

## **RESOLUCIÓN (Expte. 647/08, DISTRIBUCIONES DAMM)**

### **Consejo**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 19 de febrero de 2008.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D<sup>ña</sup>. M<sup>a</sup> Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador 647/08 DISTRIBUCIONES DAMM (Expte. 2725/06 de la Dirección de Investigación, en adelante DI), que trae causa de las denuncias presentadas ante los Órganos de Defensa de la Competencia por DISTRIBUCIONES VERDÚN, S.C.P. (en adelante DISTRIBUCIONES VERDÚN) y por LA FLOR DE MURCIA DISTRIBUCIÓN Y BEBIDAS, S.L., (en adelante LA FLOR DE MURCIA) contra la SOCIEDAD ANÓNIMA DAMM (en adelante DAMM) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 19 de septiembre de 2006 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia, (ahora Dirección General de Investigación, DI) denuncia presentada por D. XXX, en nombre y representación de la entidad LA FLOR DE MURCIA, contra la empresa DAMM por presuntas conductas restrictivas de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la fijación de precios de venta, así como la prohibición de distribuir o comercializar otras marcas que no sean las fabricadas o distribuidas por la propia DAMM.

2. El 11 de abril de 2007 y en virtud de la aplicación del artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se recibieron en la Dirección General de Defensa de la Competencia (ahora DI) copia de los expedientes 16/06 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y 41/2005 del Servicio Catalán de Defensa de la Competencia, relativos a las actuaciones realizadas por los Órganos Catalanes de Competencia en relación con la denuncia presentada por D. XXX, en nombre y representación de DISTRIBUCIONES VERDÚN contra DAMM por supuestas conductas restrictivas de la competencia.
  
3. Tras la realización de una información reservada y finalizado el procedimiento de asignación de la Ley 1/2002, por Providencia de 28 de mayo de 2007, el entonces Director General de Defensa de la Competencia acordó la incoación del correspondiente expediente por prácticas restrictivas de la competencia contra SOCIEDAD ANÓNIMA DAMM, al que se asignó el número 2725/06, acordando en el mismo acto acumular al mismo, según el artículo 36.6 de la Ley 16/1989, los expedientes 41/2005 del Servicio Catalán de Defensa de la Competencia y 16/06 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia referidos en el punto anterior, dada la íntima conexión existente entre los hechos objeto de los citados expedientes.
  
4. Por Providencia de 14 de abril de 2008 la DI formuló el Pliego de Concreción de Hechos y en fecha de 28 de mayo de 2008, elevó al Consejo el Informe Propuesta imputando a DAMM una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en la fijación de precios a través de cláusulas contractuales, teniendo por objeto restringir la competencia. Acompañaban al Informe Propuesta los 7.632 folios que forman el expediente.
  
5. Por Acuerdo de 6 de junio de 2008 del Consejo se admite a trámite el expediente, se designa ponente y se pone de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal de 15 días puedan proponer las pruebas que estimen necesarias y la celebración de Vista. DAMM acusó recibo de este Acuerdo el día 13 de junio y DISTRIBUCIONES VERDÚN y LA FLOR DE MURCIA el día 16 del mismo mes.

6. En escrito de 2 de julio entregado en correos en la misma fecha, con entrada en la CNC el 7 de julio de 2008, DAMM propone que se tenga por incorporados al expediente todos los documentos que figuran en el expediente y los aportados por ellos y solicita se pase a Conclusiones.
  
7. LA FLOR DE MURCIA en escrito presentado en la Delegación de Gobierno de Murcia el día 7 de julio de 2008, propone como prueba testifical que D. XXX, *con domicilio en C/ XXX - Valencia*, que fue jefe de ventas de la denunciada, preste declaración sobre *“las condiciones de contratación que imponía la denunciada a sus distribuidores”*.
  
8. DISTRIBUCIONES VERDÚN, en escrito de 9 de julio, entregado en correos el 10 de julio de 2008, adjunta una serie de pruebas documentales y solicita la celebración de Vista remitiendo una relación de personas para que sean citados como testigos en la Vista.
  
9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó sobre la proposición de Prueba y la solicitud de Vista el 24 de julio de 2008. Por Acuerdo de 29 de julio de 2008 el Consejo de la CNC da por reproducida en el expediente toda la información que consta en el expediente 2725/06 de la Dirección de Investigación, admite como prueba documental los documentos aportados por DISTRIBUCIONES VERDÚN, S.C.P. junto con su escrito de 9 de julio de 2008 y acuerda celebrar la prueba testifical propuesta por LA FLOR DE MURCIA DISTRIBUCIÓN Y BEBIDAS, S.L., siendo el testigo D. XXX, antiguo jefe de ventas de la denunciada.
  
10. En relación con la prueba testifical y por fax recibido en la CNC el 23 de septiembre de 2008, la representación legal de DAMM, en base a los artículos 377 y 378 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), formula tacha del testigo por enemistad manifiesta.
  
11. La prueba testifical tuvo lugar en esta sede el 24 de septiembre de 2008 con las declaraciones que constan en Acta firmada, sin observaciones, por todos los presentes (folio 125 del Consejo).

12. Tras la celebración de la prueba testifical, por fax de 10 de octubre de 2008 la representación de DISTRIBUCIONES VERDÚN, en uso del artículo 42 de la Ley 16/1989 reitera al Consejo que acuerde pruebas testificales que éste, en el trámite de prueba y vista, no había considerado pertinentes ni necesarias para la resolución del expediente.
  
13. En cumplimiento del artículo 40.3 de la Ley 16/89, por escrito de 23 de octubre de 2008, se pone de manifiesto a los interesados el resultado de las pruebas para su valoración. En el mismo escrito se ratifica la decisión del Consejo de no considerar necesarias las pruebas testificales propuestas y reiteradas por DISTRIBUCIONES VERDÚN.
  
14. En el trámite de valoración de prueba DAMM solicita ampliación de plazo, concediéndosele un plazo adicional de 5 días en escrito de 11 de noviembre de 2008. Las alegaciones en este trámite se reciben en la CNC los días 14 de noviembre (DISTRIBUCIONES VERDÚN), 20 de noviembre (LA FLOR DE MURCIA) y 24 de noviembre (DAMM).
  
15. El 24 de noviembre se abre el plazo de 15 días para Conclusiones, recibiendo los escritos de las mismas en la CNC los días 10 de diciembre (DISTRIBUCIONES VERDÚN); 22 de diciembre (DAMM), y 26 de diciembre (LA FLOR DE MURCIA).
  
16. El Consejo finalizó de deliberar este expediente en su reunión de 11 de febrero de 2009.
  
17. Son interesados en este expediente:
  - SOCIEDAD ANÓNIMA DAMM
  - DISTRIBUCIONES VERDÚN, S.C.P.
  - LA FLOR DE MURCIA DISTRIBUCIÓN Y BEBIDAS, S.L.

## HECHOS PROBADOS

Constan en el informe propuesta elevado al Consejo por la DI y en la información que obra en el expediente, los siguientes hechos, debidamente acreditados, cuyo conocimiento es relevante para la resolución del expediente.

1. La empresa S.A. DAMM, pertenece al Grupo DAMM, cuya actividad se basa en la fabricación y distribución de bebidas, principalmente cerveza, a nivel nacional y en la prestación de servicios, fundamentalmente de tipo logístico para la distribución del producto en el denominado canal *horeca*, es decir ventas a bares, hoteles, restaurantes, cafeterías y otros establecimientos de consumo similares, DAMM contrata con empresas distribuidoras que operan local o regionalmente, por el contrario para el canal de alimentación, declara, que contrata directamente con las cadenas alimentarias (folios 76 y 7.242).
2. Dos de estas empresas distribuidoras, que en el pasado distribuyeron productos de DAMM, LA FLOR DE MURCIA DISTRIBUCIONES Y BEBIDAS, S.L., constituida en 2004, dedicada a la distribución y venta de cervezas en bares restaurantes y comercios minoristas de la Región de Murcia, y DISTRIBUCIONES VERDÚN SCP, empresa distribuidora de bebidas y productos de alimentación en la provincia de Tarragona, fundamentalmente en los municipios de la comarca del Alt Camp, han denunciado a DAMM por la imposición de condiciones en los contratos consistentes en la fijación de precios de venta, así como la prohibición de distribuir o comercializar otras marcas que no sean las fabricadas o distribuidas por la propia DAMM.

Con anterioridad a la presentación de las denuncias DAMM había roto la relación comercial con ambas distribuidoras. Con LA FLOR DE MURCIA en el año 2005 (folio 4) y con DISTRIBUCIONES VERDÚN en el año 2002, demandándola en enero de 2004 ante los Tribunales, que dictaron sentencia parcialmente estimatoria a los intereses de DAMM (folio 1.331).

3. El grupo DAMM es el tercer operador nacional en volumen de ventas de cerveza, detrás del Grupo Mahou/San Miguel y de Heineken, con una cuota de mercado en el canal *horeca* por encima del 20% según Informe

de Concentración C-103/07, si bien en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Baleares y Murcia su cuota es más elevada.

4. Para la distribución en el canal *horeca* y según listado de distribuidores aportado, DAMM contaba en 2006 con 417 distribuidores en toda España (Islas y Ceuta y Melilla incluidas), de los cuales un 25% en Cataluña, y aproximadamente un 15% en Valencia y Murcia (folio 7.593). Posteriormente este número ha ido disminuyendo y el Informe Propuesta recoge que a fecha de 4 de marzo de 2008, eran 366 los distribuidores que DAMM tenía en el canal *horeca*.
5. Es un hecho probado y reconocido por el imputado, que los contratos firmados por DAMM con sus Distribuidores con anterioridad a 2001 contenían una cláusula de fijación de precios. Los contratos aportados por la propia DAMM en su escrito de 7 de marzo de 2008 (folio 7.303 y ss) y firmados antes de 1991 (entre ellos el de Cervera a que se refiere DISTRIBUCIONES VERDÚN) contienen la siguiente cláusula: *“SEPTIMO: Los precios de venta al distribuidor... ....la cerveza deberá venderse al precio de tarifa vigente señalado por S.A. DAMM”*.

En los contratos firmados entre esa fecha y 2001 la cláusula era similar: *“DUODECIMO: El distribuidor deberá vender la cerveza al precio que indique S.A. DAMM. Los precios...”*.

Los contratos establecían asimismo que el incumplimiento de cualquiera de las cláusulas, y por tanto el no cumplir el precio fijado por DAMM, es causa de rescisión de contrato y finalización de la relación comercial que podrá ejecutar DAMM, previa notificación al interesado, cesando la venta a dicho distribuidor y designando a otro.

En los contratos firmados a partir de 2001, como es el caso del contrato firmado con LA FLOR DE MURCIA el 1 de julio de 2004 y remitido con la denuncia (folio 8), no aparece la sentencia relativa al precio obligatorio, y en los firmados en 2007, cuando el expediente estaba en fase de instrucción, se incluye el siguiente texto: *“Con el fin de que la cerveza sea suministrada a precios que no supongan un perjuicio para la imagen comercial de DAMM, DAMM señalará anualmente el precio máximo al que el distribuidor puede vender la cerveza, siendo éste libre para fijar el precio*

que estime comercialmente oportuno por debajo del precio máximo anteriormente referido”. Consta en el contrato remitido por DAMM y en los enviados por XXX, (folio 7.377) y XXX, (folio 7.291).

Los contratos posteriores a 2001 (ver folio 7.303 y ss) que ya no tienen cláusulas de fijación de precios, mantienen las cláusulas de exclusividad de producto y una cierta exclusividad geográfica.

Respecto a la venta exclusiva de cerveza de la marca DAMM los contratos disponen que el distribuidor “se compromete a abstenerse de vender, distribuir o almacenar, cualquier marca de cerveza, nacional o extranjera, que no sea de las fabricadas por S.A. DAMM”, aunque los distribuidores pueden y de hecho distribuyen otros productos distintos de la cerveza.

Por lo que se refiere a la limitación geográfica los contratos disponen que “la distribución queda circunscrita únicamente a la zona que se detalla.....no pudiendo en ningún caso ni bajo ningún concepto realizar operaciones, por sí o a través de terceros, fuera de la zona que se le ha asignado”, aunque sí puede coexistir más de un distribuidor por zona, en cuyo caso deben respetarse mutuamente los clientes conseguidos, pero tienen libertad de competir entre sí por el suministro de nuevos establecimientos o de aquéllos que no son clientes de DAMM. En todo caso hasta los contratos de 2007 DAMM se reservaba la facultad exclusiva de establecer y delimitar la actuación de los distribuidores.

En cuanto a la duración de los contratos su duración es indefinida en la medida que son contratos por un año prorrogables automáticamente. Y esta cláusula se mantiene invariable hasta el contrato tipo de 2007 en que se exige el consentimiento expreso de ambas partes, si el contrato se prolonga más allá de cinco años (folio 7.358).

6. Según información del propio imputado (folio 7.303 y ss), a finales de 2007 había unos 103 contratos que contenían la cláusula de fijación de precios, lo que implica que un 26,8% de los 383 distribuidores con que contaba DAMM tenían un contrato escrito de este tipo. En marzo de 2008, el número de contratos que pervivían con la cláusula era de 51, lo que suponía un 13,9% de los 366 acuerdos de distribución. De esos 51



contratos 19 han sido firmados en los años setenta y ochenta y los 32 restantes fueron firmados entre 1991 y 2000.

No existe constancia en el expediente de ningún contrato posterior a 2001, firmado por DAMM, que incluya la cláusula de fijación de precio. Sí pervive dicha cláusula en el contrato de distribución firmado el 24 de enero de 2003, entre D. XXX y la ESTRELLA DE LEVANTE FABRICA DE CERVEZA. S.A. (E.L.E.S.A.), dedicada esta comercial a la elaboración y distribución de cervezas S.A. DAMM (folio 7.382).

7. Respecto a la remisión anual o periódica a los distribuidores, de listados de precios por parte de DAMM, ha sido acreditado y aceptado por la imputada, que reconoce (folio 169, ante el Consejo) haber remitido a algunos distribuidores listados de precios máximos recomendados. Cuestión adicional es, si dichos listados remitidos por DAMM eran precios obligatorios para los distribuidores, o como dice la imputada precios máximos recomendados.

Constan en el expediente, aportados reiteradamente por los denunciante (por todos folios 10 y siguientes ante el Consejo), relaciones de precios por producto remitidos por DAMM a sus distribuidores en los últimos años, con posterioridad a 2001. También consta en el expediente aportado por la propia DAMM (folio 101) un ejemplo del listado de precios y márgenes que DAMM remite a sus distribuidores y que corresponde al enviado en noviembre de 2006 a un distribuidor de Murcia. Comparado con el listado aportado por DISTRIBUCIONES VERDÚN denominado *Tarifa detallista Catalunya 2006 (IGENCIA 01/12/2005)*, se comprueba que existe coincidencia sólo parcial de precios, lo que puede venir explicado por las distintas fechas y zonas, pero la diferencia sustancial es que mientras que en el listado remitido por DAMM consta claramente en la cabecera de la lista *precio recomendado det*, en los remitidos por DISTRIBUCIONES VERDÚN, copias no siempre legibles, aparece *precio de venta* o, como el equivalente correspondiente a 2005, *precio detallista*.

8. Para dilucidar este extremo la DI realizó un estudio estadístico a nivel nacional, cualitativo y cuantitativo, sobre una muestra significativa de los distribuidores de DAMM para conocer la política comercial que aplicaba DAMM en el sector horeca en 2006. Para ello seleccionó aleatoriamente una muestra del 10% de los distribuidores (41) que funcionan en territorio



nacional y amplió dicha muestra con 11 distribuidores más hasta alcanzar los 52, éstos ubicados en la zona objeto de la denuncia, es decir, Cataluña (se solicitó información a 13) y Levante (5 de Valencia y 8 de Murcia).

El resultado de la encuesta según consta en el Informe Propuesta fue el siguiente: De los 52 encuestados respondieron a la solicitud de información 50, de los que 2 no eran distribuidores de DAMM en 2006. De los 48 restantes 4 aplicaban la tarifa de precios remitida y recomendada por DAMM y el resto (44 distribuidores, más del 90% de las respuestas y un 85% de la muestra) aplicaban precios que fluctuaban significativamente respecto de las tarifas recomendadas.

La DI hizo una investigación adicional sobre las cuatro empresas distribuidoras que en el primer requerimiento de agosto de 2007 habían respondido, de una u otra forma, que la política comercial se la marcaba DAMM. En el segundo requerimiento las repuestas fueron las siguientes:

XXX, de Gerona responde en febrero de 2008 (folio 7.289) que DAMM S.A. *“marca una tarifa de precios máximos. Esto viene especificado en el pacto duodécimo del contrato, XXX tiene autonomía aparte de lo especificado en el contrato”*. El contrato a que se remite es el nuevo contrato firmado en mayo de 2007 y cuyo pacto duodécimo dice lo siguiente *“(…) Con el fin de que la cerveza sea suministrada a precios que no supongan un perjuicio para la imagen comercial de DAMM, DAMM señalará anualmente el precio máximo al que el distribuidor puede vender la cerveza, siendo éste libre para fijar el precio que estime comercialmente oportuno por debajo del precio máximo anteriormente referido.”*

XXX, Barcelona, el 28 de febrero de 2008 (folio 7.282) siguió afirmando que la política comercial la determinaba de forma directa DAMM, remitiéndose a la cláusula correspondiente, la duodécima, de su contrato de 1 de enero de 1999, que disponía que el distribuidor debía vender la cerveza al precio fijado por DAMM. El 10 de marzo de 2008, Don XXX remite a la DI un escrito que dice es complementario del anterior, en el que sin más especificaciones, comunica que *“en fecha 4 de marzo de 2008, hemos suscrito un nuevo contrato de distribución con la empresa DAMM, S.A., que sustituye al anterior contrato de fecha 1 de enero de 1999”*,

adjuntando copia del mismo (folio 7.375). El nuevo contrato no incluye la cláusula de fijación de precio.

XXX, Murcia, indicó en su respuesta de febrero de 2008 (folio 7.296), que no tenía contrato escrito con DAMM y que *“en 40 años de relación comercial entre las partes, se negocia entre ambas compañías la política comercial (precios máximos recomendados a detallistas). Finalmente, es XXX quien decide qué política comercial aplicar.”*

Empresas XXX (Murcia) en su respuesta de febrero de 2008 (folio 7.297), responde que no tienen contrato y que, *“DAMM, S.A. junto con la empresa XXX. marca la política comercial, porque a ambas nos interesa; y actuamos de mutuo acuerdo, intentando defender cada uno nuestros intereses”*.

9. Además de la muestra anterior la DI solicitó información sobre su política comercial a tres distribuidores específicamente citados y sugeridos por LA FLOR DE MURCIA para dar fe de la imposición de precios. Constan en el expediente y se recoge en el Informe propuesta (folio 7.601) las respuestas recibidas de los dos distribuidores que respondieron al requerimiento:

*“XXX: ‘En la actualidad no realizo la distribución de los productos DAMM, S.A. Todas las tarifas, abonos, descuentos los fijaba DAMM, S.A.’.*

*Para aclarar dicha afirmación, se requirió de nuevo al distribuidor para que aportara más información. La respuesta fue la siguiente:*

*‘El que todas las tarifas, abonos y descuentos los fijaba DAMM, S.A. significa que nos daba unos listados de precios de venta a nuestros clientes que no podíamos variar. DAMM, S.A. me decía a qué precio tenía que vender la cerveza a mis clientes, cuándo podía hacerles una rebaja y cuál era la rebaja que podía hacerles. Igual ocurría con cualquier forma de promoción que pudiera afectar al precio de venta a mis clientes como, por ejemplo, abonos por consumo’.*

*Asimismo se le requirió que aportara el contrato, si aún lo poseía. El contrato no fue aportado, dado que, en la actualidad, XXX no distribuye productos de DAMM, S.A.*

*XXX: 'DAMM, S.A. nos decía las tarifas y los descuentos que teníamos que aplicarle a los clientes'.*

*En un segundo requerimiento se le solicitó a D. XXX que aclarara la anterior información. En la respuesta indicó que: 'DAMM, S.A. nos mandaba una tarifa anual y luego el comercial nos autorizaba los descuentos que debíamos hacerle a los clientes'.*

*Asimismo, en un tercer requerimiento de información, D. XXX nos remitió el contrato que había vinculado a su empresa con DAMM, S.A., en el cual, según el pacto duodécimo DAMM, S.A. les fijaba el precio de venta de sus productos.*

*D. XXX tampoco distribuye, en la actualidad, cerveza de DAMM, S.A.”.*

En ambos casos ya no son distribuidores de DAMM. El Sr. XX no lo es según DAMM, desde el año 2001 y el Sr. XX desde agosto de 2004, según consta en el finiquito (folio 7.427).

10. En los folios 120 y siguientes del expediente ante el Consejo consta el Acta, firmada conforme por todos los presentes, de la testifical celebrada a propuesta de LA FLOR DE MURCIA y en la que compareció como testigo el Sr. XXX.

El Sr. XXX declaró haber sido hasta 2005 *Director General de ventas de DAMM en la zona de Levante, Murcia y Albacete*, una zona con unos 45 ó 50 distribuidores y unos 70.000 puntos de venta. Reiteró las características de la distribución ya acreditadas en el expediente (ver punto 5 anterior) respecto a la exclusividad de producto y funcionamiento en las zonas.

Por lo que se refiere a la fijación por DAMM del precio de venta al minorista, a preguntas de LA FLOR DE MURCIA respondió que anualmente DAMM remitía a los distribuidores una lista con precio de compra del distribuidor y precio de venta del distribuidor al detallista y que DAMM manejaba la política comercial imponiéndose a los distribuidores. Y que también controlaba descuentos y rappelés, diferenciando en función de zonas y cantidades.

A preguntas del representante de DISTRIBUCIONES VERDÚN reiteró que DAMM fijaba los precios al detallista y que sancionaba al distribuidor que incumplía y que las órdenes, no escritas, de DAMM era que los listados fueran entregados en mano y sin que pudiera ser identificado el origen.

En cuanto a los contratos declara que las órdenes, no escritas de DAMM, era no entregar a los distribuidores una copia de los contratos firmados para no dejar constancia de los mismos y a preguntas de DAMM reconoció no tener documento escrito que dejara constancia de la citada instrucción.

También consta en el expediente la tacha a este testigo presentado por la representación de DAMM la víspera de la celebración de la testifical (folio 106 ante el Consejo).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. Asimismo, esta nueva Ley de Defensa de la Competencia, en su Disposición Transitoria primera, núm. 1 dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

**Segundo.-** La DI en el PCH había realizado una doble imputación a DAMM:

- a. *Los contratos escritos analizados entre DAMM, S.A. y sus distribuidores son acuerdos que contemplan restricciones especialmente graves en*

*base al Reglamento (CE) 2790/1999, consistentes en la fijación de precios a través de cláusulas contractuales, teniendo por objeto restringir la competencia en el mercado de referencia. Por tanto, se encuentran prohibidos en virtud del artículo 1 LDC y del artículo 4 a) del Reglamento (CE) 2790/1999.*

*b. Asimismo, los contratos suscritos entre XXX, XXX y DAMM, S.A., son restricciones en base al Reglamento (CE) 2790/1999, consistentes en la fijación de la política comercial de los dos distribuidores afectados teniendo por objeto y efecto restringir la competencia en el mercado de referencia. Por tanto, se encuentran prohibidos en virtud del artículo 1 LDC y del artículo 4 a) del Reglamento (CE) 2790/1999.*

Posteriormente la DI, tomando en consideración las alegaciones de DAMM y en concreto que la imputación realizada sobre la base del testimonio de los dos distribuidores, parecía no tener base suficiente, en la medida que el Sr. XX había dejado de ser distribuidor de DAMM en el año 2001, descarta la segunda de las imputaciones y la existencia de efectos de la conducta y propone al Consejo en el Informe Propuesta que sancione a S.A. DAMM por una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC:

*“Primero.- Que se declare la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC por parte de DAMM S.A., consistente en la fijación de precios a través de cláusulas contractuales, teniendo por objeto restringir la competencia en el mercado de referencia”.*

**Tercero.-** En consecuencia el objeto fundamental del Consejo en este expediente es dilucidar el alcance y efecto de la imposición por parte de DAMM de los precios de venta de la cerveza a sus distribuidores. Y decimos que ese es el objeto fundamental puesto que, acreditado y reconocido por la propia comercial (HP nº 5) que los contratos firmados con sus distribuidores con anterioridad al año 2001 contenían una cláusula por la cual DAMM fijaba a los distribuidores el precio de venta de la cerveza y reconocido asimismo que dichos contratos o una parte importante de ellos seguía en vigor y que DAMM no había hecho nada para anular dicha cláusula, la infracción por objeto del artículo 1 de la LDC no precisa una extensa fundamentación, sin perjuicio de que el Consejo dé respuesta a las alegaciones del imputado realizadas en el trámite de Conclusiones.

Y si bien la cuota de mercado, inferior al 30%, le permitiría acogerse al Reglamento (CE) 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, que es de aplicación en España de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, desarrollo de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorizaciones singulares y registro de Defensa de la Competencia, la fijación de precios en los contratos los excluye automáticamente de la exención. Por tanto procede realizar un análisis del conjunto del contrato, puesto que, al no estar bajo el paraguas del Reglamento de exención, ninguna de las cláusulas goza de la presunción de legalidad.

**Cuarto.-** Por lo que se refiere al resto de las conductas denunciadas, la DI ya había desestimado en el Pliego de Concreción de Hechos, y el Consejo está de acuerdo, la infracción del artículo 6, por cuanto la empresa DAMM tiene una cuota de un 23% en el mercado peninsular/nacional, delimitación geográfica del mercado de la de cerveza, como ha tenido ocasión de manifestar este Consejo cuando era Tribunal, en la Concentración C-103/07 Mahou/San Miguel/Alhambra, por lo que en dicho mercado no ostenta posición de dominio.

**Quinto.-** Pero antes de entrar a analizar y valorar las pruebas, entre las que se encuentra la prueba testifical del Sr. XX, el Consejo, quiere dar respuesta a las alegaciones de extemporaneidad y a la tacha presentada por DAMM.

En su escrito de valoración de prueba de 24 de noviembre de 2008 (folio 161) alega DAMM extemporaneidad de la proposición de prueba tanto de DISTRIBUCIONES VERDÚN como de LA FLOR DE MURCIA y por tanto considera que las pruebas propuestas por ambas comerciales no deberían haber sido admitidas por el Consejo. No procede aceptar la anterior alegación porque aunque el artículo 47 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece la obligatoriedad de los plazos para los interesados, los efectos del incumplimiento de los mismos no son siempre dejar sin efecto la actuación extemporánea. En efecto, el artículo 76 de la citada Ley en su apartado 3º establece que el incumplimiento del plazo del interesado para cumplimentar un trámite permite a la Administración declarar decaído en su derecho al trámite correspondiente, pero añade *“sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”*. En el presente caso, como la presentación de los escritos de



proposición de prueba se produjo antes, incluso, de dictarse la resolución por la que se hubiese declarado el transcurso del plazo concedido, no se puede inadmitir las pruebas propuestas, por lo que su tramitación fue ajustada a Derecho.

Y tal como se anunció el día de la celebración de la prueba testifical, el Consejo va a pronunciarse sobre la tacha del testigo formulada por los representantes de DAMM, no sin antes recordar que la declaración del testigo tachado es válida, sin perjuicio del valor que deba serle atribuido en cada caso concreto, pues como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TDC en ocasiones anteriores, en particular en el fundamento jurídico segundo de su Resolución de 10 de mayo de 2006, en el expediente 588/05, *“las tachas, a diferencia de la inhabilidad para ser testigo, no impiden al Tribunal la valoración del testimonio, ya que funcionan simplemente a manera de una advertencia de sospecha de parcialidad (STS de 10 de noviembre de 2000, 19 de diciembre de 2003 y 10 de febrero de 2004, entre muchas otras), de forma que la tacha no demuestra la falta de veracidad del testigo, sino que plantea la sospecha de que puede no haber sido veraz, sin invalidar su declaración, quedando ésta sujeta bajo esa advertencia a la libre apreciación del juzgador”*.

En este supuesto y de acuerdo con DAMM concurren en el testigo las circunstancias previstas en el apartado 4 del artículo 377.1 de la LEC de enemistad manifiesta respecto a la imputada por cuanto, en primer lugar, el Sr. XXX en el año 2005 fue objeto de un despido disciplinario, que fue declarado procedente por el Juez del Juzgado nº 6 de lo Social de Valencia en Sentencia de 2 de marzo de 2006, ratificada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, al desestimar el recurso en Sentencia de 19 de septiembre de 2006 y, en segundo lugar, que está incurso en un procedimiento penal por denuncia de la citada empresa.

Este Consejo reconoce que existe un conflicto entre la partes -el Sr. XX y DAMM al igual que entre los Distribuidores y la comercial- que deberán ser sustanciados en sede judicial pero eso no implica que los Órganos de Competencia no deban de seguir la instrucción para detectar y en su caso sancionar las infracciones a las normas de competencia y para ello deben ser escuchadas todas las partes.



Las alegaciones aportadas por el resto de las partes no han desvirtuado el fundamento fáctico de la tacha realizada por DAMM, por lo que el Consejo considera que existe base suficiente para tratar con la máxima precaución las declaraciones realizadas por el testigo.

Sin perjuicio de lo anterior como puede apreciarse en el Acta de la declaración, las respuestas del Sr. XX no versan sobre la imputación básica, la existencia de cláusulas contractuales de fijación de precios en contratos vigentes al menos hasta 2007, hechos que se declaran probados y que han sido sometidos a prueba contradictoria y cuya acreditación no depende en nada de la testifical, puesto que han sido reconocidos por el propio imputado. El interés de los denunciantes y la razón de la testifical estaban en la acreditación de la aplicación efectiva de dichas cláusulas y la imposición de precios por parte de DAMM. La declaración del testigo que ha mantenido que, al margen de que existiera o no contrato y cláusula restrictiva, DAMM imponía el precio de venta a los distribuidores (HP 10) no ha permitido al Consejo una convicción más fuerte de la que resulta de la propia instrucción llevada a cabo por la DI con información de los distribuidores de DAMM.

**Sexto.-** Rechaza DAMM en sus alegaciones haber incurrido en infracción del artículo 1.1 de la LDC y del Reglamento (CE) 2790/1989 de la Comisión de 22 de febrero de 1999, *“por cuanto la conducta que se imputa a DAMM, meramente formal, no ha afectado en ningún momento a la competencia en el mercado”*, y para ello se remite a sendas Resoluciones del TDC (Vileda/Tervi y Ardí Internacional) en las que no se considera acreditada la conducta por ausencia de dos requisitos básicos: objeto restrictivo y aptitud para afectar a la competencia.

En primer lugar los contratos de DAMM no pueden acogerse a la exención del Reglamento (CE) 2790/1999 de exención de acuerdos verticales por cuanto el artículo 4.a) del Reglamento (CE) 2790/1999, excluye de la exención prevista en dicho Reglamento a todos los acuerdos verticales que incluyan cláusulas que restrinjan la facultad del comprador de determinar el precio de venta. Y los términos de la cláusula, *El distribuidor deberá vender la cerveza al precio que indique S.A. DAMM*, dejan poco lugar a dudas sobre el objeto o intención de imponer la fijación de precios a los distribuidores. Y el incumplimiento de dicha cláusula que se ha mantenido y permanece en

muchos de los contratos en vigor, más de 100 contratos escritos seguían teniendo la cláusula en el año 2007, es causa de rescisión de contrato.

Una vez que, en aplicación del artículo 4 del Reglamento (CE) 2790/1999, los contratos de DAMM no pueden acogerse a la exención, es necesario analizar en primer lugar si constituyen una infracción del artículo 1 de la LDC ya sea por objeto o por efectos.

No es ocioso reproducir una vez más las prohibiciones del artículo 1 de la LDC relativo a las “conductas prohibidas” que define el ámbito de la prohibición, *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; [...]...”*. Por tanto tal como dice el precepto y de acuerdo con la jurisprudencia solidamente asentada (por todas Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 1998), para que exista infracción de las normas de competencia es suficiente que el acuerdo, ya sea expreso o tácito, o la práctica concertada, cumpla una de las siguientes tres premisas: a) que tenga por “objeto” impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; b) que tenga el “efecto” de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y, c) que, sin producir el “efecto” ni perseguirlo, tenga “aptitud” para ello.

**Séptimo.-** La infracción por objeto de las normas de competencia es aquella restricción que por su propia naturaleza tiene potencial de restringir la competencia en el mercado, es decir que el tipo de restricción que supone la conducta, en sí misma, permite presumir efectos negativos para el mercado. Y en este caso, cuando estamos ante una restricción por objeto, no es necesario demostrar la existencia de efectos reales de restricción de la competencia para concluir que estamos ante una infracción a la competencia, como se recoge en las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE. Y tampoco se precisa demostrar la intencionalidad subjetiva, porque aunque no se busque esa restricción la conducta tiene aptitud para ello.

En los precedentes alegados por la representación de DAMM, Resoluciones del TDC Vileda/Tervi y Ardí Internacional, el Tribunal no encontró en las conductas ni “objeto” restrictivo ni “aptitud” para restringir, pero ni las conductas imputadas ni los mercados analizados son equiparables, y mucho menos la posición de las empresas afectadas en los respectivos mercados. En el caso de la cerveza nos encontramos con un mercado oligopolista, en el que DAMM es la tercera marca en el mercado nacional de la cerveza y predominante en las zonas de Cataluña y Levante. Los efectos negativos sobre la competencia de una conducta restrictiva son más probables cuanto más elevado es el poder de mercado de la empresa, al no existir poder compensatorio de la presión competitiva.

Ateniéndonos a la literalidad de las cláusulas de los contratos anteriores a 2001 y que siguen vigentes (HP nº 5), resulta difícil aceptar la ausencia de intencionalidad anticompetitiva, y teniendo en cuenta las características del mercado y la posición de DAMM en el mismo, este Consejo no puede dejar de señalar que las cláusulas de fijación del precio de venta unidas a las de restricción territorial y prohibición de ventas pasivas tienen en conjunto, un fuerte potencial restrictivo. Todo ello sin olvidar que los contratos son de duración indefinida.

Pero es que además para determinar si un supuesto, éste en concreto, constituye una restricción por objeto tenemos orientaciones claras en las directrices de la Comisión. Así la Comunicación de la Comisión, de 27 de abril de 2004. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, dice que, en general, constituyen restricciones por objeto aquéllas que se prohíben en los reglamentos de exención, es decir en el caso de los acuerdos verticales, *“la imposición de precios mínimos fijos, y las restricciones que establecen una protección territorial absoluta, incluidas las gestiones sobre las ventas pasivas”*.

Y los contratos de DAMM anteriores a 2001 incluyen la fijación de precios de reventa, es decir la restricción vertical con mayor potencial anticompetitivo y menos susceptible de ser compensada con eficiencias, que por otra parte en ningún momento han sido alegadas por el imputado, que reconoce la condición infractora de la cláusula y alega falta de aplicación y de efectos pero no eficiencias. Además los contratos tienen la característica de ser de

duración indeterminada (automáticamente prorrogables) y de limitar las ventas territorialmente, tanto las activas como las pasivas.

En consecuencia las precitadas cláusulas de los contratos de DAMM que fijan los precios de reventa de la cerveza suponen una infracción del artículo 1.1 a) de la LDC porque tienen por objeto restringir la competencia y tienen aptitud para hacerlo. Y esa aptitud se refuerza con el resto de cláusulas del contrato más arriba mencionadas. Y DAMM las ha mantenido en los contratos sin que haya acreditado haber realizado ninguna acción positiva que desvirtuara la eficacia de las mismas.

**Octavo.-** Alega DAMM en el folio 203 que *“unas cláusulas que en ningún momento han llegado a aplicarse, no han podido producir ningún efecto en el mercado y, por tanto, tampoco restringir la competencia”*. Posteriormente analizaremos la afirmación de que las cláusulas de fijación de precios contenidas en los contratos no han sido aplicadas, pero sin perjuicio de entrar a valorar posibles efectos que después veremos, conviene reiterar lo dicho en el Fundamento de Derecho anterior respecto a que las restricciones por objeto son aquéllas que permiten presumir efectos sobre el mercado y recordar que la conducta de DAMM tiene aptitud para afectar a la competencia.

Y no sería relevante a efectos de la consideración de la conducta como infracción del artículo 1.1 a) de la LDC que la cláusula se hubiera aplicado o que, como dice la imputada, no hubiera hecho uso de la cláusula, porque como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de noviembre de 2005 (Criadores de toros de lidia), *“sea cual fuere la eficacia práctica de las cláusulas estatutarias, lo que en realidad se sanciona es la decisión de la entidad actora de prohibir un determinado comportamiento a sus asociados y tal conducta no requiere más hecho aplicativo que la propia adopción de la decisión prohibitoria o, en el caso de autos, el mantenimiento de dicha decisión plasmada en los propios Estatutos de la entidad actora una vez que dicha decisión había devenido contraria a la ley”*.

Compara DAMM su conducta a la de CEPSA objeto de la Resolución del TDC de 31 de mayo de 1998, y dice que la conducta es la misma puesto que, al igual que CEPSA, *“tampoco se ha exigido nunca el cumplimiento de las cláusulas controvertidas”*. No niega, sino que reconoce DAMM la antijuricidad

de las cláusulas para alegar la no aplicación de las mismas. Pero la comparación con el comportamiento de CEPSA acaba ahí, puesto que como la misma DAMM reconoce a continuación *(L) a única diferencia se encuentra en el hecho de que esta Parte no ha remitido ninguna carta a sus distribuidores para informarles de la inoperancia de las referidas cláusulas - como sí ha hecho CEPSA-...*. No es ésta una diferencia irrelevante a la hora de analizar la conducta de DAMM y la responsabilidad de la misma en la pervivencia de la cláusula en los contratos vigentes. Sí, como afirma DAMM, y no se ha acreditado lo contrario, los contratos firmados a partir de 2001 no incluyen dichas cláusulas, era obligación de DAMM haber actualizado y corregido todos los contratos vigentes anteriores a dicha fecha para eliminar la cláusula infractora. La argumentación de DAMM de que existe una resistencia por parte de los distribuidores a actualizar los contratos no le exime de la responsabilidad de su mantenimiento puesto que, aunque fuera difícil sustituir uno a uno todos los contratos vigentes a esa fecha, podría, como hizo CEPSA, haber enviado una carta a todos sus distribuidores anulando la vigencia de las cláusulas conflictivas y, como reconoce, no lo hizo sino que mantuvo la vigencia o cuando menos no anuló la vigencia de las cláusulas controvertidas que le permiten contractualmente fijar los precios a los distribuidores.

En todo caso la ausencia de “efectos” constatados de una conducta, no exime de la prohibición del Artículo 1 de la LDC, si bien deberá ser tenida en cuenta al fijar la sanción en aplicación del artículo 10.2 d) de la LDC.

**Noveno.-** Alega asimismo DAMM (folio 205 ante el Consejo) apoyándose en una sentencia del Informe de la DI, que la práctica objeto del expediente ha prescrito puesto que los contratos que incluyen tales cláusulas son en todo caso anteriores al 2001. Es cierto que no existe acreditación de que contratos escritos firmados con posterioridad a 2001 incluyan la cláusula de fijación de precios pero no es menos cierto y está acreditado y reconocido por DAMM que los contratos anteriores siguieron manteniendo dicha cláusula sin que, como se recoge en el punto anterior DAMM hiciera ninguna actuación sustitutiva de la novación de los contratos que, como se ha acreditado ha resultado lenta, y por lo que parece deducirse de la información que consta en el expediente (HP nº 6) sólo a partir del año 2007, una vez incoado el expediente, la comercial activó la sustitución de contratos y realizó ese esfuerzo a que se refiere de adecuación a las Normas de Defensa de la Competencia de las relaciones comerciales con su red de distribución. En todo caso las actuaciones de DAMM renovando contratos, realizadas con

posterioridad a la incoación de expediente el 28 de mayo de 2007, no modifican la valoración de los hechos anteriores a esa fecha que son los hechos que ahora se juzgan en este expediente.

Y la conducta no ha prescrito porque la infracción que ahora se imputa no es haber incluido la citada cláusula en fechas anteriores a 2001, sino el que los contratos vigentes tengan dicha cláusula, manteniendo de derecho, la restricción a sus distribuidores de fijar los precios, siendo además consciente, como está acreditado que lo era DAMM, de que dichas cláusulas eran contrarias a las Normas de Competencia y constituían una grave infracción de las mismas.

Hay que rechazar por tanto la interpretación que la imputada pretende hacer del párrafo de la valoración jurídica de la DI en la que ésta menciona que *DAMM S.A., cesó en su infracción eliminando la cláusula de su contrato tipo con los distribuidores*, porque como bien dice a continuación la DI en el mismo párrafo que omite la imputada, ello es relevante para la gravedad de la infracción, pero no para la existencia de la misma. En todo caso la propia DI ha dado respuesta a esta interpretación en las respuestas a las alegaciones cuando dice que *“las cláusulas de fijación de precios que contienen los contratos siguen vivas siguen....con independencia de los años transcurridos desde la firma”*. Y reitera este Consejo que las cláusulas siguen vivas porque DAMM las mantuvo y a pesar del tiempo transcurrido desde 2001 no realizó ninguna acción positiva que, con carácter general y al margen de la novación de algunos contratos, enervara la vigencia de las mismas para todos y cada uno de los miembros de su red de distribución.

**Décimo.-** Finalmente y dado que es relevante para la fijación de la sanción vamos a entrar a analizar la insistente alegación del imputado de ausencia de aplicación de la conducta y de efectos de la misma, al margen de que como se ha puesto de manifiesto, ello no afecte a la existencia de la infracción en la vigencia de los contratos con cláusulas prohibidas.

Este Consejo coincide con la DI en que de la instrucción realizada no se ha podido acreditar que la existencia de la cláusula haya tenido una aplicación efectiva puesto que, como se recoge en los HP nº 8 y 9, de la muestra realizada por la DI en 2007 y de la profundización en algunos casos concretos referidos por el denunciante no se ha acreditado un seguimiento de los



precios marcados por DAMM y los distribuidores declaran haber tenido márgenes de libertad.

Es cierto también, como dice la DI en su informe, que en el mercado de la cerveza existe competencia intermarca y podría considerarse que existe una cierta competencia intramarca en la medida que pueden coexistir dos o más distribuidores en una zona y que pueden competir por clientes de nueva instalación o por los clientes de otras marcas y que eso podría reducir los efectos en el mercado. Pero incluso en ese caso DAMM se reserva la facultad de evitar dicha competencia, (HP nº 5).

Pero este Consejo no puede dejar de subrayar algunos aspectos de los hechos documentalmente acreditados que, sin permitir una clara acreditación de efectos en los precios o en el abastecimiento del mercado, plantean a este Consejo serias dudas sobre la no aplicación alegada de la cláusula y sobre su inocuidad, al menos entre determinados distribuidores y zonas.

En primer lugar resaltar que los contratos con DAMM, son en cierto modo contratos de adhesión en los que la bilateralidad y el consentimiento de los distribuidores es inherente al hecho de querer ser distribuidor de DAMM, y este Consejo es consciente de la importancia que para esos pequeños o medianos comerciales, distribuidores, tiene ostentar la exclusiva de una marca como DAMM, y la presión que sobre los mismos ejerce el riesgo de perder esa condición.

Como se recoge en el HP nº 8, XX se reafirmó reiteradamente en que la política comercial la determinaba de forma directa DAMM, remitiéndose a la cláusula correspondiente de su contrato de 1 de enero de 1999, y nunca expresó explícitamente que DAMM no le marcara los precios. Ni siquiera en el escrito de 10 de marzo de 2008, a punto de finalizar la instrucción de este expediente, que remite sin previa petición, para complementar, dice, escritos anteriores, expresa que tenga libertad para fijar los precios, simplemente informa escuetamente lo siguiente: *“en fecha 4 de marzo de 2008, hemos suscrito un nuevo contrato de distribución con la empresa DAMM, S.A., que sustituye al anterior contrato de fecha 1 de enero de 1999”*, adjuntando copia del mismo. Podría entenderse que DAMM, que no había renovado ese contrato, se apresuró a hacerlo en ese momento en que el Distribuidor estaba siendo objeto de requerimientos de información por la DI.



Por último y por lo que se refiere al carácter obligatorio o indicativo de las listas de precios que DAMM admite remitir, existen algunas diferencias en los documentos acreditados. DAMM reconoce que remite a algunos distribuidores listados de precios máximos o recomendados, lo que estaría amparado por el ya citado Reglamento comunitario, aplicable en España, de restricciones verticales. Pero no deja de llamar la atención de este Consejo que en el único ejemplar en el que aparece el término *precios recomendados* es en el ejemplar enviado por DAMM. Por el contrario el resto de listados de precios remitidos por los denunciadores, correspondientes a distintos años y que DAMM no niega haber enviado (folio 169 ante el Consejo) no incluyen el término “recomendado” en la columna de precios sino simplemente *precios de venta* o *precios de detalle*.

**Undécimo.-** Como se recoge en los fundamentos anteriores se ha acreditado fehacientemente que hasta 2008, DAMM ha mantenido contratos con los distribuidores que contienen una cláusula de fijación de precios, que por objeto supone una infracción del artículo 1.1 c) de la LDC. La citada cláusula, en combinación con la exclusividad y la prohibición de las ventas pasivas, en un mercado como el de la cerveza con un número muy reducido de competidores, conforma un entramado en las relaciones de DAMM, que tiene aptitud para afectar a las condiciones de competencia del mercado horeca de cerveza, con especial incidencia en aquellas zonas en las que la productora de cerveza disfruta de una alta cuota de mercado.

Esta conducta es acreedora de una multa pecuniaria de acuerdo con el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 por cuanto deliberadamente o, cuando menos, por negligencia consciente, DAMM ha mantenido la cláusula infractora durante un largo período de tiempo, sin haber tomado ninguna medida activa para dejarla sin efecto en todos y cada uno de los contratos en vigor. Y la sanción se limita a la comercial DAMM y no a la otra parte del contrato, los distribuidores, puesto que es DAMM quien tenía capacidad para imponer las cláusulas del contrato y, en su caso, para dejarlas inoperantes.

Procede por tanto fijar la multa dentro de los límites previstos en la normativa, es decir, hasta 900.000 euros o hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior, y teniendo en cuenta, en aplicación del artículo 10.2 de la LDC, otros aspectos que permitan modular adecuadamente la cuantía de la misma.

Por lo que se refiere a la modalidad, se trata de la fijación de precios en una relación vertical, con repercusión en los precios finales de la cerveza en el canal horeca, que el Consejo considera grave y que merecería una sanción de un máximo del 10% del volumen de ventas de la empresa, con la norma de aplicación, la Ley 16/1989, o del 5% del volumen de ventas, si tenemos en cuenta las previsiones más favorables en este supuesto de la Ley 15/2007.

Atendiendo al resto de criterios de modulación, el mercado geográfico afectado es todo el territorio nacional peninsular donde tiene distribuidores DAMM, pero la práctica despliega su potencial restrictivo fundamentalmente en las zonas de Cataluña y Levante, donde los competidores de DAMM tienen menos fuerza para contrarrestarla. La cuota de mercado de DAMM, por encima del 20% en el mercado nacional, la sitúa en tercera posición de las empresas de cerveza, aunque en las zonas citadas es la primera marca de cerveza consumida. Estando la cláusula en vigor no se ha podido constatar una aplicación efectiva sistemática de la misma, ni por tanto su efecto real sobre el mercado. Todos estos criterios llevan a modular a la baja la multa. Por el contrario debe valorarse negativamente la pasividad de DAMM que ni siquiera con la apertura del expediente, procedió a una anulación total de la cláusula.

Además de los criterios anteriores de la LDC que tienen en cuenta la entidad y duración de la infracción, las características del mercado y los posibles efectos, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, y al objeto de alcanzar la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el Consejo ha tenido en cuenta otras circunstancias atenuantes, que no eximentes, como el hecho de que a partir de 2001 los nuevos contratos de DAMM no incluyen la cláusula restrictiva y que una vez en marcha el expediente ha procedido a la renovación de los contratos. También ha facilitado la investigación y el análisis de los contratos.

Pero lo que no puede aceptar el Consejo es la petición subsidiaria de no imposición de sanción sobre la base alegada por DAMM, de que una multa no cumpliría los objetivos de disuasión y orientación porque DAMM ya es consciente *desde hace largo tiempo de la necesidad de adaptar los contratos con sus distribuidores*. Precisamente por esa razón, porque deliberadamente y siendo consciente de que los contratos contenían cláusulas contrarias a las normas de competencia, DAMM no los adaptó ni anuló la cláusula, debe

aplicársele una sanción pecuniaria de una cuantía suficiente, para que sin perder la proporcionalidad alcance el efecto punitivo que merece la infracción y tenga efectos disuasorios de realizar o mantener en el futuro conductas anticompetitivas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior el Consejo considera que la imposición a S.A. DAMM de una multa por un importe de 525.000 euros, es ajustado a derecho, proporcional y disuasorio.

## **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Declarar que ha resultado acreditada la existencia de una infracción del Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia por parte de S.A. DAMM, al tener contratos en vigor con sus distribuidores con una cláusula contractual que les fijaba los precios de venta.

**SEGUNDO.-** Intimar a S.A. DAMM a que en el futuro se abstenga de realizar prácticas similares o equivalentes a las sancionadas.

**TERCERO.-** Ordenar a S.A. DAMM que remita una carta a todos los distribuidores con contratos firmados anteriores a 2001, informándoles de que la cláusula correspondiente no es operativa.

**CUARTO.-** Imponer a S.A. DAMM una multa de Quinientos Veinticinco Mil Euros (525.000 Euros), por la infracción cometida.

**QUINTO.-** Ordenar a S.A. DAMM la publicación, en el plazo de dos meses a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución, en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general entre aquéllos de mayor difusión.

**SEXTO.-** S.A. DAMM justificará ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.