

Id Cendoj: 28079230062001100030  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 0654/1997  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo  
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de abril 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 654/97 (y 696/98, 698/98 y 716/98 acumulados), se tramita, a instancia de TABACALERA, S.A., representada por la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Teresa Goñi Toledo, contra resoluciones del Tribunal de **Defensa de la Competencia**, de fechas: a) dos de 26 de mayo de 1997 (recaídas en los expedientes r215/97 y MC21/97), b) 4 de febrero de 1998 (expediente MC21/97), c) 22 de diciembre de 1997 (expediente MC25/97) y d) 4 de febrero de 1997 (expediente MC21/97), sobre medidas cautelares y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha sido parte codemandada McLANE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén.

La cuantía del presente recurso es indeterminada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interponen los siguientes recursos contencioso administrativos por la representación procesal de TABACALERA, S.A.:

a) Recurso 654/97: Se presenta el 16 de junio de 1997, contra la Resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** (TDC) de 26 de mayo de 1997. La Sala, por providencia de fecha 8 de julio de 1997, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo. El 22 de julio de 1997 se personó la representación de McLANE ESPAÑA, S.A. y por providencia de 10 de octubre de 1997 se tuvo a dicha parte por personada y se da traslado del expediente a la parte actora para que formule su demanda, que es presentada el 11 de noviembre de 1997.

El anterior recurso se amplió, por escrito de 29 de septiembre de 1997, a la Resolución del TDC 30 de julio de 1997, dictada en ejecución de la Resolución anterior.

b) Recurso 696/98: Se presenta el 27 de febrero de 1998, contra la Resolución del TDC de 4 de febrero de 1998 y la Sala, por proveído de 13 de abril de 1998 acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente. El 6 de mayo de 1998 se personó la representación de McLANE ESPAÑA, S.A.

c) Recurso 698/98: Se presenta el 5 de marzo de 1998, contra la Resolución del TDC de 22 de diciembre de 1997, al tiempo que se solicita la acumulación al recurso 654/97. La Sala, por providencia de 22 de abril de 1998 tiene por presentado el recurso, reclama el expediente y da traslado al Abogado del Estado para oírle sobre la acumulación solicitada.. El 6 de mayo de 1998 McLANE ESPAÑA, S.A. se persona en el recurso y por providencia de 1 de julio de 1998 se le tiene por personado y se le señala plazo para oírle sobre acumulación.

d) Recurso 716/98: Se presenta el 27 de marzo de 1998, contra la Resolución del TDC de 4 de febrero de 1998, solicitándose también la acumulación al recurso 654/97 y la Sala, por providencia de 27 de abril de 1998 acuerda su registro.

SEGUNDO.- Por auto de 26 de marzo de 1999 se acuerda la acumulación de los recursos 696/98, 698/98 y 716/98 al recurso -más antiguo- 654/97, con traslado al recurrente para que ampliara la demanda respecto de los actos del TDC recurridos y no impugnados en la demanda presentada el 11/11/97. Con fecha 27 de abril de 1999 presenta la parte actora su escrito de demanda.

El 15 de diciembre de 1999 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. Y con fecha 10 de abril de 2000 presentó la codemandada McLANE ESPAÑA, S.A. su escrito de contestación.

TERCERO.- Por auto de 18 de mayo de 2000 se recibió el proceso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones. Por providencia de 19 de diciembre de 2000 se acordó poner de manifiesto las pruebas a las partes para conclusiones, que presentaron por escritos de 22 de enero de 2001 TABACALERA, S.A., de 24 de enero de 2001 McLANE ESPAÑA, S.A., y de 20 de febrero de 2001 el Abogado del Estado. El 23 de febrero de 2001 se declararon los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 25 de abril 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 Ilmo. Sr. D. José M<sup>a</sup> del Riego Valledor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra las siguientes Resoluciones del TDC.:

a) Resolución de 26 de mayo de 1997 (expediente r215/97), cuya parte dispositiva dice:

"Unico: 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."

b) Resolución de 26 de mayo de 1997 (expediente MC21/97), cuya parte dispositiva ordena:

"Adoptar la medida cautelar consistente en ordenar a TABACALERA, S.A., suministrar a McLANE ESPAÑA, S.A., en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas, durante un período de seis meses."

"Interesar del Servicio que, en el ámbito de la instrucción que está realizando, analice los contratos en virtud de los cuales TABACALERA, S.A., fabrica en la península y en Baleares labores de tabaco de otras compañías tabaqueras, a fin de que, previo cumplimiento de los trámites necesarios para garantizar sus derechos e intereses legítimos, adopte las decisiones que considere convenientes sobre el suministro de las labores de tabaco fabricadas bajo licencia."

c) Resolución de 30 de julio de 1997 (expediente MC21/97), por la que se acuerda:

"1. Ordenar a RABACALERA, S.A., que en el plazo de 10 días, a contar desde la notificación de la presente Resolución, realice en los términos señalados en el Fundamento de Derecho número 1, una propuesta a McLANE ESPAÑA, S.A., para la ejecución de la medida cautelar adoptada por la Resolución de

26 de mayo de 1997."

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

d) Resolución de 22 de diciembre de 1997 (expediente MC25/97), que dispone, entre otras cuestiones:

"Primero. Ordenar a TABACALERA, S.A., que, durante seis meses, suministre a McLANE ESPAÑA, S.A., en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas."

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

e) Resolución de 4 de febrero de 1998 (expediente MC21/97). Esta misma resolución ha sido objeto de dos recursos por TABACALERA, S.A., presentados el 27 de febrero y 27 de marzo de 1998 (recursos 696/98 y 716/98). Dice dicha resolución en su parte dispositiva:

"Unico. Imponer a TABACALERA, S.A., una multa coercitiva por importe de 15.450.000 pesetas."

Son elementos fácticos a tener presentes en esta sentencia los siguientes:

1) TABACALERA S.A. (TSA) una sociedad -en el momento de los hechos que se van a examinar en este recurso- en la que participa mayoritariamente el Estado, cuya actividad principal es la fabricación, importación, exportación y distribución al por mayor de labores de tabaco. La ley 38/1995, de 22 de noviembre, liberalizó la importación y comercio al por mayor de labores de tabaco procedentes de los Estados miembros de la CEE, pero mantuvo el monopolio de la fabricación de tabacos en España, con excepción de las Islas Canarias, así como la importación de labores y comercio al por mayor de países terceros, atribuyendo a TSA, la administración y gestión del mismo.

2) McLANE ESPAÑA S.A. (McLANE), es una sociedad española dedicada a la distribución mayorista de todo tipo de productos, que obtuvo de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de tabacos, en enero de 1995, una licencia para la importación de labores de tabaco de la CEE, por un plazo de 3 años, y en julio de 1995, por otros 3 años, autorización administrativa para la distribución mayorista de labores de tabaco de la Unión Europea.

3) El 10 de septiembre de 1996 McLANE presentó denuncia ante el TDC contra TSA por abuso de posición dominante contraria al artículo 6 de la ley 16/1989 y 86 del Tratado de Roma, consistente en la negativa de suministro a McLANE de los productos que fabrica y en la celebración de contratos de distribución exclusiva, expresa o de facto, con otras compañías fabricantes tabaqueras (Philip Morris, R.J. Reynolds, BAT, Rothmans, etc).

4) Por Acuerdo de 4 de marzo de 1997, el Director General de Política Económica y **Defensa de la Competencia** propuso al TDC la adopción de una medida cautelar. Esta Acuerdo fue recurrido por TSA y la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997, de inadmisión del recurso, constituye uno de los objetos del presente proceso.

5) Recibida la propuesta del Director General, y tras la tramitación correspondiente, el TDC dictó las Resoluciones de medidas cautelares de 26 de mayo de 1997, 22 de diciembre y 4 de febrero de 1998, que igualmente son objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- TSA en su escrito de demanda indica:

a) Respecto de la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997, que declaró inadmisibles sus recursos contra el Acuerdo del D.G. de **Defensa de la Competencia**, que tal Acuerdo es nulo de pleno derecho por privarle del derecho de audiencia y por omitir la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora.

b) Respecto de la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997 que establece medidas cautelares, señala su inconstitucionalidad por contraria a la libertad de empresa del artículo 38CE, así como la improcedencia de la medida cautelar, por falta de los requisitos de apariencia de buen derecho y perjuicios para tercero.

c) Y por lo que se refiere a las Resoluciones del TDC de 22 de diciembre de 1997 y 4 de febrero de 1998, alega su nulidad o anulabilidad, pues se acordaron cuando la recurrente había solicitado de esta Sala la suspensión de la medida cautelar, sin perjuicio de que vulneren el artículo 45.6 de la Ley de **Defensa de la Competencia**, que prohíbe que se acuerden medidas cautelares con duración superior a 6 meses.

El Abogado del Estado entiende que no existe indefensión de la parte recurrente, que ha podido exponer su opinión a lo largo del procedimiento, sin perjuicio además de que nos encontremos ante un procedimiento de medidas cautelares que es sumario y urgente. Respecto de la medida cautelar, considera el Abogado del Estado que el TDC ha valorado las circunstancias concurrentes, desde el punto de vista de la oportunidad y de la legalidad, y ningún derecho constitucional es absoluto y el derecho de libertad de empresa tiene limitaciones, presentes en el texto constitucional, como las que tratan de asegurar la correcta competencia y el funcionamiento del mercado.

El codemandado McLane, en su contestación, manifiesta que el Acuerdo del Director General de Política Económica y **Defensa de la Competencia** de 4/3/97 es un mero acto de trámite, que no es susceptible de producir indefensión, ya que las medidas cautelares las adopta el TDC previa audiencia de las partes, y que las medidas cautelares adoptadas por el TDC no son contrarias a la libertad de empresa, pues la **defensa de la competencia** es también defensa de la libertad de empresa, así como que dichas medidas han sido adoptadas por concurrir apariencia de buen derecho y "periculum in mora".

TERCERO.- Ha de tratarse en primer lugar del recurso contra la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997, que inadmitió el recurso de TSA contra el Acuerdo del Director General de Política y **Defensa de la Competencia** de 4 de marzo de 1997. En la versión de la LDC vigente en la fecha del Acuerdo, su artículo 47 permitía recurrir los actos de archivo y de trámite del Servicio en dos ocasiones: cuando determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, y cuando produzcan indefensión, y debe admitirse que el Acuerdo del Director General de 4/3/97 difícilmente encaja en alguna de esas dos clases de actos, pues ni imposibilita la continuación del procedimiento, antes bien, se trata de un acto de propuesta, que necesariamente presupone una continuación, ni produce indefensión, pues la decisión sobre la adopción de medidas cautelares se adopta por el TDC, previa audiencia a las partes, como establece el artículo 45.3 LDC. Prueba evidente de que no existió tal indefensión es que, una vez remitido el expediente al TDC, y en cumplimiento del citado artículo 45.3 LDC, se celebró una vista, en la que TSA tuvo oportunidad de exponer sus argumentos contrarios a la medida cautelar, que aparecen extensamente recogidos en el apartado 9 de los Antecedentes de Hecho de la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997 (MC21/97), por la que se adoptó la medida cautelar. Por tanto, es procedente la inadmisión del recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y **Defensa de la Competencia** de 4/3/97, declarada en la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997 (r215/97), que debe ser confirmada.

CUARTO.- La primera de las alegaciones que efectúa la actora contra la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997 (MC21/97), de adopción de medidas cautelares, es que la medida adoptada es contraria a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, protegida por el artículo 38 CE.

La medida cautelar adoptada consistió -como ya se ha dicho- "en ordenar a TABACALERA S.A. suministrar a McLANE ESPAÑA S.A., en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas, durante un período de 6 meses".

Debe señalarse que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de junio de 2000 (Ar.: 20005170), dictada en la pieza de suspensión de este mismo recurso, se ha pronunciado sobre esta medida cautelar y aunque en esa ocasión no se discutió sobre su adecuación a la Constitución, no cabe duda que el Tribunal Supremo hubiera apreciado de oficio la inconstitucionalidad de la medida -en caso de que existiera- y la sentencia no se hubiera pronunciado a favor de la ejecución del acto recurrido.

En todo caso conviene recordar con el primer párrafo de la Exposición de Motivos de la LDC, que la competencia "constituye la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa", de forma que la **defensa de la competencia** es un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 CE., y por ello no puede considerarse como una limitación sino como una exigencia precisamente de la libertad de empresa. Y a esta finalidad de protección responde la misma existencia del TDC y el establecimiento por la LDC de una serie de medidas -cautelares o no- que el TDC puede y debe adoptar en el ejercicio de sus funciones. En este marco ha de interpretarse la medida cautelar adoptada por el TDC en este caso, consistente en ordenar a TSA que suministre a McLANE las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas, en condiciones no discriminatorias y durante 6 meses, medida esta orientada a la **defensa de la competencia** de forma interina o provisional, en tanto recaiga resolución definitiva sobre el fondo, y amparada por el artículo 45.1 LDC que permite al TDC

ordenar la imposición de condiciones determinadas para evitar un daño.

QUINTO.- Examinamos seguidamente las alegaciones que efectúa la demanda en relación con dos de los requisitos que usualmente se exigen para la adopción de una medida cautelar, la apariencia de buen derecho ("fumus boni iuris") y el peligro en la demora o riesgo de que pierda eficacia la resolución final ("periculum in mora").

En relación con la primera cuestión, sostiene la demanda que la reclamación de McLANE no está fundada en una apariencia de buen derecho, pues pone en duda que sea correcta la definición del mercado de referencia, al menos en su ámbito geográfico, efectuada por el Servicio de **Defensa de la Competencia**, ya que el mercado relevante a considerar es el comunitario de la distribución mayorista de labores de tabaco, en el que TSA no tiene una posición dominante, lo que convierte en inútil cualquier referencia al artículo 6 LDC. Sin embargo, como la propia demanda no deja de reconocer, la cuestión de cual sea el mercado de referencia, tanto geográfico como de producto, debe tratarse en toda su amplitud en el expediente principal, con los estudios e informes que se consideren necesarios, mientras que en la pieza de medidas cautelares esta cuestión ha de tratarse necesariamente de forma somera, apareciendo en principio constituido el mercado afectado, según la Resolución recurrida, en cuanto al producto por la fabricación y distribución de labores de tabaco, y en cuanto al ámbito geográfico, por la Península y Baleares, según resulta de la delimitación que efectúa el artículo 1.1 de la ley 38/1985, de 22 de noviembre, que liberaliza - entre otros- el mercado de la comercialización mayorista de labores de tabaco procedentes de los Estados miembros de la CEE en España, con excepción de las Islas Canarias, ámbito al que se refiere la autorización administrativa concedida a McLANE por la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos el 31 de julio de 1995.

En este mercado de la distribución mayorista de labores de tabaco en la península y Baleares, TSA tenía una evidente posición de dominio, pues ostentaba, en la fecha en que se adoptó la medida cautelar, un monopolio "de facto", con una cuota de mercado prácticamente igual al 100% y la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra, que es la conducta en que consiste el abuso de posición dominante investigado por el Servicio de **Defensa de la Competencia**, está indiciariamente demostrada por la carta de TSA de 30 de mayo de 1996, en la que comunica a McLANE su negativa a la distribución de labores de tabaco, porque TSA tiene su propia red de distribución y no necesita nuevos distribuidores. Una vez más sin perjuicio de lo que resulte del expediente principal donde se discute con amplitud la existencia de abuso de posición dominante, y donde sin duda TSA aportará mayores justificaciones a su negativa a suministrar labores de tabaco, que fabricaba en régimen de monopolio, a empresas distribuidoras, a los efectos que ahora interesan, de adopción de medidas cautelares, debe admitirse la existencia de una apariencia de abuso de posición dominante, constituida por la citada posición de dominio de TSA y la indiciaria negativa injustificada a vender sus productos a McLANE.

SEXTO.- Respecto del peligro de demora, basta reseñar el perjuicio que la negativa supone para McLANE, a quien el 31 de julio se concedió una autorización para la distribución mayorista de labores de tabaco por un período de 3 años, y que de persistir la negativa de TSA, fácilmente se agotará el plazo de 3 años sin que McLANE haya podido siquiera iniciar la actividad para la que obtuvo la autorización administrativa, con el consiguiente perjuicio que para la competencia ocasiona esta dificultad de un competidor para entrar en un mercado que, debe recordarse, el legislador liberalizó hace 15 años.

SEPTIMO.- Por lo que se refiere a la Resolución del TDC de 30 de julio de 1997, que ordena a Tabacalera que realice una oferta a McLane para la ejecución de la medida cautelar adoptada por la Resolución de 26 de mayo de 1997, e impone una multa coercitiva por importe de 150.000 pesetas diarias en caso de incumplimiento, es procedente la anulación de dicho acto, pues la Sala considera que la presentación de un recurso contencioso administrativo contra la referida Resolución de 26/5/97, con la solicitud de suspensión y la apertura en este órgano jurisdiccional de la oportuna pieza, con fecha 8/7/97, notificada a la Administración en la persona del Abogado del Estado, el 11/7/97, impide a la Administración proseguir en la ejecución de la citada medida cautelar de 26/5/97, de forma que los actos realizados en su ejecución, mientras la Sala tomaba una decisión sobre la suspensión, resultan contrarios a derecho.

Por las misma consideración, procede declarar la nulidad de la Resolución de 4 de febrero de 1998, que impone a Tabacalera una multa coercitiva de 15.450.000 pesetas, pues no es sino la cuantificación de las consecuencias de 103 días de incumplimiento, en aplicación de la multa coercitiva de 150.000 pesetas diarias prevista en la Resolución de 30 de julio de 1997, a la que nos hemos referido en el párrafo anterior.

OCTAVO.- La demandante recurre la Resolución del TDC de 22 de diciembre de 1997 (expediente MC25/97), que acordó nuevas medidas cautelares de igual contenido que las ordenadas en la Resolución de 26 de mayo de 1997 (MC 21/97), porque si el artículo 45.5 LDC no impide la posibilidad de que en un

mismo expediente puedan decretarse nuevas medidas cautelares, "en el sentido de distintas medidas", lo que prohíbe la norma es que una medida cautelar dure más de 6 meses. La Sala entiende que tiene razón el recurrente cuando admite que en un mismo expediente pueden dictarse nuevas medidas cautelares, pero en cambio carece de apoyo legal su tesis de que necesariamente debe tratarse, además de nuevas, de medidas cualitativamente distintas a las acordadas por primera vez. El artículo 45.6 impone una limitación temporal a las medidas cautelares, de 6 meses, pero no contiene ninguna prohibición o previsión respecto de la adopción de nuevas medidas, de contenido idéntico o diferente al de las primeras. En la sentencia de 17 de septiembre de 1997 (recurso 84/1991), decía esta misma Sala que la finalidad de la limitación temporal de las medidas cautelares es evitar que se transformen en una resolución adelantada del litigio, pero no existe ningún impedimento para que se adopten nuevas medidas cautelares, iguales o diferentes, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, siempre que se aprecie una necesidad urgente en garantía de la futura resolución que se dicte en el procedimiento principal.

NOVENO.- Las consideraciones de esta sentencia respecto de las Resoluciones del TDC impugnadas, deben entenderse en su justa medida, esto es, como razonamientos relativos a unas medidas adoptadas con carácter cautelar, con las limitaciones de debate y prueba que ello comporta, y sin perjuicio, por lo tanto, de los pronunciamientos que procedan en cuanto a resoluciones que puedan adoptarse en el proceso principal.

DECIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131 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:

ESTIMAR los recursos contencioso administrativos interpuesto por TABACALERA S.A., contra las Resoluciones del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de fechas 30 de julio de 1997 y 4 de febrero de 1998 y DESESTIMAR los recursos interpuestos por la misma parte contra las Resoluciones del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 26 de mayo de 1997 (dos) y 22 de diciembre de 1997, indicadas todas ellas en el Antecedente de Hecho Primero de esta sentencia.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

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. D. JOSE M<sup>º</sup> DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-