

## **RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0147/09 Fabricantes y Comercializadores de Alcohol)**

### **CONSEJO**

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M. Jesús González, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez, Consejera

En Madrid, a 3 de marzo de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0147/09 Fabricantes y Comercializadores de Alcohol, iniciado de oficio, tras la denunciada presentada por BS MESENA CONSULTORES SLL por presuntas conductas prohibidas en la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contra DIAGEO PLC, y su filial al 100% dependiente de ella en España DIAGEO, S.A., THE EDRINGTON GROUP LTD. PERNORD RICARD, S.A. (y su filial al 100% dependiente de ella en España PERNORD RICARD ESPAÑA, S.A., WILLIAM GRANT & SONS HOLDING LTD, BEAM GLOBAL SPIRITS & WINE INC, y su filial al 100% dependiente de ella en España BEAM GLOBAL ESPAÑA, S.A., JOHN DEWAR & SONS LT y BACARDI-MARTINI LIMITED, y la delegación de su sociedad 100% en España BACARDI ESPAÑA, S.A, y contra la Asociación SCOTCH WHISKY ASSOCIATION LTD (SWA).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 9 de octubre de 2009 tuvo entrada en la secretaría del Consejo una Propuesta de Archivo de la Dirección de Investigación de la CNC (DI) en el expediente sancionador S/0147/09 Fabricantes y Comercializadores de Alcohol, originado por la denunciada presentada por BS MESENA CONSULTORES SLL por presuntas conductas prohibidas en la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contra DIAGEO PLC, y su filial al 100% dependiente de ella en España DIAGEO, S.A., THE EDRINGTON GROUP LTD. PERNORD RICARD, S.A., y su filial al 100% dependiente de ella en España PERNORD RICARD ESPAÑA, S.A., WILLIAM GRANT & SONS HOLDING LTD, BEAM GLOBAL SPIRITS & WINE INC, y su filial al 100% dependiente de ella en España BEAM GLOBAL ESPAÑA,

S.A., JOHN DEWAR & SONS LT y BACARDI-MARTINI LIMITED, y la delegación de su sociedad 100% en España BACARDI ESPAÑA, S.A., y contra la Asociación SCOTCH WHISKY ASSOCIATION LTD (SWA).

2. Los Antecedentes narrados en la Propuesta de Archivo elevada al Consejo por parte de la Dirección de Investigación, son los siguientes:

- (1) *Con fecha 12 de noviembre de 2008, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia denuncia por parte de BS MESENA CONSULTORES SLL (en adelante, BS MESENA) por prácticas prohibidas en la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y en la legislación comunitaria contra:*
  - *DIAGEO PLC, y su filial al 100% dependiente de ella en España DIAGEO, S.A.*
  - *THE EDRINGTON GROUP LTD*
  - *PERNORD RICARD, S.A., y su filial al 100% dependiente de ella en España PERNORD RICARD ESPAÑA, S.A.*
  - *WILLIAM GRANT & SONS HOLDING LTD*
  - *BEAM GLOBAL SPIRITS & WINE INC, y su filial al 100% dependiente de ella en España BEAM GLOBAL ESPAÑA, S.A.*
  - *JOHN DEWAR & SONS LT y BACARDI-MARTINI LIMITED, y la delegación de su sociedad 100% en España BACARDI ESPAÑA, S.A.*
  - *SCOTCH WHISKY ASSOCIATION LTD (SWA)<sup>1</sup> (folios 1 a 809).*
- (2) *Con fecha 27 de marzo de 2009 se requirió a BS MESENA la subsanación de su denuncia (folios 810 a 812), que tuvo entrada el 3 de abril de 2009 (folios 816 a 1858).*
- (3) *Con fecha 20 de abril de 2009 la Dirección de Investigación remitió al Consejo de la CNC una propuesta de escrito al Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid de acuerdo con el artículo 16 de la LDC (folios 1858.1 a 1858.5).*
- (4) *Con fecha 8 de junio de 2009 tuvo entrada nuevo escrito de BS MESENA en el que aporta información adicional y solicita que, en virtud del artículo 25 LDC, se informe a los órganos judiciales si los criterios utilizados por BS MESENA para la cuantificación del daño se han evaluado correctamente (folios 1859 a 1726).*
- (5) *El 16 de junio de 2009, el Secretario del Consejo de la CNC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la LDC, remitió al Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid escrito sobre el expediente de referencia (folios 1997 a 2003).*
- (6) *Mediante escrito de 17 de junio de 2009, en respuesta al escrito presentado por BS MESENA el 8 de junio en lo relativo a la solicitud de informe a los órganos judiciales, se comunica a BS MESENA que la CNC sólo podrá emitir el dictamen*

---

<sup>1</sup> Todas las compañías denunciadas pertenecen a la SWA, ostentando a su vez 13 de los 17 puestos con los que contaba el Consejo de Administración de la SWA en el momento de presentarse esta denuncia.

*del artículo 25.c) de la LDC cuando el mismo le sea requerido por el correspondiente órgano judicial (folios 2004 a 2007).*

- (7) Con fecha 29 de junio de 2009, tuvo entrada en la CNC escrito del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid en el que hace constar que se toma conocimiento de la comunicación que la CNC ha efectuado a los efectos del artículo 16 de la LDC y remite el auto de admisión a trámite de la demanda (folios 2008 a 2011).*
- (8) Con fecha 20 de julio de 2009, BS MESENA presentó copia de una Providencia de 24 de junio de 2009 del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid en la que comunica que el procedimiento se encuentra en la fase de audiencia previa y que se toma conocimiento de la comunicación de la CNC a los efectos del artículo 16 de la LDC (folios 2001 a 2019).*

12. Los hechos denunciados descritos en la Propuesta de Archivo son:

- (9) BS MESENA denuncia a las mencionadas empresas productoras y comercializadoras de bebidas alcohólicas y a la SWA por posibles prácticas contrarias a los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. Sin embargo, tras la subsanación de la denuncia, BS MESENA señala únicamente como precepto infringido el artículo 1.1 de la LDC (folio 818).*
- (10) La denunciante alega que los asociados de la SWA, a través de ésta y mediante acuerdos internos, han impedido a través de prácticas colusorias la presencia de BS MESENA en el mercado de producción y comercialización de bebidas alcohólicas y espirituosas y, especialmente, en el de producción y comercialización de whisky.*
- (11) De acuerdo con la información aportada en la denuncia, BS MESENA es una empresa que cuenta desde el 2003 con una patente para el envase Modelo de Utilidad, propiedad de D. Manuel Puig<sup>2</sup>.*
- (12) Un estudio de NIELSEN de 14 de octubre de 2008 contratado por BS MESENA señala que ésta podría alcanzar con la comercialización de bebidas alcohólicas en su nuevo envase un 24% del mercado español (folio 190).*
- (13) Señala la denunciante que para impedir la comercialización de bebidas alcohólicas en este envase y eliminar a un competidor, los asociados de la SWA paralizaron la actividad productiva y comercial de BS MESENA a través de una denuncia falsa de carácter penal presentada por la SWA en 2003 y mediante el precinto de las instalaciones y el whisky escocés que comercializaba BS MESENA, así como la publicidad de esos productos. Considera la denunciante que las pruebas aportadas por la SWA para paralizar la actividad se demostraron infundadas desde el primer momento de la instrucción del expediente.*

---

<sup>2</sup> Señala la denuncia que el modelo de utilidad, con una vigencia de 25 años, consiste en una bolsita individual de plástico de 5 centilitros que permite envasar bebidas de alta graduación. Se diferencia de los formatos tradicionales de 70 centilitros y 1 litro.

- (14) Se exponen a continuación y por orden cronológico las actuaciones judiciales entabladas entre la SWA y BS MESENA desde el año 2003 hasta el año 2008:
1. Denuncia de la SWA contra BS MESENA por delitos de defraudación de denominación de origen, delito contra los consumidores y delito de estafa
- (15) Con fecha 11 de marzo de 2003, la SWA interpuso ante la Guardia Civil de Toledo y en relación con el whisky escocés comercializado por BS MESENA una denuncia por los delitos de defraudación de denominación de origen, delito contra los consumidores y delito de estafa. En su escrito de denuncia, la SWA solicitaba la pena de prisión y que se interviniera y precintase todo aquello que hiciera mención al whisky escocés depositado en Espumosos Rody S.A<sup>3</sup>. La base de la denuncia fue una analítica realizada por el Scotch Whisky Research Institute (SWRI) sobre una muestra entregada por la SWA, en la que se decía que el producto analizado ni era whisky ni whisky escocés de acuerdo con el Reglamento (CEE) núm. 1576/89 del Consejo, de 29 de mayo de 1989, por el que se establecen las normas generales relativas a la definición, designación y presentación de las bebidas espirituosas (folios 307-320).
- (16) La autoridad policial dio traslado de la denuncia al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Orgaz, que el 9 de abril de 2003 acuerda la entrada y registro en la sociedad Espumosos Rody, S.A. (folios 1244 a 1246), teniendo ésta lugar el 11 de abril de 2003 (folios 1248 a 1304). Asimismo, con fecha 11 de abril de 2003 ese Juzgado resolvió adoptar las medidas cautelares solicitadas por la SWA, precintando en las instalaciones de Espumosos Rody S.A. el whisky, los envases, la publicidad y diversas instalaciones de la factoría (folio 11).
- (17) El 30 de julio de 2003 el Juzgado acordó el archivo de las actuaciones y el alzamiento de las medidas cautelares, tras señalar que el whisky era comprado a miembros de la SWA y que el proceso penal no era el orden adecuado para discutir la extensión de la denominación geográfica “Scotch Whisky”, habiendo tenido en cuenta también el informe pericial del Instituto de la Vid y del Vino de Castilla La Mancha (IVICAM) que aportaron los denunciados (folios 1332 y 1333)<sup>4</sup>.
- (18) El 2 de agosto de 2003, la SWA recurrió el archivo de 30 de julio, basándose en que no había sido aclarada la cuestión de si se trataba o no de whisky escocés y que no se había emitido el informe de la Guardia Civil solicitado por el Juez (folios 1335 a 1367). El recurso fue desestimado mediante auto de 22 de enero de 2004, en el que también se desestimaba la petición de mantenimiento de las medidas cautelares hasta la firmeza de la resolución

---

<sup>3</sup> Espumosos Rody S.A es una empresa dedicada a la fabricación y comercialización de bebidas refrescantes, carbónicas y otras alcohólicas de baja graduación, domiciliada en Madridejos, provincia de Toledo. En virtud del contrato firmado entre Espumosos Rody S.A y BS MESENA, en las instalaciones de ésta se producían, embotellaban y comercializaban determinadas bebidas de BS MESENA.

<sup>4</sup> El Auto judicial señala que en el Informe del IVICAM se evidencia la ausencia de los elementos del tipo del artículo 282 del Código Penal.

*respecto de dos depósitos de Espumosos Rody S.A. (folios 1469 a 1472). Recurrió la SWA ante la Audiencia Provincial de Toledo. Con fecha 6 de febrero de 2004 se practicó el desprecinto de los dos depósitos de Espumosos Rody S.A. (folio 1579). Con fecha 24 de mayo de 2004, la Audiencia Provincial de Toledo estimó parcialmente las pretensiones de la SWA y ordenó que se realizase otra analítica del producto intervenido (folios 1373 a 1377).*

- (19) *El 10 de febrero de 2004 se emitió el Informe de la Guardia Civil señalando que el producto intervenido es whisky (folios 1369 a 1371).*
- (20) *El Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación a través de su Laboratorio Arbitral Agroalimentario, con fecha 17 de enero de 2006, emitió su certificado sobre el producto señalando que el Reglamento (CCE) núm. 1576/89 no especifica para el whisky ningún límite, por lo que no se puede sacar ninguna conclusión sobre sus análisis (folio 1446).*
- (21) *El 21 de septiembre de 2006 el Juzgado de Instrucción nº 2 de Orgaz, a la vista de la analítica realizada por el Ministerio de Agricultura volvió a archivar el procedimiento penal (folios 1453 a 1455). El auto fue recurrido por la SWA en reforma, recurso que fue desestimado el 5 de marzo de 2007 (folios 1474 a 1481). La SWA presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Toledo que fue desestimado el 27 de diciembre de 2007 señalando que no se trata de un ilícito penal sino que la cuestión debe ventilarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o en el civil (folios 1224 a 1228).*
- (22) *El 16 de enero de 2008 BS MESENA solicitó el levantamiento de las cautelares y el mismo fue acordado por el Juzgado el 30 de enero de 2008 (folio 1464) y se llevó a cabo el 16 de septiembre de 2008 (folios 1578 a 1599).*
- (23) *El 31 de enero de 2008 la SWA solicita al Juzgado que mantenga el precinto porque va ejercitar acciones civiles (folios 1466 y 1467), solicitud que se deniega por el Juzgado por haberse realizado con posterioridad a la entrega de las piezas de convicción y sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan solicitar en el procedimiento civil (folio 1465). La SWA presentó recurso de reforma contra tal desestimación el 7 de febrero de 2008.*
2. *Querrela criminal de BS MESENA contra la SWA por denuncia falsa y competencia desleal*
- (24) *BS MESENA presentó una querrela criminal contra, entre otros, la SWA por denuncia falsa que ha sido admitida a trámite el 9 de mayo de 2008 y el 14 de enero de 2009 presentó demanda ante los Juzgados de lo Mercantil (folio 817) en la que entabla acción declarativa de la deslealtad del acto del artículo 18.1 de la Ley 3/1991, de Competencia desleal, acción declarativa de haberse adoptado práctica restrictiva de la competencia contraria al artículo 1 de la LDC y la acción de resarcimiento de daños y perjuicios<sup>5</sup>.*
3. *Demanda de la SWA contra BS MESENA*

---

<sup>5</sup> No son del todo coincidentes los denunciados ante la CNC y los denunciados ante el Juzgado de lo Mercantil.

- (25) *Por su parte, la SWA ha presentado una nueva demanda contra BS MESENA en Madrid, sin que consten en el expediente más datos al respecto.*
- (26) *Finalmente, cabe señalar que el denunciante solicita en su escrito de denuncia la remisión del expediente a los Servicios de Defensa de la Competencia de la CE, debido a la localización de los asociados de la SWA (folio 32).*

13. Las partes que han formado parte de la investigación son:

**BS MESENA CONSULTORES SLL (BS MESENA)**

- (27) *BS MESENA, la denunciante, es una compañía constituida en España en el año 2001, con domicilio en Madrid, y que se creó con el objetivo de fabricar y comercializar vinos, bebidas alcohólicas o espirituosas y otras, habiendo ampliado su actividad en los últimos años dedicándose también al asesoramiento en materia contable y de personal.*
- (28) *BS MESENA tenía un acuerdo firmado con ESPUMOSOS RODY, S.A. de manera que desde finales de 2001 y durante 2002, BS MESENA desarrolló un catálogo de bebidas alcohólicas que producía, embotellaba y comercializaba en las instalaciones de ESPUMOSOS RODY.*

**DIAGEO PLC (DIAGEO)**

- (29) *DIAGEO es una compañía con domicilio social en Londres (Reino Unido). De las 93 destilerías existentes a nivel mundial dedicadas a la producción y comercialización de whisky escocés, DIAGEO controla 27, teniendo una capacidad de producción mundial de 62 millones de litros de whisky escocés. En España, posee una filial dependiente al 100%, DIAGEO, S.A. y tiene una cuota de mercado de producción y comercialización de whisky escocés en España del 19,05% en el año 2007.*

**THE EDRINTONG GROUP LTD (EDRINTONG)**

- (30) *EDRINTONG es una compañía con domicilio social en Glasgow (Reino Unido). EDRINTONG controla 5 destilerías, teniendo una capacidad de producción mundial de 18,6 millones de litros de whisky escocés. Tiene una cuota de mercado de producción y comercialización de whisky escocés en España del 5,11% en el año 2007.*

**PERNOD RICARD, S.A. (PERNOD)**

- (31) *PERNOD es una compañía con domicilio social en París (Francia). PERNOD controla 14 destilerías, teniendo una capacidad de producción mundial de 40,3 millones de litros de whisky escocés. En España, posee una filial dependiente al 100%, PERNOD RICARD ESPAÑA, S.A., que tiene una cuota de mercado de producción y comercialización de whisky escocés en España del 12,33% en el año 2007.*

**WILLIAM GRANT & SONS HOLDING LTD (WILLIAM GRANT)**

- (32) *WILLIAM GRANT es una compañía con domicilio social en Surrey (Reino Unido). Controla 4 destilerías, teniendo una capacidad de producción mundial de 15,6 millones de litros de whisky escocés.*

**BEAM GLOBAL SPIRITS & WINE INC (BEAM GLOBAL)**

- (33) *BEAM GLOBAL es una compañía con domicilio social en Sussex (Reino Unido). En España, posee una filial dependiente al 100%, BEAM GLOBAL ESPAÑA, S.A., que tiene una cuota de mercado de producción y comercialización de whisky escocés en España del 10,55% en el año 2007.*

**JOHN DEWAR & SONS LTD. Y BARCARDI-MARTINI LIMITED (JOHN DEWAR Y BARCARDI)**

- (34) *JOHN DEWAR Y BARCARDI es una compañía con domicilio social en Hampshire (Reino Unido). JOHN DEWAR Y BARCARDI controla 6 destilerías, teniendo una capacidad de producción mundial de 11,8 millones de litros de whisky escocés. En España posee una filial dependiente al 100%, BACARDI ESPAÑA, S.A., que tiene una cuota de mercado de producción y comercialización de whisky escocés en España del 6% en el año 2007.*

**SCOTCH WHISKY ASSOCIATION LTD (SWA)**

- (35) *La SWA, asociación denunciada, es una sociedad limitada creada en Reino Unido en 1960, con domicilio y oficinas en Edimburgo y Londres. Sus asociados representan el 95% de la producción y comercialización del whisky escocés de todo el mundo, siendo su presidente en el momento de presentación de la denuncia Paul Wash, miembro de DIAGEO.*
- (36) *La SWA es la encargada de promocionar, proteger y representar los intereses de la industria del whisky escocés a nivel mundial<sup>6</sup>.*
- (37) *De las 93 destilerías existentes a nivel mundial dedicadas a la producción y comercialización de whisky escocés, los asociados de la SWA controlan 81, teniendo una capacidad conjunta de producción mundial de 198,73 millones de litros de whisky escocés y una cuota de mercado conjunta de whisky escocés en España del 53,04% en el año 2007.*
- (38) *Esta entidad se encuentra también asociada a la GIN AND VODKA ASSOCIATION, constituyendo los principales miembros de la misma el Consejo de Dirección de la SWA.*
- (39) *Las seis compañías denunciadas ostentan trece de los diecisiete puestos con los que cuenta el Consejo de Administración de la SWA (En la demanda judicial, presentada por la denunciante, se señala que, en 2006, 10 de 16 miembros del Consejo de la SWA pertenecen a los grupos demandados<sup>6</sup>).*

14. La DI, tras los hechos analizados en el expediente, y en base a la doctrina comunitaria en materia de valoración del ejercicio de una acción judicial desde la óptica de la defensa de la competencia, valora que no hay indicios de infracción del

<sup>6</sup> Fuente: Página web de la SWA ([http://www.scotch-whisky.org.uk/swa/CCC\\_FirstPage.jsp](http://www.scotch-whisky.org.uk/swa/CCC_FirstPage.jsp))

artículo 1 de la LDC pues en el caso presente las acciones judiciales no tienen por objeto hostigar a la parte contraria, ni existen indicios de que estén concebidas en el marco de un plan para restringir la competencia. Los indicios que se desprenden del acuerdo tomado en el seno de la SWA el 5 de diciembre de 2002 muestran que la intención de la SWA de emprender acciones legales es para la defensa del whisky escocés; ese acuerdo se adopta antes de que MESENA comience a comercializar el envase monodosis; y no se han hallado otros indicios que puedan acreditar la existencia de un plan por parte de la SWA para evitar la entrada de BS MESENA en el mercado y eliminar la competencia, como defiende la denunciante. Con respecto al análisis de posible infracción por abuso de posición de dominio, al ser una asociación quien ha protagonizado la conducta denunciada, estaríamos en una conducta adoptada por acuerdo, por lo que nos situaríamos en el análisis del artículo 1 ya valorado previamente. Y añade la DI que en caso de llegar a considera a SWA como una única entidad con posición de dominio, la conducta llevada a cabo por la misma, de ser valorada como abuso, podría encontrar su justificación objetiva en la función de la SWA, de promocionar, proteger y representar los intereses de la industria del whisky escocés a nivel mundial. Por último, respecto al análisis en sede de una conducta desleal, los hechos analizados no indican la existencia de una conducta desleal, y menos aun que la misma afectase al interés público, dada la estructura del mercado en cuestión y la posición del denunciante en el mismo.

15. Consecuentemente la DI eleva al Consejo una propuesta en la que manifiesta que: *“A la vista de todo lo actuado y de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones por considerar que no hay indicios de infracción de la Ley.”*
16. El Consejo deliberó y fallo el presente expediente en su sesión plenaria del día 17 de febrero de 2017.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La presente Resolución tiene por objeto resolver si las empresas y asociación denunciadas por BS MESENA CONSULTORES SLL han incurrido en una conducta tipificada como infracción en la Ley de Defensa de la Competencia española. La denuncia se realiza en base a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuya entrada en vigor fue el 1 de septiembre de 2007. Los hechos que se denuncian como posible infracción de la legislación de defensa de la competencia comienzan en diciembre del año 2002, momento en que las empresas denunciadas y asociadas en SWA habrían tomado el supuesto acuerdo anticompetitivo de emprender acciones legales contra el denunciante. La ejecución de dicha acción judicial se materializó en marzo de 2003, y con posterioridad SWA ha seguido otras actuaciones derivadas del inicio de dicho proceso de demanda civil. La última actuación que consta en el expediente es de enero de 2008, contra la desestimación de su último recurso de apelación en sede jurisdiccional. La conducta que la DI analiza como infractora de la LDC se inicia estando en vigor la Ley 16/1989 y, de ser ésta una conducta contraria a la norma, habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa

de la Competencia. Sobre la cuestión de cuál de las dos normas debe ser aplicada, este Consejo ya ha resuelto (por todas RCNC de 12 de noviembre de 2009 S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal) aplicar la Ley 15/2007 en materia procedimental y, Ley 16/1989 en materia sustantiva cuando la conducta analizada aconteció estando en vigor dicha norma. El denunciante, si bien inicialmente denuncia por infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, posteriormente se centra en el artículo 1.1. No obstante, la DI ha analizado la conducta denunciada desde la óptica de los tres ilícitos, ya sea bajo la Ley 16/1989 o bajo la Ley 15/2007.

**SEGUNDO.-** La denuncia se basa en que las empresas denunciadas, bajo la asociación a la que pertenecen, se habrían puesto de acuerdo para dificultar la entrada en el mercado del denunciante. En especial, el denunciante considera que sus competidores, fabricantes y distribuidores de whisky escocés, pretendían con su actuación, impedirle la comercialización de su producto en un formato de envasado monodosis cuyo potencial, según ciertos estudios de mercado, podría alcanzar una cuota del 24% del mercado. El acuerdo se habría tomado en la reunión de la asociación SWA de fabricantes y comercializadores de whisky escocés, en diciembre de 2002, y se habría materializado con la denuncia interpuesta por SWA ante la Guardia Civil en marzo de 2003, así como con otras actuaciones de la misma índole ante instancias jurisdiccionales civiles. Dichas actuaciones tuvieron como consecuencia que los activos afectados por estas actuaciones fuesen precintados por orden judicial, impidiendo al denunciante el ejercicio de la actividad.

Consta en el expediente que en el seno de la SWA, el 5 de diciembre de 2002 se celebró una asamblea. En dicha asamblea se informó a los miembros que las autoridades británicas aduaneras habían confiscado una partida de botellas de supuesto whisky escocés etiquetado por la denunciante. El contenido había sido analizado por el SWRI (Instituto de Investigación de Whisky Escocés) y según los resultados obtenidos no se trataba de whisky escocés. El etiquetado de las botellas resultaba confuso con respecto a la embotelladora. En base a esa información se acordó que SWA emprendiera las acciones civiles y penales que considerara oportunas en defensa del producto whisky escocés. Así, en marzo de 2003 la SWA presentó ante la Guardia Civil demanda penal por actuaciones fraudulentas contra BS MESENA. Esa acción tuvo como consecuencia la intervención de distintas instancias judiciales, debido a los sucesivos recursos contra las resoluciones de dichas instancias. Así se llegó hasta enero de 2004 en que se produce la desestimación de la demanda inicial y el levantamiento de las medidas tomadas cautelarmente. No obstante SWA continuó ante otras instancias su demanda inicial, ya que entendía que su demanda era contra la comercialización de un producto que se denominaba whisky escocés, cuando dicho producto no era whisky escocés, y que los análisis de la Guardia Civil, que dieron lugar a desestimar su demanda declaraban que se trataba de whisky, pero nada decía de que fuese whisky escocés. Finalmente la Audiencia provincial de Toledo desestimó que se tratara de un ilícito penal y que la cuestión debía ventilarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o en el civil. La denunciante ha emprendido nuevas acciones en el ámbito civil, mientras que BS MESENA ha acudido tanto a la vía civil como a la administrativa.

**TERCERO.-** La valoración que realiza la DI, expuesta en los antecedentes, es que los hechos analizados no son susceptibles de ser valorados como indicios de una infracción contraria a la legislación de competencia. El Consejo de la CNC comparte esa valoración, pues el acuerdo tomado en el seno de la SWA el 5 de diciembre de 2002 no constituye una prueba directa de un acuerdo entre competidores para impedir la entrada de un nuevo competidor. Se trata de una decisión tomada tras la aportación a la asamblea de que existían indicios de que una empresa denominada BS MESENA estaba comercializando un producto bajo etiquetado de whisky escocés, cuando no era realmente whisky escocés bajo los parámetros determinados por el SWRI, institución encargada de velar por la calidad y veracidad de los productos comercializados bajo la denominación de whisky escocés.

El resto de hechos tampoco avala su consideración como indicios de infracción, pues tampoco éstos corroborarían la interpretación del denunciante. Este sostiene que la intención de SWA era frenar su entrada porque la novedosa comercialización del producto en envases monodosis desechables y de fácil transporte iba a suponerles a sus competidores una notable merma en su cuota de mercado. Como ya se ha señalado, tanto el acuerdo del consejo de la SWA, como la demanda penal, son cronológicamente anteriores a que el denunciante iniciara la comercialización de estos envases, y a que solicitase los correspondientes certificados de la oficina de patentes y marcas, y no hay indicio alguno de que SWA dispusiera de dicha información el 5 de diciembre de 2002. Por otro lado existe una explicación alternativa a una hipotética conducta con efectos anticompetitivos, como es la defensa de la imagen y calidad de un producto en el mercado que goza de un determinado prestigio y consecuentemente de un determinado valor. La demanda ante el orden penal se basó en una utilización fraudulenta de un nombre, el whisky escocés, que según la SWRI no era whisky escocés. No se encuentran pues indicios de infracción subsumible ni el artículo 1 ni en el 2. Con respecto al artículo 3, aplicando la reiterada doctrina de la CNC en esta materia, de estar acreditada tal conducta, su sanción por parte del Consejo requeriría la apreciación de que la misma afecta al interés público por falsear la competencia. En el caso presente no hay indicios de una conducta que pudiera afectar a dicho interés público, tal y como argumenta la DI.

Por tanto, en ausencia de prueba directa o de otros indicios que puedan sostener una incoación en base a una prueba de presunciones, este Consejo de acuerdo con la DI, valora que no procede incoar expediente sancionador en el caso analizado.

Por todo cuanto antecede, este Consejo hace suya la propuesta que le eleva la Dirección de Investigación de no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones realizadas, por no apreciar la existencia de indicios de infracción, y consecuentemente

## **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** No incoar procedimiento sancionador contra las empresas denunciadas por la BS MESENA CONSULTORES SLL en su denuncia de 12 de noviembre de 2008, sobre la base del artículo 49.3 de la ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

y archivar las actuaciones seguidas hasta el momento en el expediente S/0147/09 Fabricantes y Comercializadores de Alcohol.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a la denunciante y denunciadas haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.