

RESOLUCIÓN (Expte. S/0443/12, LA ZARAGOZANA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 28 de mayo del 2014

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la presente **RESOLUCIÓN** en el marco del Expediente S/0443/12 La Zaragoza, en virtud de la denuncia presentado por [APP] y de [JFG], en el que se formulaba denuncia contra LA ZARAGOZANA, S.A., y BEBINTER, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en el establecimiento por parte de las denunciadas de unas condiciones abusivas de venta de la cerveza "AMBAR" que fabrica LA ZARAGOZANA, S.A. y distribuye BEBINTER, S.A.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2012, se recibió en la Dirección de Investigación (actual Dirección de Competencia) escrito de [APP] y de [JFG], en el que se formulaba denuncia contra LA ZARAGOZANA, S.A., y BEBINTER, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en el establecimiento por parte de las denunciadas de unas condiciones abusivas de venta de la cerveza "AMBAR" que fabrica LA ZARAGOZANA, S.A. y distribuye BEBINTER, S.A.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de abril de 2013, la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, actual Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) la Propuesta de Archivo de las actuaciones llevadas a cabo en relación con la denuncia de [APP] y de [JFG], al entender que no había indicios de infracción de la LDC.

TERCERO.- Con fecha 18 de junio de 2013 el Consejo de la CNC, a la vista de la Propuesta de Archivo, acordó devolver a la Dirección de Investigación el presente expediente para que continuase la investigación del mismo en el sentido expresado en el Fundamento de Derecho Segundo de dicho Acuerdo, en el que el Consejo aprecia que *"en el caso presente nos encontramos con un fabricante y distribuidor de cervezas, La Zaragozana y su distribuidor Bebinter, con una escasa presencia nacional pero una más que significativa presencia local (40-50%) y regional (30-40%), y que en los contratos escritos aportados por la denunciante se aprecian varias cláusulas que podrían reforzar aún más la cláusula de no competencia ya observada por la DI, como es el caso de la exigencia de compromisos de cantidades mínimas de venta y la aceptación de ciertos créditos por parte del fabricante, condiciones que pueden provocar que la relación comercialmente entre ambos deba alargarse incluso más allá del periodo contractual inicialmente pactado para poder dar cumplimiento a dichos compromisos. De ser así se estaría imposibilitando que estos hosteleros pudieran contratar con terceros suministradores competidores de La Zaragozana, restringiendo pues las condiciones competitivas del mercado.*

Este potencial efecto será tanto más plausible cuantos más contratos de estas características existan entre La Zaragozana y su empresa distribuidora Bebinter y los establecimientos hosteleros en la región y en la ciudad de Zaragoza, o cuanto mayor sea su proporción entre el total de los establecimientos hosteleros de la región o de la ciudad. Sería por tanto necesario, antes de concluir sobre la capacidad efectiva que estas restricciones puedan tener, conocer con mayor precisión esta información. Otra variable que puede ser relevante a la hora de concluir sobre la efectividad de dichas restricciones sería poder conocer la evolución temporal de las cuotas de mercado de La Zaragozana y sus principales competidores en la región y la ciudad de Zaragoza, pues ciertamente dada la importancia de los competidores, una cierta erosión temporal de las cuotas de La Zaragozana podrían ser un indicio de la ausencia de los efectos restrictivos que se les presupone a dichas restricciones contractuales".

En el mencionado Fundamento, el Consejo de la CNC consideró que *"antes de emitir una valoración final sobre la propuesta de archivo que la DI le ha elevado en el marco de este expediente, sería necesario conocer la cuantía y el peso relativo de contratos como los de aquí analizados que mantiene La Zaragozana y Bebinter con los establecimientos de hostelería de la región de Aragón y de la ciudad de Zaragoza, así como cierta perspectiva temporal de las cuotas de mercado de La Zaragozana y sus competidores en los ámbitos geográficos ya expresados. Ello permitiría apreciar, dada la acreditada*

importancia de esta marca en la ciudad de Zaragoza y en Aragón, el potencial efecto de la conducta por un lado, y los indicios de efectos que la conducta podría haber desplegado, por otro".

CUARTO.- Con fecha 27 de junio de 2013, siguiendo lo dispuesto por el Consejo de la CNC, la Dirección de Investigación dirigió un nuevo requerimiento a LA ZARAGOZANA, S.A. y a BEBINTER, S.A. para que aportaran una relación de todos los establecimientos ubicados en la Comunidad Autónoma de Aragón, diferenciando los existentes en la ciudad de Zaragoza, que son clientes de LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. Además, para cada uno de los citados establecimientos debían indicar en qué forma se había formalizado la relación contractual y aportar información relacionada con los distintos tipos de contrato. Asimismo, debían aportar una estimación del número total de establecimientos de hostelería actualmente abiertos y situados en la Comunidad Autónoma de Aragón, diferenciando los existentes en la ciudad de Zaragoza. Y por último, debían indicar la cuota de LA ZARAGOZANA, S.A. y la de sus competidores en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca en la Comunidad Autónoma de Aragón, así como en la ciudad de Zaragoza durante los años 2008 a 2011, ambos inclusive.

Con fecha 16 de julio de 2013, LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. contestaron a dicho requerimiento de información

QUINTO.- Con fecha 18 de septiembre de 2013, la Dirección de Investigación denegó a [APP] y a [JFG] la condición de interesados en el presente expediente.

SEXTO.- 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. Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.

SÉPTIMO.- Con fecha 22 de noviembre de 2013 la Dirección de Competencia elevó nueva Propuesta de Archivo al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), junto con la denuncia y las actuaciones practicadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- En diciembre de 1986, LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A., por un lado, y [JFG], por otro, iniciaron una relación comercial basada en un contrato verbal, que el 6 de agosto de 2004 se materializó en un contrato escrito de suministro (folios 13 a 15 y 82 a 83). El 25 de marzo de 2009, dicho contrato fue modificado, añadiéndose una cláusula quinta bis, y modificándose el primer párrafo de la cláusula sexta y la cláusula séptima (folio 16). Dicha relación finalizó en diciembre de 2011, al dejar a [JFG] de comprar cerveza a LA ZARAGOZANA, S.A., dejándole a deber determinadas cantidades de dinero (folio 83).

SEGUNDO.- LA ZARAGOZANA, S.A. acudió a los tribunales para reclamar a [JFG] las cantidades adeudadas. En este caso, ambas partes llegaron a un acuerdo homologado por el Juzgado en fecha de 4 de diciembre de 2012, por el que [JFG] se comprometió a pagar las cantidades que debía en pagos mensuales y fraccionados (folio 83).

TERCERO.- Por otro lado, el 13 de septiembre de 2005, LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A., por un lado, y [APP], por otro, iniciaron una relación comercial firmándose a tal efecto el contrato de suministro que consta en el expediente (folios 9 a 11 y 82). El 16 de diciembre de 2005, dicho contrato fue modificado, añadiéndose un segundo párrafo a la cláusula primera, un tercer párrafo a la cláusula sexta y modificándose la cláusula octava del contrato (folio 12). Dicha relación terminó en octubre de 2006 al cerrar y trasladar [APP] su establecimiento, dejando a deber a LA ZARAGOZANA, S.A. una determinada cantidad de dinero (folio 82).

CUARTO.- LA ZARAGOZANA, S.A. reclamó dichas cantidades por vía judicial, siendo la demanda estimada mediante sentencia que ha sido confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (folio 82).

QUINTO.- Por lo que se refiere a los contratos de suministro firmados con los clientes (establecimientos de canal horeca), las denunciadas afirman que, con carácter general, negocian las relaciones contractuales (verbales o escritas) de forma individual con cada cliente. La mayoría de los contratos de suministro de LA ZARAGOZANA, S.A. con sus clientes se regulan mediante contratos verbales, y son negociados de forma individual, atendiendo a sus características y especificidades (folio 81). Por lo que se refiere a los contratos escritos, si bien algunas de las cláusulas son comunes a los mismos (como por ejemplo, encabezamiento, fuero, etc.), la parte fundamental de estos contratos es negociada de forma individual con los clientes, en función de sus características y necesidades (folio 82).

SEXTO.- Así, LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. mantienen que los contratos de suministro firmados con los denunciados son contratos cuyo contenido fue negociado con ellos cláusula por cláusula (folio 82), tal y como se aprecia respectivamente en la cláusula novena del contrato firmado con [JFG] (folio 15), y en la undécima del contrato firmado con [APP] (folio 11).

De acuerdo con las estimaciones aportadas por las denunciadas a requerimiento de la Dirección de Competencia, en la Comunidad Autónoma de Aragón hay [confidencial] establecimientos de hostelería, de los cuales la mitad [confidencial] están ubicados en la ciudad de Zaragoza (folio confidencial 160). Del listado aportado por las denunciadas (folios confidenciales 165 a 212), la Dirección de Competencia ha contabilizado aproximadamente unos [CONFIDENCIAL] establecimientos clientes de LA ZARAGOZANA, S.A. y de BEBINTER, S.A. que se encuentran en la Comunidad Autónoma de Aragón y en la ciudad de Zaragoza, incluyendo dentro del concepto de Zaragoza, aquellas localidades dependientes de esa ciudad y que no disponen de ayuntamiento propio (folio confidencial 212).

LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. manifiestan que, tal y como consta en el anexo 1 (folios confidenciales 165 a 212), relativo al listado de establecimientos de hostelería clientes de las denunciadas, puede apreciarse un mayor número de acuerdos verbales que de contratos escritos (folio 230). En concreto, sobre el mencionado total de establecimientos clientes de LA ZARAGOZANA, S.A. y de BEBINTER, la Dirección de Competencia ha computado unos [confidencial] establecimientos clientes con contratos verbales, esto es, el [60-70%].

SÉPTIMO.- Son partes en este Expediente Sancionador:

1º como denunciados: [APP] y [JFG].

2º como denunciados: LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A.

LA ZARAGOZANA, S.A. es una empresa cuya actividad se centra en la fabricación y venta de distintos tipos de cerveza, bajo distintas marcas y formatos, sin que fabrique otros productos distintos de la cerveza (folios 78 y 86).

Las cervezas que produce LA ZARAGOZANA, S.A. se comercializan en España. Además de en la Comunidad Autónoma de Aragón, se comercializan en las provincias de Álava, Alicante, Barcelona, Castellón, Cantabria, Gerona, Guadalajara, Guipúzcoa, Lérida, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, Tarragona, Valencia, Valladolid y Vizcaya (folio 78).

LA ZARAGOZANA, S.A. distribuye sus cervezas a través de distintos distribuidores que operan en diversas zonas (folios confidenciales 71 y 92), entre ellos BEBINTER, S.A., que es el único que opera en toda España (folio 93). BEBINTER, S.A. y LA ZARAGOZANA, S.A. pertenecen al mismo grupo empresarial, siendo la empresa cabecera del grupo AGORA, S.A. (folios 81 y 87 a 91).

OCTAVO.- De acuerdo con la propuesta de archivo elevada por la Dirección de

Competencia, el mercado afectado en el presente expediente es el mercado de aprovisionamiento de cerveza, analizado en diferentes ocasiones por la autoridades de competencia españolas y de la Unión Europea (UE).

Así, en varias resoluciones (Expedientes C/58/00 y C/103/07 MAHOU SAN MIGUEL/ALHAMBRA) el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en línea con otros precedentes del ámbito de la UE (M. 3372 CALSBERG/HOLSTEN; m. 3289 INTERBREW/SPATEN-FRANZISKANER; m. 3182 SCOTTISH & NEWCASTLE / HP BULMER, etc.), señaló que la cerveza constituye un mercado de producto propio, diferenciado tanto del de las otras bebidas alcohólicas como del de las no alcohólicas en razón de las especiales características de su sabor, su proceso de producción y sus hábitos de consumo. Igualmente señaló que, a pesar de las diferencias existentes entre las numerosas variedades de cerveza disponibles en el mercado, todas ellas constituyen un único mercado, dada la elevada sustituibilidad de oferta entre ellas, la presencia general de todos los competidores en cada una de las variantes y la compra de toda la gama por los distribuidores y minoristas.

Los mencionados precedentes nacionales y de la UE han considerado diferencias entre dos canales a través de los cuales se comercializa la cerveza y ésta llega a los consumidores finales: el canal de alimentación o venta a través de los circuitos habituales de distribución de productos de alimentación y el canal horeca o venta a través de bares, hoteles, restaurantes, cafeterías y otros establecimientos de consumo similares. Los fabricantes comercializan su producto a través de ambos canales, las plantas producen la cerveza indiferentemente para uno u otro canal y existe evidencia de que la producción se mueve entre ambos en respuesta a variaciones de la demanda.

Por todo ello, atendiendo a las notables diferencias existentes entre los canales de distribución según que el destino final del producto sea para consumo en algún establecimiento del canal horeca o en algún establecimiento de distribución de alimentación, se consideraron dos mercados relevantes: el canal horeca y el canal alimentación. Los elementos diferenciadores se deben principalmente al envasado del producto y servicios adicionales prestados en el canal horeca que suponen también un mayor precio del producto respecto al del canal alimentación.

Respecto al mercado geográfico relevante, en los mencionados precedentes nacionales y de la UE sobre concentraciones del sector, se ha concluido que el ámbito geográfico en los mercados de aprovisionamiento de cerveza, tanto en el canal horeca como en el canal alimentación, es el nacional con exclusión de Canarias, considerando además, que el hecho de que el mercado sea peninsular no excluye que puedan existir diferencias locales y que una determinada marca pueda tener una mayor presencia en una determinada zona (Expte. C/103/07 MAHOU SAN MIGUEL/ALHAMBRA).

La cuota de mercado de LA ZARAGOZANA, S.A. en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca para toda España es de [0-5%] (folio confidencial 70), manifestando LA ZARAGOZANA, S.A. que esa cuota ha disminuido en 2012 (folio confidencial 71). La tabla 1 muestra la cuota de LA

ZARAGOZANA S.A. en el citado mercado nacional, desglosando, igualmente, la cuota que LA ZARAGOZANA tiene a nivel regional en las Comunidades Autónomas en las que opera, y en la Ciudad de Zaragoza. La DC considera que la cuota de mercado aportada por LA ZARAGOZANA, S.A. para España es equivalente a su cuota de mercado para la Península puesto que LA ZARAGOZANA, S.A. no comercializa cervezas en las Islas Baleares ni en las Islas Canarias.

Tabla 1. Cuotas de mercado de LA ZARAGOZANA S.A. Mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca. En %. Por CCAA. Año 2012.	
Ámbito geográfico	Cuota de mercado (%)
<i>España</i>	<i>[0-5%]</i>
<i>Aragón</i>	<i>[30-40%]</i>
<i>Cantabria</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>Castilla-León</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>Castilla- La Mancha</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>Cataluña</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>Comunidad Valenciana</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>La Rioja</i>	<i>[10-20%]</i>
<i>Madrid</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>Navarra</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>País Vasco</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>Región de Murcia</i>	<i>[0-10%]</i>
<i>Zaragoza (ciudad)</i>	<i>[40-50%]</i>

Fuente: folio 70 confidencial.

Las denunciadas han aportado igualmente, tal y como se refleja en la tabla 2, sus mejores estimaciones sobre las cuotas de LA ZARAGOZANA, S.A. en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca teniendo en cuenta las zonas geográficas Nielsen. La cuota más alta de LA ZARAGOZANA, S.A. se observa en la zona 1, que comprende Baleares, Barcelona, Gerona, Huesca, Lérida, Tarragona y Zaragoza (folio 79), siendo, en todo caso, inferior al 10%.

Tabla 2. Cuotas de mercado de LA ZARAGOZANA S.A. Mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca. En %. Por Zonas Nielsen. Año 2012	
	Cuota de mercado
Zona 1 (Huesca, Lérida, Gerona, Zaragoza, Tarragona, Baleares, Barcelona).	<i>[0-10%]</i>
Zona 2 (Castellón, Valencia, Alicante, Albacete y Murcia).	<i>[0-10%]</i>
Zona 3 (Badajoz, Córdoba, Jaén, Almería, Granada, Málaga, Cádiz, Sevilla, Huelva, Ceuta y Melilla).	<i>[0-10%]</i>
Zona 4 (Zamora, Valladolid, Segovia, Soria, Guadalajara, Teruel, Cuenca, Ciudad Real, Toledo, Cáceres, Salamanca, Ávila y Madrid).	<i>[0-10%]</i>
Zona 5 (La Coruña, Lugo, Oviedo, León, Orense y Pontevedra).	<i>[0-10%]</i>
Zona 6 (Cantabria, Vizcaya, Guipúzcoa, Álava, Navarra, La Rioja, Burgos y Palencia).	<i>[0-10%]</i>

Zona 7 (Canarias).	[0-10%]
---------------------------	---------

Fuente: folio 69 confidencial.

En relación con los competidores existentes en el mercado, LA ZARAGOZANA, S.A. destaca que en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca compiten con ella tres grandes operadores del sector en España: el Grupo Heinken, el Grupo Mahou San Miguel y el Grupo Damm (folio 80). LA ZARAGOZANA, S.A. manifiesta que sus competidores cuentan con un potencial financiero y económico, así como con un poder de negociación superiores a los de LA ZARAGOZANA, S.A., además de disponer de un importante reconocimiento de sus marcas (folio 81).

Las cuotas de mercado de estos tres grupos en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca en España, son en comparación con la cuota de mercado de LA ZARAGOZANA, S.A., más elevadas que las de ésta (folio confidencial 70), tal y como se muestra en la tabla 3.

Tabla 3. Cuotas de mercado de empresas competidoras. Mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca. En España y en Zaragoza. En %. Año 2012.		
Empresa	Cuota España	Cuota Zaragoza capital
Grupo MAHOU- SAN MIGUEL	[30-40%]	[10-20%]
Grupo HEINEKEN	[20-30%]	[10-20%]
Grupo DAMM	[20-30%]	[10-20%]
OTROS	[0-10%]	[0-10%]

Fuente: folio 70 confidencial.

Siguiendo las indicaciones expresadas por el Consejo de la extinta CNC en su Acuerdo de 18 de junio de 2013, la Dirección de Competencia solicitó a LA ZARAGOZANA, S.A. y a BEBINTER, S.A. una estimación del número total de establecimientos de hostelería actualmente abiertos y situados en la Comunidad Autónoma de Aragón, diferenciando los existentes en la ciudad de Zaragoza. La tabla 4 muestra las cuotas de mercado en términos de valor (euros) de LA ZARAGOZANA, S.A. y de sus competidores en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca en la Comunidad Autónoma de Aragón y en la ciudad de Zaragoza, según sus mejores estimaciones, al carecer de datos oficiales (folios confidenciales 70, 161 a 162) para los años 2008 a 2012, ambos incluidos.

Tabla 4 confidencial. Cuotas (%) de LA ZARAGOZANA, S.A. y principales competidores en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca						
		2008	2009	2010	2011	2012
LA ZARAGOZANA, S.A.	C.A. Aragón	[40-50%]	[40-50%]	[40-50%]	[30-40%]	[30-40%]
	Zaragoza	[40-50%]	[40-50%]	[40-50%]	[40-50%]	[40-50%]

	ciudad					
Grupo MAHOU- SAN MIGUEL	C.A. Aragón	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]
	Zaragoza ciudad	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
Grupo HEINEKEN	C.A. Aragón	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
	Zaragoza ciudad	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
Grupo DAMM	C.A. Aragón	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
	Zaragoza ciudad	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
OTROS	C.A. Aragón	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
	Zaragoza ciudad	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]

Fuente: elaboración propia de la Dirección de Competencia a partir de los folios confidenciales 70 y 161 a 162.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, 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 [...]”*.

De acuerdo con los artículos 5.1.c) y 20.2 de la Ley 3/2013 al Consejo de la CNMC le corresponde la función de resolver los procedimientos sancionadores previstos en la LDC y, de acuerdo con el artículo 14 letra b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC *“La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.”*

El artículo 49.3 de la LDC dispone que, *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando*

considere que no hay indicios de infracción de la Ley”.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) estipula que, *“Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo.”*

SEGUNDO.- Valoración del Consejo.

El Consejo de la CNMC debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DC, resolver archivar las actuaciones realizadas hasta el momento sobre los hechos denunciados.

Tras solicitar la información requerida por el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 18 de junio de 2013, la Dirección de Competencia reitera su propuesta inicial de archivo de 22 de abril de 2013, por considerar que no existen indicios de infracción de la LDC en la actuación de LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. con respecto a sus clientes en el canal horeca.

Resulta por tanto necesario proceder a valorar la existencia o ausencia de indicios de infracción en los contratos de suministro denunciados a la luz de los artículos 1 y 2 de la LDC, en la medida en que los mismos contienen cláusulas comunes de aplicación general a los clientes de LA ZARAGOZANA, S.A.

El artículo 1 de la LDC prohíbe *“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 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 su parte el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, establece en su artículo 5.1 que *“La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a las siguientes obligaciones contenidas en acuerdos verticales: a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años (...)”.* El Reglamento comunitario define cláusula de no competencia como *“cualquier obligación, directa o indirecta, que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del*

80% del total de sus compras de bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia”.

En términos similares, se pronuncia el artículo 2.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, , al excluir estas conductas del concepto de menor importancia y exigir por tanto en todo caso, y con independencia de las cuotas de las empresas, la valoración de las mismas y de sus efectos a la luz del artículo 1 LDC ya que en principio restringen la competencia.

Como señala la DC en su Informe Propuesta, los posibles riesgos para la competencia derivados de cláusulas de no competencia o de exclusivas de larga duración como las analizadas residen, principalmente, en el levantamiento de barreras a la entrada o de exclusión de proveedores competidores y potenciales, debilitando la competencia intermarca. Por ello, la evaluación de tales riesgos obliga a considerar, entre otros factores, la posición en el mercado tanto del proveedor como de sus competidores reales o potenciales. Y cualquier cambio en las condiciones de mercado puede suponer la necesidad de una nueva valoración de sus efectos.

En el presente caso, al abordar esta valoración en el ámbito del mercado relevante nacional peninsular, teniendo en cuenta las características del mercado afectado y la posición que ocupan en el mismo la ZARAGOZANA, S.A. y sus competidores, (párrafos 22 a 26 de la propuesta de archivo), es improbable que la cláusula de no competencia impuesta por las denunciadas pueda debilitar la competencia intermarca. Efectivamente, la cuota de mercado de LA ZARAGOZANA, S.A. en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca es claramente inferior al 5%, siendo sus principales competidores tres operadores con fuerte implantación nacional y cuotas, del 20 al 40% en función del operador, muy superiores al [0-5%] de LA ZARAGOZANA, S.A., en el mercado peninsular.

Por otro lado, como consecuencia del análisis realizado en respuesta a las solicitudes de la extinta CNC en el ámbito regional, LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. han manifestado que, tal y como consta en el anexo 1 (folios confidenciales 165 a 212), relativo al listado de establecimientos de hostelería clientes de las denunciadas en la Comunidad de Aragón, puede apreciarse un mayor número de acuerdos verbales que de contratos escritos (folio 230). En concreto, respecto al número total de establecimientos clientes de LA ZARAGOZANA, S.A. y de BEBINTER en Aragón [confidencial], un poco más del [confidencial] de establecimientos totales del canal horeca en Aragón), la Dirección de Competencia ha computado unos [confidencial] establecimientos clientes con contratos verbales, esto es, el [confidencial] y, por lo tanto, atacables.

Según LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A., estos acuerdos verbales son muy simples, puesto que LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A., por un lado, y

los respectivos establecimientos de hostelería, por otro, solamente pactan el precio de los productos y la forma de pago de las facturas. Asimismo, las denunciadas han señalado que los acuerdos verbales (folio 231):

- a. No establecen condiciones de compra o venta de cantidades mínimas de litros de cerveza de barril y/o de los distintos tipos de botellines disponibles.
- b. No establecen ningún tipo de compromiso de suministro y adquisición de mercancías.
- c. Contemplan el precio a pagar por los establecimientos comerciales por los productos suministrados por LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. En relación al punto verde, éste se incorpora de forma separada por producto en la base imponible de cada factura.
- d. No contemplan ningún tipo de compromiso de exclusividad del establecimiento a cambio del pago de una contraprestación económica por parte de LA ZARAGOZANA, S.A. y de BEBINTER, S.A.
- e. No contemplan la concesión a favor del establecimiento de hostelería de ningún tipo de préstamo mercantil, ni por lo tanto, las consecuencias de su devolución.
- f. No establecen ningún tipo de duración, que se mantiene mientras el cliente continúa comprando productos a las partes y finaliza cuando el cliente deja de comprar los productos fabricados por LA ZARAGOZANA, S.A.

Adicionalmente, LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. afirman que suscriben contratos escritos en los casos en los que un establecimiento de hostelería les solicita algún tipo de apoyo financiero, reflejando este aspecto en dicho contrato (folio 231).

A estos efectos, las denunciadas han aportado copia de los cuatro modelos de contrato que emplean. Todos ellos incluyen un mismo encabezado que introduce las partes del mismo, así como distintas cláusulas, negociadas una por una entre las partes del contrato y relativas a las condiciones de suministro de mercancías y al pago de las facturas, sin que existan grandes diferencias de un contrato a otro. De los cuatro modelos, tres de ellos contienen además una cláusula específica relativa al citado apoyo financiero otorgado por LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. al suministrado, debido a las relaciones comerciales existentes entre esas partes del contrato o como contraprestación del compromiso de exclusividad acordado en el mismo contrato (folios confidenciales 213 a 227).

Estos contratos escritos afectarían a alrededor del [confidencial] de los clientes de LA ZARAGOZANA y BEBINTER en Aragón, lo que supone alrededor de un [confidencial] del total de establecimientos en Aragón. Por todo ello, la cláusula de no competencia o de suministro exclusivo analizada en los contratos firmados por las denunciadas no sería apta para afectar de manera significativa a la competencia, no existiendo evidencia, por otro lado, en el presente expediente de la existencia de efectos de redes paralelas en el ámbito regional o inferior al regional, ni tampoco de un incremento de las cuotas de las empresas denunciadas sino, por el contrario, un ligero descenso de las mismas.

El artículo 2 de la LDC prohíbe por su parte "la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional". La infracción de este precepto requiere dos requisitos acumulativos: que exista posición de dominio en el mercado definido como relevante y que se abuse de esa posición.

De acuerdo con la información aportada por LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A., su cuota en términos de facturación en el mercado de distribución de cerveza en el canal horeca es significativa en la ciudad de Zaragoza [40-50%] y en la Comunidad Autónoma de Aragón [30-40%], si bien su presencia a nivel nacional es escasa [0-5%], no planteándose problemas en el mercado peninsular.

En un ámbito territorial más estrecho, LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A. tienen como clientes a la mitad de los establecimientos de hostelería de la Comunidad Autónoma de Aragón. No obstante, como se ha indicado, en el marco de sus relaciones comerciales, prevalecen los acuerdos verbales [confidencial], que no incorporan, según las denunciadas, las condiciones controvertidas. Los restantes clientes, [confidencial], sólo algunos incluyen tales cláusulas. En consecuencia, la Dirección de Competencia considera que difícilmente podría producirse un cierre de mercado que perjudique a la competencia, pues existen suficientes establecimientos de hostelería en la Comunidad Autónoma de Aragón, más del 80%, que no están afectados por este tipo de contratos de LA ZARAGOZANA y, en principio, no están obligados a suministrarse por este operador.

Además, las cuotas de las denunciadas en el mercado de aprovisionamiento de cerveza en el canal horeca en Zaragoza y Aragón han descendido ligeramente en favor de sus competidores. De ahí que no se pueda concluir que las cláusulas en cuestión hayan tenido efectos restrictivos, permitiendo a las denunciadas aumentar su cuota. Como expresó el Consejo de la extinta CNC en su Acuerdo de 18 de junio de 2013, *"una cierta erosión temporal de las cuotas de La Zaragozana podrían ser un indicio de la ausencia de los efectos restrictivos que se les presupone a dichas restricciones contractuales"*.

A ello se añaden dos factores que condicionan la actuación de las denunciadas y justifican, en su opinión, el descenso de su cuota. Por un lado, la agresiva política comercial de sus competidores, política que según las denunciadas, LA ZARAGOZANA, S.A. no tiene capacidad para aplicar. Por otro lado, debido a la situación económica actual, las marcas del distribuidor o marcas blancas, que han incrementado su presencia en el canal horeca, suponen una fuerza competitiva importante para los grupos cerveceros en ese canal.

En virtud de los preceptos citados, cabría concluir que, bajo las condiciones económicas actuales de los mercados y territorios considerados, no se han

acreditado suficientemente efectos significativos de restricción de la competencia derivados de las cláusulas de los contratos suscritos por LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A., por un lado, y los establecimientos de hostelería, por otro.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la Sesión Plenaria del día 14 de mayo del 2014

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar la no incoación de expediente sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas contra LA ZARAGOZANA, S.A. y BEBINTER, S.A., como consecuencia de las denuncias presentadas por [APP] y [JFG], dado que no se han acreditado suficientemente efectos significativos de restricción de la competencia de las conductas denunciadas en contra de lo prevenido y dispuesto en los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese fehacientemente a todas las partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de la notificación de esta Resolución, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.