

Id. Cendoj: 28079230062006100428
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/07/2006
Nº de Recurso: 235/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de julio de dos mil seis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 235/04 que ante esta Sala de lo

contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales

Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y representación de ASOCIACION DE CERVECEROS DE ESPAÑA el Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Muñoz en nombre y representación de

HIJOS DE RIVERA S.A. y el Procurador Sr. Deleito García en nombre y representación de LA ZARAGOZANA S.A. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr.

Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el

día 30 de marzo de 2004, en materia relativa a autorización para un sistema de recopilación de

datos estadísticos referentes a la fabricación y comercialización de cerveza. Ha sido Ponente la

Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación de Asociación de Cerveceros de España interpuso recurso el día 27 de mayo de 2004 interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de

los correspondientes anuncios en el BOE.

Igualmente la representación de Hijos de Rivera S.A. interpuso recurso tramitado con el número 241/2004 y la representación de La Zaragozana S.A. interpuso recurso tramitado con el número 245/2004.

La Sala dictó auto el día 15 de julio de 2004 acordando la acumulación de los tres recursos, que se han tramitado con el número 225 de 2004.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación de ASOCIACION DE CERVECEROS DE ESPAÑA formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando la estimación del recurso y "".

La representación procesal de HIJOS DE RIVERA S.A. formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando la estimación del recurso y "".

La representación procesal de LA ZARAGOZANA S.A. formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando la estimación del recurso y "".

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a las demandas para oponerse a las mismas, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO-. Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando par votación y fallo del recurso la fecha del 30 de marzo de 2006 en que se deliberó y votó habiendo observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del T.D.C. de 30 de marzo de 2004 en que se acuerda:

"Primero-. No autorizar el sistema de recopilación de datos estadísticos referentes a la fabricación y comercialización de cerveza solicitado por la Asociación de Cerveceros de España.

Segundo-. Ordenar a la Asociación de Cerveceros de España que, en el término de quince días a partir del momento en que le sea notificada la presente Resolución, traslade copia de la misma a todos sus asociados. El cumplimiento de esta obligación deberá acreditarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Tercero-. Intimar a la Asociación de Cerveceros de España y a sus asociados para que cesen en el intercambio de datos, tanto por medio de notario como de la Asociación, previéndole de que si incumplen estas intimaciones incurrirán en las sanciones previstas en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Cuarto-. Interesar al Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia como práctica prohibida, el intercambio de información que se describe en el punto 3 de la solicitud de la Asociación de Cerveceros de España (foios 5-9 expte SDC).

En dicho punto 3 se dice resumidamente: "Breve descripción del acuerdo, decisión, recomendación o práctica para la que se solicita autorización. " señalando que se trata de establecer un sistema de recopilación de datos estadísticos relativos a la fabricación y comercialización de cereza por las empresas miembros de la Asociación, datos que se recopilan a través de notario para lo cual las empresas deben completar unos cuestionarios que envían al Notario. Se obtendría directamente de las empresas la información anual relativa a los volúmenes de producción, como elemento esencial para fijar el importe de la cuota anual de la Asociación.

Los datos estadísticos se refieren a la producción y comercialización, y a datos técnicos relativos a la fabricación, señalando que se trata de "datos históricos".

El destino de los datos sería:

1º elaborar un informe económico sobre el sector

2º elaborar informes sobre el sector y mantener bases de datos con afán divulgativo

3º remisión con carácter periódico de la información agregada a las empresas miembros de la Asociación.

Los datos recopilados a través de Notario son:

1º MENSUALMENTE-. Envío al Notario del detalle de Hectolitros facturados o puestos en el mercado español, tanto fabricada como importada como comercializada. La Asociación reenvía los datos agregados del total de hectolitros facturados o puestos en el mercado español durante el mes.

2º TRIMESTRALMENTE-. Envío al Notario del detalle de Hectolitros facturados o puestos en el mercado clasificados por a) tipo de envase genérico (distinguiendo entre reutilizable y no reutilizable), b) tipo de cerveza (con o sin alcohol) c) marcas clásicas.

La Asociación reenvía a los asociados el total de los datos pero agregados.

3º SEMESTRALMENTE-. Envío al Notario de un desglose de los hectolitros facturados o puestos en el mercado en función de siete zonas geográficas.

4º ANUALMENTE -. Datos de los hectolitros facturados o puestos en el mercado por epígrafe fiscal y por tipo de envase. Facturación, inversiones productivas, gastos pospublicidad, patrocinio de actividades culturales y deportivas, formación profesional

Los datos recopilados directamente a través de la Asociación son:

ANUALMENTE-. Hectolitros producidos y hectolitros exportados en el año.

Igualmente se pretende la incorporación de nuevos formularios relativos a hectolitros facturados o puestos en el mercado por segmento de cerveza y por canales de

distribución, y formularios relativos a datos técnicos con referencia a la productividad, el porcentaje de producción en barriles, el porcentaje de producción en botellas reutilizables, el porcentaje de producción en botellas no reutilizables, el porcentaje de producción en altas, consumo de energía eléctrica, consumo de energía térmica, consumo de agua, merma global del proceso, rotura interna de botellas reutilizables, rotura en el mercado, absentismo laboral, accidentes con baja, frecuencia de accidentalidad, gravedad de la accidentalidad, y otros indicadores de carácter cualitativo. El formulario de índices de producción se facilitará para todos los centros productivos de cada una de las empresas asociadas y ellas recibirían los datos de forma agregada divididos en tres categorías en función del volumen de hectolitros producidos en cada planta.

SEGUNDO.- El primer motivo de impugnación alegado por la representación procesal de Asociación de Cerveceros de España se fundamenta en la violación del artículo 1 LDC porque prohíbe la realización de actividades lícitas, porque el TDC no ha probado que el Acuerdo enjuiciado tenga por objeto o efecto restringir la competencia en el mercado. Considera que:

1º la recopilación de datos agregados no es susceptible de restringir la competencia, porque tales datos no son aptos para que los miembros de la Asociación coordinen su comportamiento competitivo en el mercado.

2º el TDC no ha constatado que el sistema permita la coordinación del comportamiento anticompetitivo de las empresas asociadas.

En cuanto a los datos desagregados, considera que son datos históricos, y que la mayoría de ellos está disponible en registros públicos. Finalmente, considera que se dan las condiciones que según el Artículo 3.1 LDC justifican la concesión de la autorización.

Esta Sala comparte las apreciaciones del TDC: en un mercado tan concentrado que en algunas regiones solo compiten dos empresas, resulta evidente que, aún cuando los datos estén agregados, una empresa que conoce cuales son sus propios datos no debe tener ninguna dificultad en identificar los datos de la otra única competidora. Y aún en aquellas zonas en las que son más de dos, dado el escaso y limitado numero de competidores, descartando los datos propios, la información aún agregada ofrece, en los términos en que se propone organizar, un panorama de conjunto por una parte, y de detalle por otra, que permite identificar no solo resultados sino targets de negocio, debilidades de la competencia, costes, beneficios, en general, proporciona medios a los pocos competidores en dicho mercado para limitar la competencia.

Expresado de otra manera: las características del mercado de la cerveza en España conllevan que un sistema de información como el propuesto permita la identificación de empresas individuales, y con ello, facilita la colusión entre las empresas cerveceras.

La amplitud del sistema, que recoge datos relativos a variados periodos temporales, agrava la situación, al complementarse los datos mensuales (hectolitros puestos en el mercado), con los trimestrales (hectolitros puestos en el mercado clasificados por tipo de envase, tipo de cerveza y marcas clásicas), semestrales (hectolitros clasificados por zonas geográficas) y anuales (hectolitros por tipo de envase, epígrafe fiscal etc.etc), aportándose finalmente una suma de información tal, que (pese a la agregación de datos) combinada con el dato del escaso número de empresas

cerveceras en el mercado nacional, permite una transparencia máxima del conjunto de información intercambiado.

El hecho de que de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil se pueda lograr a posteriori información sobre el volumen de ventas de las empresas de la competencia, no equivale a los intercambios de información propuestos y descritos, sin que el modo en que se ofrecen los datos y las fechas en que se hacen públicos ofrezcan la transparencia del sistema propuesto.

En cuanto a las razones que podrían justificar según el artículo 3.1 LDC el obviar las desventajas para la futura libre competencia en el sector, no se ha acreditado la contribución al progreso técnico o económico: la Asociación conocerá mejor el sector, pero no se razona por qué ese intercambio de datos entre los asociados redundará en mejoras técnicas y económicas de la fabricación, la producción o la distribución de cerveza en España. No se acreditan ventajas para los consumidores, porque no necesariamente "la fortaleza del sector en general" tiene que redundar en una mejora para el consumidor, ni es procompetitivo porque el dato de que las empresas pequeñas no pueden pagar estudios para conocer los datos de las grandes no revela por sí mismo consecuencias relevantes en la competitividad de dichas empresas "pequeñas".

Se alega la desproporción en la respuesta dada por la Administración al no ofrecer la posibilidad de introducir modificaciones y prohibir el sistema en su totalidad. Es a juicio de esta Sala el diseño del propio sistema, con la aportación constante (mensualmente unos datos, trimestralmente otros, etc) de datos ampliándose los puntos sobre los que se informa al tiempo que vencen los distintos periodos de tiempo señalados a tal efecto, lo que justifica que el TDC no plantee modificaciones del mismo, y señale la prohibición de llevarlo a cabo.

TERCERO-. La representación procesal de Hijos de Rivera S.A. manifiesta expresamente su adhesión a las alegaciones del escrito de demanda de la Asociación, por lo que la Sala debe dar por reproducidos los razonamientos recogidos en el fundamento jurídico anterior.

En relación con sus alegaciones relativas a la necesidad que tienen las empresas de disponer de información para la adopción de decisiones racionales, la LDC no prohíbe la realización de estudios ni la recopilación de información, pero sí la organización de un sistema de intercambio de información entre las empresas de un sector determinado que por sus características pueda restringir la libre competencia. Así en el supuesto planteado como precedente por la recurrente, el acuerdo adoptado en el seno de FENIL, resulta evidente la diferencia entre un sector caracterizado por miles de adquirentes de leche a los ganaderos en la mayor parte del territorio nacional (en el que, por tanto, la agregación de los datos supone una auténtica barrera a la transparencia de los mismos) y otro en el que el número de competidores es tan pequeño que en distintas partes del territorio nacional solo son dos.

Respecto del cumplimiento de las condiciones del artículo 3.1 en que la propia recurrente reconoce que soporta la carga de la prueba, no se ha practicado la que acreditase que supondría "un fortalecimiento de la eficiencia y competitividad de las empresas con menor cuota de mercado".

CUARTO-. La representación procesal de La Zaragozana S.A. sostiene que por la agregación de los datos debe autorizarse el sistema, y que así se ha venido realizando

por las autoridades de Defensa de la Competencia nacionales y comunitarias.

Como se ha razonado más arriba, resulta evidente que en la situación del sector cervecero español, pese a la agregación, dadas las características de número de empresas, distribución geográfica, marcas, etc. es posible individualizar a las empresas, y como consecuencia, que el sistema de intercambio de información facilite la cooperación entre ellas.

En cuanto a los restantes argumentos coinciden en lo esencial con los expuestos por la Asociación de Cerveceros e Hijos de Rivera S.A. debiendo ser desestimados por las razones anteriormente expuestas.

Debe en consecuencia desestimarse el recurso y confirmarse el acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho.

QUINTO-. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN DE CERVECEROS DE ESPAÑA, HIJOS DE RIVERA S.A. y LA ZARAGOZANA S.A. contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 2004 descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia pro el Ilmo.Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.