política de dicha empresa. La oferta de obsequios a los expendedores se hizo infringiendo lo dispuesto en la Ley 38/1985 y el R.D. 2738/1986. 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. Y 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.

TERCERO.- 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. 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 lo tanto tiene una posición de dominio en dicho mercado relevante, y en el sector del tabaco altamente monopolizado; y puede rebajar los precios de algunos productos por debajo de los costes con la finalidad de hacer más difícil la implantación en el mercado de los potenciales competidores, sin asumir graves riesgos. Durante los años 1990 a 1993, ha estado vendiendo los cigarros "Farias" por debajo de los costes de producción y dos marcas competidoras desapreciaron del mercado en el año 1993; y en esos años Tabacalera incrementó substancialmente el precio de los cigarros "Farias"; no han entrado competidores en el mercado relevante; y que, la marca "Farias" ha perdido cuota de mercado ente los años 1990 y 1993, por la regresión del mercado y, podría haber sido mucho mayor si los precios se hubieran fijado conforme a criterios de costes, de la existencia de una estrategia predatoria, consistente en que 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.

CUARTO.- En la demanda se argumenta como cuestión de fondo la supuesta infracción de los arts. 54 y 62 nº 1a) de la Ley 30/92; y del art. 25 de la Constitución en relación al principio de tipicidad del art. 129 de la ley 30/92, y al art. 6 de la LDC, por la supuesta falta de motivación por cambio de criterio en la resolución del segundo informe propuesta, respecto del primero que fue anulado. Lo cual la Sala entiende que no se sostiene en este caso porque el segundo informe no está vinculado por el primero al haber sido anulado éste, con retroacción de actuaciones por lo tanto no es preciso explicar el supuesto cambio de criterio, que en realidad no existió al estar invalidado el primero, no constituyendo término de comparación respecto del segundo.

QUINTO.- La falta de definición clara y concreta de los costes y márgenes en que se ha movido la actora en el mercado relevante y durante el período litigioso es otro argumento de la demanda para impugnar la Resolución del TDC de 16 de Febrero de 1.999. Realmente el aspecto discutido es si concurren en este caso los requisitos jurisprudenciales comunitarios para determinar la existencia de precios predatorios. Según el informe obrante a los folios 98 a 178 del expediente 375/96 del TDC, ratificado testificalmente en este recuso, no hay constancia de que la recurrente practicara una política de venta pérdida según el art. 17 nº 2 c) de la Ley 3/91 de Competencia Desleal, porque no se han fijado los precios

por debajo de los costes variables, siendo el margen sobre tales costes positivo en todas las labores de cigarros "Farias" durante los años 1.990 a 1993. Tal margen es la diferencia que resulta de restar al precio neto de venta de las distintas labores, minorado del impuesto y de la comisión del minorista, el coste variable, según consta en la página 158 de las citadas del expediente del T.D.C., en relación a las conclusiones de las pags. 176 y 177; donde se concreta que no se ha producido el efecto de expulsión al que hubiera conducido una política de precios desleal, porque en el mercado relevante entre 1.990 y 1993 la desaparición de empresas fue sustituida por la entrada de otras nuevas, de donde se infiere que la recurrente no hizo inviable la posibilidad de competencia en el sector donde la actora fue disminuyendo su cuota de mercado en una media del 2,33% anual, y sus competidores **canarios** la incrementaron en una media del 2% anual, según consta en la página 168 de las citadas.

SEXTO.- Pese a lo expuesto, en dicho informe practicado a instancia de la actora la Sala considera que en este caso concurren los requisitos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la U.E., de 24 de junio 1.986 y 14 de Noviembre de 1.996; porque de hecho tuvo lugar la eliminación de dos competidores y aunque los precios sean inferiores a la media de los costes totales, que incluyen producción y comercialización, en este caso no son inferiores a la media de los costes variables, deben ser considerados abusivos, al haberse acreditado la referida eliminación.

Teniendo en cuenta que la desaparición del mercado de las marcas: "REIG CAZA" y "BRAVIOS", no está acreditado que se produjera porque carecieran de la necesaria eficiencia para justificar una supuesta competencia agresiva y tampoco consta que fueran suficientemente eficientes para determinar la conclusión contraria lo cierto es que concurrió una doble eliminación del mercado por la recurrente, que se ha demostrado, constituye una competencia que infringe los arts: 86 TUE y 6 LDC, con independencia de la intencionalidad de la misma porque lo que cuentan son los resultados bastando la creación de riesgo inminente de una situación de eliminación de competidores, más aun cuando en este caso se ha concretado en dos marcas contrarias. No pudiéndose compensar con la entrada de otros competidores o con la pérdida de cuota de mercado posterior y el correlativo incremento en otras marcas de la competencia, como pretende la parte actora. En consecuencia procede confirmar el Acuerdo recurrido.

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

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TABACALERA, S.A., confirmando el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de Febrero de 1999, a que las presentes actuaciones se contraen, por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de los recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-