

RESOLUCIÓN (Expte. Mc 25/97. Tabacalera/Mc Lane 2)

Pleno

Petitbò Juan, Presidente
Fernández López, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 22 de diciembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo ponente el Vocal Sr. ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente MC 25/97 (nº 1449/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) que trae causa del iniciado por denuncia de "Mc LANE ESPAÑA, S.A." contra "TABACALERA, S.A." por la realización de diversas prácticas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 10 de octubre de 1997 "Mc LANE ESPAÑA, S.A." (en lo sucesivo Mc LANE), en el curso del expediente nº 1449/96 que se sigue contra la misma por negativa de suministro, solicitó la adopción de nuevas medidas cautelares contra "TABACALERA, S.A." (en adelante TABACALERA), basándose, por una parte, en el incumplimiento por dicha entidad de la medida cautelar ordenada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 26 de mayo de 1996 y, por otra, en que el plazo de vigencia de la citada medida cautelar expira el día 26 de noviembre de 1997.
2. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 26 de mayo de 1997, había adoptado la siguiente medida cautelar: *Ordenar a Tabacalera que suministrara a Mc LANE, en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas.* Dicha medida cautelar tenía una duración máxima de seis meses.

Posteriormente, para resolver un incidente surgido en relación con la aplicación de la medida cautelar, el Tribunal acordó por Resolución de 30 de julio de 1997:

1. Ordenar a Tabacalera, S.A. que en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la presente Resolución realice, en los términos señalados en el Fundamento de Derecho número 14, una propuesta a Mc LANE ESPAÑA, S.A. para la ejecución de la medida cautelar acordada en la Resolución de 26 de mayo de 1997.

2. Imponer a Tabacalera, S.A. una multa coercitiva por importe de 150.000 ptas. diarias en caso de incumplimiento de la medida cautelar.

3. Las anteriores Resoluciones fueron recurridas por Tabacalera ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Tabacalera solicitó en ambos procedimientos la suspensión de la ejecución de la resolución administrativa, no habiéndose pronunciado aún la Audiencia Nacional al respecto.

Asimismo, Tabacalera solicitó al Tribunal de Defensa de la Competencia la suspensión de la ejecución de su Resolución de 30 de julio de 1997, petición que le fue denegada por Resolución de 20 de octubre de 1997 por entender el Tribunal que carecía de competencia para examinar dicha pretensión.

4. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras investigar el comportamiento de Tabacalera, considerando: a) Que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha establecido que cabe acordar la adopción de nuevas medidas cautelares una vez transcurrido el período de seis meses previsto en el artículo 45.6 de la Ley de Defensa de la Competencia, incluso si éstas son similares a las anteriormente acordadas, siempre que concurren las circunstancias que justifican y hacen necesaria su adopción (Resoluciones de 1 de octubre de 1992, 3 de marzo de 1997 y 26 de septiembre de 1997); b) Que no sólo persiste el "fumus boni iuris" y el "periculum in mora" sino que éste último se ve agravado por el retraso en el cumplimiento de las Resoluciones del Tribunal. Y c) Que el plazo de seis meses previsto en el art. 45.6 de la Ley de Defensa de la Competencia empieza a contar en el momento en que se ejecutan las medidas cautelares; propone las siguientes medidas cautelares:

1. Que se declare que el plazo de seis meses previsto en la Resolución de 26 de mayo de 1997 (MC 21/97) no empieza a contar hasta que comience la ejecución de la misma.

2. Subsidiariamente que, una vez concluido el plazo de seis meses previsto en la Resolución de 26 de mayo de 1997, se adopte la medida cautelar solicitada por la entidad denunciante Mc LANE que, en definitiva, consiste en : Que se ordene a Tabacalera suministrar a Mc Lane, en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas.

3. Que se anuncie a Tabacalera, de conformidad con lo dispuesto en los arts 45.4 y 11 de la Ley de Defensa de la Competencia, la imposición de una multa coercitiva para asegurar el cumplimiento de esa nueva medida cautelar adoptada.

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

5. Recibido el expediente en el Tribunal, por Providencia de 7 de noviembre de 1997 se puso de manifiesto a los interesados para que formularan alegaciones.

Han cumplimentado este trámite Mc LANE y TABACALERA.

Mc LANE se muestra conforme con el escrito del Servicio de Defensa de la Competencia excepto en la parte relativa a la imposición de fianza, la cual, a su juicio, no procede porque la medida cautelar se adopta en función de un interés público.

TABACALERA no combate la propuesta de adopción de una nueva medida cautelar, sin embargo alega que la anteriormente adoptada por el Tribunal no ha sido incumplida porque dicha medida no es todavía ejecutiva al haber sido recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa y porque Tabacalera ha realizado diversas propuestas a Mc Lane sin haber obtenido respuesta, por lo que deduce que Mc Lane no tiene intención de negociar un acuerdo.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión del día 2 de diciembre de 1997.
7. Son interesados:
- Mc LANE ESPAÑA, S.A.
 - TABACALERA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La primera cuestión a resolver es cómo ha de computarse el plazo de vigencia de las medidas cautelares que se adopten al amparo de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Defensa de la Competencia.

A este respecto el Tribunal considera que, si bien el citado artículo 45 no contiene ninguna indicación sobre cuándo empieza a contarse el plazo de duración de las medidas cautelares, el sentido de las mismas --que no es otro que anticipar en cierta medida la resolución para preservar su eficacia futura y evitar que se perpetue en el mercado una distorsión de la competencia que resulta contraria al interés público-- lleva inexorablemente a interpretar que el cómputo de dicho plazo se iniciará a partir de la fecha de notificación de la Resolución, salvo que en la misma se establezca una fecha cierta (por ejemplo, un plazo de diez días a contar de la notificación). Por otra parte, de no ser así, el cumplimiento de la medida cautelar quedaría al arbitrio del infractor, con lo que perdería toda su eficacia.

En esta misma línea, la Ley 30/1992 establece, en su artículo 48, las siguientes reglas en materia de cómputo de plazos: Si el plazo se fija en meses, éstos se computan de fecha a fecha (nº 2). En este caso los plazos se contarán a partir del día de la notificación del correspondiente acto, salvo que en él se disponga otra cosa (nº 4).

2. En cuanto a la adopción de la medida cautelar el Tribunal considera que procede la adopción de la propuesta por el Servicio de Defensa de la Competencia por los siguientes motivos:
 - a) El art. 45 de la Ley de Defensa de la Competencia permite que el Servicio de Defensa de la Competencia proponga en cualquier momento del expediente, de oficio o a instancia de parte, la adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte por el Tribunal.
 - b) Que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha establecido que cabe acordar la adopción de nuevas medidas cautelares una vez transcurrido el período de seis meses previsto en el artículo 45.6 de la Ley de Defensa de la Competencia, incluso si éstas son similares a las anteriormente acordadas, siempre que concurren las circunstancias que justifican y hacen necesaria su adopción (Resoluciones de 1 de octubre de 1992, 3 de marzo de 1997 y 26 de septiembre de 1997)

- c) La Audiencia Nacional, en su sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), ha reconocido que la adopción de nuevas medidas cautelares, tras el vencimiento de las primeras, aunque sean de idéntico contenido, no vulnera lo dispuesto en el art. 45.6 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- d) Persisten las circunstancias que en su día motivaron la adopción de una medida cautelar similar a la que ahora se acuerda. En efecto, por una parte, existe apariencia de buen derecho en la reclamación de Mc Lane ya que pese a contar con autorización administrativa para operar como distribuidor mayorista de tabaco en España, no ha conseguido que Tabacalera, que ostenta una posición de dominio en el mercado, le suministre en condiciones no discriminatorias; y, por otra, no sólo persiste el *periculum in mora* sino que éste resulta agravado por el incumplimiento de las anteriores resoluciones del Tribunal en materia de medidas cautelares. En este sentido, el transcurso del tiempo no hace sino acentuar aún más la urgencia de las citadas medidas cautelares al hacerse más precaria la situación de Mc LANE, que ve como va a vencer próximamente la autorización administrativa de que dispone sin haber podido materializarla por falta de suministro.

Por lo demás, continúan siendo válidas las consideraciones que sobre la delimitación del mercado relevante y la concurrencia de los requisitos del "fumus boni iuris" y del "periculum in mora" realizó el Tribunal en su Resolución de 26 de mayo de 1997 (MC 21/97). En efecto, la situación jurídica objeto de tutela cautelar se corresponde perfectamente con los objetivos perseguidos por la Ley de Defensa de la Competencia que consisten, según su Exposición de Motivos, en "garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público". A este respecto hay que tener presente que, transcurridos casi doce años desde la entrada en vigor de la Ley 38/1985 que libera la comercialización mayorista del tabaco en España, no existe prácticamente ningún mayorista operando en dicho mercado a excepción, claro está, de Tabacalera, y que incluso aquellos empresarios que ha obtenido licencia administrativa para operar, como es el caso de Mc LANE, se ven en la imposibilidad de hacerlo por falta de suministro.

- 3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia procede también atender la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de advertir a TABACALERA de que, para

asegurar el cumplimiento de la medida cautelar que se adopta, se le podrá imponer una multa coercitiva de 150.000 ptas. diarias.

4. La Ley de Defensa de la Competencia prevé en su art. 45.1 in fine, la posibilidad de que el Tribunal pueda imponer una fianza al solicitante de la medida cautelar cuando ésta haya sido instada por él. Con base en esta norma el Servicio de Defensa de la Competencia ha propuesto que se imponga una fianza a Mc LANE.

La imposición de una fianza o contracautela al solicitante tiene por objeto el facilitar la adopción de las medidas cautelares al desplazar sobre el peticionario los efectos adversos de las mismas si la resolución definitiva no confirmara la apariencia de buen derecho que ahora se aprecia (Resolución de 29 de enero de 1997). No es éste, sin embargo, el caso que nos ocupa, pues ni el Servicio de Defensa de la Competencia ni la propia TABACALERA han cuantificado dichos posibles efectos. Es más, TABACALERA ni tan siquiera ha alegado al respecto.

En consecuencia, dados los términos potestativos con los que se expresa el citado art. 45, la actitud de TABACALERA, el hecho de que no se aprecie que la medida pueda causar daños a TABACALERA y la defensa del interés público que consiste, como ya se ha indicado, en promover una rápida liberalización del mercado mayorista del tabaco más que dar satisfacción a las pretensiones de Mc LANE, el Tribunal considera que no se deben imponer nuevas cargas al solicitante que pudieran dificultar aún más su entrada en el mercado.

5. Finalmente, dado que en el escrito de alegaciones presentado por TABACALERA, SA. se vierten una serie de consideraciones sobre el incumplimiento de la medida cautelar impuesta por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de mayo de 1997, que se completa con las Resoluciones de 30 de julio de 1997 y 20 de octubre de 1997, procede librar testimonio de dicho escrito para su incorporación al Expediente MC 21/97.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

- Primero.** Ordenar a TABACALERA, SA que, durante seis meses, suministre a Mc LANE ESPAÑA,SA. en condiciones no discriminatorias todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas.

TABACALERA, SA. deberá hacer efectiva la medida cautelar a partir del día en que reciba la notificación de la presente Resolución.

Segundo. Imponer a TABACALERA,SA. una multa coercitiva por importe de 150.000 ptas. diarias en caso de incumplimiento de la medida cautelar.

Tercero. Incorporar al Expediente MC 21/97 testimonio del escrito de alegaciones de TABACALERA,SA., de fecha 18 de noviembre de 1997.

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.