

## **RESOLUCIÓN (Expte. Mc 21/97 Tabacalera)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Alonso Soto, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Fernández López, 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 (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Rubí Navarrete, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente MC 21/97 (nº 1449/96 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC), de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, a instancia de la empresa "Mc LANE ESPAÑA S.A.", en el curso del expediente sancionador que se sigue contra la empresa Tabacalera S.A. por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 10 de septiembre de 1996 la empresa Mc LANE ESPAÑA S.A. (Mc LANE) presentó denuncia contra Tabacalera S.A. (TSA) por abuso de posición dominante contraria a los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y 86 del Tratado de Roma (TCE) consistentes en la negativa de suministro a Mc LANE de los productos que fabrica y en la celebración de contratos de distribución exclusiva, expresa o de facto, con otras compañías tabaqueras. Asimismo se denuncia que los citados contratos constituyen una práctica concertada que infringe los artículos 1 LDC y 85 TCE, artículos que también resultan infringidos por los acuerdos horizontales por virtud de los cuales TSA mantiene una empresa en participación con R.J.Reynolds para la fabricación de tabaco en Canarias y participa en el capital de CITA, Tabacos de Canarias S.A (CITA).

En el mismo escrito de denuncia Mc LANE solicitó 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 comunique 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. Mc LANE 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 tres años. En julio del mismo año obtuvo, por idéntico plazo, autorización administrativa para la realización de la actividad de distribución mayorista de labores de tabaco de la Unión Europea.

Sus accionistas, según información de la empresa, son Mc LANE INTERNATIONAL INC, CHUPA CHUPS INVEST B.V. y CAMPSA ESTACIONES DE SERVICIO. (Grupo Repsol).

3. Tabacalera es una sociedad en la que participa mayoritariamente el Estado, cuya actividad principal es la fabricación, importación, exportación y distribución al por mayor de labores de tabaco.
4. La Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del Monopolio Fiscal de Tabacos, liberalizó la importación y comercio al por mayor de labores de tabaco procedentes de los Estados miembros de la CEE que fueran originarias de los mismos o hubieran sido puestas en ellos en régimen de libre práctica. Por el contrario, 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 labores de países terceros, atribuyendo a TSA la administración y gestión del mismo. La Ley mantuvo también el Monopolio del Estado en el comercio al por menor de labores de tabaco a través de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre.

En desarrollo de la norma citada, el Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, reguló las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de las labores de tabaco.

De acuerdo con dichas normas, la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos es el Centro Directivo del Ministerio de Economía y Hacienda al que corresponde autorizar a los operadores que lo soliciten la realización de las actividades no monopolizadas, una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en el citado Real Decreto.

5. En el ejercicio de tales competencias autorizó a Mc LANE, el 13 de enero de 1995, la realización de la actividad de importación de labores de tabaco de la CEE por el plazo de tres años y denegó la autorización para la actividad de distribución mayorista de las mismas.

No obstante, una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 3º 1, a), b), d) y e) del Real Decreto antes citado, la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos concedió a Mc LANE el 31 de julio de 1995 la autorización para la distribución mayorista de labores de tabaco de la CEE por un período de tres años.

6. Obtenida la licencia, Mc LANE mantuvo contactos con TSA y otras compañías fabricantes de tabaco (R.J.REYNOLDS ESPAÑA S.L., CITA TABACOS DE CANARIAS S.A., PHILIP MORRIS SPAIN S.L., BAT ESPAÑA S.A., EMESTA S.L., ROTHMANS ESPAÑA S.A., GALLAHER CANARIAS S.A. y COMPAÑIA CANARIENSE DE TABACOS) a fin de que le fueran suministradas labores de tabaco (fundamentalmente cigarrillos), en condiciones no discriminatorias, sin que haya obtenido suministro alguno por parte de aquéllas.

En tales circunstancias Mc LANE se dirigió formalmente a los distintos fabricantes solicitándoles las tarifas de precios de todas las marcas para negociar condiciones de compra. En términos generales, las empresas contestaron que no habían considerado las peticiones de Mc LANE como una solicitud formal de compra, negaron la existencia de contratos de distribución exclusiva con TSA y afirmaron que se encontraban satisfechas con la distribución realizada por dicha compañía por lo que, hasta el momento, no consideraban aconsejable contratar los servicios de Mc LANE.

En relación con TSA, tras celebrarse distintas reuniones e intercambios epistolares, Mc LANE dirigió por conducto notarial una carta de 23 de mayo de 1996 al Director General de TSA, en la que manifestaba su imposibilidad de suministrarse de otros fabricantes y requería que se comunicaran las tarifas de precios de todas las marcas y las condiciones comerciales para operar con Mc LANE.

Por su parte TSA contestó al requerimiento de Mc LANE mediante carta remitida por conducto notarial cuyo contenido literal es el siguiente:

"En contestación a su carta de 23 de mayo de 1996, remitida por conducto notarial, en la que nos solicitan que les comuniquemos nuestras tarifas de precios de todas la marcas, esta Compañía quiere hacer constar lo siguiente:

En primer lugar, respecto a los productos fabricados por esta Compañía, no podemos aceptar su ofrecimiento por cuanto Tabacalera tiene su propia red de distribución y, en consecuencia, no necesita nuevos distribuidores. Creemos que estarán de acuerdo con nosotros en que la autodistribución en ningún modo afecta al derecho de la competencia ni supone infracción de norma alguna.

En segundo lugar y respecto a los cigarrillos fabricados por otras compañías que distribuye Tabacalera S.A., nuestra actuación como distribuidor se circunscribe al suministro a las distintas expendedorías del territorio nacional, sin que nos esté permitido ni subcontratar con Vds. ni comunicar sus tarifas de precios.

Asimismo, queremos indicarles que los contratos de distribución suscritos por Tabacalera no contienen cláusulas de exclusividad por lo que, como es evidente, no podemos notificar nada en este sentido al resto de las empresas tabaqueras que distribuyen a través de Tabacalera por libre decisión empresarial.

Por último, lamentamos que Mc LANE ESPAÑA esté confundiendo lo que es el derecho a distribuir labores de tabaco, que evidentemente tiene por la autorización administrativa concedida en su día, con la supuesta obligación del fabricante de suministrarle productos eliminando, en consecuencia, el derecho de éste a determinar libremente cómo y por quién se distribuyen sus productos."

7. El 10 de septiembre de 1996 Mc LANE presentó denuncia ante el SDC en los términos antes expuestos.

El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por Providencia de 20 de septiembre de 1996 acordó la admisión a trámite de la misma y la incoación de expediente sancionador, entendiéndose las actuaciones con TSA, así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados.

Trasladada la denuncia a TSA, ésta presentó alegaciones mediante escrito de 10 de octubre de 1996.

8. Tras practicar diversas actuaciones de instrucción, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares con la fundamentación que, sintéticamente, se señala a continuación:

El mercado de producto afectado es el de las labores de tabaco en general, siendo preciso analizar tanto el de fabricación como el de distribución. El mercado geográfico es el referido a la península y Baleares.

En la península y Baleares TSA ostenta el monopolio legal de fabricación, produciendo fundamentalmente sus propias marcas. También ostenta el monopolio "de facto" de la distribución, que incluye las labores de fabricación propia, las producidas en Canarias, y las importadas de países comunitarios y de terceros. La posición de dominio de TSA en este último mercado no sólo se deriva de la fuerte cuota que ostenta en el mercado de la fabricación, sino también de los contratos de distribución concertados con todos los fabricantes cuyas labores se comercializan en España y de las muy estrechas relaciones de colaboración que durante largos años ha mantenido con los minoristas.

En el caso de los cigarrillos, con datos de 1995, de los productos distribuidos por TSA en la península y Baleares, el 65% lo fueron de sus propios productos, seguidos por los de Philip Morris (17,6%), R.J.Reynolds (12%), BAT (4,1%) y otros fabricantes (4,7%). Del conjunto, sólo el 5% fue importado de países comunitarios o países terceros.

En lo que se refiere a otras labores de tabaco, en 1995, la procedencia de los productos distribuidos en la península y Baleares fue siguiente:

	CIGARROS	PICADURAS LIAR	PICADURAS PIPA
GRUPO TABACALERA (*)	61%	28%	27%
OTRAS EMPRESAS CANARIAS	27%	--	--
LABORES UE E IMPORTADAS	12%	72%	73%

\* Procedente de las fábricas de TABACALERA en Península y de las de sus empresas participadas en Canarias (incluyendo en el apartado cigarrillos a BAT cuyo 50% perteneciente a TABACALERA fue vendido en 1995).

Teniendo en cuenta las circunstancias señaladas, la posición de dominio de TSA es indudable y está ampliamente reforzada en el mercado analizado de

la distribución mayorista de labores de tabaco en Península y Baleares. La negativa de vender sus productos a Mc LANE desde tal posición constituye indicio suficiente de práctica restrictiva de la competencia de las incluidas en el artículo 6 LDC.

Existe apariencia de buen derecho ya que la conducta de TSA, presuntamente incurra en las prohibiciones de los artículos 1 y 6 LDC y 85 y 86 TCE, no sólo está causando graves perjuicios a la denunciante, que no ha podido iniciar su actividad, sino también produce graves efectos sobre el mercado de distribución mayorista de labores de tabaco cuya liberalización se está viendo retrasada.

La adopción de las medidas es necesaria para asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte, no implica violación de normas y el eventual daño a TSA por su adopción no origina perjuicios irreparables que, de producirse, podrían compensarse mediante la oportuna indemnización.

Respecto a la primera medida propuesta por Mc LANE, el Acuerdo estima adecuado imponer a TSA la venta de labores de tabaco fabricadas por ella con marcas propias, pero no la de productos fabricados por otras entidades que TSA importa de la Comunidad, ni la de los fabricados por ella bajo licencia, ya que no sería una medida proporcionada por poder implicar perjuicios a TSA y a otras entidades no incluidas en el expediente como interesados.

La segunda medida no es asumible por el Servicio al considerar que su imposición supondría un pronunciamiento anticipado sobre el fondo, pudiendo provocar a TSA y a terceros no incluidos en el expediente daños irreparables de difícil valoración en la fase en que se encuentran las actuaciones.

Finalmente el Servicio estima que la imposición de la tercera de las medidas solicitadas supondría un pronunciamiento anticipado sobre el fondo del asunto, que debería adoptarse, en su caso, en la Resolución final; y que la mayoría de las entidades que fabrican más del 90% de las labores de tabaco vendidas en el mercado analizado, conocen que pueden vender su producto a Mc LANE o a otras entidades que aparezcan en el mismo.

Atendiendo a las consideraciones formuladas, el Servicio estima que procede la adopción de la medida cautelar consistente 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".

Añade que, "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".

9. Recibida la propuesta y copia conformada del expediente, el Tribunal acordó la celebración de vista a fin de cumplir el trámite de audiencia a los interesados previsto en el artículo 45.3 LDC.

En el acto de la vista la representación de Mc LANE, tras exponer la regulación del sector tabaquero español, afirmó que TSA ha intentado evitar su irrupción en el mercado de distribución mayorista oponiéndose, primero, a la concesión de las licencias, intentando, en segundo lugar, adquirir parte del capital de la compañía y, finalmente, negándole el suministro de sus productos y liderando un boicot colectivo de suministro con las demás compañías tabaqueras.

A su juicio, la entrada de Mc LANE en dicho mercado beneficiaría a la competencia evitando que TSA disfrute de las ventajas de conocer inmediatamente la estrategia comercial de sus competidores, fije los precios de distribución que estime conveniente, privilegie la distribución de sus propias marcas, fije unilateralmente las condiciones de reparto a los estancos y provoque situaciones de desabastecimiento. Además, la entrada de Mc LANE permitiría a los estancos beneficiarse del "know-how" de la compañía en la modernización de éstos.

Afirma Mc LANE la existencia de apariencia de buen derecho en la medida propuesta.

En efecto, TSA dispone del monopolio legal en la fabricación de labores de tabaco, que le otorga una posición de dominio reforzada por el monopolio de facto en los mercados conexos de la importación y distribución mayorista, y por los contratos de producción bajo licencia y empresas en participación que mantiene con sus competidores. Dicha posición ha sido admitida por TSA (folio 164 ).

TSA abusa de su posición de dominio en el mercado de la fabricación al negarse a suministrar a Mc LANE sin justificación jurídica o económica, ya que impide la instauración de competencia en un mercado liberalizado.

Admite que la autodistribución alegada por TSA no es contraria a la competencia estimando que no pretende que aquélla cese, sino que se distribuya también a Mc LANE.

Niega la aplicación del precedente del asunto Filtrona que estima inaplicable porque, en aquel caso, Filtrona no dependía de TSA para la venta de sus filtros, al tener la posibilidad de exportarlos a otros mercados.

Cita diversas Resoluciones del TDC, la Comisión Europea y el TJCE en las que se afirma que constituye un abuso de posición dominante el hecho de que una empresa dominante en un mercado impida, mediante negativas de suministro, el desarrollo de la competencia en otro mercado conexo al dominado con el fin de reservarse este último. Considera que dicha doctrina es aplicable al presente caso; la razón de ello estriba en que, al negar el suministro, TSA utiliza la posición de dominio en el monopolio legal de la fabricación para preservar el monopolio de facto en la distribución mayorista, impidiendo la instauración de competencia.

La urgencia en la adopción de la medida se justifica porque la actuación de TSA está impidiendo que se instaure la competencia en un mercado liberalizado por el legislador con grave perjuicio del interés público poniendo, además, en peligro la actuación de Mc LANE en dicho mercado.

Mc LANE analiza el procedimiento para la fijación del precio de venta al público de las marcas de tabaco y, atendiendo a las conclusiones que extrae, solicita que el TDC fije expresamente las condiciones del suministro por parte de TSA.

Por último, estima que no debe fijarse fianza alguna y que se imponga por el Tribunal una multa coercitiva para el caso de incumplimiento.

10. TSA afirma que el régimen legal español relativo a la distribución mayorista de labores de tabaco está ajustado a las normas de competencia y que no existe razón alguna, distinta de la libertad comercial, que impida a Mc LANE distribuir productos tabaqueros. Niega que tenga suscritos contratos de exclusiva con otros operadores de tabaco.

Aún habiendo admitido su posición dominante en el escrito de alegaciones, en el acto de la vista la admite en el mercado de la distribución mayorista, pero no en el de la fabricación. A su juicio, este último se identifica con el de la titularidad de las marcas fabricadas, en el que las propias de TSA alcanzan una cuota de mercado del 53%, en continua recesión, sin que pueda controlar la política de los restantes titulares de marcas.

Señala que la distribución mayorista requiere grandes inversiones en infraestructuras, tecnología y logística dadas las características del producto y la necesidad de realizarla rápidamente y a un número muy

elevado de puntos de venta repartidos por toda la geografía española, lo que ha exigido unas inversiones superiores a los 4.000 millones de pesetas en los últimos años, que se añaden a la amplia infraestructura de que ya disponía.

Sobre esta base estima que la negativa de suministro a Mc LANE no se debe a prácticas restrictivas de la competencia, sino a razones de mercado, a la estructura y solvencia de esta empresa, y a la satisfacción que han expresado otros fabricantes con la actividad realizada por TSA. Esta situación es incluso predicable de un fabricante que mantiene una intensa actividad litigiosa con TSA, respecto de la que no cabe pensar en pacto anticompetitivo alguno.

Afirma que no se han salvaguardado las garantías del denunciado en el procedimiento sancionador, por lo que ha interpuesto el oportuno recurso contra la propuesta de medidas cautelares ante el Tribunal.

Por otra parte, la propuesta del Servicio produce indefensión a TSA ya que la infracción que se le imputa no se subsume en alguno de los apartados del artículo 6 LDC, sino sólo genéricamente en dicho precepto, infringiendo el artículo 129 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común en relación con los artículos 134 y 135 del mismo texto legal, lo que determina su nulidad.

La propuesta no explicita los perjuicios que justifican la medida cautelar. No tiende a asegurar la eficacia de la Resolución que se dicte porque, si fuera contraria a TSA, ésta seguiría existiendo y podría suministrar a Mc LANE. Tampoco se justifican los perjuicios que se producen para Mc LANE distintos de los que tuviera el día en que se le autorizó para distribuir. Niega asimismo perjuicios para el mercado, cuando ningún operador ha manifestado interés en suministrar a Mc LANE, siendo el perjuicio el meramente conceptual de que exista un mercado con un sólo operador. En consecuencia, no se acredita el "periculum in mora", por lo que la medida propuesta es nula.

Adicionalmente implica, a su juicio, violación del derecho fundamental de libertad de empresa (art. 38 C.E.) que implica la libertad de iniciativa económica, libre autonomía para establecer relaciones jurídicas, y su contenido, y libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial.

Los vicios de nulidad no pueden ser subsanados por el Tribunal porque son predicables de la fase de instrucción.

A juicio de TSA la medida propuesta implica una expropiación de parte de su negocio de distribución sin causa legal ni justiprecio.

La negativa de TSA de vender a Mc LANE no constituye un abuso de posición dominante, ya que no discrimina a esta empresa sino que se limita a constituir una decisión soberana incluida en su objeto social, de ser ella misma distribuidora. Esta decisión no depende de que TSA esté o no en posición de dominio, pues seguiría distribuyendo sus productos aunque el operador dominante fuera Mc LANE.

Por otra parte, la Comisión Europea en el asunto Filtrona, que también afectaba a TSA, admitió que la autoproducción -en aquel caso de filtros para sus propias necesidades- no constituye una acción contraria a la competencia, inclusive si tal acción pudiera eliminar a otros competidores del mercado.

Según TSA, la coexistencia de varios operadores en el mercado tampoco afecta al sector minorista ni a los consumidores ya que los precios de venta al público de las labores del tabaco vienen dados por los fabricantes, publicándose en el Boletín Oficial del Estado, y el porcentaje que perciben los minoristas sobre dicho precios (8,5%) está determinado normativamente.

Finalmente estima que TSA tiene una justificación muy clara para no suministrar sus productos a Mc LANE ya que la distribución a través de esta última le resultará más cara que si la realiza la propia TSA que, además, debería continuar soportando los gastos personales y de infraestructura con que ahora cuenta. La negativa de venta no resulta, por tanto, injustificada, como exige la LDC.

11. Se consideran interesados:
  - Mc LANE ESPAÑA S.A.
  - TABACALERA S.A

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Con carácter previo al pronunciamiento sobre la procedencia de las medidas cautelares propuestas, es preciso abordar las alegaciones de nulidad formuladas por TSA, excluida la que hace referencia al recurso interpuesto contra la propuesta de medidas cautelares, por cuanto ésta constituye el objeto de un expediente específico que se encuentra en tramitación en el Tribunal (expte. r 215/97).

2. La primera de ellas es la relativa a la indefensión padecida por TSA por cuanto la infracción que se le imputa no se subsume en ninguno de los apartados del artículo 6 LDC, sino sólo genéricamente en dicho precepto. El Tribunal se ha pronunciado sobre la cuestión relativa a la tipificación bastante de las conductas prohibidas señalando "que lo esencial es que la tipificación de la conducta se haga de forma tal que quede en términos sustantivos bien formulada la acusación y que tenga plena oportunidad de defensa la parte acusada"... (Resolución de 17 de marzo de 1992, Expte. 272/90), circunstancias que concurren plenamente en el presente caso.

Así, la denuncia formulada por Mc LANE recoge detalladamente (folios 20 a 24) los hechos relacionados con la negativa de venta por parte de TSA - previa delimitación del mercado relevante, de la posición que dicha empresa ostenta en el mismo, y del carácter injustificado y abusivo de su conducta- y su incardinación en los artículos 6 LDC y 86 TCE (folios 29 a 47).

El Servicio, admitida a trámite la denuncia e incoado expediente sancionador, dió traslado de aquélla a TSA para que, desde ese momento, pudiera aportar los documentos y proponer las pruebas que considerase adecuadas para la defensa de sus derechos.

Por su parte, TSA en su escrito de alegaciones presentado el 10 de octubre de 1996 argumenta extensamente sobre el abuso de posición dominante por negativa de suministro a Mc LANE distinguiendo entre sus propias marcas y las que comercializa bajo licencia (folios 164 a 168).

En consecuencia, TSA no sólo ha conocido desde el inicio del expediente la imputación de la conducta descrita en el artículo 6.1 LDC, lo que habría sido suficiente ya que la infracción administrativa se tipifica en dicho apartado, siendo la enumeración del apartado 2 manifestación meramente ejemplificativa y no exclusiva de aquélla, sino que ha conocido específicamente la imputación de la conducta consistente en el abuso de posición de dominio por negativa injustificada de venta, de la cual se ha defendido.

Por ello, el hecho de que la propuesta de medidas cautelares realizada por el Servicio, basada en la antedicha denuncia, no cite expresamente un apartado del artículo 6.2 LDC, aunque sí la afirmación de que es la negativa de venta de sus productos desde una posición de dominio reforzada, la conducta que constituye indicio suficiente de práctica restrictiva de la competencia, no permite admitir la alegación de indefensión por infracción del artículo 129 LRJPAC en relación con los artículos 134 y 135 de la misma, debiendo ser rechazada.

3. TSA alega también que la medida cautelar propuesta implica violación del derecho fundamental de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que la defensa de la competencia constituye la garantía para el ejercicio de la libertad de empresa.

En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional (por todas la Sentencia 88/1986, de 1 de julio)

"El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -artículo 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste."

De acuerdo con dicha doctrina, el Tribunal de Defensa de la Competencia también se ha pronunciado sobre la presunta violación de la libertad de empresa en medidas cautelares señalando:

"En primer lugar, que la adopción de medidas cautelares está expresamente prevista en la Ley de Defensa de la Competencia (Sección 3ª del Capítulo Primero del Título III) de modo que difícilmente se puede considerar que su aplicación pueda violar el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, que, como expresa la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia, *la Competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.* Así pues, resulta incongruente alegar la violación del principio de libertad de empresa cuando precisamente la Administración está actuando en defensa de dicho principio. Y, en último lugar, que la apertura de un procedimiento para la adopción de medidas cautelares no viola

ningún derecho fundamental y mucho menos el relativo a la presunción de inocencia porque: a) Se trata de un procedimiento instrumental, es decir, accesorio del principal, que no prejuzga sobre el fondo del expediente, que está preordenado a una decisión definitiva cuya efectividad trata de asegurar y que, por tanto, tan sólo se limita a garantizar los efectos de la resolución que recaiga en aquél (artículo 45.1 LDC).- b) Tiene un marcado carácter de provisionalidad, puesto que las medidas cautelares que, en su caso, se adopten tendrán una duración temporal limitada, no pudiendo en ningún caso exceder de seis meses y debiendo cesar cuando se sobresea el expediente o se adopte la resolución del Tribunal (artículo 45.6 LDC).- c) Es un procedimiento sometido a mutabilidad, puesto que cabe la modificación de las medidas cautelares adoptadas en cuanto se alteren las circunstancias reales que se tuvieron en cuenta para la adopción de dichas medidas, o se produzca un aumento, disminución o desaparición del *periculum in mora* o una disminución del *fumus boni juris* (artículo 45.5. LDC)". (Resolución de 29 de enero de 1997. Expte. MC 17/96. FORD).

4. El Tribunal ha deliberado ampliamente sobre el mercado de producto relevante a fin de determinar si está constituido por todas las labores de tabaco o, por el contrario, pueden distinguirse dentro de aquéllas otros mercados. Sin embargo, no obran en el expediente elementos de juicio suficientes que permitan, en este momento procesal, afirmar fundadamente que el mercado de labores de tabaco puede desagregarse en otros. Por ello, teniendo en cuenta el carácter instrumental y provisional de las medidas cautelares, que exigen un pronunciamiento urgente, el hecho de que la liberalización de la importación y comercio mayorista llevada a cabo por la Ley 38/1985 se refiera al conjunto de aquéllas y que, consecuentemente, la autorización concedida a Mc LANE abarca a la distribución de labores de tabaco procedente de Estados miembros de la Comunidad o puestas en ellos en régimen de libre práctica, el Tribunal considera que el mercado de producto afectado incluye el conjunto de aquéllas.

No obstante, atendiendo a la delimitación realizada por la Ley 38/1985, deben analizarse tanto el mercado de la fabricación como el de la distribución de labores de tabaco.

El artículo 1 de la Ley 38/1985 ha distinguido dos territorios diferenciados dentro de España en relación al monopolio fiscal de tabacos: el constituido por la península y las Islas Baleares y el integrado por las Islas Canarias.

En el primero de ellos se mantiene el monopolio legal de la fabricación de

labores de tabaco, cuya administración y gestión corresponde por disposición del artículo 4 de la Ley citada a TSA. Además, en dicho territorio TSA es, "de facto", el único operador presente en el mercado de la distribución mayorista. En efecto, como señala el Servicio, TSA ha concertado contratos de distribución con todos los fabricantes, nacionales o extranjeros, cuyas labores de tabaco se comercializan en la península y Baleares. Esta actividad la viene realizando desde que comenzaron a comercializarse tales productos. Tiene, además, una relación muy estrecha con los minoristas por los largos años de relación con ellos. La consecuencia de todo lo anteriormente expuesto es que distribuye al por mayor el 100% de las labores de tabaco que se comercializan en la península y Baleares. Teniendo en cuenta tanto la delimitación legal como la situación de hecho, el Tribunal considera que el mercado geográfico afectado está constituido por la Península y Baleares.

5. En el mercado de fabricación de labores de tabaco en la península y Baleares resulta que, como antes se ha señalado, por imposición legal derivada de los mandatos recogidos en la Ley 38/1985, TSA es titular, en régimen de monopolio, de la administración y gestión del mismo. La consecuencia implícita en la delimitación legal es que TSA ostenta una posición de dominio.

Esta circunstancia resulta relevante en el caso que nos ocupa por cuanto, si TSA no ostentara de dicha posición por disposición de la Ley y pudieran coexistir distintos fabricantes que compitieran en dicho mercado, sus conductas en relación con la fabricación y distribución mayorista de labores de tabaco podrían merecer otro análisis desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia.

Pero no es así. En consecuencia, el Tribunal debe tener en cuenta, a la hora de pronunciarse, la situación que deriva de la delimitación legal, sin perjuicio de las consideraciones que, de "lege ferenda", pueda formular.

6. Delimitado inicialmente el mercado relevante tanto geográfico como de producto con la información que existe en el momento de pronunciarse sobre la propuesta de medidas cautelares, resulta preciso analizar la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley en relación con la protección cautelar.

Como ha señalado el Tribunal en su Resolución de 18 de julio de 1996 (Expte. MC 10/96. Airtel-Telefónica), el artículo 45 LDC recoge los requisitos de las medidas cautelares.

Como requisitos subjetivos se señalan:

Que se soliciten por el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 45.1) como legitimado directo para pedir, aunque también se legitima con carácter indirecto a los "interesados", quienes podrán instar del Servicio de Defensa de la Competencia la petición de medidas cautelares, pudiendo incluso plantearlas ante el Tribunal por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión (art. 47 LDC). El Tribunal podrá exigir la prestación de fianza a los solicitantes conforme le habilita el art. 45.b párrafo 2º LDC.

Que se propongan al Tribunal de Defensa de la Competencia, único órgano competente en vía administrativa para resolver sobre la pertinencia de las medidas cautelares.

Los objetivos son:

Que las medidas cautelares presuntas resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte o, lo que es lo mismo, que, de esperarse a la resolución definitiva, ésta resultase totalmente ineficaz o se viere sensiblemente disminuida su eficacia.

7. La injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que ésta se adopte sobre la base de petición pura y simple (Calderón Cuadrado), por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia del resto de los requisitos que para cada supuesto haya establecido el legislador y que, como se viene señalando, para el caso que nos ocupa disciplina el art. 45 LDC y, en todo caso, los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina (Serra, Ramos, Calderón Cuadrado) que se concretan en los de "*fumus boni iuris*" y "*periculum in mora*".

La apariencia de buen derecho en el instituto de las medidas cautelares es concebido como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado lo que, no obstante, exigirá la determinación de la situación jurídica cautelable y el grado de demostración necesario y suficiente.

La situación jurídica cautelable se corresponderá aquí con el logro del objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia, de "*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público...*" (Exposición de Motivos de la LDC), evitando acuerdos y prácticas restrictivas o

abusivas que limitan la competencia en el mercado y que se concretan en los arts. 1, 6 y 7 LDC.

En cuanto al "*grado de demostración necesario y suficiente*" para la procedencia de las medidas, debe resolverse en términos de verosimilitud, referida aquí al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

El "*periculum in mora*" vendrá configurado por la doble conceptualización de Calamandrei: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, recogido, sin duda, en las medidas cautelares que prevé el art. 45 LDC. Y en tal sentido, aquellas expresiones no sólo sirven para determinar el "*periculum in mora*" sino que harán que el peligro actúe como fundamento de la cautela a la vez que como criterio delimitador de la misma.

La especificación de medidas que con carácter preferente señalan los apartados a) y b) del repetido art. 45 LDC, aunque no limitativas, ponen de relieve la preocupación del legislador por la protección no sólo del interés público en el ejercicio de la competencia, sino también el de intereses privados en tanto en cuanto éstos resulten afectados por un acto realizado en todo o en parte del mercado nacional contrario a la libre competencia y con dimensión suficiente para provocar afectación del interés público. Dicho con otras palabras, si el acto es contrario al interés público de la competencia y afecta a su vez intereses privados, también resultarán protegidos éstos.

8. Como se ha señalado anteriormente, TSA ostenta el monopolio legal de la fabricación en el mercado geográfico delimitado. Esta circunstancia determina que se encuentra en posición de dominio en dicho mercado tal como se desprende tanto de la doctrina acuñada por la Comisión Europea (Asuntos Höfner y Elser Hacrotton y Porto di Genova I), como de la propia del TDC (Expte. 350/94, Teléfonos en aeropuertos).

También ostenta una posición de dominio en el mercado conexo de la distribución mayorista de labores de tabaco con una cuota de mercado del 100%.

La posición de dominio no constituye, por sí misma, una conducta prohibida por las normas de defensa de la competencia. Para ello es preciso que el operador en posición de dominio abuse de la misma.

La Comisión Europea ha señalado a este respecto (Decisión de 21 de diciembre de 1993. Asunto Sea Containers c/Stena Sealink. DOCE de 18-1-94) que "una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas (esto es, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes) y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el artículo 86 si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo (\*). Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción al artículo 86 cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia".

Por su parte, el artículo 6.2. de la LDC contempla como una manifestación de abuso de la posición de dominio la negativa injustificada de venta, conducta que determina incurrir en la infracción tipificada en el artículo 6.1.

Es preciso analizar, a la vista de los datos que obran en el expediente, si se ha producido la negativa y si ésta tiene justificación.

En este punto es preciso partir de la carta de fecha 23 de mayo de 1996 enviada por conducto notarial por Mc LANE a TSA (folio 136). En ella Mc LANE solicita formalmente que TSA le comunique las tarifas de precios de todas sus marcas y las condiciones comerciales para operar con Mc LANE. La solicitud fue contestada por TSA mediante carta de 30 de mayo del mismo año (folio 138).

En ella se rechaza el ofrecimiento de Mc LANE para distribuir las marcas de labores de tabaco propias de TSA, con lo que la negativa de venta resulta acreditada.

---

\* Véanse, entre otros: asuntos 6 y 7/73, Commercial Solvents contra Comisión, RTJ 1974, p. 223; asunto 311/84, Télémarketing, RTJ 1985, p. 3261; asunto C-18/88 RTT contra GB-Inno, RTJ 1991, p. I-5941; asunto I-5941; asunto C-260/89, Elliniki Radiophonia Teleorassi, RTJ 1991, p. I-2925, asuntos T-69, T-70 y T-76/89, RTE, BBC e ITP contra Comisión, RTJ 1991, p. II-485, II-535. II-575. y las Decisiones de la Comisión: 76/185/CEE, National Carbonizing, DO nº L 35 de 10.2.1976, p. 6; 88/589/CEE, London European - SABENA, DO nº L 317 de 24. 11. 1988, p. 47; 92/213/CEE, British Midland contra Aer Lingus, DO nº L 96 de 10. 4. 1992, p. 34; B & I contra Sealink, 11. 6. 1992, Boletín CE nº 6-1992, punto 1.3.30.

En cuanto a la justificación de la negativa, los argumentos de TSA se encuentran recogidos en la carta citada y complementados en las alegaciones formuladas el 10 de octubre de 1995, una vez que el Servicio le dió traslado de la denuncia formulada por Mc LANE, así como en la vista ante el Tribunal.

La carta de 30 de mayo de 1996 recoge como argumento para fundar la negativa de suministro el hecho de que TSA, además de fabricante, es distribuidor de sus marcas, no necesitando nuevos distribuidores. Considera que la autodistribución no afecta al derecho de la competencia ni supone infracción de norma alguna. Puede considerarse, por tanto, como una negativa de orden jurídico -aunque no se argumenta- para justificar la negativa de venta. Sin embargo, debe ser rechazado por cuanto la apreciación de si una conducta constituye o no infracción de las normas de competencia no le corresponde a TSA, sino al Tribunal de Defensa de la Competencia en virtud de las previsiones de la LDC. Admitir lo contrario determinaría que la mera alegación por parte de un operador económico de que no existe infracción de las normas de competencia es justificación suficiente de la negativa de venta, deviniendo esta conducta en inaplicable.

Las alegaciones de TSA (folios 165 y 166) tratan también de fundar la negativa de venta con argumentos de índole económica.

Así, se señala genéricamente que no tendría ningún sentido económico que TSA destine parte de su ingreso a pagar a un tercero por la distribución de sus productos cuando dispone de una red eficiente. También se hace referencia a las magnitudes más significativas de la red de distribución, con datos relativos al número de referencias distribuidas de tabaco, timbre, documentos, alimentación y otros productos; a los almacenes, vehículos de transporte y personal de que dispone; al número de clientes; y a las inversiones realizadas en la misma. Por último destaca que la distribución, que normalmente engloba el servicio logístico y la venta del producto, tiene un sentido más restringido en el sector del tabaco ya que se refiere exclusivamente al servicio logístico, siendo los distintos fabricantes los que promueven la venta de sus productos.

No obstante, estas argumentaciones no pasan de ser alegaciones genéricas frente a la solicitud concreta formulada por Mc LANE relativa a precios y condiciones comerciales para operar como distribuidor de las labores de tabaco propias de TSA. En particular, las relativas a la red de distribución de TSA no sólo se refieren a las labores de tabaco, sino al conjunto de restantes productos distribuidos por TSA que no son objeto del presente expediente.

Por último, en la vista ante el Tribunal alegó como justificación que el coste para TSA de distribuir sus productos será igual al de los elementos que intervienen en esa actividad y si lo cede a Mc LANE deberá pagarle, además, el precio de distribución resultándole más caro que si los distribuye ella misma (Instructa aportada por TSA). Esta alegación, que viene a coincidir con la recogida en el párrafo anterior, tampoco tiene en cuenta que la red de distribución está dimensionada no sólo en relación con labores de tabaco ajenas a TSA, sino también a otros productos propios de dicha empresa, y prejuzga con argumentaciones conceptuales cuál puede ser el precio de distribución de Mc LANE, sin contraste alguno, ya que no ha contestado a la solicitud de precios y tarifas que esta compañía le solicitó.

En el asunto *Sea Containers c/Stena Sealink* (Decisión de la Comisión sobre medidas provisionales, de 21 de diciembre de 1993. DOCE 18.1.94) la Comisión no consideró justificada la conducta de la empresa en posición dominante entendiendo que, en la negociación con el nuevo operador que solicitaba sus servicios, al no realizar contraofertas ni intentar negociar, manteniendo una actuación totalmente negativa consistente en plantear dificultades, no actuó conforme a las obligaciones de una empresa que dispone de una posición dominante. Ello, a pesar de que el operador dominante, además de alegar que no tenía la obligación de permitir la penetración de un nuevo competidor si esto daba lugar a un deterioro de sus servicios, al menos había entablado negociaciones con el nuevo operador, aunque presentando propuestas que fueron calificadas como de mera negativa.

En el presente caso ni siquiera concurre esta circunstancia. TSA no presenta ninguna oferta al requerimiento de Mc LANE, limitándose a afirmar genéricamente que "... no tiene sentido económico que (...) tuviera que dedicar parte de su ingreso a pagar a un tercero por la distribución de sus productos..." y a manifestar las magnitudes de su red de distribución que, como se ha señalado, se dimensiona no sólo en relación a las labores de tabaco, sino también en relación a los restantes productos que comercializa. La negativa de venta de TSA no resulta, por tanto, justificada.

9. En cuanto a las alegaciones sobre la capacidad de Mc LANE para operar en el mercado de la distribución mayorista de labores de tabaco debe señalarse que el artículo 3.1.c) del Real Decreto 2738/1986 exige, como requisito para obtener la autorización administrativa para tal actividad, "acreditar la capacidad técnica, contable y financiera mediante aportación de los medios técnicos, financieros y personales con que cuenta para el desarrollo de la actividad". Este requisito ha resultado acreditado por Mc

LANE al obtener el 31 de julio de 1995 la oportuna autorización de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos.

10. Como se ha señalado anteriormente, la situación jurídica cautelable en el expediente de medidas cautelares se corresponde con el logro del objetivo específico de la LDC de "garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerle frente a todo ataque contrario al interés público ..." (Exposición de Motivos LDC).

La Ley 38/1985, del Monopolio Fiscal de Tabacos, persigue, de acuerdo con su Exposición de Motivos ratificada en el articulado, conseguir la liberalización de la comercialización en fase mayorista de las labores de tabaco. Transcurridos más de once años desde su entrada en vigor, no existe aún un segundo operador en dicho mercado. En este momento, la conducta de TSA, indiciariamente constitutiva de una infracción del artículo 6 LDC, produce efectos sobre el mercado de la distribución mayorista de labores de tabaco, retrasando su liberalización efectiva y dificultando la existencia de competencia, además de los perjuicios generados a Mc LANE, que no ha podido iniciar su actividad.

11. TSA alega que no existe peligro en la demora por cuanto que, en el momento de dictarse la Resolución definitiva, ella seguiría existiendo y podría suministrar a Mc LANE. Sin embargo, no tiene en cuenta que la autorización de Mc LANE para la realización de la actividad de distribución mayorista fue concedida por la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos el 31 de julio de 1995. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 2738/1996, la autorización se otorgó por un plazo de tres años a partir de su notificación. Aunque este precepto prevé la posibilidad de que pueda ser prorrogada, ésta es una circunstancia incierta, que exigirá un nuevo expediente administrativo y en la que este Tribunal desconoce la importancia que pueda tener el no haber conseguido iniciar su actividad. Teniendo en cuenta la fecha en que se tramita la propuesta de medidas cautelares y los dilatados plazos que pueden transcurrir para que la Resolución definitiva del Tribunal devenga firme, puede afirmarse que concurre el requisito del peligro en la demora.

12. En el mercado de la península y Baleares TSA, además de sus propias marcas, fabrica bajo licencia labores de tabaco de otras empresas tabaqueras.

El Servicio, al analizar las medidas solicitadas por Mc LANE, ha excluido de su propuesta la imposición a TSA de que suministre los productos que fabrica bajo licencia, argumentando que dicha medida podría suponer perjuicios tanto a TSA como a otras entidades que ni siquiera están incluidas en el expediente como interesados.

El Tribunal estima que, habiéndose delimitado como mercado relevante el de la fabricación de labores de tabaco en la península y Baleares, habría resultado conveniente considerar todas las marcas que TSA fabrica en el mismo, tanto si son de la titularidad de dicha empresa, como si son ajenas. Sin embargo, no ha podido pronunciarse en relación con estas últimas porque, como ha señalado el Servicio, al no tener los titulares de las mismas la condición de interesados en el expediente, se habrían vulnerado sus derechos de defensa.

No obstante, partiendo de que la Providencia de admisión a trámite de la denuncia e incoación del expediente señala que las actuaciones se entenderán con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados, el Tribunal estima que debe procederse al análisis de los contratos en cuya virtud TSA fabrica en el mercado delimitado labores de tabaco de otras compañías tabaqueras a fin de que, previo cumplimiento de los trámites necesarios para garantizar sus derechos o intereses legítimos, el Servicio pueda adoptar las decisiones que considere convenientes sobre el suministro de las labores de tabaco que TSA fabrica bajo licencia.

13. El Tribunal ha considerado, en los términos antes expuestos, que en el presente expediente la situación jurídico cautelable se corresponde con el objetivo de garantizar la competencia en el mercado de la distribución mayorista de labores de tabaco, es decir, con la tutela del interés público.

Por otra parte, el Servicio, al proponer la imposición de fianza, no ha argumentado sobre los daños que la medida puede causar a los denunciados.

En consecuencia, el Tribunal, dados los términos potestativos del artículo 45 LDC y considerando que la adopción de la medida cautelar tutela el interés público, estima que no debe procederse a la imposición de fianza.

14. Mc LANE ha solicitado que el Tribunal fije las condiciones en que debe entenderse que el suministro no es discriminatorio, así como que se establezca una multa coercitiva para el caso de incumplimiento.

En los términos que se han reiterado anteriormente resulta que, dada la negativa de TSA a concretar tarifas y condiciones comerciales de suministro, no es posible apreciar las condiciones discriminatorias o no de la propuesta que TSA deberá realizar para la ejecución de la medida cautelar admitida por el Tribunal. En consecuencia, aceptar la propuesta de Mc LANE supondría que el TDC prejuzgara unas determinadas condiciones

con carácter previo a la conducta de las partes. Por ello no se admite la propuesta de Mc LANE ni se fija una multa coercitiva que tendría como finalidad estimular el cumplimiento de unas condiciones concretas que no se han determinado.

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

### **HA RESUELTO**

1. Adoptar la medida cautelar consistente en ordenar a TABACALERA S.A. suministrar a Mc LANE ESPAÑA S.A., en condiciones no discriminatorias, todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas, durante un período de seis meses.
2. 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 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.

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.

### **VOTOS PARTICULARES**

#### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL D. JESUS RUBI NAVARRETE**

Lamento discrepar del criterio de la mayoría en relación a la decisión adoptada sobre la no fijación de fianza.

Aunque el artículo 45 LDC contempla con carácter potestativo la prestación de fianza a los interesados que proponen la adopción de medidas cautelares, y coincido en que existe un interés público afectado, como es el relativo a la liberalización de la distribución mayorista de labores de tabaco, estimo que en el presente caso debería haberse exigido.

Como ha señalado el Tribunal (valga como más reciente pronunciamiento la Resolución de 29 de enero de 1997. MC 17/96 FORD)

***"La posibilidad de establecer una fianza, cuando las medidas cautelares han sido instadas por alguna de las partes interesadas en el expediente, se recoge en el art. 45.1 in fine LDC y tiene por objeto facilitar la adopción de medidas provisionales al desplazar sobre el peticionario los efectos adversos de las mismas si la Resolución definitiva del Tribunal no confirmara la apariencia de buen derecho que se aprecia en este momento.***

***Aunque la Ley configura en este caso la fianza como una carga que se impone al solicitante de las medidas cautelares, esto no significa que se condicione la tutela del interés público a la voluntad del particular que debe prestarla, sino que, tan sólo se anticiparán los efectos de la resolución si aquél asume los posibles costes adversos de dicha decisión."***

En el presente caso, el propio Servicio, teniendo en cuenta que la medida ha sido solicitada a instancia de parte, propuso la imposición al solicitante de una fianza proporcionada al daño que la medida puede causar a TSA.

Aunque la negativa de venta por TSA ha resultado injustificada y dicha compañía no ha concretado los perjuicios que pueden producirse por la adopción de la medida cautelar estimo que, al obligársele a suministrar a Mc LANE sus propias marcas, si esta empresa no alcanzara un nivel de eficiencia suficiente, las marcas de TSA pueden resultar perjudicadas en relación a las de otras compañías tabaqueras, con el consiguiente daño para esta empresa.

Por ello considero que debería haber impuesto fianza a Mc LANE .

De otro lado, dado que el mercado geográfico relevante está constituido por la península y Baleares, entiendo que la medida cautelar no debería abarcar la totalidad de las marcas de TSA, sino sólo aquéllas que se fabriquen en dicho territorio.

## **VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS VOCALES** **SRES. BERMEJO ZOFÍO Y CASTAÑEDA BONICHE**

A nuestro modo de ver no se detecta en el presente caso un suficiente "fumus boni iuris", o mejor, "fumus delicti commissi", porque lo que el Tribunal declara en la Resolución que pone fin al expediente es la existencia o inexistencia de alguna infracción (Art. 46.1 LDC) y no la de un derecho subjetivo, como hace el juez civil; nos parece que tampoco se ha demostrado el "periculum in mora"; y creemos que la medida adoptada lesiona la libertad de empresa de TABACALERA y es de una imprecisión que la hace difícilmente ejecutable.

### 1. El "fumus delicti commissi".

1.1. El Art. 45.1 LDC permite adoptar medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte. Esta finalidad legitimadora de las medidas exige precisar el posible contenido de la resolución final del expediente cuya eficacia se trata de asegurar, para lo que basta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas sean ciertas y de que constituyan alguna de las infracciones que tipifica la LDC; juicio provisional que ha de hacerse a la vista del material probatorio que hasta el momento se haya aportado al expediente y de las alegaciones de las partes (Resolución de 24 de febrero de 1997, Exp. MC 16/96 Material Eléctrico de Murcia). En su escrito de denuncia, McLANE enumeraba tres conductas infractoras:

- la negativa de TABACALERA a venderle las labores de tabaco que fabrica, tanto bajo marcas propias como ajenas.
- la negativa de venta de la mayoría de los titulares de las restantes marcas presentes en España, negativa que deriva bien de los contratos de distribución en exclusiva que tienen con TABACALERA -contratos que, en sí, constituyen una práctica concertada- bien de una expresa colusión entre ellas y TABACALERA para boicotear a McLANE.
- la participación de TABACALERA en el capital de R.J. REYNOLDS ESPAÑA S.A. y CITA TABACOS DE CANARIAS S.A.

Todas estas prácticas estarían incursas en los Arts. 1 y 6 Ley 16/1989 y 85 y 86 TCE.

Pedía McLANE, como medidas cautelares, que se ordenara a TABACALERA que le suministrara todas las marcas que produce o importa

de países comunitarios y que suprima la cláusula de exclusividad en sus contratos con los titulares de otras marcas, haciéndoles saber, además, que pueden contratar con McLANE.

El Servicio ha entendido, al parecer, que no existe suficiente "fumus" respecto de la colusión entre TABACALERA y las marcas ajenas que fabrica y/o distribuye -ni siquiera ha expedientado a sus titulares- y ha denegado, en consecuencia, las medidas cautelares que hacían referencia a esta posible infracción. Denegación que, al ser consentida por McLANE, ha quedado firme. En cambio, ha entendido que el fumus existe respecto de la negativa de TABACALERA a vender a McLANE y ha propuesto la medida solicitada -venta a McLANE- si bien refiriéndola exclusivamente a las marcas propias de TABACALERA. Y la mayoría la ha aceptado.

1.2. A nuestro juicio no existe una razonable probabilidad de que la negativa de venta de TABACALERA constituya una infracción del Art. 6 Ley 16/1989 o del Art. 86 TCE. Para decidir la posible existencia de un abuso de posición de dominio hay que comenzar por definir el mercado relevante (Resolución de 19 de abril de 1995, Exp. 343/1993, Feria Internacional de Valencia) para lo que deben tenerse en cuenta, creemos, las actividades que McLANE está autorizada a realizar: importación de labores de tabaco de la UE y venta mayorista. McLANE es, pues, un intermediario que actúa como demandante frente a los vendedores de las labores, que serán tanto los fabricantes en la UE como los mayoristas que hayan adquirido los productos de estos fabricantes o de los situados en terceros países si han conseguido la puesta en libre práctica de la mercancía dentro de la UE; y tanto españoles como extranjeros (veáanse las quejas de la Asociación de Fabricantes de Cigarros y Cigarrillos de Canarias y de la Compañía Canariense de Tabacos S.A. en la Resolución de 23 de diciembre de 1996, Exp. MC 15/96; y de Ditrál S.A. en la Resolución de 23 de octubre de 1996, Exp. r 105/94). El mercado geográfico es, en consecuencia, el territorio comunitario. En este mercado aparece TABACALERA como fabricante -de marcas propias y ajenas- y como importador; pero sin posición de dominio. Con lo que estimamos que no hay indicios de la infracción que se ha tomado como referencia para la medida adoptada.

Esta delimitación del mercado geográfico relevante nos parece más adecuada que aquélla que lo hace coincidir con el monopolio de fabricación que conserva TABACALERA (la península y las Baleares); aunque luego el Servicio haya incluido en la obligación de venta de TABACALERA también las marcas fabricadas fuera del territorio así definido (TABACALERA fabrica en Canarias algunas de sus labores más populares) y haya excluido las marcas que dentro de él fabrica bajo licencia, productos sobre los que parece tener (los contratos de licencia se

han declarado confidenciales) un derecho de propiedad y disposición tan pleno como el que tiene respecto de los productos que llevan sus propias marcas. McLANE, con mayor congruencia, pedía inicialmente que se incluyeran todas estas labores.

El territorio del monopolio de TABACALERA coincide con el mercado en el que McLANE piensa vender; pero, en nuestra opinión, ese es otro mercado. Aquél en el que puede comprar McLANE, TABACALERA no es el único proveedor posible, ni su negativa de venta cierra el mercado y pone en peligro la política de liberalización iniciada por la Ley 38/1985, como afirma McLANE. La finalidad de la Ley ha sido, entendemos, la de abrir el mercado de la distribución a los fabricantes de Canarias y de la UE, permitiéndoles distribuir sus productos en España por sí mismos o utilizando un distribuidor distinto de TABACALERA, que al ser el único existente y tener por ello que mantener el principio de neutralidad, cumplía la función de un simple mayorista-repartidor. Mientras que el contrato de distribución en sentido propio, a diferencia del de compraventa, es un contrato de colaboración en el que el distribuidor se obliga a realizar una política activa de captación de clientela -suele contribuir a la publicidad- y de promoción de los intereses del distribuido -de aquí la frecuencia de la exclusiva- que dinamiza el mercado. McLANE ha renunciado a realizar esta función, ciertamente entorpecida por las obligaciones que el Real Decreto 2738/1986 ha impuesto a todos los mayoristas y la subsistencia del monopolio de los minoristas, y se limita a intentar participar en los beneficios de las marcas acreditadas que tienen una venta segura; algo a lo que todo revendedor aspira.

La Ley 38/1985 abre el mercado frente a TABACALERA en cuanto importadora/distribuidora de terceros, pero no va dirigida contra TABACALERA fabricante y vendedora de sus propias marcas de modo que obligue a TABACALERA, que no tiene ni necesita distribuidores, a aceptar como intermediarios a todos los distribuidores que vayan apareciendo, incluidos los propios de las grandes marcas que compiten con ella. No vemos qué mayor competencia o eficacia en el mercado se consigue con la imposición de un intermediario en un proceso en el que TABACALERA había eliminado esta intervención que se limita simplemente a revender el producto.

En definitiva, la apertura a McLANE del mercado comunitario hace a este territorio el relevante para juzgar de la posición, dominante o no, de TABACALERA en cuanto potencial suministradora de la mercancía que McLANE se propone revender. McLANE denuncia también que no ha obtenido ventas de algunas de las principales marcas por su colusión con TABACALERA. Pero esta cuestión ha quedado fuera de la que ahora se decide: la posición de dominio de TABACALERA en el mercado relevante,

que no creemos que exista.

2. El "periculum in mora".

Alega McLANE para justificar la existencia de este requisito que su licencia para actuar como importador/distribuidor tiene una vida limitada -de la que ya han transcurrido dos años- de modo que al resolverse el expediente principal pudiera ser que ya hubiera caducado. El argumento no nos parece suficiente. La licencia es indefinidamente renovable y no se ha justificado que su renovación dependa de que TABACALERA le haya o no suministrado sus marcas, que es la medida que se discute. Y aunque así fuera, no serviría un suministro provisional y precario, como es el que procura la medida cautelar.

Por otra parte, la resolución final seguirá siendo ejecutable y producirá sus efectos en el tiempo en que se dicte, sin que haya un interés público afectado que reclame su adelanto. Porque la venta de TABACALERA a McLANE, que no es en exclusiva, no afecta a las demás marcas, que podrán contar, si quieren, con sus servicios de intermediación; no afecta a los compradores minoristas -los estancos- a quienes en principio les resulta indiferente seguir comprando a TABACALERA o comprar a McLANE desde el momento en que McLANE no puede concederle una mayor comisión, ni directa ni indirectamente, sobre un mismo precio de venta al público; no afecta al llamado segundo canal, que tendrá que seguir comprando a los estancos; y no afecta, en fin, a los fumadores, que seguirán comprando al mismo precio. El único interés presente en que McLANE comience ya a participar en la venta de las marcas de TABACALERA es el de la propia McLANE.

3. La extralimitación de la medida y las dificultades para su ejecución.

3.1. Nos parece que tiene razón TABACALERA cuando alega la violación de su libertad de empresa. Porque pertenece al contenido necesario de este derecho subjetivo constitucional (Art. 38 CE) la facultad de su titular - el empresario- de decidir la forma en que pone su producto en el mercado: venta directa al consumidor final o utilización de terceros mediante cualquiera de las variadas fórmulas jurídicas que ha desarrollado la práctica mercantil. Y esto, entendemos, es especialmente cierto cuando se trata de un producto perecedero, que necesita determinados cuidados para su conservación, que está individualizado con una marca y cuyo deterioro no suele ser visible al exterior -no tiene fecha de fabricación o caducidad-. El fumador que compra en el estanco no sabe si el producto procede directamente de TABACALERA o si ha pasado por otras manos; únicamente percibe que ha perdido cualidades -"no viene ya como

antes"- defecto que atribuirá a la marca, pudiéndose dañar rápida, grave e irreparablemente su prestigio y disminuir su valor. El riesgo se acentúa cuando el intermediario es un competidor, lo que es posible porque las autorizaciones para distribuir no constituyen "numerus clausus". Para evitar la intervención no deseada del tercero es posible que TABACALERA prefiera satisfacerle una indemnización. Solución indemnizatoria a la que habrá de llegarse si TABACALERA no cumple la orden de celebrar el contrato de distribución: no cabe una ejecución sustitutoria o forzosa porque la prestación del consentimiento contractual es personalísima y el consentimiento debe ser libre para que no resulte viciado (Art. 1265 código civil). Tampoco cabe si TABACALERA celebra el contrato con McLANE, pero no entrega las labores: la compraventa no produce más que obligaciones entre las partes y para transferir al distribuidor la propiedad de la mercancía habrá de recurrirse a la expropiación forzosa (Art. 33.3 CE). En definitiva, la obtención de una licencia para distribuir labores de tabaco se traduce en la obtención de un valor económico, que pagará TABACALERA, y que estimulará las solicitudes de licencias, a las que habrá que conceder el mismo tratamiento que a McLANE.

3.2. El contrato de venta que se ordena celebrar a TABACALERA con McLANE debe contener condiciones no discriminatorias. La discriminación supone una comparación; y como los únicos compradores que, según el expediente, TABACALERA tiene son los estancos, el contrato con McLANE deberá contener las mismas condiciones que TABACALERA utiliza con los estancos. Estas condiciones generales no constan en el expediente, aunque algunas vengan fijadas por la Ley, como el descuento que se hace al estanco sobre el precio de venta al público, que es fijo (9% en cigarros y 8,5% en cigarrillos). Si McLANE compra en las mismas condiciones que los estancos y no puede vender más que a ellos también por imposición legal (el monopolio de los estancos subsiste) no se ve qué ganancia puede tener McLANE en la operación ni qué incentivos tendrán los estancos para dejar de comprar a TABACALERA sus propias marcas para comprárselas a McLANE. La propuesta de McLANE de que el Tribunal señalara un precio especial de venta a McLANE no ha sido acogida por la mayoría; y la imposición forzosa de la compra a McLANE por los estancos monopolistas no ha sido ni pedida ni acordada.

Creemos que la medida ordenada sólo hubiera sido operativa -en la limitada medida que puede serlo- si el Tribunal hubiera redactado el contrato TABACALERA/McLANE precisando las obligaciones de las partes (por ejemplo, la cantidad a entregar). La regulación que el Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, impone a los distribuidores, que está basada en los principios de generalidad y neutralidad, y pensada para la existencia de un único distribuidor -TABACALERA- no es adecuada para

un mercado libre, con una potencial pluralidad de mayoristas, ni sirve para resolver las cuestiones que suscite el cumplimiento del contrato, el conocimiento de cuyas incidencias corresponderá, estimamos, al juez civil.

3.3. En resumen, nos parece que la pretensión de McLANE pone de relieve lo que ya observó el Tribunal en la Resolución de 23 de octubre de 1995 (Exp. r 105/95, Monopolio de Tabacos II), a saber, que la limitada liberalización que realizó la Ley 38/1985, frustrada por el Real Decreto 2738/1986 y la práctica seguida por la Administración en la concesión de autorizaciones, es insuficiente para introducir competencia en el sector y debe completarse modificando las normas que regulan el status de los distribuidores y el monopolio que siguen conservando los estancos. En tanto no se utilice la vía de la reforma legal, tenemos para nosotros que el intento de incrustar en la estructura empresarial de TABACALERA, a terceros no deseados, no aumentará la competencia en el mercado.