

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 215/97. Tabacalera)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Fernández López, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 26 de mayo de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente r 215/97 (número 1449/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por TABACALERA S.A. (en adelante TABACALERA) contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 4 de marzo de 1997, por el que se proponía al Tribunal la adopción de medidas cautelares en expediente de denuncia de Mc LANE ESPAÑA S.A. (en adelante Mc LANE) contra TABACALERA S.A. por abuso de posición de dominio mediante negativa de suministro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

- 1.- D. Santiago Martínez Lage y D. Jaime Pérez Bustamante en representación de Mc LANE ESPAÑA S.A. presentaron denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por supuestas conductas constitutivas de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia contra TABACALERA S.A. En el escrito de denuncia se solicitaba la adopción de las siguientes medidas cautelares:

*"1. Que se ordene a TABACALERA suministrar a Mc LANE todas las marcas de tabaco que produzca e importe de países comunitarios y en condiciones no discriminatorias.*

*2. Que se ordene a TABACALERA poner fin al compromiso de exclusividad expreso o de facto previsto en los contratos de distribución que tenga suscritos con sus competidores, suprimiendo toda obligación que éstos hayan asumido de distribuir a través de TABACALERA un determinado volumen de productos.*

3. *Que se ordene a TABACALERA que comunice a las compañías tabaqueras con las que tenga en vigor un acuerdo de distribución, que no existe impedimento alguno para que distribuya sus productos a través de Mc LANE o de cualquier operador mayorista que surja en el futuro."*

- 2.- El Servicio de Defensa de la Competencia analizó las medidas solicitadas y por Acuerdo de 4 de marzo de 1997 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia propuso al Tribunal de Defensa de la Competencia la adopción de la siguiente medida cautelar:

*"Que se ordene a TABACALERA suministrar a Mc LANE, en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas.*

*Teniendo en cuenta que la medida ha sido solicitada a instancia de parte, corresponde que el TDC imponga a la solicitante la prestación de una fianza proporcionada al daño que la medida pueda causar a los denunciados."*

- 3.- En fecha 21 de marzo de 1997 D. Antonio Valcarce Mayayo, actuando en representación de TABACALERA S.A., interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia contra el referido Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, a tenor de lo previsto en el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia por considerar que el mismo le causaba indefensión, ya que, en primer lugar, había sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, en segundo término, porque se había vulnerado el artículo 24 de la Constitución en cuanto establece el derecho al proceso legal, con todas las garantías y medios de prueba pertinentes.

- 4.- Recibido el recurso por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y tras recabar el correspondiente informe del Servicio de Defensa de la Competencia, en fecha 15 de abril de 1997 se dictó una Providencia para alegaciones que fue notificada a TABACALERA, que las formuló por escrito de fecha 5 de mayo de 1997.

En las alegaciones, la representación del recurrente argumentó que el Acuerdo del Servicio proponiendo la adopción de medidas cautelares le había producido indefensión, ya que había sido adoptado sin concederle audiencia, a la vez que reiteraba las consideraciones consignadas en su escrito de recurso.

- 5.- En este procedimiento la única interesada es TABACALERA S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- El artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que son recurribles los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. A lo dispuesto en este precepto se acoge el recurrente por estimar que el Acuerdo recurrido le ha producido indefensión. Pero antes de entrar a analizar las consideraciones de fondo aducidas por el recurrente resulta oportuno analizar la cuestión relativa a si el acto recurrido es susceptible o no de causar indefensión, ya que de la respuesta que se dé a la cuestión se concluirá si el acto es recurrible o no. En el supuesto de que la respuesta sea negativa, no será preciso entrar a analizar los argumentos de fondo.
  
- 2.- La mención del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia a los actos que causan indefensión tienen como consecuencia que resulte superfluo el debate acerca de si la prohibición de la indefensión a que se refiere el artículo 24 de la Constitución es un principio que debe estar presente en los procesos judiciales o también es exigible en los procedimientos administrativos. Indudablemente el carácter del procedimiento establecido en la Ley de Defensa de la Competencia y su encuadramiento dentro de los procedimientos administrativos sancionadores a los que se aplican, con ciertos matices, los principios que rigen en el proceso penal, obliga a que la interdicción de la indefensión sea un principio aplicable a los procedimientos de la referida Ley, como exige expresamente su artículo 47. Por ello, los actos que causen indefensión serán recurribles.

Ahora bien, es preciso analizar el contenido de la prohibición de indefensión, que supone en definitiva el reconocimiento explícito de los denominados derechos de defensa, pues tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/1984, de 4 de abril, la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa. Por su parte, la Sentencia del mismo Tribunal 14/1985, de 1 de febrero, señala que se produce indefensión cuando se impide el principio de contradicción. Y la Sentencia 12/87, de 4 de febrero, ha explicitado que la prohibición de la indefensión implica la necesidad en todo proceso de respetar el derecho a la defensa contradictoria, asegurando a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y de rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas.

Ahora bien, para que se produzca indefensión es preciso que la imposibilidad de contradicción se extienda durante la totalidad de la tramitación y que, por lo tanto, el acto que genere o limite derechos haya sido dictado sin que una parte haya podido exponer sus razonamientos o, por decirlo de otra forma, los actos de trámite no son susceptibles de producir indefensión si en posteriores momentos y antes de dictarse la correspondiente Resolución la parte tiene la posibilidad de argumentar sus pretensiones. Como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 28/1981, de 23 de julio, *"nadie debe quedar afectado en sus derechos e intereses legítimos por una Sentencia sin que haya podido defenderse"*. Aplicando esa doctrina a este procedimiento, habría que considerar que no puede adoptarse una medida cautelar sin que la parte afectada haya podido defenderse.

Resulta necesario analizar, en consecuencia, si el Acuerdo recurrido es o no susceptible de producir indefensión. Y la conclusión a la que se llega es indudablemente negativa. En el procedimiento de medidas cautelares regulado por el artículo 45 de la Ley de Defensa de la Competencia el Servicio de Defensa de la Competencia no dicta acuerdos susceptibles de afectar a los derechos o intereses de quienes son parte en el procedimiento, sino que se limita a formular una propuesta que abre un expediente que se tramita ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Es en este expediente, tramitado ante el Tribunal, en el que está presente el principio de contradicción y en él ha de tener lugar la audiencia de los interesados, tal y como dispone el artículo 45.3 de la referida Ley de Defensa de la Competencia. Tras oír a los interesados, es el Tribunal el que dicta la Resolución, que es la que genera, aun cuando de forma cautelar, derechos y afectación de intereses de las partes. Es necesario, en consecuencia, concluir que un acto del Servicio como el que ha sido recurrido, que en realidad se limita a abrir un procedimiento de medidas cautelares, no puede en modo alguno generar indefensión y, por lo tanto, no es susceptible del recurso a que se refiere el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia.

- 3.- A mayor abundamiento de cuanto se ha manifestado hay que tener en cuenta que nos encontramos en presencia de un procedimiento de medidas cautelares, con las características de sumariedad y provisionalidad que le son propias. En este tipo de procedimientos, precisamente por esas características de sumariedad y provisionalidad, el principio de contradicción ha de tener necesariamente un alcance diferente al que tiene en el procedimiento sancionador principal. Tal es así que en algunos supuestos regulados en nuestro ordenamiento jurídico, como el previsto en el artículo 25.2 de la Ley de Competencia Desleal, se pueden adoptar medidas "inaudita parte", lo cual viene a significar que en un procedimiento

de esas características puede llegar a quedar considerablemente limitado el principio de contradicción, lo cual no sería admisible en un procedimiento sancionador.

Aun así, ello no ocurre en el procedimiento de medidas cautelares de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que el trámite de audiencia de las partes tiene lugar antes de dictar la Resolución, pero ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, no ante el Servicio, pues éste no es el que resuelve, sino que se limita a formular una propuesta al Tribunal y esa propuesta no genera derechos ni obligaciones, ni afecta a los intereses de las partes.

Por todo lo anteriormente expuesto es necesario concluir que la propuesta realizada por el Servicio de un expediente de medidas cautelares no es un acto susceptible de generar indefensión ni implica la imposibilidad de continuar el expediente y, por lo tanto, no puede ser objeto de recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, basándose en lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley. Y si ello es así, resulta innecesario entrar a realizar consideraciones relativas al fondo del asunto, pues procede inadmitir el recurso por haber sido interpuesto contra un acuerdo no recurrible.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

### **RESUELVE**

**Único.-** Declarar inadmisibile el recurso interpuesto por la representación de TABACALERA S.A. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 4 de marzo de 1997 por el que se propone al Tribunal de Defensa de la Competencia la adopción de medidas cautelares.

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 de su notificación.