

RESOLUCIÓN**(Expte. VS/0614/06 CERVEZAS CANARIAS 2)****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín**Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 de noviembre de 2013

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VS/0614/06 CERVEZAS CANARIAS 2, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2007 (Expediente S/0614/06 CERVEZAS CANARIAS 2).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 12 de marzo de 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) acordó en relación con el expediente sancionador S/0614/06, Cervezas Canarias 2, lo siguiente:

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

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

TERCERO.- *Imponer a Cervecera de Canarias SA., (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 SA., (CERCASA).*

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

QUINTO.- *Cervecera de Canarias SA., (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.”*

2. El 17 de abril de 2007 CERCASA interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del TDC de 12 de marzo de 2007. El 8 de octubre de 2010, la Audiencia Nacional dictó sentencia (Recurso 132/2007) en el recurso presentado por CERCASA, confirmando la resolución del TDC, salvo en lo relativo a la cuantía de la multa, que se reduce a la mitad.
3. El Tribunal Supremo, por sentencia de 12 de septiembre de 2013 (recurso 6932/2010), desestimó el recurso de casación interpuesto por CERCASA frente a la sentencia de la Audiencia Nacional antes citada.
4. Con fecha de 6 de octubre de 2011, CERCASA ha solicitado la revisión de la Resolución de 12 de marzo de 2007, al considerar que se dan las circunstancias para declarar la extinción de las obligaciones impuestas a la misma por la precitada Resolución del TDC. CERCASA fundamenta su solicitud en lo siguiente (cita del Informe Parcial de Vigilancia, folios 1225 a 1226):

“CERCASA ha venido perdiendo cuota de mercado en el mercado canario de forma sistemática y recurrente a favor de los dos principales cerveceros españoles que también son sus principales competidores en las islas: GRUPO MAHOU SAN MIGUEL "GMSM" y Heineken-Cruzcampo (en adelante "HEINEKEN"). Esta tendencia se ha venido observando a lo largo de los últimos diez años y, especialmente, durante los últimos cuatro. Según CERCASA esta entidad ha visto erosionada su cuota en el segmento HORECA canario desde el 74,0% en 2001 al 64,1% en 2010; mientras que HEINEKEN ha incrementado su presencia del 14,6% al 16% y GMSM la ha doblado, pasando del 6,0% al 13,4%.

El liderazgo de CERCASA en Canarias no es más pronunciado que el de los líderes regionales peninsulares en cada una de sus regiones y se ha debilitado paulatinamente (perdiendo 7,6% de cuota en Canarias en los últimos años).

Los grandes grupos cerveceros nacionales disfrutan en Canarias de importantes ventajas competitivas frente a CERCASA, entre otras, mayores economías de escala en publicidad. El tamaño de CERCASA en términos absolutos es muy inferior al de sus rivales GMSM, HEINEKEN o Grupo Estrella Damm (en adelante "DAMM") tercer competidor a nivel de cuota en el mercado nacional - es incluso más pequeño que el de ESTRELLA GALICIA en términos de facturación- disponiendo así los competidores de mucha mayor fortaleza para competir con CERCASA, incluso en Canarias, algo que con toda seguridad explica también el descenso de cuota sufrido por esta última.

Los grandes grupos cerveceros utilizan en sus contratos firmados en la Península cláusulas como las analizadas, y ello a pesar de contar con cuotas regionales muy por encima del 30% en el canal HORECA, llegando al 65,3% en el caso de GMSM en Madrid, al 72,3% en el caso de HEINEKEN en Andalucía (Sur de España) o al 78,5% en el caso de DAMM en Barcelona, por poner algunos ejemplos. Sin embargo, aunque estas cuotas sean superiores a las de CERCASA en Canarias, nunca se ha puesto en duda la legalidad de tales prácticas comerciales en relación con la LDC.

A excepción de las marcas cerveceras minoritarias que habitualmente firman exclusivas totales, la tónica general es que todos los grupos cerveceros relevantes firman la regla del 80% de las necesidades de compra del HORECA, con exigencia de exclusiva en el formato de barril que es lo que en la actualidad está firmando CERCASA.

Asimismo indica CERCASA que sus contratos actuales prevén la posibilidad de salida del HORECA antes de que transcurra el plazo máximo de 5 años y que no se están exigiendo compensaciones, a diferencia de lo que ocurre con otros operadores como GSM, por ejemplo. En definitiva, el cambio a otro suministrador es sencillo.

En el contexto expuesto, la imposición de reglas especiales en Canarias más estrictas que en otras zonas de España supone establecer una suerte de coste regulatorio más elevado en el archipiélago en comparación con el resto de la Península que carece de justificación, especialmente al haber declarado el anterior TDC que CERCASA no dispone de una posición de dominio”.

5. La DI, a la vista de la solicitud de revisión realizada por CERCASA, inició un primer requerimiento de información el día 7 de octubre de 2011 a CERCASA y a HEINEKEN y GSM el día 17 del mismo mes. Una vez analizada la información, se hizo un nuevo requerimiento de información a las tres cerveceras el día 3 de mayo de 2012, y posteriormente, el día 25 de enero de 2013, a CERCASA
6. El 6 de junio de 2013, la DI notificó a las partes interesadas en el expediente de referencia (CERCASA, HEINEKEN y GSM) una Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, al objeto de que todas ellas formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes. Únicamente ha presentado alegaciones CERCASA, mediante escrito que tuvo entrada el 3 de julio de 2013.
7. Con fecha 3 de septiembre de 2013 la DI, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), acordó elevar Informe Parcial de Vigilancia junto con los antecedentes. A juicio de la DI, es posible determinar que *“CERCASA, habría incumplido la Resolución de 12 de marzo de 2007 respecto a la cláusula contenida en los contratos de financiación de CERCASA con sus distribuidores que incluye la obligación de compra mínima en cantidad a pesar de su matización de un máximo del 80% de las necesidades de compra del suministrado.*

A pesar de los cambios observados en la cuota de mercado y la cuota vinculada de CERCASA en el mercado canario de comercialización de cerveza en el canal Horeca, no se considera que se haya producido un cambio sustancial de las condiciones de mercado que se tuvieron en cuenta en el momento de dictar la Resolución, y en todo caso las modificaciones producidas, concretamente las relativas a la cuota vinculada, tampoco tendrían un carácter permanente, ni se

considera que exista interés general para el cambio, por lo que en opinión de esta Dirección no procedería la revisión de la Resolución de 12 de marzo de 2007 solicitada, todo ello sin perjuicio de lo que el Tribunal Supremo decida”.

8. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC).
9. El Consejo en Sala de Competencia ha deliberado y fallado esta Resolución en su reunión del día 21 de noviembre de 2013.
10. Son interesados:
 - GRUPO MAHOU SAN MIGUEL
 - HEINEKEN ESPAÑA, S.A.
 - COMPAÑÍA CERVERA DE CANARIAS, S.A. (CERCASA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), la puesta en funcionamiento de la CNMC se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 41 de la LDC establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en*

aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”

A este respecto, el artículo 35 de la Ley 15/2007 reconoce entre las funciones de la Dirección de Investigación, "c) *Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones*", función ésta que a partir de la puesta en funcionamiento de la CNMC, el 7 de octubre de 2013, corresponde a la Dirección de Competencia, conforme a lo previsto en el art. 19, letra o) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC.

El artículo 71 del RDC, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007 precisa en su apartado 3 que "*El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación*".

Por último, el artículo 20.5 de la Ley 3/2013 establece que el Consejo es el órgano competente para "*Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones*" y según el artículo 14.1.a) del referido Real Decreto 657/2013 "*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*".

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución

El Consejo debe pronunciarse en este expediente de Vigilancia sobre dos cuestiones que, aunque pudieran considerarse distintas, están íntimamente relacionadas: a) por una parte, y una vez firme la Resolución del TDC de 12 de marzo de 2007, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2013, el Consejo debe analizar el cumplimiento por parte de CERCASA del Resuelve Segundo de la citada Resolución y, b) por otra parte, el Consejo debe dar respuesta a la solicitud de CERCASA de 6 de octubre de 2011, de revisión de la Resolución de 12 de marzo de 2007, al considerar CERCASA que se dan las circunstancias para declarar la extinción de las obligaciones impuestas a la misma por la precitada Resolución del TDC.

TERCERO.- Alegaciones respecto a la tramitación del procedimiento.

Antes de entrar en el análisis de la concurrencia de los requisitos precisos para la revisión de la repetida Resolución del TDC, procede examinar aquellas alegaciones planteadas por CERCASA que se refieren a aspectos relativos a la tramitación. En las alegaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia, de 3 de julio de 2013, CERCASA hace mención a dos aspectos de naturaleza procedimental.

Respecto de la solicitud de vista que CERCASA formula en sus alegaciones de 3 de julio de 2013, este Consejo no aprecia que sea preciso trámite formal de carácter contradictorio alguno. La correcta tramitación del procedimiento, que CERCASA no discute, y las oportunidades que el mismo proporciona para que CERCASA formule las alegaciones que estime oportunas en el trámite de audiencia, mediante la presentación de alegaciones y propuesta de pruebas, son garantía suficiente del derecho de defensa de la parte. En relación a las que CERCASA califica como “acusaciones vertidas contra ella” y la posibilidad de que CERCASA sea oída al respecto, este Consejo no considera que la resolución sobre la existencia o no de modificaciones sustanciales y permanentes de las circunstancias tenidas en cuenta por el TDC al dictar la Resolución de 12 de marzo de 2007 haga recomendable la celebración de una vista, sino que debe derivar de la adecuada valoración que se realice de los hechos relevantes que se consideren acreditados y de formulación de una correcta fundamentación jurídica previa a la correspondiente Resolución. Lo mismo cabe decir sobre el cumplimiento o no por parte de CERCASA del Resuelve Segundo de la citada Resolución.

En relación a la solicitada oportunidad para que CERCASA pueda “*responder a un pliego de cargos que identifique con precisión los motivos por los que CERCASA merece un trato diferente del resto de sus competidores*”, hay que recordar que este procedimiento se limita a determinar la procedencia o no de la revisión de la previa Resolución del TDC que CERCASA solicita, así como a valorar si se ha producido un incumplimiento de la misma, en cuyo caso sería en el contexto del correspondiente expediente sancionador que se incoaría a continuación cuando CERCASA tendría, en su caso, la oportunidad de formular todas las alegaciones que considere oportunas.

Y todo ello sin perjuicio de que, a la vista de las alegaciones de CERCASA, la Dirección de Competencia investigue el contenido de otros contratos por si los mismos pudieran conllevar conductas similares por parte de otros operadores.

CUARTO.- Sobre la solicitud de revisión de la Resolución de 12 de marzo de 2007

Procede, por tanto, analizar en primer término la posible revisión de la Resolución de 12 de marzo de 2007. CERCASA fundamenta su solicitud en la existencia de circunstancias, todas ellas posteriores a la Resolución del TDC, que permitirían considerar que no se encuentra obligada a cumplir el mandato de no incluir

obligaciones de compra mínima en sus contratos de suministro a partir, al menos, de la fecha en que ésta realizó su solicitud de revisión.

El artículo 53 LDC, en su apartado tercero, prevé que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá proceder, a propuesta de la Dirección de Investigación, que actuará de oficio o a instancia de parte, a la revisión de las condiciones y obligaciones impuestas en sus resoluciones cuando se acredite una modificación sustancial y permanente de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas”*.

El precepto transcrito establece el carácter excepcional de la revisión de las condiciones y obligaciones impuestas en las resoluciones del Consejo, al vincular tal revisión a la acreditación de una modificación, que adjetiviza como sustancial y permanente, de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas.

De acuerdo con la información que obra en el *“Informe Parcial de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de marzo de 2007 (Exp. S/0614/06 CERVEZAS CANARIAS 2)*, elaborado con datos aportados por las distintas partes y que la DI elevó al Consejo el 3 de septiembre de 2013, la situación de CERCASA ha variado tanto en lo que se refiere a la cuota de mercado, como a la cuota vinculada. En ambos supuestos se ha producido una evolución a la baja. No obstante, la pérdida de cuota de mercado de CERCASA, que se cuantifica entre un 5 y un 7%, y la evolución de la cuota de sus competidos, que han crecido alrededor de un 3% o se han mantenido estables o ligeramente al alza, no varía el dato de que la cuota de CERCASA se encuentra muy por encima del 30%, lo que conlleva la necesidad de analizar si el contenido de las cláusulas de sus contratos restringen la competencia, por constituir barreras de entrada a otras empresas que no gozan del mismo poder de mercado. Tal como señala la DI en su Informe parcial de vigilancia, la bajada de cuota de mercado de CERCASA no ha revertido en un aumento claro de la cuota de sus competidores directos, sino en la de nuevos competidores con productos de importación o de producción artesanal de las islas. Pese a la disminución de cuota de CERCASA en el mercado en los últimos años, por tanto, conserva una cuota superior al 50%, lo que supone una elevada cuota de mercado y la mantiene como líder en el mercado, teniendo además en cuenta la cuota de sus principales competidores, inferior en todos los casos al 20%.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de septiembre de 2013, en la que desestima el recurso interpuesto por CERCASA frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que ratifica la Resolución del TDC (salvo en el extremo relativo al importe de la multa, que reduce de 400.000 euros a 200.000 euros), señala que *“Por otra parte, la Sala juzgadora tiene en cuenta en reiteradas ocasiones las cifras relativas a la cuota de mercado [...], 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%.”

Respecto de la llamada cuota vinculada de CERCASA, esto es, la parte suministrada a través de minoristas vinculados mediante relación contractual referida al número de clientes, ésta ha evolucionado a la baja, pero tal tendencia puede invertirse, como demuestra de hecho un repunte en tal parámetro producido entre 2009 y 2011, por lo que no se trata de una modificación permanente, ni sustancial.

Otros aspectos a tener en cuenta a la hora de valorar la existencia de una modificación de las circunstancias contempladas en el momento en que se dictó la Resolución del TDC se refieren al mercado relevante o a la eventual producción de cambios normativos que justifiquen la necesidad de una revisión.

Este Consejo coincide con la conclusión incluida en el Informe Parcial de vigilancia de la DI en lo relativo a que el mercado relevante sigue siendo el canario. En particular, se indica en el Informe Parcial de Vigilancia que “[...] *la definición de mercado geográfico dada por el TDC en su resolución de 12 de marzo de 2007 ha de ser mantenida actualmente dado que no se han producido cambios geográficos (transporte) ni administrativos (fiscalidad) respecto de los que fueron tenidos en cuenta en los antecedentes que lleven a considerar el mercado como nacional tal y como pretende CERCASA que se defina y ello a pesar del aumento de las importaciones y la presencia de grupos cerveceros en las Islas. El mercado canario es un mercado insular alejado de la península en el que se dan unas condiciones de competencia homogéneas entre los agentes presentes en el mercado que hacen que se considere un mercado diferenciado del peninsular y así se ha tenido en cuenta en diversos antecedentes*”. CERCASA no consigue en sus alegaciones desvirtuar los distintos factores valorados por el Consejo en anteriores resoluciones para sostener la unidad geográfica de los mercados canario y peninsular. Tampoco se han producido cambios normativos, técnicos ni económicos que justifiquen la necesidad de una revisión.

Este Consejo, por tanto, considera que no existen elementos que permitan concluir que se haya producido una verdadera modificación sustancial de las circunstancias relevantes vinculadas a las condiciones de competencia que llevaron a adoptar la decisión del TDC de 12 de marzo de 2007 en sus justos términos. Las modificaciones de cuota de mercado y cuota vinculada alegadas por CERCASA, en la medida constatada por la DI en su Informe parcial de vigilancia, por su grado no sustancial y su carácter no permanente, no son aptas para modificar las conclusiones alcanzadas en la repetida Resolución.

QUINTO.- Sobre el cumplimiento de la Resolución del TDC de 12 de marzo de 2007.

Según lo ya señalado en el fundamento PRIMERO de esta resolución, compete a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolver sobre “*el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones*”, de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y 41 de la LDC, el artículo 71 del RDC y los artículos 5 y 20.5 de la Ley 3/2013.

La cláusula contractual objeto de la Resolución sancionadora de 12 de marzo de 2007, en lo que a este expediente directamente interesa, tenía el siguiente tenor literal: “*El suministrado conoce y acepta que la Cervecera selecciona a su suministrado siguiendo criterios objetivos de capacidad razonable de venta de Productos por parte del suministrado. Asimismo, el Suministrado conoce y acepta que dicha capacidad de venta ha de ser mínimamente sostenible. A tales efectos, el Suministrado se compromete a vender una cantidad de (...) hectolitros/cajas/barriles suministrada/as/os por la Cervecera, en un plazo no superior a (...) años y declara que dicha cantidad es razonable por carecer de dificultad alcanzar dicha cantidad en condiciones normales de mercado. En caso de que el Suministrado no cumpliera con lo dispuesto en esta cláusula, la Cervecera se reserva el derecho a dar por resuelto el presente contrato sin que por ello se deriven responsabilidades por ningún concepto para la Cervecera. (...)*”

De la información obrante en el expediente se desprende que CERCASA, tras la Resolución de 12 de marzo de 2007, ha venido firmando contratos de suministro de financiación con sus suministrados que incluyen la siguiente cláusula:

"(...) 1.3 El suministrado conoce y acepta que la Cervecera selecciona a su suministrado siguiendo criterios de capacidad razonable de venta de Productos por parte del suministrado. Asimismo, el Suministrado conoce y acepta que dicha capacidad de venta ha de ser mínimamente sostenible. A tales efectos, el Suministrado, se compromete a vender la cantidad de hectolitros de cerveza, que incluirían todas sus necesidades de cerveza de barril, suministrada por la cervecera, durante un plazo no superior a --- años [no más de 5 años]. El suministrado no vendrá obligado a adquirir más del 80% de sus compras totales de cerveza a la cervecera (...)"

Por tanto, si bien en los contratos actualmente vigentes remitidos por CERCASA se ha suprimido la cláusula 1.3, en la redacción declarada prohibida por el TDC y se ha sustituido por una nueva redacción, tales contratos, suscritos tras la Resolución sancionadora del TDC, mantienen la obligación para el suministrado de la adquisición

de una cantidad mínima de producto medida en términos absolutos, matizando tal obligación mediante la introducción del límite del 80% de las compras totales.

Tal como se reflejaba en la Resolución de 12 de marzo de 2007, el compromiso de suministro mínimo supone potencialmente una exclusiva de facto, al restringir la compra de otros suministradores, lo que se da en mayor grado cuanto más se acerque el volumen mínimo de ventas exigido al volumen de ventas del establecimiento.

Así, señala la Audiencia Nacional en su sentencia de 8 de octubre de 2010, "(...) *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 del cliente en cuestión, más se asemejará la cláusula de suministro mínimo, en sus efectos, a una cláusula de exclusividad (...)*" y, haciéndose eco de la Resolución del TDC, que "*basta fijar al alza la cifra mínima de compromiso de ventas, para que dicha cláusula de cifra mínima de ventas opere en detrimento del volumen de adquisición de otros operadores*".

Tales consideraciones de la Audiencia Nacional son ratificadas por la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2012. Así, en su FD 2º puede leerse: "*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.*"

Por otro lado, ese porcentaje del 80% fue precisamente el sugerido por CERCASA en el marco del procedimiento de terminación convencional iniciado el 24 de marzo de 2006 y cerrado el 28 de julio del mismo año por falta de acuerdo entre el SDC y CERCASA sobre las cláusulas del contrato. Entonces, 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 CERCASA podía reservarse en exclusiva no debía superar el 50% del total del consumo del establecimiento.

Resulta significativo que la Audiencia Nacional, en su sentencia de 8 de octubre de 2010, al analizar, como elemento clarificador de las características de las cláusulas de venta mínima, las diferentes posiciones de la empresa recurrente y del SDC en la fase de terminación convencional del expediente señale *“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.”*

En conclusión, este Consejo entiende que CERCASA habría incumplido la Resolución de 12 de marzo de 2007, en cuanto no ha suprimido efectivamente de sus contratos la obligación de compra mínima en volumen que fuera declarada prohibida por el TDC.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar el incumplimiento por CERCASA de la Resolución de 12 de marzo de 2007 en relación a la cláusula contenida en los contratos de financiación de CERCASA con sus distribuidores, que incluye la obligación de compra mínima en cantidad de un máximo del 80% de las necesidades de compra del suministrado.

SEGUNDO.- Declarar que no procede la revisión de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2007 solicitada, al no haberse producido un cambio sustancial ni permanente de las condiciones de mercado que se tuvieron en cuenta en el momento de dictar la Resolución que justifique tal cambio.

TERCERO.- Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación