

RESOLUCIÓN (Expte. r 465/01, Freixenet/Codorniu)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 29 de abril de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 465/01 (2028/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de Freixenet S.A., contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia (en adelante, el Secretario General), de fecha 19 de diciembre de 2000, por el que se archiva el expediente 2028/99 instruido por denuncia de Freixenet S.A. contra Codorniu S.A. por conductas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en la comercialización de botellas de cava que incumplen la normativa legal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 21 de junio de 1999, al expediente R 333/98, incoado para resolver el recurso interpuesto por Freixenet S.A. (en adelante, FREIXENET), 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 sobreseía parcialmente el expediente nº 1390/96, que tuvo su origen en la denuncia

de Codorniu, S.A. (en adelante, CODORNIU) contra FREIXENET, resolvió:

1. *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.*
2. *Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que investigue cuanto se señala en el quinto fundamento de derecho de esta Resolución.*
3. *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 .*
4. *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 aquél decida lo que proceda en relación con la nueva denuncia formulada.*

El AH 9 de la citada Resolución reza: *“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 trascendencia 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.”.*

El FD 13 de la citada Resolución reza: *“Por último, la nueva denuncia que Freixenet presenta contra Codormiu 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”.*

2. En cumplimiento de la Resolución del Tribunal, el Servicio inició diligencias que tramitó con el número 2028/1999.
3. En su escrito de 7 de junio de 1999, que origina el presente expediente, FREIXENET realizaba tres alegaciones-denuncias que han sido investigadas por el Servicio bajo los siguientes epígrafes:

- 3.1. CODORNIU realizó una infracción de la LDC al utilizar uva Pinot Noir, en la gama alta de sus productos, variedad no permitida por la normativa sobre el cava.
 - 3.2. CODORNIU realizó actos de competencia desleal cuando utilizó las botellas esmeriladas para envasar cava.
 - 3.3. CODORNIU ha cometido una infracción por haber comercializado 998.448 botellas negras esmeriladas en un período inferior a los nueve meses.
4. Analizados los hechos, y con fecha 19 de diciembre de 2000, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó archivar las actuaciones.
5. Con fecha 28 de diciembre de 2000 tuvo entrada en este Tribunal escrito de D. Eduardo García de Enterría, en representación de FREIXENET S.A., por el que interponía recurso contra el mencionado Acuerdo de archivo.
6. Recibido éste, y con fecha 4 de enero de 2001, el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC, solicitó del Servicio que le indicase la fecha de notificación del Acuerdo recurrido con el fin de apreciar, en su caso, la extemporaneidad del recurso y que le remitiera las actuaciones practicadas hasta el Acuerdo impugnado.
7. En respuesta al requerimiento anterior, mediante escrito de 9 de enero de 2001, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia se dirigió al Tribunal comunicando *que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el art. 47 de la LDC* y remitiendo el informe solicitado.
8. Recibida esta documentación, el Tribunal, mediante Providencia de 15 de enero de 2001, designó Vocal Ponente a D. Luis Martínez Arévalo, puso de manifiesto el expediente a los interesados y concedió el plazo para que éstos formularan las alegaciones y presentasen los documentos que estimasen pertinentes.
9. En sus alegaciones ante el Tribunal FREIXENET, en esencia, señala:
 - 9.1 Que la rectificación de la empresa Arthur Andersen, en la que se basa el Servicio para sobreseer el expediente en lo relativo a las 998.448 botellas que supuestamente no han completado el

periodo de maduración de nueve meses, es inaceptable y contradictoria con lo que, en su día, esa empresa afirmó ante el Juez.

9.2 Que el Servicio evalúa incorrectamente la afectación a la competencia ya que:

9.2.1 las 998.448 botellas deben relacionarse con la producción total de CODORNIU, no con los 120 millones de botellas de producción total de cava como hace el Servicio.

9.2.2 que todas esas 998.448 botellas son de un tipo (botellas negras esmeriladas) y todas fueron comercializadas en Alemania de esta forma: *“Codorniu S.A. se ha aprovechado de la invención, de la publicidad y del prestigio logrado con gran esfuerzo por la botella negra esmerilada de Freixenet S.A. en Alemania, es decir, de un producto característico de Freixenet S.A., para colocar y vender un producto suyo que se presenta con la misma apariencia externa”.*

10. El Tribunal deliberó y falló el presente recurso en su sesión del día 16 de abril de 2002.

11. Son interesados.

- FREIXENET S.A.
- CODORNIU S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La denuncia reseñada en el AH 3.3 anterior se basaba en que, a requerimiento del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barcelona, requerimiento efectuado mediante Providencia de 6 de octubre de 1997, CODORNIU presentó un informe auditado por la empresa Arthur Andersen del que, en palabras de FREIXENET, se desprende:

“Pues bien, de esta documentación resulta fehacientemente lo siguiente:

- Que Codorniu S.A. manifiesta y confiesa al Juzgado que no produjo botellas negras esmeriladas en el ejercicio fiscal 1995/1996 (de 1 de julio de 1995 a 30 de junio de 1996), según confesión propia.
- Que Codorniu S.A. manifiesta y confiesa al Juzgado que en el ejercicio siguiente 1996/1997 (de 1 de julio de 1996 a 30 de junio de 1997) vendió 1.635.696 botellas negras esmeriladas, según el siguiente detalle (que resulta de las órdenes de embarque aportadas por Codorniu S.A. al Juzgado):
 “Datos resultantes de las órdenes de embarque de botella negra esmerilada (sólo botellas de 0,75 l. Se descartan las botellas 1/2 y 1/4).

- BOTELLAS SALIDAS EN EL EJERCICIO FISCAL 96/97 (hasta el 30 de junio de 1997 1.635.696
- BOTELLAS SALIDAS AANTES DE ABRIL DE 1997 998.448
- BOTELLAS SALIDAS ENTRE ABRIL Y JUNIO DE 1997 ... 637.248

Por tanto, del 1.635.696 de botellas negras esmeriladas vendidas en ejercicio 1996/97, 998.448 botellas se vendieron, según las pruebas aportadas por la propia Codorniu S.A. sin cumplir el periodo de maduración reglamentario de 9 meses, puesto que la producción de botellas negras esmeriladas se inicia (con el tiraje o embotellamiento) a partir de julio de 1996, y desde julio de 1996 a marzo de 1997 no pasaron nueve meses. Casi un millón de botellas, por tanto, se vendió antes de tiempo (de acuerdo con las manifestaciones de Codorniu S.A. a la Justicia).”

2. Esta denuncia de FREIXENET contra CODORNIU se produce como reacción ante una denuncia por actos similares de CODORNIU contra FREIXENET; en concreto, en su escrito de 7 de junio de 1999, FREIXENET señala:

“Resulta difícil de calificar la conducta de una empresa que está cometiendo una infracción y reprocha a otra, excitando a la Administración y a este Tribunal, haber incurrido supuestamente en la misma infracción que ella está cínicamente perpetrando.”

El Servicio ha procedido a archivar esta denuncia al considerar que la información obtenida por FREIXENET sobre la producción de CODORNIU procede de un dato erróneo, el informe preparado por la firma Arthur Andersen que la propia consultora corrigió mediante carta de 16 de junio de 1999. En esa carta la empresa auditora reconoce,

bien que de forma algo indirecta, haber cometido un error en su informe anterior y señala:

“El ejercicio social de Codorníu, S.A. se cierra contablemente el 30 de junio de cada año y, por tanto, las referencias que en dicho informe se efectúan “al ejercicio 1996” se entienden como una simplificación para indicar el ejercicio social iniciado el 1 de julio de 1995 y cerrado el 30 de junio de 1996.

En consecuencia, y por la presente, Arthur Andersen y Cía. S. Com. certifica que:

En la página 5, punto 1.4. del informe citado en el primer párrafo de este escrito, donde hace referencia al ejercicio de 1996, debe precisarse ejercicio 1995/1996. Asimismo, en la página 6, punto 2.1., en la llamada (1), donde hace mención a “mediados del ejercicio 1996”, debe precisarse que es a mediados del ejercicio 1995/1996.

Asimismo verificamos en la documentación soporte pertinente que el tiraje de las botellas negras esmeriladas se inició, concretamente, en diciembre de 1995 y que las primeras salidas de estas botellas se iniciaron en septiembre de 1996, cumpliéndose, por tanto, el tiempo mínimo de maduración de nueve meses establecido en la normativa de la D.O. Cava”.

El Tribunal coincide con el recurrente en que la rectificación presentada por Arthur Andersen no es aceptable. En efecto, las correcciones de Arthur Andersen a su escrito original cambian el sentido de éste en un aspecto crucial que se dilucidaba en el procedimiento judicial al que fue aportado, y resultan poco verosímiles, a menos que se admita una grave incompetencia o mala fe por parte de los redactores del informe original.

No obstante, debe ponerse de relieve, como correctamente hace el Servicio, que la supuesta violación de una norma administrativa, que afecta al 0,8% del total de botellas de cava producidas en el año 1996, y que se produce en el contexto de una disputa entre dos poderosas empresas que se imputan recíprocamente hechos parecidos, no resulta suficiente para alterar de manera significativa lo que, en palabras de la Resolución de este Tribunal de 26 de junio de 1997, al expediente R 217/97, Colegio San Alberto Magno, se denomina el *desenvolvimiento regular del mercado*. En este sentido debe señalarse que en los AH de la citada Resolución de 21 de junio de 1999, al expediente R 333/98 Codorniu/Freixenet, se reseña un escrito de alegaciones, de fecha 7 de

junio de 1999, en el que la propia FREIXENET, acusada de la misma práctica insiste en la falta de trascendencia de la comercialización de botellas sin haber cumplido el periodo reglamentario en bodega.

La deslealtad que prevé el artículo 7 LDC es, empleando de nuevo los términos de la Resolución al expediente R 217/97, una deslealtad cualificada. Ese elemento de cualificación fue ya puesto de relieve, en el mismo contexto de enfrentamientos entre FREIXENET y CODORNIU, por el FD 4 de la Resolución de 21 de junio de 1999 al expediente R 333/98. En el FD de dicha Resolución se ordena al Servicio la investigación más detallada de ciertos hechos con el fin de que el Tribunal pueda evaluar la existencia o no de afectación sensible al mercado. En el caso que se analiza, y sobre la base de que la infracción imputada afectaría al 0,8% del mercado, el Tribunal considera que esa afectación sensible no se produce.

En este sentido debe recordarse que por mercado suele entenderse el conjunto de bienes de una determinada característica que se intercambia entre compradores y vendedores y no, como pretende FREIXENET, a la producción de uno de los oferentes. Debe señalarse, asimismo, que, en su día, cuando la denunciada era ella, FREIXENET insistió en la falta de trascendencia de esa información.

3. La denuncia reseñada en el AH 3.2 consiste en que CODORNIU realizó actos de competencia desleal al utilizar botellas esmeriladas para envasar cava. El Servicio ha archivado esta denuncia señalando que:

2) Sobre el uso de botellas esmeriladas por Codorniu, S.A., el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 21 de Junio de 1.999, puso fin en vía administrativa al tema de las botellas esmeriladas, al establecer que:

“Con respecto a la denuncia de Freixenet, S.A. sobre la imitación del “Carta Nevada” por Codorniu, S.A., 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 1.977 (Folio 1439) y algún dictamen del Registro de la Propiedad Industrial a lo largo de los más de veinte años que los que Freixenet, S.A. mantiene su punto de vista contrario. El hecho de que el Juzgado de Primera Instancia n13 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”.

El Tribunal considera que, en efecto, ese asunto ha sido ya resuelto en la mencionada Resolución de 21 de junio de 1999 al expediente R 333/98, sin que la alegación de FREIXENET, en el sentido de que todas estas botellas negras esmeriladas han sido comercializadas por CODORNIU en un solo país, Alemania, altere ese hecho.

4. La denuncia reseñada en el AH 3.1 hace referencia al supuesto uso indebido por parte de CODORNIU de la uva Pinot Noir. El Servicio considera:

“3) En cuanto al uso de Pinot Noir en la gama alta del cava ya ha sido objeto de estudio en el expediente 1.390/96, y el Servicio se ha manifestado, tanto en la propuesta de sobreseimiento, de 26 de Enero de 2.000, como en el acuerdo de sobreseimiento, de 14 de Junio de 2.000, en el sentido de que no constituye infracción de la LDC ya que no se dan los requisitos necesarios para la existencia de actos desleales.

En efecto, tomando los datos del expediente 1.390/96, con una producción de 0,25% y 0,053% de cava de gama alta con Pinot Noir sobre el total de la producción de Codorniu, S.A., en lo que al segmento de la gama alta del cava se refiere, difícilmente se puede afectar de forma significativa la competencia en dicho segmento.

No obstante y dado que el acuerdo de sobreseimiento del expediente 1.390/96 está recurrido, será el Tribunal de Defensa de la Competencia el que decida sobre dichos extremos.”

El propio recurrente está de acuerdo con esa interpretación puesto que en su escrito de alegaciones señala: *“Finalmente, en cuanto al uso de Pinot Noir, nos remitimos al recurso ya formalizado por Freixenet S.A. ante este Tribunal.”*

El Tribunal considera correcto tanto el planteamiento del Servicio como el de FREIXENT y, de hecho, este asunto ha sido ya resuelto por el Tribunal en su Resolución de 24 de septiembre de 2001, al expediente R 441/00 (1390/96 del Servicio), Codorniu/Freixenet.

En conclusión, de acuerdo con lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo impugnado, ya que no existen indicios racionales bastantes que permitan sostener que la empresa denunciada haya cometido ninguna infracción tipificada en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, procediendo, por tanto, con desestimación del recurso, la confirmación del Acuerdo impugnado.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por Freixenet S.A. contra el Acuerdo de archivo de 19 de diciembre de 2000, de la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.