

RESOLUCIÓN (Expte. 577/04, Cervezas Canarias)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 6 de abril de 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la presente Resolución en el expediente 577/04 (2.292/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de Cervezas Anaga S.A. contra la Compañía Cervecera de Canarias S.A. (en adelante, CERCASA), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en abuso de posición de dominio en el mercado canario de la cerveza mediante distintas prácticas contractuales con los expendedores que tenían la finalidad de evitar la entrada en el mercado de otras marcas de fabricación local.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de junio de 2001 tuvo entrada en el Servicio denuncia formulada por D. Roberto Ucelay Sabina, en nombre y representación de Cervezas Anaga S.A., contra CERCASA (folios 1 a 8 siempre del expediente del Servicio), por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en abuso de posición de dominio en el mercado canario de la cerveza, mediante la suscripción de contratos con cláusulas de exclusiva de suministro y publicidad y el abono a los expendedores de determinadas cantidades como anticipo, a menudo desproporcionadas a su cifra de facturación, a fondo perdido y por diferentes conceptos, todo ello con la finalidad de evitar la entrada en el mercado de otras marcas de cerveza de fabricación local.

Según la denuncia, los acuerdos de distribución exclusiva de cerveza elaborados unilateralmente por CERCASA, con el pretexto de prestar apoyo económico y comercial a los titulares de los establecimientos, y prevaliéndose de la clara y manifiesta situación de dominio que ostenta en el mercado, impiden el libre acceso de la competencia al mismo, hasta el punto de conseguir que clientes de Cervezas Anaga, dejen de serlo por las presiones legales y económicas ejercidas por CERCASA.

2. Tras llevar a cabo el Servicio una información reservada, el Secretario General de Defensa de la Competencia acordó el 30 de enero de 2002 la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador a CERCASA por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 6 LDC.
3. Por Providencia del Director General de Defensa de la Competencia, de fecha 18 de diciembre de 2002, se acordó iniciar el procedimiento de terminación convencional y suspender el plazo de instrucción del expediente (folios 461 al 466). En la citada Providencia el Servicio sugería las cláusulas del contrato de distribución de CERCASA que, en principio, podrían ser modificadas en beneficio de un mejor funcionamiento del mercado de distribución de cerveza en Canarias.
4. Mediante sendos escritos de fechas 22 de enero y 25 de febrero de 2003 (folios 511 al 527 y 529 al 537), CERCASA remite el proyecto de determinadas cláusulas de los contratos de suministro modificando el contenido de las mismas en sus aspectos más sensibles y susceptibles de infringir la libre competencia.
5. Con fecha 4 de marzo de 2003, el Servicio comunica a Cervezas Anaga la propuesta de CERCASA de modificación contractual con el fin de que envíe los comentarios que considere oportunos (folios 541 al 543).
6. Los hechos que se consideraron constitutivos de infracción se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos, formalizado el 2 de abril de 2003 (folios 611 al 618), en el que se señala que CERCASA ostenta un 70% del mercado canario de la cerveza, incluyendo la importada, y un 90% correspondiente a la de barril.

Para el Servicio, los nuevos contratos suscritos por CERCASA, vigentes desde septiembre de 2001, en los que se establecen cláusulas de exclusiva de publicidad, concesiones de ventajas económicas y establecimiento de volumen mínimo de compras, podrían constituir un abuso de la posición de dominio que dice ostenta, al limitar la

competencia y suponer un obstáculo a la entrada en el mercado de otras empresas. En consecuencia, dichas prácticas podrían ser consideradas como abusivas e infringirían el artículo 6 de la LDC, siendo responsable CERCASA.

No obstante, el Servicio entiende que los mencionados contratos podrían ser objeto de la correspondiente autorización singular, caso de que ésta sea previamente solicitada y realizadas las modificaciones oportunas en las cláusulas correspondientes.

7. Por Providencia de 5 de mayo de 2003, a la vista de la discrepancia de Cervezas Anaga respecto de las nuevas cláusulas del contrato, el Servicio procede a levantar la suspensión del procedimiento de terminación convencional (folio 608) y continuar la instrucción del expediente sancionador.
8. Con fecha 22 de mayo de 2003, CERCASA presentó ante el Tribunal recurso contra la Providencia del Servicio de 5 de mayo de 2003 por la que se levantaba la suspensión decretada el 18 de diciembre de 2002, por la iniciación del procedimiento de terminación convencional, al dar éste por cerrado (folios 640 al 648).
9. El Tribunal emitió Resolución, con fecha 10 de marzo de 2004, desestimando por causa de inadmisión el recurso presentado por CERCASA (folios 659 al 663).
10. Con la misma fecha de entrada en el Servicio que el escrito de alegaciones, 25 de marzo de 2004, y tal como en el mismo se menciona, CERCASA presentó solicitud de autorización singular para el contrato tipo de suministro de cerveza en el canal de hostelería y restauración (HORECA), el cual se tramitó con el número de expediente 2516/04.

Una vez finalizado el procedimiento de la autorización dentro del plazo previsto, el Servicio remitiría al Tribunal el correspondiente Informe de Calificación sobre la ya mencionada solicitud de autorización.

11. El Servicio concluye su Informe el 7 de abril de 2004 con la siguiente propuesta:

“Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, consistente en abuso de posición de dominio en el

mercado canario de la cerveza, mediante la suscripción de contratos con cláusulas de exclusiva de suministro y/o publicidad y la entrega a los expendedores de determinadas cantidades de dinero a fondo perdido, cláusulas que podrían obstaculizar la entrada en el mercado de otras marcas de cerveza de fabricación local.

Segundo.- Se intime a la sociedad imputada para que modifique sus contratos de distribución, con el fin de eliminar cualquier impedimento a la competencia en el mercado, teniendo para ello en cuenta las conclusiones que se deriven del expediente de autorización singular n.º 2516/04.

Tercero.- Se ordene a la imputada a que difunda el texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.

Cuarto.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia.

No obstante, ese Tribunal resolverá.”

12. El 14 de abril de 2004 tuvo entrada en el Tribunal el expediente y, mediante Providencia de 23 de abril de 2004, el Tribunal lo admitió a trámite y acordó su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que a su derecho convinieran.
13. Con fecha 19 de mayo de 2004 compareció CERCASA solicitando ampliación de dicho plazo con objeto de poder traducir ciertos documentos y, concretamente, el Informe-Propuesta del Servicio.
14. Mediante escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 21 de mayo de 2004, comparecieron los letrados D. Francisco Cantos Baquedano y D^a Salomé Santos Lorenzo, en nombre y representación del Grupo Mahou-San Miguel (en adelante, GSM), adjuntando los poderes correspondientes y manifestando, entre otras cosas, que el 5 de mayo de 2004 adquirió el 90% del capital de Cervezas Anaga S.A. en los términos y condiciones contenidos en la escritura de compraventa de acciones que acompaña como Anexo n.º 2 del mencionado escrito, habiéndose subrogado GSM en la posición de Cervezas Anaga en todos los pleitos y, en particular, en el presente expediente sancionador. Asimismo, solicita que se declare la confidencialidad del citado Anexo n.º 2 por contener secretos de negocio y, por último, que se archive el presente expediente sancionador, al no tener interés en

que se sancione a CERCASA y considerar suficiente para ver garantizados sus derechos el haberse personado en el antes citado procedimiento de autorización singular.

15. En el trámite de proposición de prueba, en plazo hábil y tras concederse su ampliación, por Providencia de 20 de mayo, únicamente ha comparecido CERCASA, con fecha 28 de mayo de 2004, que manifestó que se tenga por evacuado este trámite pero que, subsidiariamente, si el Tribunal continúa el procedimiento, que se celebre Vista oral y *“que se tenga por designada como prueba documental en este procedimiento, la solicitud de autorización y anexos presentada por Cercasa el 25 de abril de 2004 (y su versión no confidencial presentada el 16 de abril de 2004) en el marco del procedimiento de autorización singular 2.561/04 y aquellos otros que formen o puedan formar parte de ese procedimiento”*.
16. El 22 de junio de 2004 se recibió en el Tribunal el escrito del Servicio del día anterior por el que comunica haber acordado el archivo del expediente de autorización singular presentado por CERCASA, por el desistimiento de la misma, expediente en el que también había sido declarado interesado GMSM.
17. Por otra parte, el 27 de julio de 2004 tuvo entrada en el Tribunal escrito de CERCASA por el que, entre otras cosas, comunica que, mediante escrito de 10 de junio de 2004, presentó en el Servicio el desistimiento de la solicitud de autorización singular por ella formulada, suplicando en aquel escrito que el Tribunal proceda a dictar Resolución declarando que no resultan acreditadas prácticas contrarias a la LDC. Asimismo, solicita que, en virtud del art. 53 LDC, se dispense tratamiento confidencial a dicho escrito y a los documentos que acompaña como Anexos 3 y 5, correspondientes a la evolución de las cuotas de mercado de CERCASA y a un Informe de la consultora NERA, respectivamente, adjuntando una versión no confidencial.
18. Por Auto de 2 de noviembre de 2004, el Tribunal acordó seguir la tramitación del presente expediente sancionador, inadmitiendo la prueba documental solicitada por CERCASA, declarando que no era necesaria la celebración de Vista oral, sino el trámite de formulación de conclusiones por escrito, y ordenando la devolución a los interesados de los documentos para los que solicitó la declaración de confidencialidad.
19. El 19 de noviembre de dicho año compareció CERCASA solicitando que el Tribunal dejara sin efecto el Auto antes citado y emplazara a las

partes para que valoraran las diligencias de prueba y mediante otrosí que, si tal petición no fuese atendida, se ampliara el plazo concedido para formular conclusiones ante el cambio que ha supuesto en la normativa el Reglamento 2790/99 y las últimas decisiones referidas tanto a los compromisos de la mercantil Coca-Cola como al sector de la cerveza en la Unión Europea.

20. Con fecha 25 de noviembre de 2004 presentó escrito de conclusiones al Tribunal GSM en el que, después de realizar una descripción cronológica de los hechos de este expediente y de su posicionamiento frente a los mismos, alega que GSM no ha tenido nunca ni tiene ahora interés en que se sancione a CERCASA pues únicamente le interesa su conducta desde que ha entrado en el mercado canario pero, al haber retirado CERCASA su solicitud de autorización singular, debe pedir al Tribunal que se pronuncie en este expediente sobre la adecuación de los contratos de CERCASA con el Derecho de la competencia, permaneciendo el interés público en que continúe el presente expediente. Lo contrario sería injusto pues GSM tiene ajustados a la legalidad todos sus contratos de distribución, mientras que afirma que una serie de cláusulas de dos contratos-tipo de CERCASA no se ajustan a la normativa de competencia y, lo que es más extraño, se desvían considerablemente de lo sugerido por el Servicio e, incluso, de una primera propuesta que CERCASA había presentado ante el mismo para la terminación convencional del expediente sancionador que, finalmente, quedó frustrada.

En definitiva y en sus propios términos, GSM solicita que el Tribunal dicte Resolución en la que:

1. *Se declare que los actuales contratos-tipo firmados y utilizados en la actualidad por CERCASA, son contrarios a las normas de defensa de la competencia, al incluir cláusulas que no están amparadas por el Reglamento 2790/1999 y producir un considerable efecto de cierre de mercado.*
2. *Se intime a CERCASA para que modifique sus contratos al objeto de que se ajusten a las normas de defensa de la competencia, en los siguientes términos:*
 - 1.1. *Cláusulas relativas al contrato-tipo I de bonificación anticipada*
 - (a) *Cláusula de suministro mínimo (cláusula 1.3)*

(i) que se establezca un compromiso de compra de una cantidad fijada en términos absolutos de cerveza de barril, pero permitiendo al suministrado que compre a otros competidores hasta el 50% de sus necesidades totales de cerveza. El porcentaje debiera calcularse, además, sobre una base cierta, que debiera ser el volumen de facturación de dicho cliente durante el ejercicio financiero anterior.

(ii) que en todo caso, los contratos de este tipo no vinculen a más de un 9% del mercado canario de cerveza medido en términos de volumen.

(b) Cláusula de garantía (cláusula 7.3):

Que se establezca claramente que el aval se establece como garantía únicamente de la devolución del anticipo en su parte proporcional en caso de rescisión anticipada del contrato.

1.2. Cláusulas del contrato-tipo II de bonificación no anticipada.

(a) Pagos condicionados a la consecución de objetivos de volumen (Cláusula 5.1).

Que el pago de las cantidades se condicione a la consecución de un objetivo de ventas anuales fijado en términos porcentuales sobre el volumen de compras totales de cada cliente, calculado sobre una base cierta, que debiera ser el volumen de facturación de dicho cliente durante el ejercicio financiero anterior.

21. Mediante Providencia de 26 de noviembre de 2004, el Tribunal acordó no acceder a la petición de CERCASA de declarar la nulidad del citado Auto del día 2 del mismo mes y año para otorgar el trámite de valoración de prueba, porque no se había admitido ninguna que pudiera ser objeto de tal valoración, y conceder la prórroga solicitada para cumplimentar el trámite de conclusiones.

22. El 7 de diciembre de 2004 CERCASA presentó en el Tribunal su escrito de conclusiones en el que comenzó resumiendo la equívoca instrucción realizada por el Servicio, que no hizo el mínimo análisis de su posición

en el mercado, del descenso sensible de sus contratos ni de la importante caída de su cuota en el mismo, especialmente en el segmento de la cerveza de barril del canal HORECA en los últimos diez años -entre 30 y 40 puntos menos respecto de la cuota del 90% asumida por el Servicio- por lo que no tiene dominio del mercado; todo lo cual entiende que evidencia las serias dudas sobre la reprochabilidad de las prácticas examinadas, que supone tener que soportar una situación de clara inseguridad jurídica con afectación de su actuación comercial. En resumen, CERCASA suplica que el Tribunal dicte Resolución declarando que no se ha acreditado la realización de práctica alguna contraria a la LDC por las siguientes razones:

1. *En el presente expediente no ha quedado acreditada ninguna infracción de la normativa concurrencial de conformidad con lo expresado por el Servicio en su Pliego de Concreción de Hechos y en su Informe Propuesta al Tribunal, en los que lejos de sostener que se habían acreditado conductas restrictivas, se limitó a indicar que éstas podrían haberse cometido.*
2. *En ausencia de prueba, la mera sospecha no puede sostener la existencia de infracción alguna en Derecho sancionador español y, por lo tanto, debe excluirse la aplicación de cualquier sanción so pena de socavar los más elementales derechos de defensa y el derecho constitucional de presunción de inocencia.*
3. *Sin perjuicio de lo anterior, durante la fase ante el Tribunal Cercasa además ha demostrado:*
 - a. *que no ostenta posición de dominio en el mercado de cerveza para el canal horeca. Los datos de la realidad muestran que Cercasa está sometida a fuertes presiones competitivas cuyos efectos se aprecian en la importante y progresiva pérdida de cuota de mercado producida en los últimos años; en estas circunstancias se comprueba que difícilmente puede Cercasa tener capacidad para incrementar los precios de sus productos de forma independiente de sus clientes o competidores;*
 - b. *que, en cualquier caso, el establecimiento de este tipo de contratos de compra mínima es un instrumento normal de competencia en el mercado*

pero sobre todo que este instrumento no ha sido utilizado por Cercasa de forma desproporcionada o anormal, ni que se hayan producido efectos apreciables en el mercado; y

c. que los contratos de suministro de cantidades mínimas de compra que Cercasa mantiene con menos del 10% del mercado (en cualquiera de las unidades de medida que pueda considerarse), no constituyen una conducta contraria al artículo 1 de la LDC, porque en modo alguno producen efectos de cierre relevantes, de conformidad con las Directrices relativas a Restricciones Verticales, tal y como han sido aplicadas hasta la fecha por diversas autoridades de competencia (precedentes Heineken e Interbrew).

4. En consecuencia, no siendo estos contratos contrarios al artículo 1 LDC, las prácticas objeto del expediente no podrían en ningún caso ser calificadas tampoco de abusivas, sin perjuicio de que Cercasa, como también ha acreditado, no ostenta posición de dominio en el mercado horeca.

23. El Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión plenaria de 31 de marzo de 2005.

24. Son interesados:

- Compañía Cervecera de Canarias S.A.
- Grupo Mahou-San Miguel

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. CERCASA ha mantenido contratos de exclusividad de suministro de cerveza con los expendedores hasta el año 2001. Coincidiendo con la fecha, septiembre de 2001, de la primera solicitud de información reservada enviada por el Servicio, CERCASA comienza a sustituir los antiguos contratos de suministro por otro tipo adaptado, en su opinión, a la normativa comunitaria en el que se introducen algunas modificaciones.

En resumen, CERCASA ha trabajado con sus clientes durante los últimos años con dos tipos de contrato de suministro de cerveza, a saber:

- a) aquéllos que se firmaron hasta el año 2000 inclusive;
- b) los que se empezaron a firmar en el año 2001 y que fueron sustituyendo poco a poco a los anteriores.

2. El primer tipo de contrato que CERCASA suscribía con sus clientes, cuya vigencia oscilaba entre dos y cinco años, contenía cláusulas de exclusividad de suministro, de exclusividad de publicidad y de abono de cantidades en concepto de anticipo, tal como se transcribe a continuación (folios 69 al 73 del expediente del Servicio):

“CUARTA.- A petición del comprador, la Cervecera abona al mismo, en concepto de anticipo, la cantidad de pesetas ... por gastos para ayuda de ...

QUINTA.- La obligación de compra y de reventa en exclusiva se estipula con una duración de ... años, a contar desde la fecha de este contrato....

SEXTA.- Durante la duración del contrato de venta en exclusiva, el comprador autoriza a la Cervecera, por intermedio de su personal laboral, inspeccionar el establecimiento, con objeto de comprobar el cumplimiento de las estipulaciones de este contrato.

SÉPTIMA.- Como contraprestación por las especiales condiciones, ventajas, precios y anticipos, concedidos al comprador, queda obligado a partir de la firma de este contrato a no vender y a no “despachar”, en su establecimiento, otras cervezas que no sean las servidas exclusivamente por la Cervecera y con expresa exclusión de cualquier otra marca o producto.

El importe de la indemnización por daños y perjuicios a la que tendrá derecho la Cervecera, si el comprador incumpliese las obligaciones contenidas en este contrato, se fija en la cantidad de pesetas...

El incumplimiento de la obligación de la venta en exclusiva se acreditará mediante acta notarial, previa denuncia formulada por los Inspectores de Ventas de la Cervecera, concediendo al comprador un plazo de cinco días para retirar de su establecimiento cualquier otra marca de cerveza.

Transcurrido el plazo concedido en el requerimiento notarial, sin atenderse el comprador a lo exigido en el mismo, quedará acreditado el incumplimiento y expedida la vía extrajudicial para la exigencia del pago de la indemnización de los daños y perjuicios pactada.

OCTAVA.- La Cervecera, de acuerdo con el comprador, podrá colocar en su establecimiento, tanto en el interior como en el exterior, todos los anuncios, enseñas y elementos de publicidad que juzgue útiles para la comercialización de los productos por ella distribuidos.

Asimismo, se obliga al comprador a no permitir durante la duración del contrato, publicidad dentro y fuera del establecimiento de otra marca de cerveza.”

3. En el segundo tipo de contrato de suministro, que se empieza a firmar en el año 2001, CERCASA suprime la cláusula de exclusividad de suministro pero mantiene la cláusula de exclusividad de publicidad e introduce la de compromiso mínimo de ventas. Asimismo, conserva la cláusula mediante la que se abona al cliente una cantidad en metálico, por conceptos varios, con garantía de devolución si hay incumplimiento de contrato, en cuyo caso, la cervecera se reserva el derecho a denunciarlo sin responsabilidades (folios 75 al 79 del Servicio).

A continuación se transcriben las cláusulas correspondientes:

“1.3 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 a 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 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.

2.3 Durante la duración del presente contrato de suministro, el Suministrado autoriza a la Cervecera, por intermedio de su personal laboral, a visitar el Establecimiento con objeto de comprobar el cumplimiento de las estipulaciones de este contrato.

5.1 A petición del Suministrado y como condición impuesta por éste a la Cervecera, quien acepta, para la celebración del presente Contrato, la Cervecera abona al suministrado en concepto de depósito, la cantidad de pesetas ... (euros ...). Dicha cantidad será utilizada por el Suministrado con el fin de facilitar la promoción y venta de los productos en el Establecimiento, así como para adecuar el mismo a las condiciones pactadas en el presente Contrato.

6.4 En caso de terminación/rescisión del presente Contrato por cualquier causa, el Suministrado se compromete a devolver íntegramente/proporcionalmente (o suprimiendo ambas) a la Cervecera la cantidad de pesetas (...) referida a la cláusula 5.1 del presente contrato en un plazo no superior a ... días a partir de la terminación de este Contrato.

7.3 Como garantía del cumplimiento de las obligaciones contenidas en este contrato, el suministrado acepta la letra de cambio número ... librada en fecha de hoy, por importe de ... pesetas (... Euros), cuya letra le será devuelta una vez resuelto el presente documento y cumplidas, en su caso, todas y cada una de las estipulaciones insertas en el mismo.

(Esta cláusula se podría cambiar por otra similar que contemplase un Aval en lugar de una Letra).

7.4 El Suministrado se compromete a no permitir durante la duración del presente Contrato, publicidad dentro y fuera del establecimiento de otra marca de cerveza.”

4. Con fecha 10 de diciembre de 2001, CERCASA se dirigió por escrito a todos aquellos clientes a los que no había sustituido el antiguo contrato por el nuevo tipo, informándoles que renunciaba a la cláusula de exclusividad de suministro (folio 140 del Servicio).
5. La mayoría de los clientes de CERCASA mantienen contrato oral con el suministrador. Según sus propios datos, referidos a octubre del año 2001, de sus 19.429 clientes, solamente 1.308 tienen contrato escrito de suministro, lo que en valor de volumen de ventas equivale al 9% del total.
6. La empresa denunciante Cervezas Anaga S.A. se constituyó en el año 1997 y comenzó la comercialización de su único producto, la cerveza de marca REINA, en las dos modalidades de botella y barril, en el mes de octubre del año 2000 en la isla de Tenerife.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Tras fijar los Hechos Probados y recoger someramente en los Antecedentes de Hecho lo que el propio Servicio califica de “un cúmulo de circunstancias excepcionales”, se deberá ahora comenzar, a modo de recordatorio, citando seguidamente las que concurrieron en la larga tramitación de este expediente: el cambio normativo en los acuerdos restrictivos verticales; la novedad del procedimiento de terminación convencional; el recurso de CERCASA ante el Tribunal contra el Acuerdo del Servicio de abandono de dicho procedimiento, tras la negativa de la denunciante a avenirse a tal terminación, la toma de control de la empresa denunciante (Cervezas Anaga S.A.) por parte de GSMG que adquirió el 90% de sus acciones, subrogándose en el procedimiento en la posición de la denunciante, la solicitud de autorización singular presentada por la empresa denunciada a sugerencia del Servicio; la petición de GSMG de archivo de las actuaciones del presente expediente sancionador, dado que paralelamente se instruía el de autorización singular en el que se había personado; sumarse CERCASA a la petición de archivo del sancionador; el desistimiento por parte de ésta del expediente de autorización singular con lo que terminaba frustrándose el segundo intento de solucionar el conflicto; la retirada de la solicitud de archivo del presente expediente sancionador por parte de GSMG, pero insistiendo en su falta de interés en que se sancione a CERCASA; y, en fin, las sucesivas suspensiones del procedimiento.

Corresponde ya resolver, en primer lugar, la cuestión fundamental planteada por el Servicio en la Propuesta de su Informe al Tribunal consistente en si CERCASA ha abusado de su posición dominante en el mercado canario de la cerveza mediante la suscripción de contratos con cláusulas de exclusividad de suministro y publicidad y la entrega a los expendedores de determinadas cantidades en metálico a fondo perdido, *“cláusulas que podrían obstaculizar la entrada en el mercado de otras marcas de cerveza de fabricación local”* (subrayado del Tribunal).

En segundo lugar, el Tribunal deberá tomar una decisión sobre el segundo punto de la Propuesta del Servicio, relativo a la intimación a la mercantil *“imputada para que modifique sus contratos de distribución, con el fin de eliminar cualquier impedimento a la competencia en el mercado, teniendo para ello en cuenta las conclusiones que se deriven del expediente de autorización singular nº 2516/04”*, si bien, como se recoge en el Antecedente de Hecho 16, el Servicio acordó posteriormente el archivo del mismo tras haber desistido CERCASA de

dicha solicitud.

2. Tras definir el mercado de referencia o relevante, la decisión sobre la existencia de un abuso de posición dominante requiere, como es obvio, la conjunción de ambos elementos: que haya posición de dominio en el mercado relevante y que se dé dicha explotación abusiva. En este caso, el mercado relevante ha sido definido por el Tribunal en su Informe, de fecha 19 de mayo de 1993, de la operación de concentración C 12/93, Cervezas Canarias o CCC-Sical, y en el Informe del Servicio en el expediente N-255, SAB/Miller, de fecha 1 de julio de 2002, como el de la cerveza en las Islas Canarias, definición que no ha sido modificada por el Servicio en este expediente ni cuestionada por ninguna de las partes.

En cuanto a la existencia de posición de dominio por parte de CERCASA, el Servicio, tras recoger las cuotas que señala Cervezas Anaga en la denuncia -70% del total del mercado, según datos de la publicación Alimarket y 90% del segmento de la cerveza de barril-afirma tan sólo que es evidente dicha posición de dominio, sin hacer comprobación ni valoración alguna, y que ello no ha sido cuestionado por la denunciada.

Lo cierto es que CERCASA alega ante el Tribunal en su escrito de 26 de julio de 2004 y en el de conclusiones, recibido en el Tribunal el 7 de diciembre de dicho año, que el Servicio no hizo el mínimo análisis de su posición en el mercado, cuando la existencia de una posición dominadora requiere la reunión de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes (primero, la estructura del mercado y, después, la situación competitiva en el mismo, como sucede en este caso, en el que se alega la existencia de una importante y creciente presión competitiva). De hecho, CERCASA recuerda que ya en su primer escrito al Servicio, de fecha 26 de septiembre de 2001 (folios 65 y 66 del expediente del Servicio), negó tener en absoluto posición de dominio, aportando otros datos, señalando que no consideraba fiable la información de Alimarket y que desde su fusión con SICAL había perdido una importante cuota de mercado, como ya destacó el Tribunal en la mencionada operación de concentración, en la que, por cierto y como alega la denunciada, ya anticipó la inexistencia de una posición de dominio y recomendó, en consecuencia, aprobar la operación. Así, en sus conclusiones, CERCASA destaca literalmente lo siguiente:

Pero lo más relevante es que en los últimos 10 años, Cercasa ha registrado un descenso de casi 14 puntos en su cuota en el mercado

horeca, todavía más acusado en el segmento de cerveza de barril, con una diferencia en la actualidad de entre 30 y 40 puntos, respecto de la cuota del 90% asumida por el Servicio.

Este continuo e importante descenso de la cuota de Cercasa pone de manifiesto que Cercasa no dispone de un poder de mercado que le permita actuar independientemente de sus competidores y clientes. Por ello, no cabe sostener que Cercasa tenga posición de dominio en el mercado.

Pues bien, constatadas estas alegaciones de la mercantil imputada, el Tribunal llega a la conclusión de que no puede analizarse la existencia de posición dominante por parte de CERCASA por no haberse abordado su determinación por el Servicio con la mínima fundamentación que para ello resulta necesaria.

Por lo tanto, como es obvio, sin demostrarse la existencia de posición de dominio, no puede haber el comportamiento abusivo correspondiente, sin que sea preciso realizar el análisis de dicha explotación, que imputa el Servicio y que rechaza absolutamente CERCASA, además de corregirla en el sentido de que, según alega, la acusación sólo señala que “podría producirse”, de lo que únicamente puede inferirse, añade, que no se ha probado su existencia.

De cuanto antecede, entiende el Tribunal que procede declarar, según lo dispuesto en el artículo 46.1 c) LDC, que no ha resultado acreditada la posición dominante de CERCASA ni, en consecuencia, el abuso que se había denunciado por Cervezas Anaga S.A. y había imputado el Servicio.

3. La segunda y última cuestión a dilucidar por el Tribunal es la antes citada en el Fundamento de Derecho 1, que también fue propuesta por el Servicio en su Informe, de que se modifiquen y adecúen a la legalidad los contratos de distribución de CERCASA, cuestión que había sido solicitada por dicha compañía y se estaba tramitando en el Servicio en el expediente de autorización singular 2516/04, que fue archivado por el mismo tras el desistimiento solicitado por CERCASA.

Este pronunciamiento del Tribunal ha sido también pedido por GSM en su escrito de conclusiones al Tribunal, que se resume en el Antecedente de Hecho 20, y en el que considera que dicha modificación es procedente para que se eliminen de los contratos los elementos contrarios a la normativa competencial que pueden producir el considerable efecto de cierre del mercado.

Sin embargo, el mencionado pronunciamiento no puede hacerse directamente en esta Resolución, pues la instrucción del Servicio se refirió, exclusivamente, a un abuso de posición de dominio. Así, teniendo en cuenta, por un lado, que no culminaron en el Servicio los dos intentos de solucionar el problema, consistentes en el procedimiento de terminación convencional -al que se opuso la denunciante- y, posteriormente, en el de autorización singular -en el que desistió la denunciada- y, por otro, que -como el propio Servicio indica en su Informe, pero no comparte CERCASA-, tanto sus contratos anteriores a la denuncia como los posteriores podrían constituir comportamientos anticompetitivos no exentos, incursos en la prohibición del artículo 1 LDC o del 81.1 TCE, el Tribunal considera que deberán ser investigados por el Servicio y, en su caso, incoado el correspondiente procedimiento contradictorio para el debido esclarecimiento de estas conductas, sin que quepa descartar la posibilidad de llegar a una terminación convencional, dada la reiterada actitud favorable de GSM a este respecto y que ya no está personada en el expediente Cervezas Anaga S.A. que se había opuesto a tal forma de terminación. Por último, por si fuera de aplicación el artículo 81 TCE, el Tribunal entiende que el Servicio deberá tener en cuenta la reciente Resolución del Tribunal, de 30 de marzo de 2005, en el expediente A 325/02, Contratos BP Oil España y, concretamente, los razonamientos expuestos en sus Fundamentos de Derecho 2 al 7, trasladándolos y adaptándolos al sector cervecero.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

Único.-Declarar que no ha resultado acreditada la conducta imputada por el Servicio de Defensa de la Competencia, incurrida en la prohibición del artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en el abuso de posición de dominio en el mercado canario de la cerveza mediante la suscripción de contratos de distribución con los expendedores por parte de la Compañía Cervecera de Canarias S.A. (CERCASA).

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.