

Id. Cendoj: 28079130032013100244
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/09/2013
Nº de Recurso: 6932/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (expte. 614/06 TDC; 2606/05 SDC): PRÁCTICA RESTRICTIVA POR OBLIGAR A REALIZAR COMPRAS MÍNIMAS Y PUBLICIDAD EXCLUSIVA EN ISLAS CANARIAS (art. 1 Ley 16/89).

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Septiembre de dos mil trece.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 6.932/2.010, interpuesto por la COMPAÑÍA CERVECERA DE CANARIAS, S.A. (CERCASA), representada por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 8 de octubre de 2.010 en el recurso contencioso-administrativo número 132/2.007 , sobre prácticas restrictivas de la competencia (expte. 614/06 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y MAHOU, S.A., representada por la Procuradora D^a M^a Esther Centoira Parrondo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 8 de octubre de 2.010 , por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por la Compañía Cervecera de Canarias, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de marzo de 2.007 que ponía fin al expediente 614/06 (2606/05 del Servicio de Defensa de la Competencia). Dicha resolución acordaba:

" **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 Cervecera de Canarias S.A., (CERCASA).

SEGUNDO.- Intimar a Cervecera 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."

La sentencia de instancia anulaba la resolución exclusivamente en la cuantía impuesta, declarando que la sanción procedente es de 200.000 euros, y confirmando la misma en todo lo demás.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante y la Administración demandada presentaron sendos escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparados en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 3 de diciembre, de 2.010, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Abogado del Estado para que manifestara si sostenía su recurso, presentando un escrito exponiendo que no lo sostiene, acompañado de la correspondiente autorización, por lo que se ha declarado desierto el recurso por decreto de la Secretaria judicial de 27 de julio de 2.011.

La representación procesal de la Compañía Cervecera de Canarias, S.A. mediante escrito presentado el 26 de enero de 2.011 ha interpuesto su recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la

Competencia , así como de la jurisprudencia;

- 2º, por infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución , y del artículo 319.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 57.1 y 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y

- 3º, por infracción de los artículos 54 y 131.3 de la Ley 30/1992 , en relación con el artículo 10 de la Ley 16/1989 , y del artículo 25 de la Constitución , así como de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y, entrando en el fondo del asunto, estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 12 de marzo de 2.007 del Tribunal de Defensa de la Competencia en los términos solicitados en el suplico de la demanda.

El recurso de casación ha sido admitido en providencia de la Sala de fecha 20 de octubre de 2.011.

CUARTO .- Personada la Administración demandada como parte recurrida, el Abogado del Estado ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, en el que suplica que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo e imponga las costas a la parte recurrente.

La otra parte recurrida comparecida no ha formulado escrito de oposición en el plazo concedido.

QUINTO .- Por providencia de fecha 29 de abril de 2.013 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 10 de septiembre de 2.013, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Compañía Cervecera de Canarias, S.A. (Cercasa) impugna en el presente recurso de casación la Sentencia de 8 de octubre de 2.010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional , que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2.007; la citada resolución declaraba acreditada la existencia de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en imponer compras mínimas y publicidad exclusiva en el territorio de Canarias, intimaba al cese de las mismas y le imponía una multa de 400.000 euros.

El recurso se articula mediante tres motivos, todos ellos amparados en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo se aduce la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) y de la jurisprudencia, por entender que las prácticas denunciadas no constituyen actuaciones anticompetitivas de las contempladas en el citado precepto legal. El segundo motivo se funda en la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la

Constitución y del artículo 319.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 57.1 y 138.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 390/1992, de 26 de noviembre), por no haber efectuado la Sentencia una valoración razonable de los datos obrantes en el expediente. Finalmente, el tercer motivo se basa en la supuesta infracción de los artículos 54 y 131.3 de la citada Ley 30/1992 , en relación con el artículo 10 de la referida Ley de Defensa de la Competencia , así como del artículo 25 de la Constitución y de la jurisprudencia, por no aplicar de manera adecuada el principio de proporcionalidad.

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo, relativo a la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Considera la empresa recurrente que la cláusula de suministro mínimo, por la que el establecimiento (bar, restaurante o similar) se obliga a un volumen mínimo de compras, como contraprestación a determinadas ventajas económicas ofrecidas por el suministrador, no constituye una práctica restrictiva de la competencia.

La Sentencia impugnada justificaba que dicha conducta suponía una práctica restrictiva de la competencia contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en los siguientes fundamentos:

" **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 un muestra representativa de establecimientos, señala que Cercasa mantuvo una cuota de mercado del producto cerveza en Canarias Hostelería, en el periodo enero/2005 a diciembre/2006, algo superiores al 70%, así al inicio de ese periodo de dos años, en enero/febrero de 2005, su cuota de mercado fue de 71,2 y al final del periodo, 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 la 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." (fundamentos de derecho séptimo a noveno)

Argumenta la parte recurrente que la Sentencia no efectúa un análisis de los requisitos y circunstancias concretas requeridos por la jurisprudencia comunitaria y nacional y que habrían de acreditar el carácter anticompetitivo de la citada cláusula. En síntesis, y con apoyo en la jurisprudencia (especialmente en la Sentencia Delimitis, de 28 de febrero de 1.991 -asunto 234/89-, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), la recurrente concluye que se ha aplicado erróneamente el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , ya que la Sala de instancia no ha justificado que se produzcan efectos que puedan ser considerados como anticompetitivos o que ocasionen un efecto de cierre del mercado. Por otra parte, no se habría valorado que el porcentaje de contratos vinculados se haya por debajo del 10%.

El motivo no puede prosperar. La recurrente se limita a resumir la jurisprudencia invocada y a afirmar que no se ha efectuada una valoración detallada de los alegados efectos anticompetitivos de su conducta, pero sus alegaciones no pasan de ser afirmaciones genéricas que en ningún caso combaten los argumentos efectivamente aducidos por la Sentencia al objeto de justificar dichos efectos anticompetitivos.

En primer lugar es preciso recordar que las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia son aquellas que pueden producir efectos anticompetitivos, sin que sea preciso -como hemos reiterado en constante jurisprudencia- que dichos efectos se hayan producido de manera efectiva. Pues bien, así las cosas, la Sala justifica de manera amplia y razonada que la cuota de mercado de la empresa sancionada es en todo caso muy superior a la de sus rivales (oscilaría entre un 50 y un 70 % del mercado canario de la cerveza, frente a unas cuotas del 13,3 y del 11 de sus competidores más inmediatos), lo que constituye el criterio más relevante de acuerdo con la comunicación de la Comisión europea sobre directrices relativas a las restricciones verticales invocada por la Sala. A lo cual se suma la estimación de que las compras mínimas exigidas superarían el 50 por ciento del consumo total de los establecimientos vinculados -puesto que se habría negado la recurrente a limitar a dicho porcentaje el suministro mínimo de cerveza-. Tales

factores constituyen elementos suficientes para llegar a la conclusión de la Sala de instancia de que los referidos contratos de adquisición mínima de cerveza, en las circunstancias concurrentes, suponían una conducta infractora del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que podía ocasionar con toda claridad efectos anticompetitivos y de cierre del mercado, perjudicando ostensiblemente las posibilidades competitivas de los restantes proveedores en relación con los establecimientos vinculados. Debemos pues rechazar el motivo.

TERCERO .- Sobre el segundo motivo, relativo a la apreciación razonable de los documentos obrantes en el procedimiento.

Entiende la parte recurrente que la Sala de instancia ha valorado los documentos obrantes en el expediente y aportados a los autos de forma ilógica, irrazonable y arbitraria. Así, afirma que la Sentencia no ha tenido en cuenta que los contratos vinculados apenas alcanzan al 10% de las ventas, o que la cuota de mercado de Cercasa habría disminuido en los últimos años.

El motivo debe ser rechazado. Los razonamientos expresados en los fundamentos antes reproducidos y en los restantes muestran una valoración de los hechos y datos obrantes en los autos que, en contra de lo que sostiene la empresa sancionada, resulta consistente, fundada y razonable. A ello no obsta el que no se mencione el dato relativo al porcentaje de contratos vinculados, ya que ha de entenderse que incluso ese porcentaje, en el contexto de las demás circunstancias, es considerado por la Sala suficiente como para producir efectos anticompetitivos dada la importante cuota de mercado de Cercasa. Por otra parte, la Sala juzgadora tiene en cuenta en reiteradas ocasiones las cifras relativas a la cuota de mercado (no solo en los fundamentos antes reproducidos, sino también en el decimosegundo *vide infra*), y su valoración de que las conductas son anticompetitivas no resultarían alteradas por el hipotético descenso de cuota de mercado a que se refiere la recurrente, puesto que la Sala basa sus conclusiones en que los potenciales efectos anticompetitivos se pueden producir en el rango de cuota de mercado de la recurrente, que no resulta discutible, y que en todo caso oscilaría entre un 50 y un 70%.

En definitiva, es preciso concluir que no resulta posible en sede casacional revisar las apreciaciones de hechos efectuadas en la instancia, a reserva de su carácter irrazonable, arbitrario o manifiestamente erróneo, circunstancias que como se acaba de exponer, no concurren en forma alguna en la Sentencia de instancia.

CUARTO .- Sobre el motivo tercero, relativo al principio de proporcionalidad.

En cuanto al tercer motivo, formulado de forma subsidiaria, la parte lo funda en la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad. La recurrente entiende que si la Sala ha descartado el incremento de cuota de mercado que el Tribunal de Defensa de la Competencia tomó en consideración para la cuantificación de la multa, debía haber anulado la misma; en cualquier caso, considera que la Sala no justifica la cuantía de la multa finalmente acordada.

La Sentencia impugnada dedica a la cuantificación de la multa el fundamento jurídico duodécimo:

" **DÉCILOSEGUNDO.**- 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 periodo 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."

La lectura de dicho fundamento evidencia que el órgano judicial de instancia, junto con el rechazo del supuesto incremento del cuota de mercado aducido en la resolución impugnada y que sirve de base a una apreciable reducción de la cuantía de la multa, pondera el conjunto de las demás circunstancias concurrentes en forma motivada y

suficiente, en valoración que esta Sala que esta Sala considera razonable. Se rechaza por ello el motivo.

QUINTO .- Conclusión y costas.

Las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho conducen al rechazo de los motivos en que se funda el recurso de casación y a la desestimación de éste. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley jurisdiccional , se imponen las costas a la parte recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Compañía Cervecera de Canarias, S.A. (CERCASA) contra la sentencia de 8 de octubre de 2.010 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 132/2.007 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-