

RESOLUCIÓN Expt. 614/06, Cervezas Canarias 2 (2606/05 SDC)

Pleno

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández- Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Dña. M^a Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 12 de marzo de 2007

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresa al margen y siendo Ponente Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado RESOLUCIÓN en el Expediente Sancionador 614/2006 (número 2606/05 del Servicio) iniciado a virtud de la denuncia formulada por Cervezas Anaga S.A., contra la Compañía Cervecera de Canarias S.A. (CERCASA) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- El Servicio de Defensa de la Competencia mediante Providencia dictada el día 13 de Mayo del 2005 acuerda la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por el Artículo 1 LDC, que quedará registrado con el número 2606/05.

Acuerdo que trae causa en la Resolución dictada por este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 6 de Abril del 2005, resolviendo en su único punto declarativo “declarar que no ha resultado acreditada la conducta imputada por el Servicio de Defensa de la Competencia, incurso en la prohibición del Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en el abuso de posición de dominio en el mercado canario de la cerveza mediante la suscripción de contratos de distribución con los expendedores por parte de la Compañía Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA).

Providencia que fue notificada a las partes interesadas (Folios 1 y siguientes).

Por consecuencia de la misma, la representación de CERCASA en escrito fechado el día 7 de Septiembre del 2005, que tuvo su entrada el día 12 de Septiembre del 2005 y registrado con el número 2046, eleva una serie de alegaciones, que concluyen suplicando que “inicie los trámites necesarios para proceder a la incoación del procedimiento de terminación convencional previsto en el Artículo 36 bis LDC”.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia el día 7 de Noviembre dicta Providencia en la que acuerda oficiar a CERCASA solicitándole la siguiente información:

1. Modelo de contrato tipo de distribución de cerveza utilizado por CERCASA en el sector HORECA en la actualidad.
2. Cuota de mercado de CERCASA en el citado sector HORECA de Canarias, diferenciando la cuota que corresponde a la cerveza de barril y al resto de las modalidades de cerveza, así como la cuota en su conjunto. Todo ello para los años 2002, 2003 y 2004.
3. Número de contratos escritos que CERCASA mantiene en la actualidad con sus distribuidores del sector HORECA y porcentaje que estos representan sobre el total de sus clientes.
4. Evolución del número de estos contratos durante los años 2003, 2004 y 2005.
5. Cuota que representan las ventas vinculadas a los contratos escritos, tanto en volumen de cerveza como en cifra de facturación de CERCASA en Canarias.
6. Modo de operar de CERCASA con los distribuidores sin contrato escrito. Condiciones pactadas en los contratos verbales.
7. Número de grifos de cerveza instalados y retirados por CERCASA en los ejercicios 2003 y 2004 en establecimientos de clientes con acuerdos verbales.
8. Número de establecimientos que manteniendo acuerdos verbales con CERCASA se han beneficiado de obras o instalaciones de mejora (obras de decoración, nuevo mobiliario, etc.) y material fungible financiados por CERCASA, durante los ejercicios 2003 y 2004.
9. Valor total de los gastos citados en el punto 8, para el periodo 2003 y 2004.

TERCERO.- Con la misma fecha de 7 de Abril del 2005 y entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia remitió escrito interesando al Servicio la instrucción de los hechos descritos en el citado Fundamento de Derecho tercero de la Resolución 577/04 Cervezas Canarias, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

De ahí que, en cumplimiento de lo ordenado en dicha Resolución, el Servicio de Defensa de la Competencia instruye expediente de oficio número 2606/05 contra la Compañía Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA) por supuestas conductas prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y con amparo en lo dispuesto en el Artículo 37.1 acuerda requerir al Grupo Mahou-San Miguel (GMSM) y solicitarle la siguiente información:

1. Cuota de mercado que ostenta la empresa en la distribución de cerveza en el sector HORECA de las Islas Canarias, en total y por modalidades, es. decir, cerveza de barril y embotellada o enlatada. Su. evolución desde que se produjo la adquisición de Cervezas Anaga por el GMSM, es decir, para los ejercicios 2002, 2003 y 2004.
2. Situación del mercado canario de distribución de cerveza en el citado sector HORECA. Existencia de contratos de distribución en exclusiva, posibles problemas de penetración en el mismo, principales empresas competidoras, etc.
3. Persona, número de teléfono y de fax para posibles futuras comunicaciones.

CUARTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia el día 13 de Mayo del 2005 dicta Providencia en la que tiene por parte interesada a la Compañía Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA).

Y dando contestación al escrito presentado por la representación del Grupo Mahou-San Miguel, presentado el día 17 de Noviembre acuerda “al existir interés legítimo por parte de dicho grupo en el citado expediente, que le dota de los derechos que a tal efecto se reconocen a los interesados, las actuaciones se entenderán también con dicho grupo, a partir de este momento”.

QUINTO.- La Compañía Cervecera de Canarias SA., (CERCASA) en escrito registrado el día 28 de Noviembre del 2005, con el número 2937 (folios 104 y siguientes), da cumplimiento al requerimiento que se le hiciera.

La representación del Grupo Mahou-San Miguel en escrito fechado el día 2 de Diciembre del 2005, que tuvo su entrada el siguiente día 5 y registrado con el número 3025 (Folios 126 y siguientes) da cumplimiento al requerimiento que se le hiciera.

SSEXTO.- La Compañía Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA) en escrito fechado el día 13 de Enero del 2006, que tuvo su entrada el siguiente día 18 y registrado con el número 175 (Folios 142 y siguientes), partiendo del aserto que “esta representación ... ya no dispone de seguridad acerca de la conveniencia y utilidad de la tramitación del expediente por la vía de la terminación convencional” suplica “el sobreseimiento de las actuaciones”.

SÉPTIMO.- El Servicio de Defensa de la Competencia el día 24 de Marzo del 2006 dicta providencia en la que acuerda:

1. Iniciar el procedimiento de terminación convencional a que se refiere el artículo 36.bis de la LDC, en el que serán interesados el Grupo Mahou-San Miguel (GMSM) y la Compañía Cervecera de Canarias, S.A. (CERCASA), y cuyo objeto es establecer las condiciones de suministro de cerveza, en el ámbito de las Islas Canarias, de manera que quede garantizado el acceso a terceros en dicho mercado.
2. Suspender, de acuerdo con el artículo 42.5.e) de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo de instrucción ante el Servicio del procedimiento principal, originado como consecuencia de la incoación de oficio acordada por la Directora General de Defensa de la Competencia.
3. Notificar a las partes el presente acuerdo, dándoles un plazo para la presentación de las alegaciones que consideran oportunas.

Providencia que se notifica a las partes interesadas, a la par que se les concede un plazo para alegaciones.

La Compañía Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA) en escrito fechado el día 26 de Mayo del 2006, que tuvo su entrada el siguiente día 30 de Mayo y registrado con el número 1538 (Folios 266 y siguientes) establece una serie de alegaciones y concluye suplicando que “en mérito a lo expuesto, tenga por formulada la propuesta de modificación de cláusulas de los contratos de CERCASA a efectos del presente expediente de terminación convencional, procediendo tras su estudio a la adopción de un Acuerdo de terminación convencional”.

Por consecuencia de ello, el Servicio de Defensa de la Competencia el día 14 de Julio del 2006 dicta Providencia en la que acuerda que “CERCASA deberá proceder en el plazo de cinco días hábiles a partir de la recepción de la presente notificación a presentar una nueva redacción de los contratos de suministro en el sentido anteriormente expuesto” (folios 276 y siguientes).

Exponiendo que “en el caso de no recibir nueva propuesta de CERCASA en el plazo citado, el Servicio procederá a reanudar las actuaciones del procedimiento principal”.

CERCASA en escrito fechado el día 20 de Julio del 2006, que tuvo su entrada el siguiente día 20 y registrado con el número 2038 (Folios 293 y siguientes) eleva una serie de alegaciones, que concluyen suplicando que “sin proceder a cerrar el procedimiento de terminación convencional actualmente en curso, reconsidere su valoración sobre los supuestos efectos restrictivos de las obligaciones de compra mínima incluidas en los contratos de distribución de cerveza, a la luz de las Directrices sobre restricciones verticales, confirmando la validez de las medidas ya acordadas, incluidas las relativas a la liberación de contratos, supresión de exclusividad de publicidad y demás, y en lo que hace a las cantidades, sustituyendo al exclusividad por el establecimiento de cantidades cerradas”.

OCTAVO.- El Servicio de Defensa de la Competencia el día 28 de Julio del 2006 dicta Providencia (Folio 330) en que acuerda “dar por finalizado el procedimiento de terminación convencional y levantar la suspensión decretada en la Providencia 24 de Marzo y reanudar las actuaciones a partir del día 28 de Julio del 2006”.

Providencia que se notifica a las partes interesadas.

NOVENO.- El Servicio de Defensa de la Competencia el día 28 de Julio del 2006 dicta Providencia y procede a formular Pliego de concreción de hechos (Folios 340 y siguientes) y concluye “entendiendo que los nuevos contratos, vigentes desde septiembre del 2001, suscritos por CERCASA en los que se establecen cláusulas de volumen mínimo de compras en valores absolutos y exclusiva de publicidad pueden limitar la competencia y suponer un obstáculo a la entrada en el mercado de otras empresas. En consecuencia constituirían una infracción del Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia”.

Infracción de la que se considera responsable a la Compañía Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA).

Providencia que se notifica a las partes interesadas.

Y de conformidad con lo establecido en el Artículo 37.1 “podrán contestar por escrito al presente Pliego de concreción de hechos en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de esta notificación, alegando cuanto estimen pertinente sobre su contenido, así como proponiendo, en su caso, la práctica de pruebas que considere oportunas para la mejor defensa de sus intereses y actuación”.

La Compañía Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA) en escrito fechado el día 11 de Agosto del 2006, eleva una serie de alegaciones y concluye solicitando “el sobreseimiento del expediente”.

DÉCIMO.- El día 11 de Septiembre del 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia eleva Informe-Propuesta (Folios 375 y siguientes) en el que tras fijar los antecedentes, las actuaciones del Servicio, procedimiento de terminación convencional, hechos acreditados y su valoración jurídica, alegaciones al Pliego de concreción de hechos y su análisis, etc., termina PROPONIENDO :

1. Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia consistente en la suscripción de contratos de distribución con cláusulas de exclusiva de suministro y publicidad, cláusulas que podrían obstaculizar la entrada en el mercado de otras empresas de la competencia.
2. Se intime a la sociedad imputada para que modifique sus contratos de distribución, con el fin de eliminar cualquier impedimento o barrera de entrada a la competencia.
3. Se ordene a la imputada a que difunda el texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.
4. Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia.

II.- ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia en Providencia dictada el día 22 de Septiembre del 2006, ACORDABA: tramitar el Expediente con el número 614/2006 y nombrar Ponente; admitirlo a trámite, con amparo en lo dispuesto en el Artículo 39 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; y ponerlo de manifiesto a los interesados por término de quince días, para proposición de pruebas y celebración de Vista, en su caso, ex Artículo 40.1 de dicho Texto Legal.

La Providencia dictada fue notificada a las partes interesadas y comunicada al Servicio de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- La denunciada Compañía Cervecera de Canarias S.A (CERCASA) en escrito fechado el día 16 de Octubre del 2006, que tuvo su entrada ese mismo día y fue registrado con el número 2150, tras una serie de consideraciones, concluye SUPPLICANDO: que sea admitida la prueba de los documentos aportados ; y que sea concedida la celebración de vista oral.

TERCERO.- Por su parte, la denunciante Grupo Mahou-San Miguel (GMSM) en escrito fechado el día 17 de Octubre del 2006, que fue registrado ese mismo día con el número 2167 establece una serie de alegaciones y concluye SUPPLICANDO: que se declare que el actual contrato-tipo firmado y utilizado en la actualidad por CERCASA es contrario a las normas de defensa de la competencia, al incluir cláusulas que no están amparadas por el Reglamento 2790/1999, ni son susceptibles de una autorización individual (lo que, por otro lado, no sería posible dado que CERCASA desistió de su solicitud de autorización singular) y producir un considerable efecto de cierre de mercado; se intime a CERCASA para que modifique sus contratos al objeto de que se ajusten a las normas de defensa de la competencia en los términos indicados de forma reiterada por el SDC.

CUARTO.- El día 31 de Octubre del 2006, este Tribunal dicta Auto de admisión de prueba y vista en que acuerda: 1) acceder a la pretensión de la parte denunciada, Compañía Cervecera de Canarias S.A., de admisión de los documentos aportados, unidos y que conforman el Expediente; y 2) no acceder a la celebración de Vista, por cuanto el fondo de la cuestión debatida se contrae exclusivamente a una valoración jurídica y, en todo caso, no es unánime su petición.

Auto que es notificado a las partes interesadas y comunicado al Servicio de Defensa de la Competencia.

QUINTO.- La Compañía Cervecera de Canarias S.A., en escrito fechado el día 20 de Noviembre del 2006, que tuvo su entrada el siguiente día 21 y registrado con el número 2413 (Folios 125 y siguientes) procede a hacer una serie de alegaciones de clarificación y concreción en cuanto a su posicionamiento en el mercado canario; y en relación con las cláusulas sobre las que el Tribunal debe pronunciarse.

SEXTO.- El día 21 de Noviembre del 2006 (Folio 1409) se dicta Providencia para valoración de las pruebas, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 40.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, por plazo de diez días, que es

notificada a las partes interesadas y notificada al Servicio de Defensa de la Competencia.

El Grupo Mahou-San Miguel en escrito fechado el día 5 de Diciembre del 2006, que tuvo su entrada en el tribunal ese mismo día y registrado con el número 2541 (folios 147 y siguientes) hace una serie de alegaciones sobre la fiabilidad de los datos Ac Nielsen y sobre los contratos aportados, y concluye suplicando que: 1) se declare que el actual contrato tipo firmado y utilizado en la actualidad por CERCASA es contrario a las normas de defensa de la competencia al incluir cláusulas que no están amparadas por el Reglamento 2790/1999, ni son susceptibles de una autorización individual; 2) se intime a CERCASA para que modifique sus contratos al objeto de que se ajusten a las normas de defensa de la competencia en los términos indicados en el presente escrito.

La Compañía Cervecera de Canarias S.A., en escrito fechado el día 5 de Diciembre, que tuvo su entrada en el Tribunal ese mismo día y registrado con el número 2547 (Folios 156 y siguientes) hace una serie de alegaciones: cuota de mercado de CERCASA, hecho controvertido y proporcionalidad de los contratos vinculados en el mercado y su escasa repercusión, condiciones aceptadas por CERCASA, etc., y concluye suplicando que “se desprende de la documentación identificada, incluso en el supuesto de entenderse que los contratos suscritos por CERCASA desde el año 2001 son contrarios a la norma de competencia, no es procedente la imposición de sanción alguna, por respeto a un elemental principio de confianza legítima en una Administración que al tiempo de los hechos no reprochó los contratos cuestionados”.

SÉPTIMO.- El día 22 de Diciembre del 2006 se dicta Providencia para conclusiones, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 41.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, por plazo de quince días, poniendo de manifiesto el expediente a los interesados (Folio 171), que es notificada y comunicada al Servicio de Defensa de la Competencia.

La Compañía Cervecera de Canarias S.A., en escrito fechado el día 15 de Enero del 2007, que tuvo su entrada ese mismo día y registrado con el número 83 (Folios 179 y siguientes) formula sus conclusiones

El Grupo Mahou-San Miguel en escrito fechado el día 15 de Enero del 2007, que tuvo su entrada ese mismo día y registrado con el número 91 (Folios 190 y siguientes) formula sus conclusiones.

OCTAVO.- EL PLENO del Tribunal deliberó y falló este asunto en sus Sesiones de los días 15 y 22 de febrero de 2007.

NOVENO.- Son partes interesadas en este Expediente:

- El Grupo Mahou-San Miguel (GMSM) inicialmente Cervezas Anaga S.A.
- La Compañía Cervecera de Canarias S.A (CERCASA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los siguientes HECHOS PROBADOS gozan de indubitada fehaciencia en cuanto no han sido desvirtuados:

1º En las Islas Canarias, mercado geográfico afectado, según los datos aportados por la empresa denunciada CERCASA (folio 122), su cuota total de mercado en el sector HORECA en los años 2002, 2003 y 2004 estaba comprendida invariablemente entre el 50% y el 65% del volumen de producto y el 50% y el 70% de la cifra de facturación total del sector.

En el año 2001, la cuota vinculada de CERCASA, aquella parte suministrada a través de minoristas vinculados mediante relación contractual (apartados 159 y 160 de las Directrices del R CE 2790/99), referida al número de clientes representaba el 6,7%, equivalente al 9% del volumen de ventas. En el año 2006, la cuota vinculada en relación con el número de clientes es el 8,8% y sobre el volumen de ventas el 10,55% (folio 299).

2º CERCASA mantuvo contratos de exclusividad de suministro de cerveza con los expendedores hasta el año 2001. En septiembre de 2001, coincidiendo con la fecha de la primera solicitud de información reservada enviada por este Servicio dentro del marco de actuaciones del expediente sancionador 2252/01, CERCASA comenzó a sustituir los antiguos contratos de suministro, e introdujo otro modelo tipo adaptado, en su opinión, a la normativa comunitaria en el que se realizan algunas modificaciones.

En resumen, CERCASA ha trabajado con sus clientes durante los últimos años, con dos tipos de contrato de suministro de cerveza, a saber:

- a) aquellos que se firmaron hasta el año 2000 inclusive
- b) los que se empezaron a firmar en el 2001 y que fueron sustituyendo progresivamente a los anteriores. Con fecha 10 de diciembre de 2001, CERCASA se dirigió por escrito a todos aquellos clientes a los que no había sustituido el antiguo contrato por el nuevo modelo tipo, informándoles que renunciaba a la cláusula de exclusividad de suministro (folio 140).

En el segundo tipo de contrato de suministro, objeto de este expediente sancionador, que se empieza a firmar en el año 2001 y que sigue vigente, CERCASA suprime la cláusula de exclusividad de suministro pero mantiene la cláusula de exclusividad de publicidad e introduce la de compromiso mínimo de ventas (Folios 75 al 79), siendo relevantes las cláusulas:

“1.3 El suministrado conoce y acepta que la Cervecera selecciona a su suministrado siguiendo criterios objetivos de capacidad razonable de venta de Productos por parte del suministrado. Asimismo, el Suministrado conoce y acepta que dicha capacidad de venta ha de ser mínimamente sostenible. A tales efectos, el Suministrado se compromete a vender una cantidad de ... hectolitros/cajas/barriles suministrada/as/os por la Cervecera, en un plazo no superior a ... años y declara que dicha cantidad razonable por carecer de dificultad alcanzar dicha cantidad en condiciones normales de mercado. En caso de que el Suministrado no cumpliera con lo dispuesto en esta cláusula, la Cervecera se reserva el derecho a dar por resuelto el presente contrato sin que por ello se deriven responsabilidades por ningún concepto para la Cervecera.

7.4 El Suministrado se compromete a no permitir durante la duración del presente Contrato, publicidad dentro y fuera del establecimiento de otra marca de cerveza.

3º En el presente expediente han coexistido y se han instruido, sucesiva y simultáneamente, una actuación de oficio del Servicio de Defensa de la Competencia y una petición de la Compañía Cervecera de Canarias S.A., de terminación convencional del expediente.

Terminación convencional que, no obstante las sucesivas peticiones de plazos por parte de la Compañía Cervecera de Canarias S.A., y del ultimátum dado por el Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que adecuara las cláusulas de los contratos a las peticiones que se le han hecho, sin que ello fuere cumplido, ha terminado con el Acuerdo dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de Septiembre del 2006 en que PROPONE a este Tribunal de Defensa de la Competencia:

1. Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia consistente en la suscripción de contratos de distribución con cláusulas de

exclusiva de suministro y publicidad, cláusulas que podrían obstaculizar la entrada en el mercado de otras empresas de la competencia.

2. Se intime a la sociedad imputada para que modifique sus contratos de distribución, con el fin de eliminar cualquier impedimento o barrera de entrada a la competencia.
3. Se ordene a la imputada a que difunda el texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.
4. Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- La propuesta que el Servicio de Defensa de la Competencia eleva a este Tribunal de Defensa de la Competencia viene tras examinar en profundidad los siguientes aspectos, que deben ser objeto de valoración separada.

1º El mercado de la cerveza. Debemos partir del escrito de CERCASA de 28 de Noviembre del 2005 (obrante al Folio 122) en el que establece los datos de su cuota de mercado en el sector HORECA en las Islas Canarias para el año 2004: entre el 50% y el 65% en volumen de Cerveza y entre el 50% y el 70% en valor de facturación.

CERCASA en su escrito de conclusiones de 15 de Enero del 2007, manifiesta en su literalidad que *"....quedaba sometida a una viva competencia..., puesto que la cuota de mercado ha descendido, sustancialmente, desde un 70% (en 1993) hasta el 53% (en el año 2005). Desconociendo los datos publicados por Nielsen y amparándose en los proporcionados por la consultora económica Nera.*

Por su parte, el grupo Mahou-San Miguel considera que la fuente de referencia es la Nielsen, según la cual *"CERCASA disfruta de una cuota de mercado del 72,07%, siendo líder indiscutido del mercado canario de la cerveza.....Es importante destacar que las cuotas de mercado correspondientes a mediados del 2005 se observa que la cuota de mercado de CERCASA no sólo no ha disminuido, sino que incluso ha aumentado ligeramente (de un 71,9% a un 72,075), mientras que la de GSM ha disminuido (de un 11% a un 10,58%).....CERCASA disfruta, pues, de una posición de fuerza incontestable en el mercado canario (con un 72,07% de cuota de mercado) mientras que el resto de sus competidores, con cuotas del*

10,58% (GMSM) y 13,55% (Grupo Heineken) están muy lejos de poder hacer frente a dicha posición de primacía”.

En todo, ya asumamos la cuota de mercado facilitada por CERCASA, bien lo sea por la aportada por GMSM, debemos concluir que los contratos de CERCASA no vienen amparados por lo dispuesto en el reglamento 2790/1999 de exención por categorías para acuerdos verticales, en tanto dicha norma establece un umbral máximo para su aplicación el 30% de cuota de mercado.

Por consecuencia de ello, debe ser desestimada la pretensión de CERCASA, manteniendo en todo lo acordado por el Servicio de Defensa de la Competencia, cuando establece que *“si se considera que CERCASA, según su propia información, supera con mucho el 30% de cuota de mercado, cabe concluir que según el reglamento CE 2790/1999 goza de poder demarcado y, por lo tanto, procedería analizar si el contenido de las cláusulas del contrato restringen la competencia, por constituir barreras de entrada a otras empresas que no gozan del mismo poder de mercado que la denunciada...Dado que la cuota de CERCASA es muy superior al 30% no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales generen ventajas objetivas que justifiquen las desventajas que causan a la competencia”.*

2º Sentado lo anterior procede examinar las cláusulas del contrato de CERCASA que, en principio según el Servicio de al Competencia no cumplen las condiciones necesarias del citado reglamento, y en concreto las cláusulas 1.3 y 7.4.

Una precisión inicial, con amparo en la Resolución dictada por este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 6 de Abril del 2005, los contratos-tipo de distribución de CERCASA deben ser examinados a la luz del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del Artículo 81.1 del Tratado.

Es un hecho indubitado que CERCASA en sus escritos de 20 de Noviembre y 5 de Diciembre, ambos del 2006, manifiesta al Tribunal que propuso al Servicio de Defensa de la Competencia numerosas propuestas de modificación de las cláusulas de su contrato-tipo, pero ninguna de ellas fue aceptada por el Servicio, lo que llevó a concluir el expediente sancionador frente a la terminación convencional propuesta por CERCASA y ante el silencio de ésta.

Decir que CERCASA en su escrito de 29 de Mayo del 2006 ha propuesto sustituir el compromiso de adquirir una cantidad fijada en términos

absolutos, por un compromiso de adquirir una cantidad de cerveza fijada en términos porcentuales (hasta un 80% de las compras totales de cerveza).

De ahí que se mantenga vigente la Cláusula 1.3 de dicho contrato-tipo. Su lectura lleva a concluir que “el compromiso de suministro mínimo, *prima facie* es contraria al Reglamento CE 2790/1999, en tanto no evita el riesgo (potencial) de que los contratos de suministro mínimo puedan convertirse en exclusivas de facto. De ahí que el Servicio de Defensa de la Competencia entienda que *“Bastaría que, ya fuera de forma voluntaria o simplemente errónea, la cifra se fijara al alza. El incremento forzado de las ventas de un determinado suministrador sería en detrimento del volumen de adquisición a otros suministradores”*.

El Servicio de Defensa de la Competencia concluye diciendo que *“solamente en ciertas condiciones, según el Considerando 8 del Reglamento CE 2790/1999 cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan un determinado tipo de restricciones, especialmente graves y contrarias a la competencia, puedan producir ciertas ventajas...”*. Pero dicho considerando debe ser visto y valorado a la luz del siguiente 9 cuando dispone que *“por encima del límite de cuota de mercado del 30% no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del Artículo 81 generarán, con carácter general, ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causen a la competencia”*.

De ahí que, teniendo en cuenta el poder de mercado de CERCASA en las Islas Canarias y la determinación del 30% como límite máximo de cuota de mercado de suministro que fija el tantas veces citado Reglamento CE 2790/1999, la cláusula 1.3 del contrato-tipo de distribución de CERCASA, “que establece la obligación de compras mínimas en valores absolutos es restrictiva”. Ítem más, concluye el Servicio de Defensa de la Competencia “incluso en el caso de que la cuota de mercado estuviera por debajo del 30% tampoco sería admisible, ya que el Artículo 1.b del citado Reglamento CE 2790/1999 establece como tope máximo para acogerse a la exención por categorías un total de compras superior al 80%.”

3º finalmente, el Servicio de Defensa de la Competencia aborda el examen de la Cláusula 7.4 sobre publicidad, de forma sucinta, pero suficientemente descriptiva, diciendo que *“... en la misma se exige al suministrado que exponga exclusivamente publicidad de las marcas de CERCASA. No parece que sea una condición aceptable en un contrato que no es de distribución exclusiva, por lo que no deja de ser una restricción a la entrada de otras marcas. El consumidor percibe en realidad que en el establecimiento no hay ningún tipo de producto alternativo”*.

Por todo ello, CONCLUYE que “los nuevos contratos vigentes desde Septiembre del 2001, suscritos por CERCASA en los que establece cláusulas de volumen mínimo de compras en valores absolutos y exclusiva de publicidad pueden limitar la competencia y suponer un obstáculo a la entrada en el mercado de otras empresas. En consecuencia constituirían una infracción del Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia”.

Este Tribunal de Defensa de la Competencia asume plenamente el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia y entiende que las cláusulas 1.3 y 7.4 de los contratos tipo de distribución, son incardinables en la norma del Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y, por ende, deben ser de una parte suprimidas y modificadas; y de otra, el mantenimiento de las mismas en el tiempo llevan a sancionar tal conducta ex Artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- El Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, autoriza al TRIBUNAL para imponer sanciones pecuniarias a “aquellos agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones que deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los Artículos 1, 6 y 7” con multa de hasta Euros 901.518,16 (contravalor en Ptas. 150.000.000).

Añadiendo en el párrafo segundo que “la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración; y f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas”.

Esta norma de nuestra Ley de Defensa de la Competencia debe ser aplicada a la luz del *principio de proporcionalidad* que el Tribunal Supremo desarrolla en su Sentencia de 15 de Julio del 2002 (acogiendo la doctrina inicial de 24 de Noviembre de 1987, 23 de Octubre de 1989 y 14 de Mayo de 1990, entre otras) en el sentido que dicho principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto o de sector y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es en nuestro caso la norma de Artículo 10.

“De ahí que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida ... dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras”.

“A estos efectos ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, *que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas*. Criterio que, aun no expresado literalmente en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado segundo, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los ciento cincuenta millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora”.

De ahí que debamos partir, nuevamente, de los hechos acreditados en esta Resolución siguientes:

1º En el presente expediente han coexistido y se han instruido, sucesiva y simultáneamente, una actuación de oficio del Servicio de Defensa de la Competencia, (siguiendo el mandato de este Tribunal, en Resolución 6 de Abril del 2005) y una petición de la Compañía Cervecera de Canarias S.A., de terminación convencional del expediente.

Terminación convencional que, no obstante las sucesivas peticiones de plazos por parte de la Compañía Cervecera de Canarias S.A., y del ultimátum dado por el Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que adecuara las cláusulas de los contratos a las peticiones que se le han hecho, sin que ello fuere cumplido, ha terminado con el Acuerdo dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de Septiembre del 2006.

2º CERCASA en la página seis de su escrito resumen de pruebas establece un primer cuadro evolutivo del número de contratos en los tres últimos años, para seguidamente establecer “las ventas en volumen y valor atribuibles a tales establecimientos (=cuotas de mercado) en Euros 16.292.428,70.

Los datos a tener en cuenta son los concretados en el Fundamento de Derecho Segundo: 1) en lo atañente a la cuota de mercado que tanto el Servicio de Defensa de la Competencia, como la parte denunciante fijan en

un 72,07% y que CERCASA reconoce en la del 53%; 2) en el crecimiento que CERCASA ha tenido en el periodo, desde un 71,9% hasta un 72,07% mientras sus competidoras, GSM se ha visto disminuido desde un 11% a un 10,58% y el GrupoHeineken a un 13,55%.

3º Partiendo de lo anterior, este Tribunal entendería como proporcional la imposición a CERCASA de una sanción de Euros 800.000 como responsable de la conducta.

Pero sin perjuicio de lo anterior y dado que a lo largo de la instrucción han presentado ante el Servicio de Defensa de la Competencia diferentes escritos proponiendo redacciones alternativas a las cláusulas contractuales 1.3 y 7.4, este Tribunal entiende deben ser valoradas como atenuantes de la conducta, dejando valorada la misma y, por ello, sancionable con una multa de Euros 400.000.

4º La conducta sancionada requiere, *prima facie*, la concurrencia de los distribuidores minoristas (ex Artículo 1 LDC); no obstante, los mismos, ni pueden ni deben ser objeto de sanción, toda vez que se ven impelidos a adherirse a los contratos que CERCASA les propone “habida cuenta del poder de mercado que ostenta en el territorio de las Islas Canarias” sin posibilidad alguna de alterar dichas propuestas contractuales por parte de los distribuidores minoristas.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL TRIBUNAL**

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la obligación de realizar unas compras mínimas, así como la obligación de adecuarse a una publicidad exclusiva, en el territorio de las Islas Canarias, de la que es autora la Cervecería de Canarias S.A., (CERCASA).

SEGUNDO.- Intimar a Cervecería de Canarias S.A., (CERCASA) para que cese inmediatamente en la realización de este tipo de prácticas colusorias y suprima de sus contratos-tipo de distribución las cláusulas 1.3 y 7.4 en su totalidad.

TERCERO.- Imponer a Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA) una multa de EUROS CUATROCIENTOS MIL, como autora de una práctica restrictiva, anteriormente establecida.

CUARTO.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, en uno de los diarios de ámbito nacional y en uno de los diarios provinciales, distinto del anterior. Publicación que se hará a expensas de Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA).

En caso de incumplimiento de ello, se le impondrá una multa de EUROS SEISCIENTOS por cada día de retraso.

QUINTO.- Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA) justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA) y demás partes interesadas, haciéndoseles 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, contados desde el siguiente a de su notificación.