

**Id. Cendoj:** 28079230062010100490  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 08/10/2010  
**Nº de Recurso:** 132/2007  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## SENTENCIA

Madrid, a ocho de octubre de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, y bajo el número 132/2007, se tramita, a instancia de la Compañía Cervecera de Canarias (CERCASA),

representada por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia, de fecha 12 de marzo de 2007 (expediente 614/06), sobre prácticas restrictivas de la competencia, en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido como parte

codemandada Mahou S.A. (Grupo Mahou-San Miguel), siendo la cuantía del recurso 400.000 euros.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La representación procesal de la Compañía Cervecera de Canarias (CERCASA), interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia, mediante escrito presentado el 17 de abril de 2007, y la Sala, por providencia de fecha 11 de junio de 2007, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Por escrito de 4 de julio de 2007 se personó el Procurador D. Federico Olivares de Santiago, en representación de Mahou, S.A. (Grupo Mahou-San Miguel), y por diligencia de ordenación del Sr. Secretario, de 24 de septiembre de 2007, se le tuvo por personado en condición de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 28 de septiembre de 2010.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del TDC, de 12 de marzo de 2007, que en su parte dispositiva contenía, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

1º. 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 ( RCL 1989591 ), 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 Cervecera de Canarias, SA (Cercasa).

2º. Intimar a Cervecera de Canarias, SA (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.

3º. Imponer a Cervecera de Canarias, SA (Cercasa) una multa de EUROS CUATROCIENTOS MIL, como autora de una práctica restrictiva, anteriormente establecida.

4º. 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, SA (Cercasa).

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) aplicabilidad de la normativa comunitaria e infracción del artículo 11.4 del Reglamento comunitario 1/2003, 2 ) ausencia de valoración de las alegaciones formuladas con posterioridad al Pliego de Concreción de Hechos, 3) violación del Reglamento 2790/1999 y de las Directrices al calificar como "exclusiva" los contratos por cantidades, 4 ) violación del Reglamento 2790/1999

y de las Directrices al declarar prohibidos los contratos de cantidades, entendidos como de exclusividad de suministro, por el simple hecho de tener CERCASA una cuota superior al 39% del mercado canario, 5) suspensión de la intimación al cese de las cláusulas de exclusiva publicitaria y 6) ilegalidad de la sanción impuesta.

El Abogado del Estado contesta que el precepto del Reglamento comunitario 1/2003 citado por la recurrente no es aplicable cuando se aplica el derecho nacional, el deber de congruencia de una resolución administrativa no obliga a resolver pormenorizadamente todas las cuestiones planteadas por el interesado, sino las imprescindibles para la decisión, no hay vulneración del Reglamento 2790/99, porque no es aplicable a la recurrente, ni esta ha acreditado que la exigencia de publicidad no sea restrictiva de la competencia, y considera las sanciones conformes a derecho.

La parte codemandada alega en su escrito de contestación que el contrato de CERCASA no está amparado por el Reglamento 2790/99, y las cláusulas de suministro mínimo y de exclusiva en la publicidad, al producir importantes efectos de cierre de mercado, restringen la competencia,

TERCERO.- Son hechos acreditados en el expediente:

1) La empresa recurrente, Cervecera de Canarias (CERCASA), que forma parte del grupo internacional SABMiller, es una empresa fabricante de cerveza, cuyas plantas de fabricación están situadas en las Islas Canarias.

2) La cuota total (cerveza en barril y en botella) de mercado de CERCASA en el sector de hoteles, restaurantes y cafeterías (sector HORECA) de Canarias estuvo comprendida en los años 2001 a 2006 entre el 50% y el 65% del volumen de producto y el 50% y el 70% de la cifra de facturación total del sector.

3) En el año 2001 la cuota vinculada de CERCASA, esto es, la parte suministrada a través de minoristas vinculados con relación contractual, referida al número de clientes, representaba el 6,7%, equivalente al 9% del volumen de ventas, y en el año 2006, la cuota vinculada en relación con el número de clientes es el del 8,8% y sobre el volumen de ventas del 10,55%.

4) CERCASA mantuvo contratos de exclusividad con los expendedores hasta que, en septiembre de 2001, comenzó a sustituir los antiguos contratos de suministro de cerveza por otros nuevos, en los que se suprimió la cláusula de exclusividad de suministro, pero se introdujo una cláusula de suministro mínimo de ventas y se mantuvo la cláusula de exclusividad de la publicidad.

Los nuevos contratos de suministro de cerveza, con cláusulas de suministro mínimo y de exclusividad de publicidad, que se iniciaron en 2001, se mantuvieron vigentes -al menos- hasta la fecha del Pliego de Concreción del Hechos, formulado el 11 de septiembre de 2006.

5) El contenido de las indicadas cláusulas de suministro de cantidades mínimas y de exclusividad de publicidad es el siguiente:

a) Cláusula 1.3 (suministro mínimo):

El suministrado conoce y acepta que la Cervecera seleccionada a su suministrado siguiendo criterios objetivos de capacidad razonable de venta de los 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 en cervezas/cajas/barriles suministrada/as/os por la Cervecera, en un plazo no superior a...años y declara que dicha cantidad es 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.

b) Cláusula 7.4 (exclusividad de publicidad):

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

CUARTO.- La primera de las cuestiones que alega la recurrente es la infracción del artículo 11.4 del Reglamento comunitario 1/2003 , según el cual:

A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión.

El Reglamento 1/2003, de 4 de enero , trata sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y la obligación de comunicación o información a la Comisión que establece en su artículo 11.4 opera precisamente en los casos de aplicación de dichas normas sobre competencia de Derecho comunitario, pero no cuando se trate de la aplicación de las normas sobre competencia de derecho nacional.

Al respecto, indica el artículo 3 del propio Reglamento 1/2003 , bajo la rúbrica de "...Relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia..", que cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros apliquen el derecho nacional de la competencia a acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado.

En este caso, el mercado afectado es el de la distribución de cerveza en el sector HORECA (hoteles, restaurantes y cafeterías) en las Islas Canarias, sin que haya elemento alguno en el expediente que permita sostener que las prácticas a que se refiere el presente recurso puedan afectar de manera sensible al comercio entre los Estados miembros.

Como destaca el Abogado del Estado, el hecho de que el TDC indique en el Fundamento Jurídico Segundo de su Resolución, que los contratos de distribución de

CERCASA deben ser examinados a la luz del artículo 1 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (LDC), vigente en el momento de los hechos, y del artículo 81 del Tratado, no quiere decir que la práctica pueda afectar al mercado comunitario y que nos encontremos ante una infracción del artículo 81 del Tratado, sino que todo el derecho nacional de la competencia se interpreta siempre a la luz del derecho comunitario.

QUINTO.- Denuncia la parte actora la ausencia de valoración de las alegaciones formuladas con posterioridad al Pliego de Concreción de Hechos.

Sin embargo, el examen de las actuaciones muestra que las alegaciones del recurrente al Pliego de Concreción de Hechos (PCH), si fueron examinadas y valoradas por la Administración.

El escrito de alegaciones al PCH, presentado por la recurrente el 14 de agosto de 2006 (folios 363 a 373 del expediente) se divide en tres apartados, que tratan: 1) sobre el poder de mercado de Cercasa, 2) sobre el suministro de cantidades mínimas y 3) sobre la exclusiva de publicidad.

Tales alegaciones fueron examinadas y analizadas con detalle en el Informe-Propuesta, de 11 de septiembre de 2006 (folios 375 a 388 del expediente). Dicho Informe-Propuesta resume de forma precisa, en su apartado V, las alegaciones del recurrente (folios 384 y 385 del expediente) y analiza las cuestiones suscitadas en el apartado VI (folios 384 a 386).

Por tanto, existe un análisis y respuesta a las alegaciones del recurrente, sin que el deber de congruencia que invoca la demanda suponga un deber de vinculación con las pretensiones del interesado. El SDC tras analizar y responder las alegaciones del recurrente, concluyó que tales alegaciones no variaban sustancialmente el contenido del PCH, ni añadían nuevos datos, por lo que no aceptó la solicitud de sobreseimiento efectuada por el recurrente y mantuvo la valoración realizada y la propuesta de calificación de las cláusulas contractuales examinadas como infracciones del artículo 1 LDC.

La Resolución impugnada, por su parte, trata también de forma abundante, de las cuestiones del poder de mercado de la recurrente, y de las cláusulas de suministro mínimo y exclusiva de publicidad, que recordemos eran los puntos sobre los que versaban las alegaciones de la recurrente al PCH, expresando la valoración y apreciaciones del TDC que, obviamente, no tienen por que coincidir con las del recurrente.

SEXTO.- La parte actora alega violación del Reglamento 2790/99 y de las Directrices al calificar como "exclusiva" los contratos por cantidades.

Sin embargo, la Resolución impugnada no califica los contratos por cantidades como contratos de exclusiva, sino que distingue entre una y otra cláusula. Así, en los hechos probados, se explica que CERCASA mantuvo contratos de exclusividad de suministro de cerveza con los expendedores hasta 2001, pero a partir de septiembre de dicho año, coincidiendo además con unas actuaciones del SDC en un expediente sancionador, comenzó a sustituir los antiguos contratos de suministro, e introdujo otro modelo tipo de contrato, que es el que examinamos en este recurso, en el que se

suprime la cláusula de exclusividad de suministro (no de exclusividad de publicidad), y se introduce la cláusula de compromiso mínimo de ventas (cláusula 1.3 del contrato tipo de suministro, antes transcrita).

Así pues, en la Resolución impugnada existe una clara diferenciación entre las cláusulas de exclusividad de suministro, que se mantuvieron hasta 2001, y las cláusulas de compromiso mínimo de ventas, que se implantaron a partir de 2001. Cuestión distinta es que la Resolución impugnada considere que la cláusula de compromiso mínimo "...no evita el riesgo (potencial) de que los contratos de suministro mínimo puedan convertirse en exclusivas de facto...". No existe, por tanto, confusión entre las cláusulas, sino que la Resolución impugnada apunta la posibilidad de una similitud de efectos restrictivos de la competencia de dichas diferentes cláusulas, ofreciendo además la explicación de esa valoración, consistente en que basta fijar al alza la cifra mínima de compromiso de ventas, para que dicha cláusula de cifra mínimo de ventas opere en detrimento del volumen de adquisición de otros operadores.

Pero la cuestión decisiva en este recurso no es si el TDC califica o no la cláusula 1.3 del contrato tipo de suministro como una cláusula de exclusividad de suministro, sino si la referida cláusula de compromiso mínimo de ventas está o no amparada por el Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de diciembre

SÉPTIMO.- Como es conocido, el artículo 1 LDC (ley 16/1989 , vigente en el momento de los hechos) prohíbe toda conducta que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, falsear o restringir la competencia, en todo o en parte del mercado nacional, pero el artículo 3 de la misma LDC admite la posibilidad de que determinadas conductas prohibidas por el artículo 1 puedan ser autorizadas, siempre que cumplan determinados requisitos.

El RD 378/1993, de 28 de marzo, desarrolló la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, y en lo que interesa a este recurso, incorporó al ordenamiento jurídico español la exención para aquellos acuerdos o prácticas, referidas al mercado nacional, que ya habían sido objeto de exención por el derecho comunitario.

En particular, el artículo 2 del RD autoriza los acuerdos verticales que cumplan los requisitos exigidos por el Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de diciembre :

Artículo 2 . Exenciones por categorías.

1. Acuerdos verticales. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , quedan autorizados los acuerdos en que participen dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, en la medida en que tales acuerdos afecten únicamente al mercado nacional y siempre que cumplan las disposiciones establecidas en:

a) El Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan.

Por su parte, el artículo 2 del Reglamento (CE) 2790/99, declara que el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará a los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución ("acuerdos verticales"), y el artículo 3.1 del mismo Reglamento establece como condición para la aplicación de la exención que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30% del mercado de referencia:

la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30% del mercado de referencia en el que venda los bienes o servicios contractuales

Por tanto, es claro que la exención prevista por el Reglamento 2790/99 exige como condición para su aplicación que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 por ciento del mercado de referencia.

OCTAVO.- A instancia de la parte actora se practicaron dos pruebas periciales, por un perito por ella designado y por un perito insaculado por la Sala, con el objeto de determinar la cuota de mercado de CERCASA en la venta de cerveza en el mercado geográfico que nos interesa, las Islas Canarias. A dichas pruebas se unen los informes que, sobre el mismo objeto, se aportaron al expediente del SDC.

Debe reseñarse que los dictámenes periciales e informes sobre la cuota de mercado de la recurrente ofrecen resultados diversos según la metodología seguida. Así, la Compañía ACNielsen, a partir de una muestra representativa de establecimientos, señala que Cercasa mantuvo una cuota de mercado del producto cerveza en Canarias Hostelería, en el período enero/2005 a diciembre/2006, algo superiores al 70%, así al inicio de ese período de dos años, en enero/febrero de 2005, su cuota de mercado fue de 71,2 y al final del período, en noviembre/diciembre de 2006, la cuota fue de 71%. Tales cuotas resultan del certificado de ACNielsen que la parte actora acompaña como documento número 8 de su escrito de interposición del recurso.

Sin embargo, las pruebas periciales practicadas en este recurso, a instancia de la parte actora, ofrecen resultados distintos, seguramente por el empleo de una diferente metodología de medición, que se basa no en una muestra de establecimientos, sino en las cifras de importación en Canarias y su posterior conversión en hectolitros de acuerdo con un factor de conversión facilitado por la recurrente. El resultado de la prueba pericial, tanto del perito designado por la recurrente, como del designado por la Sala, es bastante similar, asignando respectivamente a CERCASA unas cuotas de mercado total de cerveza de 55,92% y 54,21% (2001), 56,04% y sin datos (2002), 53,95% y 53,33% (2003), 53,61% y 53,05% (2004), 53,30% y 52,16% (2005) y sin datos y 53,89% (2006).

Otra explicación de la diferencia en las cuotas asignadas a CERCASA por ACNielsen y los peritos pueden encontrarse en el mercado considerado, que en el informe de ACNielsen es el mercado de cerveza en Canarias-Hostelería, mientras que en el dictamen de los peritos es el mercado total de cerveza en Canarias.

En cualquier caso, y a los efectos que ahora nos interesa de resolver sobre la aplicación de las exenciones verticales del Reglamento (CE) 2790/99, los referidos estudios e informes muestran que CERCASA tenía en el período considerado, entre 2001 y 2006, una cuota en el mercado de cerveza de Canarias de entre el 50% y el 70%, lo que impide la aplicación de la exención establecida por el Reglamento (CE) 2790/99, por no reunir la recurrente la condición exigida por su artículo 3 de tener una cuota de mercado que no exceda del 30 por ciento del mercado de referencia.

NOVENO.- Aceptada la conclusión de que, por lo anteriormente razonado, no es de aplicación la exención de acuerdos verticales establecida por el Reglamento (CE) 2790/99, a los contratos tipo de suministro de cerveza suscritos por la recurrente, procede entonces examinar si la cláusula de suministro mínimo de cerveza es una práctica restrictiva de las prohibidas por el artículo 1 LDC.

La Sala comparte los razonamientos del TDC y SDC que sostienen que tales cláusulas, que obligan al cliente a adquirir una cantidad mínima de hectolitros, pueden constituir una conducta restrictiva, porque la obligación contractual de conseguir ventas de cerveza que alcance determinada cantidad de hectolitros puede restringir la compra de cerveza a otros suministradores, y cuanto más se acerque el volumen de ventas mínimo exigido al volumen de ventas de cliente en cuestión, más se asemejará la cláusula de suministro mínimo, en sus efectos, a una cláusula de exclusividad.

De acuerdo con la Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a las restricciones verticales, que la parte actora acompaña a su demanda como documento nº 6 (DOCE de 13/10/2000, C 291/1 a 44), el pacto de ventas mínimas es una restricción vertical del grupo de las denominadas "marca única", como las cláusulas de imposición de cantidades fijas al comprador (apartado 106), y el primer criterio para evaluar los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales es el de la existencia de cierto poder de mercado en el proveedor (apartados 119 y 140), siendo sólo probable que los proveedores competidores queden excluidos cuando sean significativamente más pequeños (apartado 142), y en nuestro caso es evidente el poder de mercado de la recurrente, pues hemos considerado acreditado que CERCASA dispone de una cuota en el mercado de la distribución de cerveza en el sector HORECA de Canarias de entre el 50% y el 70% en el período afectado por las prácticas, y en cualquier caso, una cuota en dicho mercado superior al 50%, mientras que sus dos principales competidores tienen cuotas significativamente más pequeñas en dicho mercado, así en 2005 el grupo Mahou-San Miguel tenía una cuota del 11% de mercado de cerveza en Canarias-Hostelería, mientras que el grupo Heineken tenía una cuota del 13,3% en dicho mercado.

También son de tener en cuenta las diferentes posiciones de la empresa recurrente y del SDC en la fase de terminación convencional del expediente, que permiten apreciar mejor las características de las cláusulas de venta mínima a que nos venimos refiriendo.

Por providencia de 24 de marzo de 2006, la Instructora acordó, con suspensión del plazo máximo de instrucción ante el SDC, iniciar el procedimiento de terminación convencional a que se refiere el artículo 36 bis LDC, y en el curso de dicho procedimiento, la empresa recurrente atendió la sugerencia del SDC de introducir en las cláusula de suministro mínimo la condición de que las mismas



sólo podrían suponer un porcentaje máximo sobre las compras totales, a fin de permitir a los establecimientos clientes suministrarse de las empresas competidoras, y en escrito de 30 de mayo de 2006 propuso la recurrente una redacción de la cláusula de suministro mínimo, en la que se añadiera el pacto de que "...la obligación de compra asumida por el Suministrado podrá alcanzar hasta un 80% de sus compras totales de cerveza a la Cervecera..." (folios 266 a 271 del expediente).

El SDC, en providencia de 14 de julio de 2006, a la vista de la cuota de mercado de la recurrente y los antecedentes que cita de la Comisión Europea, consideró que el porcentaje que el suministrador (Cercasa) se reserva en exclusiva no debía superar el 50% del total del consumo del establecimiento (folios 276 a 279 del expediente).

En su escrito de 20 de julio de 2006, CERCASA contestó al anterior proveído señalando que había planteado sustituir los contratos con pacto de suministro de cantidades cerradas por una alternativa que "...sinceramente sigue sin gustarle.."(sic), de obligación de adquisición por el establecimiento de hasta el 80% de sus compras totales, pero que por las razones que explicaba en su escrito, no podía aceptar la propuesta del SDC de limitar la obligación compra al 50% de las necesidades de cerveza del establecimiento.

La conclusión que obtiene la Sala de lo anterior es que las cláusulas de ventas mínimas que introdujo la recurrente en sus contratos exigían a los establecimientos que las cantidades de cerveza adquirida representaran al menos el 50% del consumo total del establecimiento.

Los hechos hasta aquí expresados, relativos al poder de compra de la recurrente, superior en todo caso al 50% del mercado de referencia, las cuotas sensiblemente inferiores en dicho mercado de sus dos competidores, del 13% y 11%, y el contenido y las características de la cláusula de suministro mínimo incorporadas en los contratos con los establecimientos, que garantizan al recurrente la venta de cantidades fijas en valores absolutos, llevan a la Sala a estimar conforme a derecho la calificación del SDC y TDC de dichas cláusulas como infracciones del artículo 1 LDC al limitar la competencia.

DÉCIMO.- También es un acuerdo restrictivo de la competencia, contrario al artículo 1 LDC, la cláusula 7.3 de los contratos de suministro de cerveza, antes reseñada, que exige a los establecimientos clientes que expongan únicamente publicidad de las marcas de la recurrente. La cláusula de exclusividad de publicidad no se corresponde con contratos de suministros que no son de distribución exclusiva, y como razona el SDC, suponen una restricción a la entrada de otras marcas, pues el consumidor percibe que en el establecimiento no se comercializan productos alternativos.

En la demanda la parte actora se refiere al estudio aportado ante el TDC, publicado por expertos independientes en una revista pública, y no por encargo de la recurrente, en el que se demuestra la escasa influencia de la publicidad en el consumo de cerveza, ya que las variaciones de la cantidad de cerveza consumida se explican en apenas un 1% por efecto de la publicidad, porcentaje insignificante si lo comparamos con otros factores, como el nivel de renta, el precio de la cerveza o la entrada de turistas.

Es cierto que, de acuerdo con el Informe que cita la parte actora, que obra en el expediente del TDC (folios 34 a 94), la publicidad de la cerveza tiene una repercusión pequeña en las cifras de consumo de ese producto, mientras que existen otros factores

que tienen una mayor incidencia en dicho consumo, como el turismo, el precio de la bebida y, de modo especial, el clima, pero lo relevante es que el citado informe se refiere a la influencia de la publicidad sobre el consumo total de cerveza, sin distinción de marcas, pero el propio informe advierte (folios 53 y 54 del expediente), que a diferencia de la escasa influencia de la publicidad en el consumo total del producto cerveza, la publicidad si juega un papel importante en los cambios que se producen en las ventas por marcas dentro del mercado de la cerveza.

DÉCIMOPRIMERO.- Las cuestiones que plantea la parte actora en relación con la sanción son: a) violación de la confianza legítima, b) inaplicación de criterios irrelevantes, c) la sanción se funda en elementos de hechos no sometidos a contradicción y d) graves errores de hecho en las cuestiones consideradas para la imposición de la sanción.

Califica la parte actora como una violación de la confianza legítima que el SDC, al que había remitido voluntariamente los contratos de suministro de cantidades mínimas, en ningún momento efectuó un reproche, comentario o indicación alguna sobre sus contratos, hasta el Pliego de Concreción de Hechos.

Esta ausencia de reproches y comentarios de la Administración a los contratos de suministro no supone infracción del principio de confianza legítima, que se caracteriza por la existencia de signos externos producidos por la Administración, suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de una determinada actuación. Entiende la Sala que la ausencia de comentarios y el silencio de la Administración no pueden considerarse signos externos suficientemente concluyentes.

También alega la parte actora que el TDC no tiene en cuenta los criterios de ponderación que establece el artículo 10 LDC, sino que impone una sanción por no haber aceptado la parte recurrente la propuesta del SDC para la terminación convencional del expediente, valorando negativamente una actitud dilatoria y de poca cooperación.

No es esa la conclusión que se obtiene de la lectura de los razonamientos que el TDC dedica a la determinación de la multa en el Fundamento de Derecho Tercero, sino al contrario, el TDC reconoce de forma expresa una actitud de colaboración de la recurrente a lo largo de la Instrucción del SDC, que se muestra en la presentación de diferentes escritos proponiendo redacciones alternativas a las cláusulas contractuales 1.3 y 7.4, lo que el TDC valora como una atenuante que le lleva a una importante reducción de la cuantía de la sanción inicialmente considerada proporcionada.

El TDC ha tenido en cuenta, según se explica en la Resolución impugnada, la importancia de la infracción, determinada por la dimensión del mercado afectado y la cuota de mercado de la recurrente, criterios ambos recogidos en el artículo 10 LDC.

DÉCIMOSEGUNDO.- Otro argumento de la parte actora, en relación con la cuantificación de la sanción, se refiere a los datos que el TDC tiene en cuenta en relación al crecimiento de CERCASA en el período contemplado, de un 71,9% hasta un 72,07%, que lleva al TDC a entender como proporcional la imposición de una sanción de 800.000 euros, en aplicación del principio de que la comisión de las infracciones anticompetitivas no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas.

Sostiene la parte actora que no existe en el expediente base alguna que soporte tales datos, salvo el escrito de conclusiones de la parte codemandada, que no ha sido sometido a contradicción.

La Sala comparte la alegación de la parte actora en este punto, pues la Resolución impugnada no ofrece ninguna explicación sobre el origen o la fuente de las cifras relativas al crecimiento de la cuota de mercado de la parte recurrente (del 71,9% al 72,07%), ni encuentra en el expediente administrativa base alguna que soporte tales datos.

Es más, las cifras sobre incremento en la cuota de mercado de CERCASA del 71,9% al 72,07%, que la Resolución impugnada acepta y toma en consideración en su FD 3º para la determinación del importe de la multa, están en contradicción con las cifras sobre cuota de mercado que la propia Resolución declaró como hecho probado en su FD 1º, que señala que la cuota de mercado de la recurrente, en el sector HONECA y en el período considerado, estuvo invariablemente comprendida entre el 50% y el 65% del volumen de producto y el 50% y el 70% de la cifra de facturación total del sector.

Exactamente las mismas magnitudes de cuota de mercado fueron apreciadas por el SDC en su Pliego de Concreción de Hechos y en su Informe Propuesta.

Por tanto, la Sala no puede aceptar como parámetros o datos de referencia para la determinación de la sanción esas cifras de incremento de cuota de mercado de CERCASA del 71,9% al 72,07%, que contradicen tanto las cifras determinadas por el SDC, como las declaradas como hecho probado por la propia Resolución del TDC, ni la cifra de 800.000 euros que el TDC extrae de las mismas.

Excluidos los datos anteriores por falta de acreditación o de explicación de su origen, la Sala tiene en cuenta en la individualización de la sanción el resto de circunstancias que cita el TDC, entre ellas las relativas al mercado de referencia que constan en los hechos probados de la Resolución impugnada, en el que la recurrente mantenía una cuota de entre el 50% y 65% ó 50% y 70%. Igualmente ha de ponderarse, en relación con el mercado afectado por las prácticas anticompetitivas, el hecho declarado probado de que la cerveza suministrada por la recurrente a minoristas vinculados con contratos que incluían cláusulas de suministro mínimo no sobrepasaba una cifra de alrededor del 10% del volumen de ventas de la recurrente (Hecho Probado 1º).

En este contexto, al no constar en la Resolución impugnada ninguna circunstancia de agravación, la Sala considera que procede la imposición de una sanción en la franja inferior o tercio mínimo de la multa prevista en el artículo 10 LDC , y tras la aplicación de la atenuante que apreció la propia Resolución del TDC en la conducta de la recurrente a lo largo de la instrucción (FD 3º, apartado 3), la Sala estima procedente en este caso la sanción de multa en cuantía de 200.000 euros.

DECIMOTERCERO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Compañía Cervecera de Canarias (CERCASA), contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 12 de marzo de 2007, que anulamos exclusivamente en la cuantía de la sanción impuesta, declarando la Sala que la sanción procedente es la de 200.000 euros, y confirmando la Resolución impugnada en todo lo demás.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-