

Roj: SAN 1527/2003  
Id Cendoj: 28079230062003100195  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 457/2002  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo  
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

Madrid, a uno de octubre de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 6/457/02 que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN en nombre y representación de FREIXENET, S.A., frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, siendo codemandada Codorníu, S.A. contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de Abril de 2002, (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho) siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 2 de Julio de 2002, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 8 de Julio de 2002, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 27 de Septiembre de 2002, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 11 de Diciembre de 2002, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. En iguales términos se pronunció la codemandada.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se dió traslado para formalizar conclusiones a la parte actora, y, después, al Sr. Abogado del Estado, quienes las evacuaron en sendos escritos, en los que reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 30 de Septiembre de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las

prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone Recurso contencioso administrativo contra Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de Abril de 2002, recaída en el expediente R-465/01, incoado para resolver el recurso interpuesto en representación de Freixenet, S.A., contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 19 de Diciembre de 2000, por el que se archiva el expediente 2028/99, instruido por denuncia de Freixenet, S.A. contra Codorníu, S.A. por conductas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la comercialización de botellas de cava que incumplen la normativa legal. La Resolución del T.D.C. acuerda desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de Archivo.

Son hechos a considerar, que el Tribunal de Defensa de la Competencia, en Resolución de 21 de Junio de 1.999, recaída en el expediente R-333/98, incoado para resolver el recurso interpuesto por Freixenet, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 9 de Septiembre de 1.998, por el que se sobreescribía parcialmente el expediente nº 1390/96, iniciado por la denuncia de Codorníu, S.A. contra Freixenet, S.A., acordó entre otros extremos: . . . . .

"4 Remitir al Servicio de Defensa de la Competencia copia compulsada del escrito de Freixenet, S.A. de 7 de Junio de 1.999, al que hace referencia el fundamento de derecho nº 13 y el antecedente de hecho nº 9, a fin de que aquél decida lo que proceda en relación con la nueva denuncia formulada."

En cumplimiento de la Resolución del T.D.C., el Servicio inició diligencias que tramitó con el número 2028/1999, donde Freixenet, S.A. denunciaba los siguientes extremos:

" Codorníu, S.A. realizó una infracción de la L.D.C. al utilizar uva Pinot Noir, en la gama alta de sus productos, variedad no permitida por la normativa sobre el cava.

Codorníu, S.A. realizó actos de competencia desleal cuando utilizó las botellas esmeriladas para envasar cava.

Codorníu, S.A. habría cometido una infracción por haber comercializado 998.448 botellas negras esmeriladas en un periodo inferior a los nueve meses."

El 19 de Diciembre de 2000, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó archivar las actuaciones.

En las alegaciones que Freixenet, S.A. presentó ante el T.D.C. y que en esencia reproduce en sede judicial alegaba que la rectificación de la empresa Arthur Andersen, en la que se basaba el Servicio para sobreescribir el expediente en lo relativo a las 998.448 botellas que supuestamente no habrían completado el periodo de maduración de nueve meses, era contradictoria con lo que, en su día, aquella empresa había afirmado ante el Juez.

Del mismo modo decía que el S.D.C. evaluaba incorrectamente la afectación a la competencia puesto que las 998.448 botellas debían relacionarse con la producción total de Codorníu, S.A., no con los 120 millones de botellas de producción total de cava y que todas esas 998.448 botellas eran de un tipo (botellas negras esmeriladas) y todas fueron comercializadas en Alemania: con lo que Codorníu, S.A. se habría aprovechado de la invención, de la publicidad y del prestigio logrado por la botella negra esmerilada de Freixenet, S.A.

SEGUNDO.- Esta Sala en su Sentencia de 4 de Diciembre de 2002, que confirmaba la Resolución del T.D.C. de 21 de Junio de 1.999, en lo relativo a los puntos 1 y 3 de la misma (no cabe olvidar que el recurso que hoy examinamos tiene como base el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 19 de Diciembre de 2000, recaída en las Diligencias iniciadas, como consecuencia de lo acordado en el punto 4º de dicha Resolución del T.D.C. de 21 de Junio de 1.999, ha señalado:

"Para que un acto desleal tenga cabida en el ámbito de aplicación del artículo 7 LDC es necesario, como primera condición, que exista un comportamiento desleal con arreglo a lo establecido en la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y además, en segundo término, como expresa la Resolución del TDC impugnada, que se trate de un comportamiento desleal cualificado, en cuanto afecte y falsee el funcionamiento competitivo del mercado.

Para decidir tal cuestión no podemos obviar los pronunciamientos judiciales existentes sobre tal cuestión, máxime cuando proceden de Tribunales del orden jurisdiccional civil, que es el competente para el enjuiciamiento de las conductas contrarias a la ley 3/91. La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 26 de enero de 2000 (AC 2000688), trató de las mismas cuestiones que ahora examinamos (Fundamentos de Derecho 21º a 27º), también desde la perspectiva de la ley 3/91, y tras una valoración de muy diversa prueba, entre la que figuran algunos dictámenes que las partes han traído también al presente recurso, llegó a las siguientes conclusiones (Fundamento de Derecho 28º):

a) No se ha probado la realidad esencial de las infracciones de las normas sobre densidad de plantación y rendimiento máximo autorizado que se imputan a CODORNIÚ.

b) En cuanto a la infracción, por CODORNIÚ, de las normas sobre riego, cuya realidad si se ha demostrado, ha de tenerse en cuenta que el Reglamento regulador de la denominación guarda silencio sobre esta materia. También que, en la fecha que los riegos se llevaron a cabo, se hallaban derogados los preceptos nacionales prohibitivos de la práctica. Ello significa que el comportamiento de CODORNIÚ no estuvo cualificado por más antijuricidad que la resultante de la ausencia de un acto administrativo previo. De ahí que sea procedente entender que la infracción no es subsumible bajo la órbita del apartado segundo del artículo 15 de la ley 3/1991, sino bajo la del apartado primero, que, como se dijo, reclama que la infractora se hubiera prevalido de una ventaja competitiva de significación. Y sobre todo ello no hay prueba alguna en las actuaciones.

Cierto que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26/1/2000 no es firme y está recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, pero ello no significa que esta Sala pueda desconocer la presunción de conformidad a derecho de lo que en ella se declara, ni menos todavía, apartarse sin fundamento alguno de los hechos que considera probados.

Aunque no se trate de una sentencia firme, esta Sala se considera vinculada a lo resultado por el Tribunal del orden civil, por una lado, por el rigor y amplitud en el tratamiento de la cuestión litigiosa en esta concreta sentencia, y por otro lado, porque como decía el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1984, "...repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica ..." aceptar -bien es cierto que el TC se estaba refiriendo a sentencias firmes- que en virtud de distintas resoluciones judiciales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue, o en el caso de autos, una misma empresa incurrió y no incurrió en exceso en la plantación y número de yemas o infringió y no infringió las normas sobre riego, prevaliéndose de una ventaja competitiva de significación.

La parte actora no ha propuesto en este recurso prueba alguna que permita llegar a distinta conclusión a la de la Audiencia Provincial de Barcelona. La prueba practicada, tanto a su instancia como a propuesta de la codemandada, que en el criterio de la Sala es relevante en este caso, como los distintos dictámenes periciales que obran en autos, procede precisamente de las actuaciones seguidas actualmente en el Tribunal Supremo para conocer del recurso de casación contra la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, y lógicamente fueron valoradas y tenidas en cuenta por dicho órgano jurisdiccional al dictar la sentencia a que se ha hecho referencia. A las mismas conclusiones llega también la Sala tras el examen de las pruebas aportadas por las partes en este recurso.

SEXTO.- La parte actora incluye en su demanda la pretensión de que continúen las actuaciones del SDC sobre su denuncia relativa a la imitación del cava "Carta Nevada".

La Sala considera, de acuerdo con lo indicado por el TDC en la Resolución impugnada, que existen sentencias judiciales que, ya desde el año 1977, señalan que el vidrio esmerilado es habitual en el envasado de bebidas de cava y, por ello, ninguna marca tiene exclusividad sobre tal clase de envase. Además, el mismo hecho de que la demandante y la codemandada vengán utilizando desde hace más de 20 años similares envases para el cava imposibilita que pueda producirse hoy desviación de la demanda por confusión o engaño en el consumidor."

Esta Sala se ha pronunciado ya en los términos expuestos sobre el uso del vidrio esmerilado, así como los requisitos para que un acto desleal tenga cábida en el ámbito del Art. 7 L.D.C., ello lleva a asumir las consideraciones expuestas por el T.D.C. sobre la producción de cava de gama alta con Pinot Noir, en relación al total de producción de Codorníu, S.A., pues en efecto la comparación debe realizarse como dice la resolución impugnada, en relación al total de producción y ha de concluirse que no se dan los requisitos necesarios para la existencia de actos desleales, al constituir la producción de gama alta con Pinot Noir, una producción de 0'25% y 0'053% sobre el total la producción de Codorniu, S.A.

Debe por ello desestimarse el recurso interpuesto.

TERCERO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLEN, en nombre y representación de FREIXENET,S.A., contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de Abril de 2002, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.