

RESOLUCIÓN (Expte. 389/96, Cervezas Mahou)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Berenguer Fuster, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 30 de noviembre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 389/96 (1309/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado por denuncia de D. Alejandro de Diego Vallejo, en nombre y representación de Distribuciones Peñafiel S.L., contra Mahou S.A., por considerar que el contrato de autorización exclusiva de venta en determinado territorio, suscrito por ambas partes, contenía algunas cláusulas que eran contrarias a la libre competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Distribuciones Peñafiel S.L. presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) el día 16 de noviembre de 1995 contra Mahou S.A. por considerar que el contrato que firmaron las partes el día 16 de mayo de 1989 por el que la segunda concedía a la primera una autorización exclusiva de venta en determinado territorio contenía algunas cláusulas que eran contrarias a la libre competencia. En concreto el denunciante consideraba que, como consecuencia de lo acordado en dicho contrato, el fabricante imponía los precios a los que debería vender el distribuidor, se limitaba el territorio de distribución y se le impedía vender otras marcas diferentes a Mahou, extremos todos ellos que podían infringir el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

Por otra parte, el denunciante aducía que el fabricante había vendido a un determinado cliente en su territorio a precios inferiores a los que a él se le

permitía, hecho éste que podía suponer una infracción del artículo 7 de la misma Ley.

- 2.- En fecha 16 de enero de 1996 el Director General de Defensa de la Competencia dictó una Providencia por la que admitió a trámite la denuncia y acordó la incoación del oportuno expediente, a la que se le dio la publicidad prevista en la Ley, al tiempo que se notificó a la denunciada para su conocimiento así como para que aportara los documentos y pruebas que considerara oportunos para su defensa.
- 3.- Dentro del plazo concedido al efecto, la representación de Mahou S.A. presentó escrito de alegaciones. En fecha 25 de marzo de 1996 el Servicio formuló el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos en el que consideraba que Mahou S.A. podía ser responsable de una infracción del artículo 1.1.b) LDC por limitar la distribución de cervezas y de una infracción del art. 1.1.a) de la misma Ley por fijar los precios de reventa de cerveza a los detallistas. En el pliego no se hacía mención alguna a la posible infracción del artículo 7 LDC y fue notificado exclusivamente a la denunciada quien, dentro del plazo concedido al efecto, formuló el correspondiente escrito de alegaciones. Por su parte, la denunciante se personó en el expediente y solicitó vista de las actuaciones, la cual le fue concedida.
- 4.- Sin más actuaciones el Servicio, en fecha 31 de octubre de 1996, formuló el correspondiente informe en el que analizó la posible infracción del artículo 7 LDC para concluir que no se había producido, y consideró que la cláusula 2ª del contrato de "Autorización de venta en exclusiva" era contraria al artículo 1.1.b) LDC por contener una protección territorial absoluta, y que las cláusulas 3ª y 8ª del mismo documento eran contrarias al artículo 1.1.a) de la misma Ley por contener una fijación de precios, por lo que formuló la correspondiente propuesta al Tribunal.
- 5.- En fecha 6 de noviembre el Tribunal recibió el expediente y en el Pleno del día 12 del mismo mes deliberó sobre su admisión a trámite, dictándose en fecha 20 de noviembre de 1996 Auto de inadmisión, para que el Servicio sobreseyera parcialmente la conducta de presunta infracción del art. 7 LDC e investigara si determinados extremos del acuerdo constituían infracción de la LDC.
- 6.- Por Acuerdo de 16 de enero de 1997 el Servicio dictó el sobreseimiento parcial en el punto referido a la presunta infracción del artículo 7 LDC. Contra este Acuerdo la denunciante interpuso recurso ante el Tribunal que lo desestimó por Resolución de 31 de marzo de 1997 (Expte. R 198/97).

- 7.- El 4 de febrero de 1998 el Servicio formuló un nuevo Pliego de Concreción de Hechos en el que se consideraba que del contenido de la cláusula 15ª no se derivaban restricciones de la competencia, y formulaba cargos por la cláusula 17ª por considerar que podía constituir una infracción del art. 1.1.b) LDC. Este Pliego de Concreción de Hechos se consideraba complementario del anterior y en el mismo se indica que "en el Informe-Propuesta el Instructor determinará el grado de responsabilidad de cada una de las partes imputadas".
- 8.- El 2 de abril de 1998 se formula un nuevo Informe-Propuesta en el que se propone:
- Primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.b) de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, imputable a Mahou S.A., por el contenido de la cláusula segunda y decimoséptima del "Acuerdo de Distribución Exclusiva" concluido con Distribuciones Peñafiel S.L.
- Segundo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1º 1.a) de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, imputable a Mahou S.A., por el contenido de las cláusulas tercera y octava del "Acuerdo de Distribución Exclusiva" concluido con Distribuciones Peñafiel S.L.
- Tercero.- Que intime el cese de las prácticas prohibidas realizadas por Mahou S.A.
- Cuarto.- Que ordene a Mahou S.A. la publicación en el BOE de la Resolución que dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Quinto.- Que ordene a Mahou S.A. la difusión entre sus distribuidores del texto íntegro de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Sexto.- Que imponga a Mahou S.A. una multa teniendo en cuenta que las restricciones verticales no son de las más graves y que la práctica ha estado en vigor desde mayo de 1989 hasta el 25 de febrero de 1998, fecha de aprobación de un nuevo contrato-tipo de distribución exclusiva."
- 9.- Por Providencia de 17 de abril de 1998 el Tribunal admitió a trámite el expediente y lo puso de manifiesto a los interesados para que formularan las propuestas de prueba que tuvieran por oportunas, al tiempo que pudieran solicitar la celebración de Vista.
- 10.- Dentro del plazo al efecto concedido, la representación de Mahou S.A.

propuso como prueba documental que se tuvieran por reproducidos los documentos presentados por ella misma ante el Servicio en su escrito de 16 de abril de 1996. Por su parte, la representación de Distribuciones Peñafiel propuso la prueba de confesión en juicio y diversas documentales.

- 11.- Por Auto de 18 de junio de 1998 se admitieron las pruebas propuestas por Mahou y parte de las propuestas por Distribuciones Peñafiel, rechazando las restantes.
- 12.- Practicadas las pruebas admitidas, por Providencia de 7 de septiembre de 1998 se concedió a los interesados plazo para valoración de pruebas y posteriormente para conclusiones, haciéndoles saber que, si lo deseaban, podrían acumular ambos trámites. Ambos interesados se acogieron a esa posibilidad.
- 13.- El Pleno en su reunión de 3 de noviembre de 1998 deliberó y adoptó la presente Resolución, encargado su redacción al Vocal-Ponente.
- 14.- Son interesados:
 - Mahou S.A.
 - Distribuciones Peñafiel S.L.

HECHOS PROBADOS

- 1.- El día 16 de mayo de 1989 Mahou S.A. y Distribuciones Peñafiel S.L. suscribieron un contrato denominado "Autorización de venta en exclusiva" (folios 25-26), que incluía las siguientes cláusulas:

"Segunda.- Las plazas que integran la zona de VENTA EN EXCLUSIVA a que se refiere la presente autorización, son las que figuran relacionadas en el Anexo número 1. EL CONCESIONARIO, se compromete a no efectuar ninguna venta de cerveza, ni directa ni indirectamente, en poblaciones que no estén incluidas en la relación del mencionado Anexo 1, así como se obliga a no vender, comprar, ni representar cervezas de otras marcas que no sean las fabricadas por MAHOU S.A.

Tercera.- MAHOU S.A., se compromete a no suministrar cerveza a ningún comerciante al por mayor o menor con destino a cualquiera de las localidades comprendidas en la zona; pero se reserva el derecho de suministrar directamente a aquellas plazas que, a su juicio, no estuvieran

debidamente atendidas o en las que se efectúen ventas a precios que no se encuentren comprendidos entre los topes máximos y mínimos establecidos, o que puedan establecerse en lo sucesivo. Las plazas en que se den tales circunstancias podrán segregarse de la zona y asignarlas a otras de las existentes o de nueva creación, si así conviniera para la mejor organización del negocio, sin que proceda indemnización alguna por tal motivo.

Octava.- *El precio de venta a los establecimientos detallistas de cada una de las localidades reseñadas en el Anexo número 1, no podrá rebasar, en ningún caso, el tope máximo y mínimo establecido por MAHOU S.A., a la vista de los datos relativos a los gastos de todas clases, así como al margen comercial, que se computen para estos efectos. Estos topes máximos y mínimos figuran detallados en el Anexo número 2, y podrán ser modificados por la fábrica cuando varíe el valor de cualquiera de los datos que se tuvieron en cuenta al efectuar su cálculo.*

Diecisiete.- *Antes del 31 de enero de cada año, EL CONCESIONARIO remitirá a la Fábrica una relación de todos los clientes suministrados en el año natural anterior, agrupados por localidades, en la que figurarán los siguientes datos: nombre, domicilio, clase del establecimiento y nombre de éste, consumo total de cada establecimiento durante el año, en barril y botella, así como los saldos de envases de cada uno de los clientes referidos al 31 de diciembre. A la relación acompañará un informe sobre el desarrollo de la campaña anterior, destacando los datos más salientes de la misma, tales como actuación de la competencia, deficiencias observadas en los suministros, etc., así como cuantas sugerencias estime oportunas para el mejor desarrollo de la campaña siguiente."*

- 2.- A este contrato se acompañaba un anexo número 1 (folios 27-28) en el que se incluía un apartado con el siguiente epígrafe: "Precios máximos y mínimos de venta al detallista de los distintos envasados de Mahou en las plazas que se citan (condición 8ª)". En el impreso que figura como anexo solamente figuran cumplimentadas las columnas referentes a los precios máximos de los diferentes tipos de cerveza, sin figurar cantidad alguna en la columna correspondiente a los precios mínimos. En las hojas aportadas por la denunciante (folios 29-33) consta especificada exclusivamente la indicación "Precios máximos detallista". En las hojas (folios 112, 114 y 117) remitidas a otros concesionarios figura la misma indicación. En otros documentos (folios 121, 127, 129, 132, 136, 138 y 141) remitidos igualmente a los concesionarios figura especificado "Precio tarifa detallista" o "precio detallista".
- 3.- El contrato de venta exclusiva consiste en un documento impreso, que ha

sido suscrito por los 249 distribuidores de Mahou S.A. en el territorio nacional (manifestación de Mahou S.A. pág. 214), si bien algunos de ellos manifiestan que tienen un acuerdo verbal.

- 4.- En el mercado de la cerveza actúan 15 grupos empresariales. Entre ellos el líder es el Grupo Cruzcampo con una cuota de mercado del 24,81% en el año 1996. El segundo grupo es Mahou con una participación del 17,88% y, a continuación, se encuentran El Águila (16,79%), San Miguel (14,77%) y Damm (13,56%).

El volumen de negocios de Mahou S.A. en el año 1997 asciende a 48.048.300.000 ptas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- En su escrito de conclusiones la representación de Mahou alega con carácter previo la caducidad del expediente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haber transcurrido más de treinta días desde el momento en el que la Resolución debió ser dictada. A tales efectos considera aplicable lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento del Servicio, aprobado por Decreto 422/1970, de 5 de febrero, que concede al Servicio un plazo de seis meses para emitir el Informe-Propuesta que ha de elevar al Tribunal. Realizada esa alegación con carácter previo, ha de ser resuelta antes de analizar las demás cuestiones que se suscitan.

La cuestión relativa a la caducidad de los expedientes en materia de defensa de la competencia ha sido analizada con frecuencia por las Resoluciones de este Tribunal tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma ésta que vino a producir un vuelco en la materia al introducir la caducidad por inactividad de la Administración, frente al sistema presente en la vieja Ley de Procedimiento Administrativo que solamente contemplaba la caducidad por inactividad de los administrados. La solución dada por el Tribunal consiste en negar la aplicación de la caducidad establecida en la Ley 30/ 1992 y el Reglamento que la desarrolla en lo que respecta al ejercicio de la capacidad sancionadora por las razones consignadas en la Resolución de 31 de marzo de 1998 (Expte. 403/97, Arquitectos Canarias).

Según la doctrina contenida en la mencionada Resolución, la Ley de Defensa de la Competencia es una Ley especial que contiene un conjunto

normativo completo, tanto material como procesal, y sólo de forma supletoria le puede ser aplicada la Ley procesal administrativa, tal y como establece el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Considera el Tribunal que no resulta aplicable el precepto contenido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, pues no ha de incluirse el procedimiento en materia de defensa de la competencia entre aquéllos a los que se refiere ese precepto. En efecto, el artículo de la Ley procesal administrativa se refiere a los procedimientos que se inician de oficio, es decir a los procedimientos simplemente sancionadores, mientras que el procedimiento en materia de defensa de la competencia es un procedimiento sancionador que, al mismo tiempo, es susceptible de producir otros efectos para los interesados, por lo que no solamente se inicia de oficio sino también por denuncia de parte interesada (art. 36.1 LDC). En el procedimiento en materia de defensa de la competencia junto con las sanciones se realizan otra serie de declaraciones que afectan a relaciones que se mueven en el campo de las relaciones jurídico-privadas, tales como las relativas a la declaración de acuerdos o conductas prohibidas, y todo ello genera derechos a los interesados más allá de los que son habituales en el campo del derecho administrativo sancionador. Este carácter mixto del procedimiento que puede terminar con una declaración que resulta declarativa de derechos constituye un argumento suficiente para no considerar que se le puedan aplicar las normas relativas a la caducidad.

Considera la representación de Mahou que el plazo que ha sido vulnerado es el establecido en el artículo 26 del Reglamento del Servicio, aprobado por Decreto de 5 de febrero de 1970. Es necesario indicar que se trata de un Reglamento que solamente está vigente en aquello que no se oponga a la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, a tenor de lo dispuesto en la Disposición derogatoria de esta norma, por lo que caben dudas sobre la vigencia de un plazo previsto cuando el procedimiento en materia de defensa de la competencia era el establecido en la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, con un alcance considerablemente diferente al de la Ley actual. Es preciso tener en cuenta que el procedimiento establecido en dicha Ley tenía carácter jurisdiccional y como consecuencia de ello no se establecía en la propia Ley la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo cual sí ocurre en la vigente Ley.

Esta circunstancia merece ser tenida en cuenta ya que la coherencia del sistema no permite que se mezclen preceptos previstos para un procedimiento jurisdiccional con un procedimiento administrativo como es el de la vigente Ley de Defensa de la Competencia, con la sanción de

caducidad del expediente por incumplimiento de plazos. Si a ello se le une la imposibilidad de tramitar el expediente en el plazo de seis meses, como puso de manifiesto el cómputo realizado en la mencionada Resolución de 31 de marzo de 1998, debe desestimarse la alegación de caducidad.

Otras razones pueden añadirse sobre la no aplicación de un plazo de caducidad. Hasta la aprobación de la Ley 66/1997 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social que introdujo unos plazos para la tramitación del expediente (dieciocho meses para la fase ante el Servicio y doce meses para la tramitación ante el Tribunal), el procedimiento no estaba sometido a plazo de caducidad alguno. Finalmente, debe ser tenido en cuenta que en modo alguno puede aplicarse el precepto del artículo 43.4 de la Ley 30/1992 al trámite realizado ante el Servicio, ya que este precepto legal contiene una previsión para el supuesto de que haya transcurrido el plazo en el que la Resolución del expediente debe ser dictada sin haberlo sido, es decir, cuando no haya concluido el expediente en el plazo previsto para ello. Ante el Servicio se tramita exclusivamente una fase del expediente no su totalidad y el expediente no concluye hasta que el Tribunal, encargado de ello, dicta la oportuna Resolución. Basta con tener en cuenta esa circunstancia para llegar a la conclusión de que no se puede aplicar este precepto en los términos que pretende la representación de Mahou.

- 2.- Analizada la alegación formulada con carácter previo, corresponde resolver acerca de si el sistema de distribución de Mahou que contiene las cláusulas transcritas en el correspondiente apartado de "Hechos probados" constituye una infracción del artículo 1 LDC.

La distribución exclusiva supone, en principio, la infracción del artículo 1 LDC, si bien en determinadas circunstancias debe considerarse autorizada. El sistema español consiste en autorizar los contratos de distribución exclusiva en los que el fabricante se compromete a entregar exclusivamente a un distribuidor las mercancías para su reventa en una parte del territorio nacional siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento 1983/1983 de la Comisión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1.a) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero. Por lo tanto, será preciso analizar si las cláusulas mencionadas están incluidas en las que permite el citado Reglamento comunitario para poder acogerse a la exención por categorías a que se refiere el artículo 5 LDC.

La primera observación que corresponde realizar al respecto es que la fijación de precios nunca resulta permitida en los reglamentos de exención por categorías. Este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que los

acuerdos sobre precios constituyen la má grave infracción a la Ley de Defensa de la Competencia. Ahora bien, si tal es así, no es menos cierto que existe una corriente doctrinal que considera que la fijación vertical de precios puede ser aceptada en determinados supuestos tales como los relativos a campañas nacionales realizadas por el fabricante, descuentos o ventas promocionales, etc., e incluso se ha planteado la posibilidad de su autorización en algún supuesto específico (STJCE de 3 de julio de 1985 As. Binon/Agence et Messageries de la Presse) mientras que no son planteables, ni a efectos teóricos, supuestos de acuerdos horizontales de precios que sean autorizables. En este orden de cosas tampoco puede considerarse la misma gravedad en la fijación de precios máximos que en la fijación de precios mínimos, pues la primera puede encontrar su justificación en el hecho de que el fabricante quiera impedir abusos de los revendedores que conduzcan a generar la idea de que se trata de un producto anormalmente caro, mientras que la fijación de un precio mínimo siempre repercute negativamente en el consumidor.

En este orden de cosas, que sirve para graduar la gravedad de la infracción, debe señalarse que, si bien las cláusulas tercera y octava y el correspondiente anexo del contrato de distribución exclusiva establece que Mahou fijaría una horquilla máxima y mínima de precios, los antecedentes que obran en el expediente no permiten asegurar que se haya hecho uso de esa facultad, ya que se puede señalar que Mahou ha fijado los precios con carácter máximo y no mínimo, o bien se ha limitado a realizar recomendaciones de precios sin que se tenga noticia de que se haya iniciado ninguna actuación frente a los distribuidores que no siguieran las indicaciones del fabricante.

El hecho de que determinadas cláusulas relativas a fijación de precios no hayan sido puestas en práctica no implica que no exista infracción del artículo 1.1.a) LDC. La vigente Ley de 1989, a diferencia de su precedente, la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, declara prohibidos los acuerdos con independencia de que se hayan o no realizado y, por lo tanto, el hecho de que se haya puesto en práctica la previsión contractual de fijación de precios por el fabricante no afecta a la existencia de la infracción, si bien es un dato que debe ser tenido en cuenta para modular el importe de la multa.

- 3.- La cláusula segunda del contrato de distribución de Mahou prohíbe al distribuidor realizar ventas en poblaciones situadas fuera del territorio de distribución. Esta cláusula, en tanto impone la prohibición de realizar ventas pasivas fuera del territorio, excede de la limitación permitida por el artículo 2.2.c) del Reglamento 1983/83, que se extiende exclusivamente a la prohibición de realizar una política activa de ventas fuera del territorio

concedido. En consecuencia, el contenido de esa cláusula contractual no puede acogerse a los beneficios de la exención por categorías y supone la infracción del artículo 1.1.c) LDC.

- 4.- La cláusula diecisiete del contrato de distribución de Mahou impone a los distribuidores la obligación de remitir al fabricante una relación de los clientes especificando determinados datos, que constituye una obligación suplementaria exigida a los distribuidores, que excede de las obligaciones que le pueden ser impuestas a tenor de lo dispuesto en el 2.3.c) del mencionado Reglamento 1983 relativo a los acuerdos de distribución exclusiva, por lo que es necesario concluir que la inclusión de dicha cláusula constituye una infracción del artículo 1.1.e) LDC.

Al igual que se ha manifestado en relación con la fijación vertical de precios, el hecho de que tales cláusulas no hayan sido objeto de exigencia por parte de Mahou no impide la declaración de que constituya conducta prohibida.

- 5.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 46 LDC, las Resoluciones del Tribunal, además de la declaración de acuerdos prohibidos, podrá contener entre otras la imposición de multas, que se impondrá atendiendo a la importancia de la infracción según los criterios establecidos en el artículo 10.2 LDC.

Conforme se ha señalado con anterioridad, en el presente supuesto se trata de analizar restricciones verticales que exceden lo previsto en el Reglamento de exención por categorías, pero se trata de acuerdos de los que no existe constancia de su práctica. Por otra parte, el fabricante suspendió la firma de tales documentos por la existencia de este expediente, y al tiempo solicitó autorización para un contrato de distribución que suprime las cláusulas objeto de este expediente. Por todo ello debe considerarse que se trata de enjuiciar una conducta que no es de las más graves, y procede imponer a Mahou una multa por importe de un millón de pesetas.

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

HA RESUELTO

Primero.- Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a), 1.1.c) y 1.1.e) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en establecer acuerdos de distribución exclusiva de cervezas que permiten la fijación vertical de precios, prohíben las ventas pasivas fuera del territorio al que alcanza la distribución e impone obligaciones suplementarias a los distribuidores.

Es autora de dicha conducta Mahou S.A.

Segundo.- Imponer a Mahou S.A. una multa de un millón de pesetas.

Tercero.- Intimar a Mahou S.A. para que cese en esa conducta y se abstenga en el futuro de realizarla.

Cuarto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado.

Quinto.- Ordenar a Mahou S.A. que difunda a todos sus distribuidores el texto íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la notificación de esta Resolución.