

RESOLUCIÓN (Expte. R 362/99, Bacardí)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 30 de septiembre de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 362/99 (1642/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio), de recurso contra el Acuerdo del Servicio de 18 de febrero de 1999, que sobresee el expediente incoado contra Bacardí y Cía SA a raíz de la denuncia del Grupo Prac SA (ahora PR Larios SA) por conducta supuestamente abusiva y desleal, prohibida por el art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y los arts. 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en hacer publicidad presuntamente engañosa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de junio de 1997 tiene entrada en el Servicio un escrito del Grupo Prac SA mediante el que se denuncia a Bacardí y Cía. SA por conducta supuestamente abusiva y desleal, prohibida por el art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y los arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en utilizar una publicidad presuntamente engañosa para confundir a los consumidores sobre el origen del ron *Bacardí* con el fin de dificultar la penetración en el mercado de uno de sus principales competidores, el ron *Havana Club*. El referido escrito incluye una solicitud de medidas cautelares consistentes en ordenar la cesación de la publicidad denunciada.

El día 17 de octubre de 1997 el denunciante presenta ante el Servicio un escrito de alegaciones complementarias de la denuncia, en el que reitera su anterior solicitud de incoación de expediente y medidas cautelares.

2. El día 23 de octubre de 1997 el Servicio, tras instruir una información reservada, dicta una Providencia en la que acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente, y rechaza la solicitud de medidas cautelares por considerar que no se dan las condiciones establecidas en el art. 45 LDC para proponerlas, al no apreciar peligro en la demora, no parecer que su adopción sea imprescindible para conservar la eficacia de la resolución de fondo que haya de dictarse y considerar que la medida no es equilibrada en cuanto a los daños de difícil reparación que su adopción podría causar.
3. Durante la instrucción del expediente, exhaustiva y minuciosamente desarrollada, el Servicio ha recabado información de varios organismos públicos y recibido alegaciones de ambas partes así como un escrito de la denunciante, el 27 de noviembre de 1997, en el que de nuevo se solicitan medidas cautelares.
4. Con fecha 10 de noviembre de 1998 la denunciante presenta un escrito ante el Servicio, mediante el que solicita certificación de actos presuntos en relación con su solicitud reformulada de medidas cautelares, sobre la que no había recaído aún decisión expresa del Servicio pese a supuestamente haber vencido el plazo para resolver. El Servicio responde a este escrito el 18 de noviembre de 1998 dando cuenta de la Providencia dictada por el Instructor el mismo día, en la que se señala que *no consta en el expediente de referencia que el Servicio haya tomado en ningún momento acuerdo de propuesta al Tribunal de Defensa de la Competencia de adopción de medidas cautelares.*
5. El día 9 de diciembre de 1998 el Instructor dicta Providencia proponiendo el sobreseimiento del expediente, tras hacer constar que no se ha apreciado durante la instrucción vulneración alguna de los arts. 6 y 7 LDC ni del art. 86 TCE. Esta Providencia se notifica a los interesados el 10 de diciembre de 1998, concediendo plazo para alegaciones. Durante el mismo, el 24 de diciembre de 1998 la denunciada presenta escrito de alegaciones en el que solicita que el sobreseimiento se haga definitivo. Y el día 26 de diciembre de 1998 la denunciante presenta al Tribunal un escrito, calificado de recurso, mediante el que se impugna la Providencia del Instructor en la que se propone el sobreseimiento, escrito que el Tribunal remite, el 30 de diciembre, al Servicio, a los efectos que proceda en relación con el trámite de alegaciones concedido, lo que en la misma fecha se notifica al denunciante, aclarándole que sólo en el supuesto de que el Servicio dicte Acuerdo de sobreseimiento

podrá interponer recurso ante el Tribunal, de acuerdo con lo establecido en el art. 47 y siguientes de la LDC.

6. El día 18 de febrero de 1999 el Servicio dicta Acuerdo en el que se sobresee el expediente por no haberse apreciado, del examen de los hechos denunciados, vulneración de los arts. 6 y 7 LDC, ni del art. 86 TCE. Este Acuerdo de sobreseimiento es impugnado por la denunciante el 8 de marzo de 1999 mediante recurso interpuesto ante el Tribunal en esa fecha.
7. Con fecha 9 de marzo de 1999 el Tribunal solicitó del Servicio la remisión del expediente y la emisión del preceptivo Informe sobre el recurso, lo que fue cumplimentado el 12 de marzo de 1999. En su Informe, el Servicio considera que el recurso ha sido presentado en plazo y que no contiene argumentos, elementos de juicio o datos no presentados anteriormente en la fase de instrucción, que desvirtúen las conclusiones que motivaron el acuerdo de sobreseimiento.
8. Por Providencia de 22 de marzo de 1999, el Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados para que hicieran alegaciones. En este trámite comparecieron ambas partes.
9. El Pleno del Tribunal, en su sesión de 14 de septiembre de 1999, deliberó y falló sobre este recurso.
10. Son interesados:
 - PR Larios SA
 - Bacardí-Martini España SA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La empresa Grupo Prac SA (ahora PR Larios SA) denuncia ante el Servicio a la empresa Bacardí y Cía SA (ahora Bacardí-Martini España SA) por hacer una publicidad supuestamente engañosa, presuntamente constitutiva de conducta desleal por infracción de normas con afectación al interés público, lo que atentaría contra el art. 7 LDC, y de conducta supuestamente abusiva de posición de dominio, lo que atentaría contra el art. 6 LDC y el art. 86 TCE. El Servicio incoa un expediente sancionador que finalmente sobresee, por considerar: a) Respecto de la presunta conducta desleal, que no ha quedado acreditada la deslealtad por infracción de normas y que no se aprecia el sensible falseamiento de la libre competencia exigido por el art. 7 LDC para poder conocer de las conductas presuntamente desleales en los términos que dicha Ley establece para las conductas prohibidas. b) Respecto del abuso de

posición dominante, que, aunque tal posición efectivamente existe, no se ha apreciado en el expediente que los hechos denunciados sean constitutivos de abuso. La denunciante impugna el Acuerdo de sobreseimiento ante el Tribunal y corresponde a éste ahora dilucidar quién, conforme a derecho, tiene razón, si el Servicio al sobreseer o la recurrente al impugnar el sobreseimiento. El análisis se hará en dos etapas: en la primera, se considerará la supuesta competencia desleal con afectación del interés público (art. 7 LDC) y, en la segunda, se examinará el supuesto abuso de posición de dominio (art. 6 LDC y art. 86 TCE).

2. Con carácter previo, se impone la consideración por el Tribunal de la proposición de prueba que la recurrente presenta en un otrosí del escrito de alegaciones de 22 de abril de 1999, proposición que se hace invocando el art. 74 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En primer lugar, hay que hacer notar que el presente es un expediente de recurso contra un Acuerdo del Servicio, cuyo objeto es revisar su legalidad, siendo de aplicación al caso el principio general según el cual no pueden solicitarse de la instancia ante la que se recurre otras pruebas que aquéllas que no hubieran podido ser practicadas ante el órgano cuyo acto se impugna y las que, habiendo sido solicitadas oportunamente a éste, hubieran sido denegadas o no practicadas. Ninguno de estos supuestos se da en el presente caso, por lo que no procede admitir la prueba propuesta.

La doctrina consolidada del Tribunal en materia de pruebas en expedientes de recurso es que, en los mismos, no existe un verdadero proceso probatorio tal como el que regula la Ley de Defensa de la Competencia en las disposiciones relativas a la fase de resolución de los expedientes sancionadores o de autorización previamente instruidos por el Servicio (arts. 40 y 41). Por ello, en los expedientes de recurso, sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de la prueba por el Tribunal, cuando la información que obra en el expediente no permite disponer de

los elementos necesarios para fundar la Resolución y dichos elementos pueden ser aportados por las partes.

Además, la actual proposición de prueba es defectuosa. En efecto, el art. 74 del Reglamento invocado por la recurrente establece que los interesados podrán proponer la práctica de cualquiera de las pruebas admitidas en derecho, así como que el Tribunal podrá, en todo caso, acordarlas. Mas el art. 75 del mismo Reglamento (Decreto 538/65, de 4 de marzo), dedicado también al trámite probatorio ante el Tribunal, estipula que las proposiciones de pruebas no serán admitidas si no se han ajustado a un conjunto de normas allí detalladas, y de las que ahora resulta pertinente destacar la siguiente: a)

Todas (las pruebas propuestas) expondrán el hecho o hechos concretos que se trate de acreditar con cada una de las pruebas que se propongan, la eficacia que éstas tengan para probar cada uno de aquellos hechos y las razones por las que se considera necesaria su práctica. (Los subrayados son propios).

La recurrente, al proponer sus pruebas, ha obviado detallar los aspectos subrayados del apartado a) del art. 75 del Reglamento y ha impedido así una de las condiciones que la propia norma invocada impone al Tribunal para poder admitir las pruebas. Sin perjuicio de lo ya señalado sobre la improcedencia de la prueba, esta circunstancia, en sí misma, coloca al Tribunal en la posición de tener que, sin más, rechazar la prueba propuesta.

Finalmente, si el derecho a la prueba se encuentra condicionado a su pertinencia para resolver la cuestión que se dirime, como ya ha dicho, este Tribunal debe igualmente rechazar la prueba propuesta porque la misma no aportaría nuevos elementos de juicio para dictar resolución.

Todo ello sin perjuicio de las facultades de este Tribunal para acordar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Tal haría si fuera necesario para resolver, pero no es el caso.

3. Entrando ya en el fondo del asunto, procede considerar ahora la supuesta conducta desleal con afectación del interés público imputada a Bacardí por la denunciante.

En esta cuestión el Tribunal coincide con el Servicio en que no se ha probado falseamiento sensible de la libre competencia con afectación del interés público, porque no ha resultado acreditado que la actuación de Bacardí haya anulado o perjudicado la capacidad de competir de la marca de ron Havana Club. El criterio del Tribunal es que el estudio de mercado aportado por la denunciante con el recurso no es concluyente a los efectos de demostrar la tesis contraria y que los datos aportados al expediente más bien señalan que la información sobre el origen del ron no es determinante de la elección del consumidor español entre una y otra marca de esta bebida.

No habiéndose acreditado afectación sensible del mercado, innecesario resulta un pronunciamiento de este Tribunal sobre la supuesta deslealtad de la conducta denunciada, aunque el Tribunal coincide con el Servicio en que de la instrucción llevada a cabo no puede concluirse que los hechos denunciados constituyan conductas desleales. Pero el Tribunal no va a pronunciarse definitivamente al respecto y considera que es la jurisdicción ordinaria el ámbito adecuado para ello, porque las imputaciones de competencia desleal realizadas por la denunciante contra Bacardí se refieren, en todo caso, a

presuntos ilícitos civiles sin entidad suficiente para vulnerar las normas de defensa de la competencia, conforme exigiría a este Tribunal, para poder actuar, el art. 7 LDC. Y también coincide el Tribunal con el Servicio en que toda la controversia planteada es un reflejo de la fuerte e intensa competencia que enfrenta a los dos importantes grupos empresariales partes en el expediente, dentro de un sector donde el incremento de las ventas por parte de una empresa sólo puede conseguirse en detrimento de las restantes empresas que intervienen en el mismo, ya que el mercado como un todo tiene dificultades para crecer.

4. Se impone extender ya el análisis al supuesto abuso de posición de dominio por parte de Bacardí.

A este respecto, la posición del Servicio es que no ha resultado acreditado que Bacardí haya abusado de su posición de dominio en el mercado español del ron. La denunciada, por su parte, defiende que el mercado relevante es el de las bebidas alcohólicas combinables y que en ese mercado Bacardí no tiene posición de dominio. La denunciante, por el contrario, opina que el mercado relevante es el del ron, como lo hacía el Servicio (la diferencia entre éste y la denunciante es que el Servicio considera que Bacardí no ha cometido abuso de su posición de dominio, mientras que la denunciante defiende que sí ha abusado).

Las consideraciones siguientes darán respuesta a las alegaciones de las partes al respecto y a las correspondientes afirmaciones que hace el Servicio en su Informe, al mismo tiempo que fijarán la posición del Tribunal en el caso.

5. Una primera cuestión que se impone considerar es cómo afecta al presente caso la aplicación del consagrado principio según el cual una empresa comete abuso de posición dominante cuando compite deslealmente desde una posición de dominio. En este sentido, hay que dejar constancia desde ahora de que no ha resultado acreditado en el presente expediente que Bacardí tenga una posición de dominio en el mercado relevante, y ello con independencia de que su conducta hubiera sido o no desleal. Y la cuestión decisiva no es aquí resolver si el mercado relevante es el del ron o el de las bebidas alcohólicas combinables, discusión en la que se han enzarzado las partes y sobre la que se ha pronunciado el Servicio adoptando una posición tan discutible como la contraria con los elementos de juicio que se han manejado en el expediente. La cuestión decisiva es que, incluso si el mercado relevante fuera el del ron, como quiere la denunciante y admite el Servicio, el tener alrededor de un 70 por ciento de la cuota de mercado, como ostenta Bacardí en el mercado español, no constituye base suficiente para atribuir a esta marca una posición de dominio, porque la cuota de mercado no es en el

presente expediente factor que determine una posición dominante.

6. La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en *poder económico e independencia de comportamiento*. Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.

El Tribunal de Justicia Europeo (TJE), en la conocida Sentencia *United Brands*, de 14 de febrero de 1978, dice textualmente en el Considerando 65 lo siguiente:

La posición de dominio ... afecta a una posición de potencia económica detentada por una empresa a la que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores.

Esta doctrina del TJE es mantenida en la posterior Sentencia *Hoffman-La Roche*, de 13 de febrero de 1979, y luego es incorporada por la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03), en cuyo punto 10 define la posición dominante como aquella que permite al que la ostenta *comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores*.

7. Una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante. En el presente caso, una cuota de mercado tan elevada como la que ostenta Ron Bacardí en el mercado español llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más.

La mencionada Sentencia *United Brands* señala cómo el que una empresa tenga una cuota elevada del mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo que, en todo caso, habrá que apreciar a la luz de

otros factores. Esta Sentencia añade que la investigación sobre la cuestión de saber si una empresa está en posición de dominio debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y la situación competencial existente. Por lo que se refiere a los factores de estructura de la empresa, considera como tales: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y, en lo relativo a los factores de situación competencial en el mercado, señala que hay que tener en cuenta los siguientes: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

8. En el presente caso, no hay prueba alguna en el expediente, ni razonables indicios, de que la denunciada tenga independencia de comportamiento, ni respecto de los consumidores ni tampoco de los competidores. Más bien el expediente evidencia lo contrario; es decir, que entre los principales competidores, que pertenecen a grupos empresariales de similar importancia, se da una fuerte interdependencia, lo que les obliga a estar en todo momento atentos a sus recíprocos movimientos. Y precisamente eso favorece que no haya posición de dominio alguna en el mercado. Es de resaltar que en ninguno de los citados factores de la estructura de la empresa y de la situación competencial del mercado, la posición de la denunciada es hegemónica, salvo en el referente a su cuota de mercado. Particular interés tiene que en el mercado de referencia no hay barreras de entrada significativas desde hace más de trece años, cuando España se adhirió a las Comunidades Europeas, y que se trata de un mercado altamente contestable, como lo evidencia el que diversas marcas de ron estén penetrando en los últimos tiempos y, particularmente, la marca propia del grupo empresarial denunciante, careciendo todas ellas, en este mercado, de una independencia de comportamiento relativa suficiente como para poder imponer precios u otras condiciones a los clientes en beneficio propio.
9. En definitiva, el Tribunal coincide con la denunciada en que Bacardí no tiene una posición de dominio en el mercado, pero no por el motivo que ella esgrime, consistente en considerar que el mercado relevante es el más amplio de las bebidas alcohólicas combinables, asunto sobre el que el Tribunal estima que no cabe un pronunciamiento definitivo con la información que obra en el expediente, sino porque, sea cual sea el mercado relevante (el de ron o el de bebidas combinables), no hay evidencia alguna en el expediente de que, a pesar de su importante cuota en el mercado del ron, Bacardí tenga una independencia relativa de comportamiento en el mercado tal que le permita actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de competidores y clientes.
10. Para concluir: no ha resultado acreditado que los hechos denunciados sean constitutivos de conductas desleales que afecten al interés público, ni tampoco

que Bacardí ostente posición de dominio en el mercado relevante, por lo que no cabe atribuirle que haya abusado de dicha posición. En consecuencia, por ninguna de las prácticas denunciadas cabe imputar a Bacardí la transgresión de los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia ni la del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea.

Vistos los preceptos citados y demás de general aceptación, este Tribunal

RESUELVE

Primero.- Inadmitir la prueba propuesta por PR Larios SA en este expediente de recurso.

Segundo.- Desestimar el recurso presentado por PR Larios SA contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 18 de febrero de 1999 por el que se sobresee el Expediente nº 1642/97.

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