

Id. Cendoj: 28079230062013100253
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 28/05/2013
Nº de Recurso: 300/2012
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Archivo denuncia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 300/2012 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CASH&CARRY (AESECC)** representada por el Procurador D. Fernando Lozano Moreno contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 9 de abril de 2012 expediente S/0344/11 DISTRIBUCION DE CERVEZA. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Han intervenido como codemandados Mahou SA y San Miguel Fabricas de Cerveza y Malta SA (grupo Mahou-San Miguel) representada por el Procurador de los Tribunales D. Gonzalo Ruiz de Velasco y Martínez Ercilla, Heineken España SA representada por el Procurador D. Jorge Deleito García y Damm SA representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 18 de junio de 2012 contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 5 de noviembre de 2012 solicitó *"se decrete la nulidad del archivo de las actuaciones decidida por el Consejo de la CNC en la resolución de 9 de abril de 2012 y ordene la incoación de un procedimiento administrativo de infracción del artículo 2 LDC "*.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 7 de febrero de 2013, y lo mismo hicieron los codemandados en escritos presentados el 15 de marzo de 2013.

No solicitado el recibimiento a prueba ni tramite de vista o conclusiones se declaró concluso el procedimiento el 19 de marzo de 2013 y se señaló para votación y fallo el 30 de abril de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 9 de abril de 2012 expediente S/0344/11 DISTRIBUCION DE CERVEZA que archiva la denuncia al no apreciar indicios de infracción presentada por la Asociación Española de Empresas de Cash&Carry (AESECC) contra las fabricantes y distribuidoras de cerveza Mahou-San Miguel, Heineken y Damm por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la negativa por parte de las denunciadas a suministrar cerveza en formato barril, a las empresas integrantes de AESECC.

La resolución archiva la denuncia y considera que la negativa por parte de las cerveceras a suministrar el envase de cerveza en barril a las empresas que integran la AESECC no presenta indicios de constituir una práctica restrictiva de la competencia consistente en un abuso de posición de dominio colectivo y por tanto considera que no existen indicios de infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia que establece que *"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en (...) b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores"*. Ello por dos razones:

1) Aprecia la existencia de una justificación objetiva en la conducta, basada en el interés de las productoras de cerveza por controlar la calidad y garantía de marca del producto suministrado al consumidor final a través de la cerveza de barril en establecimientos de hostelería.

2) Aprecia que los denunciantes pueden competir eficazmente en el mercado en el sentido de que la cerveza en barril no es un input imprescindible para el desarrollo de la actividad de los Cash&Carry que además de recibir los productos en otros envases distintos del barril, incluso tienen acceso a cervezas de barril de otras marcas y también de marca blanca.

Al objeto de fundamentar el recurso alega el recurrente la falta de motivación de la resolución recurrida y error en la apreciación de la inexistencia de indicios de abuso.

SEGUNDO : Hay que tener en cuenta que el control que puede ejercer este Tribunal es limitado en el sentido de que esta Sala no se va a pronunciar sobre si se han realizado conductas prohibidas por la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia sino que se va a examinar si los argumentos que se exponen no incurren en error de derecho o se basan en hechos materialmente inexactos ya que en este caso no se ha dictado una resolución del órgano administrativo competente que verse sobre el fondo

de los hechos denunciados sino que se acuerda el archivo de la denuncia al no apreciar indicios de infracción. En este sentido la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2001 (asunto T-115/99) al hacer referencia al control jurisdiccional de las resoluciones de la Comisión de archivo de denuncias por falta de interés comunitario indica en su apartado 32 "La facultad discrecional de que dispone la Comisión a este respecto, no está exenta de límites. Por un lado la Comisión está sujeta al deber de motivación cuando se niega a proseguir el examen de una denuncia, y esa motivación debe ser suficientemente precisa y detallada para permitir al Tribunal de Primera Instancia ejercer un control efectivo sobre el ejercicio por la Comisión de su facultad discrecional de definir prioridades" y en cuanto al control jurisdiccional señala en el apartado 34 que *"tiene la finalidad de comprobar que la Decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de Derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder...."*.

TERCERO: En cuanto a la falta de motivación, no se aprecia que concurra ya que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Ley 30/92 y la jurisprudencia (por todas las STS de 14 de abril de 2011) ya que la CNC expone las razones que han llevado a dictar el acto y con ello cumple la doble finalidad de dar a conocer a los interesados estas razones para que en su caso puedan presentar alegaciones y que los órganos jurisdiccionales puedan realizar un control de los actos administrativos.

Cuestión distinta es que discrepe el recurrente de los elementos tenidos en cuenta por la Administración para acordar el archivo tal como hace en la demanda y que implica que el recurrente ha conocido las razones por las que se ha acordado el archivo y por tanto excluye la existencia de falta de motivación.

CUARTO : Señala el recurrente que a CNC procede a justificar la conducta de las empresas denunciadas omitiendo todo análisis previo tanto del mercado español de la cerveza como de la existencia de una posición de dominio, lo que no se comparte ya que ese análisis se realiza en la propuesta de archivo formulada por la Dirección de Investigación que se asume íntegramente en la resolución (mediante el mecanismo de la motivación in aliunde admitida por el Tribunal Supremo (sentencia de 19 de noviembre de 2001) y forma por tanto parte del contenido decisorio de la resolución. Por otra parte ese análisis de si las empresas ocupan una posición dominante en el mercado tampoco resulta relevante en este caso por cuanto aun admitiendo hipotéticamente que existiera una posición de dominio no se dan los requisitos para entender que ha habido un abuso de posición dominante.

En efecto en lo que concierne al abuso de posición dominante en forma negativa de abastecimiento, la sentencia Bronner asunto C-7/97 (TJCE 1998, 296) establece que dicho abuso puede cometerse cuando una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado (ascendente) se niega a abastecer a un competidor en un mercado afin o descendente con productos que son indispensables para el ejercicio de las actividades del competidor, siempre que se cumplan estos requisitos a) la denegación no pueda justificarse objetivamente; b) la denegación pueda eliminar toda competencia en el mercado por parte de quien pide el producto y c) el producto sea indispensable para el ejercicio de la actividad del competidor, en el sentido de que no haya ninguna posibilidad realista de crear una alternativa potencial. En este caso tal como entiende la CNC no se dan de forma cumulativa estas tres circunstancias, lo que excluye la existencia de posición de dominio. Basta la concurrencia de una de ellas para apreciar la falta de posición de dominio. En este caso

1) La denegación está justificada objetivamente ya que la cerveza en formato barril se orienta a un sector del consumo del producto muy concreto, el sector del canal HORECA (venta a través de bares, hoteles, restaurantes, cafeterías y otros establecimientos de consumo similares). En ese sector es necesaria cierta infraestructura para dispensar la cerveza (grifos, enfriadores, manorreductores, cabezales, columnas.....) y el producto sólo puede ser consumido una vez que se mezcla debidamente con el gas carbónico en una instalación, equipamientos y servicios de asistencia, control y cuidados especiales por personal técnico que garantiza la calidad del producto y la productora para garantizar la calidad de producto y su imagen de marca, tiene un interés económico directo en garantizar que el establecimiento donde se sirve el producto cuenta con la asistencia cualificada necesaria en la colocación de las instalaciones, limpieza y mantenimiento y las asistencia en caso de avería y asesoramiento sobre las características del grifo. Por ello resulta objetivamente justificado por razones de higiene, calidad y marca que la empresa distribuya el producto verificando los distintos pasos del proceso, cosa que no puede realizarse en un establecimiento Cash&Carry que opera en régimen de autoservicio en el que el profesional se sirve directamente de los productos que desea y los transporta hasta su establecimiento.

2) Los establecimientos Cash&Carry sí reciben productos de las empresas fabricantes en otros formatos distintos del barril e incluso pueden comercializar la cerveza de barril por otras marcas como de hecho consta que se realiza (así se ha aportado al expediente la publicidad realizada por Makro donde se anuncia un barril de cerveza de marca FELDSGOLD del que incluso se anuncia que es compatible con "un pinchado utilizable en barriles de cerveza Grupo Mahou San Miguel"). Por lo tanto no se trata de un input objetivamente necesario para que los establecimientos comerciales en formato Cash&Carry puedan competir efectivamente en el mercado de la alimentación

Llegados a este punto no procede realizar un análisis mayor de las cuestiones planteadas ya que al no concurrir de forma acumulada los tres requisitos que hemos establecido no procede apreciar que existe un abuso de posición de dominio por la negativa a suministrar por parte de las empresas denunciadas barriles de cerveza a las empresas de Cash & Carry que es la conducta que ha sido denunciada y archivada

QUINTO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso, imponiéndose las costas a la parte actora conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en la redacción anterior a la Ley 37/2011 de 10 de octubre, vigente en la fecha de interposición del presente recurso.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CASH&CARRY (AESECC)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 9 de abril de 2012 expediente S/0344/11 que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. Se imponen las costas a la parte actora.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.