

RESOLUCIÓN (Expte. R 333/98 Codorniu/Freixenet)

PLENO

Excmos. Sres.:

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

En Madrid, a 21 de junio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 333/98 (1390/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) 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 1998, por el que se sobresee parcialmente el expediente nº 1390/96 que tuvo su origen en la denuncia de Codorniu, S.A. contra Freixenet, S.A., continuando la instrucción por lo que se refiere al pliego de concreción de hechos contra Freixenet, S.A. emitido el cinco de noviembre de 1.997.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fechas 8 y 14 de mayo de 1996 tuvieron entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia denuncias formuladas por Codorniu, S.A. y Robert J. Mur, S.A. contra Grupo Freixenet, S.A. (en adelante Freixenet, S.A.) y Castelblanch, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Estimando que en las denuncias existían indicios racionales de conductas prohibidas por la citada Ley, con fecha 16 de octubre el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) incoó el oportuno expediente con el nº 1390/96, por infracción de normas, engaño a los consumidores, explotación de reputación ajena y abuso de posición de dominio, realizándose el correspondiente traslado de denuncias.

Con fechas 25 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1997 tuvo entrada en la Dirección General denuncia formulada por Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A. por: 1º) Elaboración de vino con variedad no autorizada, 2º) Riego periódico de viñedos, 3º) Parcelas con rendimiento de uva superior al límite permitido, 4º) Parcelas que superan los límites de densidad de plantación, 5º) Violación de resolución judicial, 6º) Imitación de Cava "Carta Nevada" de Freixenet, 7º) Erigirse en el primer elaborador del cava con menosprecio de los demás productos, 8º) Vender a precios irrisorios.

Estimando que en dicha denuncia existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, con fecha 20 de diciembre se acumuló al expediente nº 1390/96, realizándose el correspondiente traslado de denuncia.

Con fecha 5 de Noviembre de 1997, se formuló Pliego de Concreción de Hechos de Infracción contra Freixenet, S.A. por infracción de normas y engaño.

2. El 9 de septiembre de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acuerda el sobreseimiento parcial del expediente nº 1390/96 que tuvo su origen en la denuncia de Codorniu, S.A. contra Freixenet, S.A., el sobreseimiento de las denuncias de Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A. y la continuación de la instrucción por lo que se refiere al pliego de concreción de hechos contra Freixenet, S.A. emitido el cinco de Noviembre de 1.997.
3. El 2 de octubre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito de Freixenet S.A. interponiendo recurso contra la Resolución del Servicio de fecha 9 de septiembre de de1998 solicitando que el Tribunal declare la caducidad de los expedientes instruidos a Freixenet, S.A. y a Codorniu, S.A. y, subsidiariamente, revoque el sobreseimiento de las denuncias formuladas contra Codorniu, S.A. y acuerde sobreseer la la totalidad de las denuncias formuladas contra Freixenet, S.A.
4. El 5 de octubre de 1998, el Tribunal solicita del Servicio la remisión del informe reglamentario y del expediente. El Servicio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC, informa al Tribunal, con fecha 7 de octubre, de que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido por la Ley y mantiene los razonamientos del mencionado Acuerdo puesto que el recurso reitera los argumentos que habían sido alegados ante el Servicio y habían ya sido valorados por éste.
5. Con fecha 14 de octubre de 1998 se notifica a los interesados la Providencia designando Ponente, poniendo de manifiesto el expediente y estableciendo el plazo para formular alegaciones.

6. El 6 de noviembre de 1998 recibe el Tribunal el escrito de alegaciones de Codorniu S.A, mostrando su conformidad con respecto a la propuesta del Servicio de sobreseer las denuncias de Freixenet, solicitando que se modifique el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial de la denuncia de Codorniu S.A. contra Freixenet, S.A. y Castellblanch, S.A. y que se ordene por el Tribunal al Servicio tanto la ampliación del Pliego de Concreción de Hechos dirigido a Freixenet S.A. como la formulación de un nuevo pliego dirigido a Castellblanch S.A.
7. El mismo día 6 de noviembre se recibe el escrito de alegaciones de Freixenet, S.A. que se remite a argumentos de escritos anteriores.
8. Con fecha 17 de mayo de 1999 se recibe en el Tribunal un escrito de Codorniu S.A solicitando que se unan al expediente los documentos que adjunta de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) denegando la Marca Comunitaria a las botellas esmeriladas de Freixenet S.A.
9. Por último, el 7 de Junio de 1999 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones complementarias de Freixenet S.A en el que insiste en la falta de transcendencia de la comercialización de botellas sin haber cumplido el periodo reglamentario en bodega, denuncia la comisión de la misma práctica por Codorniu S.A., extiende sus alegaciones en relación con algunas de sus denuncias contra Codorniu S.A y solicita la práctica de pruebas en relación con la nueva infracción que atribuye a Codorniu S.A.
- 10.El Tribunal deliberó y falló el presente recurso en su sesión del día 15 de junio de 1999.

11.Son interesados:

Freixenet, S.A.
Codorniu, S.A.
Robert J. Mur, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Solicita Freixenet, S.A., como cuestión previa, la declaración de caducidad de los expedientes instruidos a Freixenet, S.A y a Codorniu, S.A. y, subsidiariamente, la revocación del sobreseimiento de las denuncias formuladas contra Codorniu, S.A. y el sobreseimiento de las denuncias contra Freixenet S.A.

2. Freixenet, S.A. considera que el expediente ha caducado en aplicación de las normas generales de caducidad establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) y, en particular, el artículo 20.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que prevé un período de seis meses para resolver, a partir del cual se iniciaría el cómputo del plazo para la caducidad, de acuerdo con el art. 43.4 de la Ley 30/1992.

Aunque discrepa de ella, se muestra Freixenet, S.A. conectora de la doctrina de este Tribunal al respecto, repetidamente expuesta en numerosas resoluciones y cuyos fundamentos, recogidos en la reciente resolución del 15 de abril de 1999 (Expte. 426/98, Azúcar), se reproducen en los párrafos siguientes.

La LDC es una Ley especial en materia de procedimiento, cuyo artículo 50 señala la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo, sustituida hoy por la LRJAP que establece en el apartado 3 de la Disposición derogatoria que *"se declaran expresamente en vigor las normas, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley."* La LDC sigue, pues, plenamente vigente, en lo que a procedimiento se refiere, en todo lo que no se oponga a la LRJAP, siendo ésta supletoria de aquélla.

Como el procedimiento de la LDC, junto a la protección del interés público, atiende también, en muchos casos, a la salvaguardia de un interés privado, permite la posibilidad de denuncia, siempre que el denunciante tenga un interés legítimo y sea considerado como parte en el expediente, y que la iniciación del mismo pueda ser a instancia de parte interesada. Además, incluso en los expedientes iniciados de oficio por conductas prohibidas por la LDC (bien directamente por el Servicio o mediante denuncia de personas no interesadas), dado que, como se señala en el art. 36.4 LDC, se prevé la posibilidad de publicar una nota sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente en el BOE y, en su caso, en un diario de circulación nacional o en el de mayor tirada de la provincia en la que se realicen las prácticas objeto del expediente, esto puede dar lugar a la aparición de interesados en el expediente y a que su resolución pueda producir efectos favorables a los mismos.

No hay que olvidar que el art. 13.2 LDC establece que *"la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa (por Resolución de este Tribunal) y, en su caso, jurisdiccional."* Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 30 de diciembre de 1993 señala que *"es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide, constituyendo, por tanto, esa resolución, un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria, cuya falta impide a los Juzgados y Tribunales entrar en el conocimiento de las mismas..."*.

Por tanto, si los denunciados y, en general, los interesados quieren ejercitar acciones de resarcimiento, precisan de Resolución de este Tribunal, la caducidad del expediente impediría el ejercicio de las mismas, ocasionándoles un indudable perjuicio.

En este caso, el expediente ha sido iniciado por medio de denuncia y, al tener el denunciante interés legítimo, se le ha considerado interesado en el expediente y el procedimiento es susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados por lo que no le es de aplicación el art. 43.4 de la LRJAP (sólo aplicable *"cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos"*) y, por lo tanto, no lo es el plazo de caducidad establecido en el Reglamento que la desarrolla.

Otra razón fundamental para la no aplicabilidad del citado art. 43.4, es la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aún con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses establecido en el R.D. 1398/93, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establecía plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE o en un diario

para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta 15 días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de Concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de 15 días, la valoración de pruebas por plazo de 10 días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (art. 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de 15 días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos 20 días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de 15 días), salvo que se aplaze la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Organos Comunitarios europeos (arts. 39 a 44). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (art. 38 Ley 30/1992).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el R.D. 1398/1993. Este hecho es reconocido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, aparte de establecer en su disposición adicional séptima que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."*, añade un nuevo artículo 56 a la LDC, limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a 18 meses ante el Servicio y 12 meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas.

3. Tampoco puede servir de fundamento para la declaración de caducidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1998 (Aranzadi 2195) invocada por el recurrente, por cuanto en ella se aparta el Tribunal Supremo del criterio de sentencias anteriores y resuelve un caso concreto de aplicación de la caducidad en el procedimiento sancionador por infracción de las normas de elaboración de vinos, considerando que existe una situación de desigualdad *"por el ordenamiento de supuestos esencialmente iguales como son las infracciones en materia de vinos y las que pueden cometerse en la fabricación y manipulación de otros productos alimenticios,*

pues la normativa aplicable no prevé en el primer caso (Estatuto del Vino) la posible caducidad del procedimiento sancionador, que se encuentra en cambio expresamente previsto en el segundo (R.D. 1945/1983) sin que exista para esta desigualdad una razón que justifique la diferencia en cuanto a la regulación del procedimiento”.

Es claro que esta doctrina no es aplicable al presente recurso ya que, por una parte, no es posible establecer aquí un razonamiento analógico puesto que las infracciones de la libre competencia sólo son contempladas por la LDC sin que exista ningún otro ordenamiento por *supuestos esencialmente iguales*, y, por otra, existen las razones señaladas en los párrafos anteriores que justifican la no aplicabilidad de la caducidad a estos expedientes.

Por todo ello, el Tribunal desestima la solicitud de declaración de caducidad del expediente presentada como cuestión previa en este recurso.

4. Al referirse el resto del recurso a numerosas cuestiones, todas ellas relacionadas con posibles actos desleales que por su afectación a la libre competencia pudieran estar incursos en el artículo 7 de la LDC, se considera procedente destacar que las conductas desleales no tienen, en principio, un carácter restrictivo de la competencia, no son expresión de una ausencia de voluntad de competir sino que, por el contrario, pueden contemplarse como un exceso de afán competitivo que no repara en acudir a medios *objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe* que afectan, en primer lugar, al interés privado de uno o varios de los competidores activos en ese momento en el mercado.

Al velar la LDC por el orden público económico, no será suficiente acreditar la existencia de una conducta desleal para poder aplicar el artículo 7. La Resolución de este Tribunal de 26 de junio de 1997 (expte. R217/97, Colegio San Alberto Magno) señala:

“El artículo 7 LDC atribuye al Tribunal la competencia para conocer “de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público”.

La exigencia de dicho precepto de que se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia se funda en que el artículo 7 LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad, ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados pues ésta es la finalidad de la Ley de Competencia Desleal. La LDC es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y como pudiera pensarse que la lealtad en la

competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la Ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. La deslealtad que contempla el artículo 7 LDC es, por tanto, una deslealtad cualificada.”

Resulta, por ello, crucial para poder subsumir una conducta desleal en este artículo 7 el que, con independencia de los intereses privados que haya podido lesionar, cuya protección corresponde al juez ordinario, pueda demostrarse que, además, ha falseado de manera sensible la libre competencia afectando, así, al interés público.

5. Por lo que se refiere a la primera denuncia de Freixenet S.A contra Codorniu S.A., la denunciada ha reconocido que elaboró y comercializó Cava con una variedad de uva, *Pinot Noir*, que no figura entre las autorizadas por el Reglamento de Denominación de Origen Cava (O.M. Agricultura, 14 de octubre de 1991) y así lo confirma el Consejo Regulador del Cava (folio 1503).

La violación de normas está tipificada como conducta desleal en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal y, aunque Codorniu alega que se trata de una elaboración experimental, el elevado número de botellas comercializadas con la variedad *Pinot Noir* no permite esta interpretación.

Sin embargo, el Tribunal considera que no existen suficientes datos en el expediente para saber si esta violación de normas ha afectado o no a la libre competencia de una forma sensible.

No basta con comparar, como hace el Servicio, las botellas elaboradas con *Pinot Noir* (11.200 botellas en 1995) con la cifra total de ventas de cava (112 millones de botellas) pues Freixenet, S.A. alega que la utilización del Pinot Noir confiere al producto elaborado características superiores y Codorniu S.A. lo confirma cuando expresa que los productos con *Pinot Noir* (*Jaume de Codorniu* y *Raimat Gran Brut*) han obtenido las máximas calificaciones de las publicaciones especializadas: “mejor cava de España”, “máxima puntuación de 90, únicamente para estos dos cavas”, “medalla de plata” (folio 1266). Si este es el caso, parece necesario investigar la incidencia de esta comercialización tomando como referencia, no la producción total, sino únicamente la producción de la gama alta de los vinos espumosos con denominación *Cava*, es decir el segmento del mercado de cava de mayor calidad y precio. Si esta incidencia fuera elevada, podría haber una alteración del equilibrio competitivo al obtener Codorniu S.A. un prestigio que sus competidores son incapaces de alcanzar por respeto a las normas de Denominación de Origen.

Freixenet, S.A., refiriéndose al número de botellas elaboradas con la variedad no autorizada declaradas por Codorniu S.A. (folio 1687), señala como inverosímil el descenso en 1996 con respecto a 1995. Sin embargo, en un escrito anterior (folio 1198) Codorniu S.A. precisaba que la cifra de 1996 corresponde únicamente al periodo enero-septiembre. Faltan, pues, por contabilizar las ventas correspondientes a los meses finales del año en los que probablemente más consumo existe de este producto.

El conocimiento de este dato puede ser importante para valorar la aceptación de este producto y la evolución de su penetración en el mercado. También puede ser interesante explicar el brusco descenso de precios que los datos aportados por Codorniu S.A. señalan para el año 1996 y al que se refiere el recurrente en sus alegaciones ante el Servicio que reproduce ante el TDC.

Por último, alega también Freixenet, S.A. la contradicción que parece existir entre la producción de uva que Codorniu declara para la finca de Riubadella y que dice destinada toda ella a la producción de vino por otras empresas (830.400 Kgs, folio 1695), y las ventas a estas otras empresas, acreditadas mediante factura que no alcanzan los 500.000 Kgs. El denunciante considera que esto es una prueba de que la parte no vendida de *Pinot Noir* ha sido destinada a la elaboración de *Cava*. Aunque el Tribunal no puede admitir, sin más, esta conjetura, considera que se debe investigar el destino final de la totalidad de la producción de esta finca en los años señalados.

Procede, pues, estimar el recurso en lo que a esta primera denuncia se refiere, con objeto de que el Servicio practique lo necesario para investigar, en particular, los extremos señalados y, con más generalidad, la incidencia de la comercialización por Codorniu de productos elaborados con la variedad *Pinot Noir* en el mercado de vinos de denominación de origen *Cava* en su gama de mayor calidad y precio, con objeto de determinar si ha existido o no afectación sensible de la libre competencia.

6. El Servicio ha basado el sobreseimiento de la denuncia sobre el riesgo de viñedos en la escasa incidencia sobre el mercado del cava de la infracción denunciada. Freixenet, S.A. alega que, aparte de las fincas propias, Codorniu, S.A. “utiliza” también tierras y viñedos cuyos titulares son accionistas de la empresa o miembros de la familia que la controla, pero no aporta nada para probar el riesgo de tales tierras y viñedos, ni precisa en qué consiste esta “utilización” de fincas ajenas, ni señala de qué forma podría imputarse a una empresa las prácticas de cultivo en tierras que no le

pertenecen.

El Tribunal considera, por lo tanto, que esta alegación debe rechazarse.

7. Por lo que se refiere al marco de plantación y número de yemas por Ha., el Acuerdo del Servicio precisa que “en el Acta N° 14/96FG (folios 1513-1514) del Consejo Regulador se sostiene que el n° de cepas y yemas se encuentra dentro de los límites permitidos y como tal documento público hace prueba de lo en él manifestado. El informe aportado por Freixenet, S.A. incluye parcelas que no pertenecen a Codorniu, S.A., y de él se deduce que el número de cepas está dentro del máximo autorizado.”

El recurrente admite que el número de cepas por Ha. podría estar, en principio, dentro de los parámetros legales y explica que la contradicción entre los muestreos realizados se debe a que el Consejo Regulador inspeccionó únicamente la finca de Codorniu S.A en Rimat, mientras que el peritaje aportado por Freixenet S.A se realizó sobre la base de un muestreo de las fincas del entorno de Rimat, de las que se provee Codorniu S.A para su producción de cava.

Estas alegaciones confirman, pues, que el Consejo Regulador realizó debidamente su muestreo en la finca que era objeto de denuncia, mientras que Freixenet S.A lo hizo en fincas del entorno que no pertenecen a Codorniu S.A., como se exponía en el Acuerdo del Servicio, por lo que no procede estimar el recurso en lo que se refiere a este punto.

8. Se recurre también el sobreseimiento de la denuncia de Freixenet S.A según la cual Codorniu S.A habría incurrido en *violación de resolución judicial* al utilizar ante el Servicio una información a la que había tenido acceso a efectos exclusivamente judiciales y al divulgarla en los medios de comunicación.

Por lo que respecta a su utilización ante el Servicio, no se ve, y tampoco se alega, el impacto que este hecho podría tener en el mercado. Por otra parte, no ha quedado demostrada la responsabilidad de Codorniu en la divulgación de la noticia de prensa, pues en el propio texto de la noticia se atribuía la información a otras fuentes.

El Tribunal desestima, pues, el recurso en lo que a este extremo se refiere.

9. Con respecto a la denuncia de Freixenet sobre la *imitación del “Carta Nevada” por Codorniu*, el Tribunal considera que existe en el expediente suficiente base documental para sostener el argumento del Acuerdo del Servicio según el cual el vidrio esmerilado es habitual en el envasado de

bebidas y no resulta, por sí mismo, apropiable por ninguna marca. Así consta en diversas resoluciones judiciales, siendo la primera de ellas de 1977 (folio 1439) y algún dictamen del Registro de Propiedad Industrial a lo largo de los más de veinte años en los que Freixenet mantiene su punto de vista contrario. El hecho de que el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Barcelona haya fallado recientemente en sentido contrario no confirma esta apreciación, pero tampoco puede contrarrestar por sí sólo la doctrina anterior, puesto que la sentencia correspondiente no es aún firme.

En todo caso, aunque hubiese existido el acto desleal que se denuncia, sus efectos en el mercado, es decir, la desviación sensible de la demanda por confusión y engaño del consumidor, debieron darse casi de una sola vez o en los primeros años de la presunta imitación, ya que ahora, tras más de 20 años de presencia simultánea de cava de ambas firmas con idéntico envase, el mercado ha asimilado la presencia del mismo envase en productos de ambas empresas y difícilmente pueden producirse hoy confusión o malentendidos. En consecuencia, el acto desleal que falsea significativamente la competencia se habría producido, en su caso, varios años antes de la entrada en vigor de la LDC cuya aplicación se invoca.

Por ello, el Tribunal desestima la solicitud de Freixenet S.A sobre este punto.

10. Freixenet S.A. recurre también el sobreseimiento de la denuncia contra Codorniu S.A. por *erigirse en fundador del cava*, sobreseimiento que el Servicio explica considerando que *“Codorniu, S.A. aporta documentación suficiente para aceptar que las afirmaciones sobre el fundador del cava no carecen de base, acompañando la referencia a un libro de Freixenet, S.A. en el que se reconoce la autoría del cava a Codorniu, S.A.”*.

Junto a la dificultad de encontrar la deslealtad del acto denunciado con los antecedentes que señala el Servicio y que constan en el expediente, hay que señalar también que falta en la denuncia y en las alegaciones del recurrente la prueba de que la publicidad de Codorniu S.A. (*“primer cava”*) haya provocado impacto suficiente en el consumidor como para producir desviaciones significativas en la demanda, desviaciones que la empresa recurrente podría ser la primera en detectar, por lo que el recurso debe ser desestimado en lo que a esta denuncia se refiere.

11. El recurso contra el sobreseimiento de la denuncia contra Codorniu, S.A. por *venta a precios irrisorios* tampoco puede ser estimado por este Tribunal ya que, como sostiene el Servicio, existe en el expediente evidencia de ofertas de Freixenet, S.A. a precios más bajos que Codorniu S.A.

Además, la denuncia se apoya en un par de casos aislados de los que difícilmente podría deducirse una política predatoria, mientras que los histogramas *Nielsen* de los años 95 y 96 (folios 1903-1894) muestran que Freixenet vende a precios consistentemente más bajos que Codorniu.

El Tribunal desestima, por ello, esta parte del recurso señalando que, en todo caso, el acto desleal sólo se daría si los precios practicados, más que *bajos* o *irrisorios*, estuvieran por debajo del coste de producción e insistiendo en que, aún así, habría que identificar un impacto sensible en el mercado para que pudieran ser considerados como infracciones del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

12. La solicitud de Freixenet S.A de que el Tribunal acuerde sobreseer la totalidad de las denuncias formuladas por Codorniu debe rechazarse puesto que el Acuerdo del Servicio de continuar la instrucción del expediente en este punto ni produce indefensión ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, únicas circunstancias en las que los actos del Servicio son recurribles ante este Tribunal, según el artículo 47 de la LDC.
13. Por último, la nueva denuncia que Freixenet presenta contra Codorniu en su escrito de alegaciones complementarias (antecedente de hecho nº 9) no puede ser considerada por este Tribunal que se limita a trasladarla al Servicio.
14. En cuanto a la solicitud contenida en el escrito de alegaciones de Codorniu S.A. para que se modifique el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial de la denuncia de Codorniu S.A contra Freixenet, S.A y Castellblanch, S.A. y que se ordene por el Tribunal al Servicio tanto la ampliación del Pliego de Concreción de Hechos dirigido a Freixenet S.A, como la formulación de un nuevo pliego dirigido a Castellblanch S.A., cabe señalar que, aunque se considerase dicha solicitud como un recurso contra dicho Acuerdo, a pesar de su inapropiada ubicación en un escrito de alegaciones, no podría ser estimado por el Tribunal ya que se presentó en un plazo superior al establecido en el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

- 1º Estimar parcialmente el recurso de Freixenet S.A. revocando el sobreseimiento por el Servicio de Defensa de la Competencia de la

denuncia de Freixenet S.A contra Codorniu S.A. por elaboración de cava con variedad de uva no autorizada.

- 2º Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que investigue cuanto se señala en el quinto fundamento de derecho de esta Resolución.
- 3º Desestimar el resto del 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 1998 .
- 4º Remitir al Servicio de Defensa de la Competencia copia compulsada del escrito de Freixenet S.A. de 7 de junio de 1999 al que hace referencia el fundamento de derecho nº 13 y el antecedente de hecho nº 9, a fin de que aquel decida lo que proceda en relación con la nueva denuncia formulada.

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