



Roj: **SAN 3446/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3446**

Id Cendoj: **28079230062023100487**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/06/2023**

Nº de Recurso: **587/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000587 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04971/2017

Demandante: RED PARALELA BCN, S.L.

Procurador: D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: SCHWEPPE, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintidós de junio de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **587/2017**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro que actúa en nombre y en representación de la mercantil **RED PARALELA BCN, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 29 de junio de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/DC/0548/15, SCHWEPPE. Ha sido parte en autos el Abogado del Estado que actúa en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Y como entidad codemandada ha comparecido la mercantil SCHWEPPE, S.A. representada por la Procuradora Dña. María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que dicte sentencia por la que se: "... declare nula la precitada Resolución mediante la cual se resuelve acordar la terminación convencional del expediente sancionador de referencia al amparo del artículo 52 de LDC o, subsidiariamente, declare inadecuados los compromisos presentados por SSA y aceptados por la CNMC".

SEGUNDO. Tanto el Abogado del Estado como la defensa de la entidad codemandada presentan escritos de contestación a la demanda suplicando se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 22 de febrero de 2023.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo la entidad actora, RED PARALELA BCN, S.L., impugna la resolución dictada en fecha 29 de junio de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/DC/0548/15 SCHWEPPEES que acuerda:

"PRIMERO. Declarar adecuados y vinculantes los compromisos presentados por SCHWEPPEES, S.A. (SSA), recogidos en el Apartado IV de los Hechos Acreditados de esta Resolución y que se contienen en el Anexo a la misma y, en vista de ello, acordar la terminación convencional del expediente sancionador S/DC/0548/15 SCHWEPPEES, al amparo de lo previsto en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

SEGUNDO. Acordar que, para asegurar el debido cumplimiento de esta Resolución de terminación convencional, SSA deberá cumplir las obligaciones contenidas en el Apartado IV de los Hechos Acreditados ("Los compromisos presentados"), conforme a la interpretación recogida en la misma.

TERCERO. Encomendar la vigilancia de la Resolución de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos alcanzados y de las obligaciones contraída, a la Dirección de Competencia.

CUARTO. El incumplimiento de cualquiera de los compromisos tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 39.7 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero".

SEGUNDO. Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso destacamos los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1. En fecha 13 de febrero de 2015, la entidad ahora recurrente, RED PARALELA BCN, S.L., presentó ante la CNMC una denuncia contra SCHWEPPEES, S.A. por la realización de supuestas conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 1 del TFUE consistentes en la firma de acuerdos con sus distribuidores independientes en España con el fin de restringir la distribución y comercialización en España de productos con la marca Schweppes que no hubieran sido fabricados por la denunciada y restringir, además, las importaciones paralelas de estos productos.

2. La Dirección de Competencia, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, inició una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

3. Con fecha 17 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra SCHWEPPEES, S.A. por la realización de posibles conductas prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

4. Con fecha 23 de noviembre de 2015, la entidad SCHWEPPEES, S.A. solicitó la apertura formal de la terminación convencional del expediente sancionador acompañando unas líneas generales de compromisos para resolver los problemas de competencia y ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la LDC y en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.



5. Con fecha 1 de diciembre de 2015, la Dirección de Competencia acuerda el inicio de la terminación convencional, así como la suspensión del plazo máximo para la resolución del expediente sancionador.
6. En fecha 23 de febrero de 2016, la entidad SCHWEPPEES, S.A. en el procedimiento de terminación convencional presentó una propuesta de compromisos que se remitieron al Consejo de la CNMC y a los interesados.
7. Finalmente, en fecha 13 de junio de 2016, SCHWEPPEES, S.A. remitió una versión definitiva de la propuesta de compromisos que también se remitió al Consejo de la CNMC y a los interesados.
8. En fecha 31 de agosto de 2016, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC una propuesta de terminación convencional al considerar que los compromisos presentados resolvían los problemas de competencia denunciados derivados de la conducta llevada a cabo por SCHWEPPEES, S.A. relativa a la firma de acuerdos y a la celebración de pleitos judiciales con sus distribuidores con el fin de restringir la distribución y/o comercialización y/o importación en España de productos con la marca Schweppes que no hubieran sido fabricados por SCHWEPPEES, S.A. (y/o en su caso, con su autorización).
9. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó en fecha 29 de junio de 2017 la resolución que constituye el objeto del presente proceso que acuerda: *"Declarar adecuados y vinculantes los compromisos presentados por SCHWEPPEES, S.A., recogidos en el Apartada IV de los Hechos Acreditados de esta Resolución y que se contienen en el Anexo a la misma y, en vista de ello, acordar la terminación convencional del expediente sancionador S/DC/0548 SCHWEPPEES, al amparo de lo previsto en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia"*.

TERCERO. En el escrito de demanda presentada por la entidad recurrente RED PARALELA BCN, S.L. se solicita la nulidad de la resolución impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, señala defectos en la tramitación del procedimiento administrativo que implican, según expone, la nulidad de la resolución impugnada: (i) el expediente administrativo está incompleto en cuanto que no se han incorporado los documentos presentados ante el Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona en el PO nº 774/2014; (ii) no figuran en el expediente administrativo los informes de valoración de la Dirección de Competencia respecto de la 1ª y 2ª propuesta de compromisos presentados por la denunciada ni tampoco la propuesta de terminación convencional de 31 de agosto de 2017 elevada al Consejo; (iii) excesiva duración del procedimiento, así como la irregular aceptación de tres propuestas de compromisos.

Asimismo, sostiene la interconexión del procedimiento sancionador con el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona en el que se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 17 de mayo de 2016 y ello debió llevar a la CNMC a la suspensión de la tramitación del procedimiento de terminación convencional hasta que se resolviera por el TJUE la citada cuestión prejudicial planteada.

En cuanto al fondo, considera que los compromisos presentados por SCHWEPPEES, S.A., en cuanto que no resuelven los problemas relacionados con los productos de la marca Schweppes provenientes de Reino Unido y fabricados por COCA-COLA, no debieron considerarse adecuados por la CNMC para poder dar por terminado el procedimiento sancionador que se había incoado contra SCHWEPPEES, S.A.

CUARTO. Iniciamos el análisis examinando las alegaciones formales formuladas por la recurrente que, a su juicio, invalidan la actuación administrativa impugnada.

Debemos destacar que la resolución impugnada en este procedimiento se apoya en el artículo 52.1 de la LDC que señala:

"El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público".

La terminación convencional de un expediente sancionador se produce a iniciativa de los presuntos autores de las conductas prohibidas y la decisión corresponde única y exclusivamente al Consejo de la CNMC.

La recurrente considera que debe declararse la nulidad de la resolución impugnada que acuerda la terminación convencional en cuanto que, a su juicio, se han omitido tramites esenciales tales como que el Consejo de la CNMC no ha valorado las propuestas de los compromisos presentados ni ha justificado como protegen el interés público.

En este sentido, debemos señalar que el artículo 39.3 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, dispone que:



"Si los presuntos infractores no presentaran los compromisos en el plazo señalado por la Dirección de Investigación se les tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador. Asimismo, se entenderá que los presuntos infractores desisten de su petición si, una vez presentados los compromisos ante la Dirección de Investigación y habiendo considerado ésta que los mismos no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, los presuntos infractores no presentaran, en el plazo establecido a tal efecto por la Dirección de Investigación, nuevos compromisos que, a juicio de ésta, resuelvan los problemas detectados".

Por otra parte, los puntos 40 y 41 de la Comunicación de la CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores señalan que:

"40. La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la CNC la propuesta de terminación convencional prevista en el artículo 39.5 RDC, si entiende que los primeros compromisos presentados son proporcionados y suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público.

41. En caso contrario, la Dirección de Investigación declarará motivadamente la inadecuación de la primera propuesta de compromisos y otorgará a la parte que ha presentado dichos compromisos un plazo de diez días hábiles para presentar una segunda propuesta de compromisos".

Pues bien, el punto 41 de la mencionada Comunicación recoge que, en caso de que la Dirección de Competencia estime que los compromisos no son adecuados, los rechazará de manera motivada; sin embargo, esta situación no concurre en el presente caso. En efecto, la Dirección de Competencia elevó al presidente de la CNMC -en fecha 29 de marzo de 2016- la primera propuesta de compromisos de fecha 23 de febrero de 2016 entendiéndose que los mismos eran adecuados, tal y como se hizo con la segunda y última propuesta presentada en fecha 13 de junio de 2016.

Por otra parte, la recurrente entiende que la CNMC infringió la normativa de tramitación convencional al permitir más de 2 propuestas de compromisos, e ignorar el plazo que transcurrió entre las mismas.

La entidad SCHWEPPE, S.A., de conformidad con el artículo 39.2 del RDC, presentó unas líneas generales de compromisos en fecha 23 de noviembre de 2015 que únicamente servían de apoyo y sustento a la solicitud de inicio de la terminación convencional. Y una vez que se acordó el inicio de la terminación convencional, en fecha 1 de diciembre de 2015, es cuando puede entenderse que SCHWEPPE, S.A. presenta su propuesta de compromisos que tuvo lugar en fecha 23 de febrero de 2016 que, en algunos aspectos, se modifican atendiendo a las negociaciones entre la CNMC y la investigada para conseguir una mejor protección del derecho de la competencia y desde esa perspectiva se entiende que presentara una propuesta inicial de compromisos y, posteriormente, la propuesta definitiva de compromisos en fecha 13 de junio de 2016 que se aceptaron por la CNMC en la resolución ahora impugnada.

Del mismo modo, tampoco es aceptable lo expuesto por la recurrente respecto del incumplimiento de los plazos de tramitación de las mencionadas propuestas de compromisos.

En efecto, tal y como se aprecia en el expediente administrativo, la primera propuesta se presentó en un plazo no superior a 3 meses desde la apertura formal del procedimiento de terminación convencional, como así señala el artículo 39.2 del Real Decreto 261/2008, pues el mismo tuvo lugar el 1 de diciembre de 2015 y la primera propuesta de compromisos es de fecha 23 de febrero de 2016. Por otra parte, la segunda propuesta presentada en fecha 13 de junio de 2016 no está sujeta a ninguna limitación temporal por el Real Decreto 261/2008, sino que la misma se efectúa cuando la Dirección de Investigación así lo establezca de acuerdo con el artículo 39.3 del Real Decreto 261/2008.

En este sentido debemos considerar que el procedimiento de terminación convencional no ve limitada su extensión temporal por ningún precepto legal, si bien se prevé la suspensión del procedimiento sancionador cuando se inician negociaciones para la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, lo que se produjo en el presente caso de conformidad con los artículos 37.1 g) de la LDC y 39 del RDC.

QUINTO. En cuanto al análisis de la cuestión de fondo, esta Sala quiere dejar claro que la revisión jurisdiccional que compete a esta Sala afecta a la Resolución dictada en fecha 29 de junio de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC por la que se acuerda la terminación convencional del expediente sancionador S/DC/0548/15 porque consideró que los compromisos presentados por la entidad investigada, SCHWEPPE, S.A., eran adecuados y eficaces para poner fin a las prácticas anticompetitivas que habían determinado la incoación del expediente sancionador como fueron la adopción de acuerdos por parte de SCHWEPPE, S.A. (en adelante, SSA), que era filial de SCHWEPPE INTERNATIONAL LIMITED, con sus distribuidores independientes en España con el fin de restringir la distribución, comercialización e importación en España de productos con la marca Schwegges que no hubieran sido fabricados por SSA pero que provenían de otros Estados



miembros de la Unión Europea o del EEE en los que el fabricante era SCHWEPPEES INTERNATIONAL LIMITED (en adelante, SIL) que era el titular de la marca en esos Estados y era, además, la matriz de SSA. Actuaciones que determinaron la incoación del expediente sancionador porque esos acuerdos implicaban actuaciones colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE por cuanto no estaban protegidas por el derecho de marca al haberse producido el agotamiento de los derechos de marcarse que implicaba que SSA no podía impedir la circulación de productos de la marca Schweppes cuando provenían de un mismo titular, como era SIL.

Y, precisamente, la presentación de compromisos por parte de la denunciada SSA ha supuesto la terminación convencional del expediente sancionador prevista en el artículo 52 de la LDC y en el artículo 39 de su Reglamento porque la CNMC ha entendido que los compromisos presentados en fecha 13 de junio de 2016 resolvían los efectos que en el ámbito de la competencia provocaron los acuerdos y conductas denunciadas que habían determinado la incoación del expediente sancionador en virtud de la denuncia presentada por la entidad ahora recurrente.

Los compromisos presentados por SSA y que en la resolución impugnada se han declarado adecuados y vinculantes implican la no obstaculización de los productos marca Schweppes que hayan sido comercializados por SIL (matriz de SSA) y titular de la marca o con su consentimiento, de conformidad con el principio del agotamiento de los derechos de marca. Concretamente implican:

(i) En relación con los acuerdos ya firmados, SSA se compromete a la modificación de su literalidad para reflejar que únicamente SSA se opone a la importación y/o distribución y/o comercialización de la tónica Schweppes proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA.

(ii) En relación con los futuros acuerdos, SSA se compromete a que su contenido se ceñirá exclusivamente a prohibir la comercialización, distribución e importación de la tónica Schweppes proveniente de Reino Unido y fabricada por COCA-COLA.

(iii) En relación con los procedimientos judiciales en tramitación, SSA se compromete a que las pretensiones de SSA se ceñirán exclusivamente a la prohibición de la comercialización, distribución e importación de la tónica Schweppes proveniente de Reino Unido y fabricada por COCA-COLA y en cuanto a las futuras resoluciones judiciales y las medidas cautelares vigentes que no se adecuen al espíritu de estos compromisos, se solicitara ante el órgano judicial la modificación de su contenido.

Por tanto, con los compromisos presentados por SSA queda claro que únicamente se opone a la importación, distribución y comercialización de la tónica Schweppes proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA porque el titular de la marca en este territorio ya no es SIL, sino COCA-COLA.

SEXTO. La entidad ahora recurrente, que presentó la denuncia contra SSA ante la CNMC, considera en este proceso que los compromisos presentados no son adecuados ya que mantienen la prohibición a la importación, distribución y/o comercialización de la tónica marca Schweppes provenientes de Reino Unido y fabricada por COCA-COLA.

Por el contrario, la CNMC en la resolución impugnada ha considerado que los compromisos presentados por SSA sí resuelven el potencial problema de competencia derivado de la firma de diversos acuerdos por parte de SSA con sus distribuidores que tenían como fin restringir la distribución y/o comercialización y/o importación en España de productos con la marca Schweppes que no hubieran sido fabricados por SSA (y/o, en su caso, con su autorización) pero que provenían de Estados en los que el fabricante era SIL que era la matriz de SSA y titular de la marca en esos países y en España.

Para una mejor comprensión del asunto que ahora se debate entendemos conveniente destacar que, en las fechas analizadas, existían diferentes titulares de la marca Schweppes en los países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

La marca Schweppes ostenta un origen común puesto que inicialmente todas las marcas pertenecían a la empresa Cadbury Schweppes que en 1999 vendió a COCA-COLA Enterprises, Ltd la titularidad de la marca Schweppes para algunos países de la UE, entre ellos Reino Unido, reservándose la titularidad de la marca en otros países. En el año 2001 Cadbury Schweppes absorbió a la francesa Pernod Ricard, S.A., titular de la marca "Orangina", y en el año 2008 adopta el nombre Orangina Schweppes Group, grupo cuya cabecera ostenta Orangina Schweppes Holding B.V. (OSHBV).

Por tanto, desde 1999, la titularidad de la marca Schweppes en los distintos países europeos es compartida entre los grupos empresariales COCA-COLA y OSHBV -Orangina Schweppes Holding B.V.-.

En España, el titular de la marca nacional Schweppes es la sociedad Schweppes International Limited, filial de OSHBV, y desde 2008 el licenciatario exclusivo en España es SCHWEPPEES, S.A. -filial de SCHWEPPEES INTERNATIONAL LIMITED-.

Por otro lado, el titular de la marca nacional inglesa Schweppes es la sociedad Atlantic Industries, registrada ante la Oficina de la Propiedad Intelectual de Reino Unido, quien otorga a la empresa de su grupo COCA-COLA autorización para fabricar y comercializar el producto dentro de ese país.

En definitiva, Schweppes International Limited es titular de la marca Schweppes en 22 países europeos, entre ellos 16 pertenecientes a la UE, como España. Y COCA-COLA es propietaria de la marca Schweppes en el resto de los países europeos y, entre ellos, Reino Unido.

Y SSA como licenciatario exclusivo en el territorio nacional no podía prohibir las importaciones de productos de la marca Schweppes provenientes de otros Estados miembros de la Unión Europea cuando han sido comercializados por SIL (matriz de SSA) y titular del derecho de marca o con su consentimiento. En esos casos se estaba ante importaciones paralelas de productos designados con la misma marca procedentes de otros Estados pero que pertenecían al mismo titular, SCHWEPPEES INTERNATIONAL LIMITED, y la prohibición a esos productos recogida en los acuerdos denunciados no estaba amparada por el derecho de marca ya que se había producido el agotamiento de los derechos de marca.

Y en este contexto se entiende que los compromisos presentados por SSA fijaran la prohibición a la importación, distribución y/o comercialización de la tónica Schweppes proveniente de Reino Unido fabricada por Atlantic Industrie y/o COCA-COLA porque eran productos que, aunque se designaban del mismo modo, procedían de otro Estado cuyo titular de la marca ya no era SCHWEPPEES INTERNATIONAL LIMITED sino COCA-COLA. Y en estos casos cuando los titulares de la marca son distintos solo será posible la comercialización, distribución e importación de esos productos en España si se ha producido el agotamiento de los derechos de la marca que es lo que defiende en este proceso la recurrente. Y, en la medida en que los compromisos presentados por SSA mantienen la prohibición respecto de esos productos, la recurrente considera que la decisión de la CNMC es errónea porque, a su juicio, no puede declararlos adecuados al interés público toda vez que no se han solventado todos los problemas en el ámbito de la competencia.

La CNMC ha entendido que SSA, como licenciatario exclusivo en el territorio nacional, no podía prohibir las importaciones de productos Schweppes provenientes de otros Estados miembros de la Unión Europea cuando han sido comercializados por SIL (matriz de SSA) y titular de la marca) o con su consentimiento. Y la CNMC ha concluido que los efectos que sobre la competencia estaban provocando los acuerdos firmados por SSA con sus distribuidores independientes sí quedan resueltos con los compromisos propuestos porque resultan adecuados para restablecer las condiciones de competencia efectiva en el mercado nacional de distribución y comercialización de la marca schweppes, salvaguardando debidamente el interés público.

No debemos obviar que la CNMC señala que *"El objeto del presente expediente son los acuerdos firmados por SSA con distribuidores independientes que estarían restringiendo la distribución y/o comercialización en España de productos con la marca Schweppes que no hayan sido fabricados por SSA, lo que excedería del ejercicio legítimo de sus derechos de marca de acuerdo con el principio de agotamiento del derecho de marca, y estarían obstaculizando o impidiendo las importaciones paralelas de estos productos, lo que podría suponer una infracción de los artículos 1.1.b) de la LDC y 101 del TFUE"*.

Por tanto, el objeto del procedimiento sancionador consistía única y exclusivamente en determinar si los acuerdos adoptados por SSA en el ejercicio de sus derechos exclusivos de marca suponían una restricción a las importaciones y al comercio en España de productos Schweppes que habían sido legítimamente fabricados en otros Estados miembros por quien también es el titular de la marca en España, es decir, por Schweppes International Limited (SIL), suponiendo esos acuerdos una restricción a las importaciones paralelas en España que implicaba una conducta prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE en cuanto que no estaba en juego el derecho exclusivo que otorga la titularidad de una marca ya que se había producido el agotamiento de los derechos de la marca y esa actuación por parte de SSA era ilícita y contraria a la competencia en cuanto suponía la prohibición de entrada en España de productos de la marca Schweppes procedente del mismo titular de la marca, SIL. Y atendiendo a este exclusivo contexto, al que se refería el procedimiento sancionador incoado a SSA, debían analizarse por la CNMC los compromisos presentados por SSA.

Por el contrario, la recurrente lo que pretende es que en los compromisos referidos se recoja también la indicación de que SSA no efectuará acciones que impliquen la prohibición de la distribución, comercialización y/o importación de productos de la marca Schweppes provenientes de Reino Unido y fabricados por Coca-Cola Enterprises Ltd.



Esta Sala entiende que no es este el cauce en el que deba analizarse la pretensión de la recurrente ya que dada la dualidad de titulares de la marca Schweppes se estaría ante un problema de derecho marcario y de análisis del principio de agotamiento de los derechos de marcas regulado en el artículo 7 de la Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Regulación recogida en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que regula en el artículo 34 los derechos conferidos por la marca y en el artículo 36 el agotamiento del derecho de marca. Cuestiones estas que exceden de las que se analizaban por la CNMC en el expediente sancionador que únicamente tenía que ver con supuestas o potenciales restricciones a las importaciones de productos fabricados y comercializados en países de la UE o del EEE donde, al igual que en España, el titular de la marca era Schweppes International Limited (SIL), lo cual suponían restricciones a la importación de productos cuyos derechos de marca se encontraban agotados.

Por tanto, no puede ser objeto de análisis en este procedimiento la pretensión de la recurrente que implica la aplicación del Derecho de marcas en cuanto que considera que SSA no puede oponerse a la comercialización de tónicas Schweppes fabricadas en Reino Unido por Coca-Cola Enterprises Ltd puesto que ello implicaría analizar si se ha producido o no el agotamiento del derecho conferido por la marca.

Como venimos diciendo, la CNMC ha analizado las potenciales restricciones a las importaciones paralelas que afectaban únicamente a los productos fabricados y comercializados por el titular de la marca en España, Schweppes International Limited, o con su autorización, y no a los productos de la marca Schweppes fabricados en Reino Unido por COCA-COLA; cuestión esta que implica analizar si se ha producido o no el agotamiento del derecho de la marca en lo que respecta a los productos Schweppes fabricados y/o comercializados en Reino Unido por Coca-Cola Enterprises Ltd. Y ese análisis en este momento excede del examen que sobre el ámbito de la competencia corresponde a la CNMC por cuanto que solo podrá analizar esa cuestión cuando se produzca el agotamiento de los derechos de marca pues hasta entonces esa prohibición tiene amparo legal y no se verá afectada la competencia porque, en el momento en que se analizaron por la CNMC los compromisos presentados por SSA, no podían considerarse como productos paralelos los productos de la marca Schweppes provenientes de Reino Unido y fabricados por COCA-COLA y no por Schweppes International Limited. Y únicamente tienen la consideración de "importaciones paralelas" la importación de productos Schweppes a España que proceden de Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España y Suecia, dado que el titular en dichos territorios es el mismo, la entidad Schweppes International Limited que es la matriz de SSA y titular de la marca.

En cambio, no tienen la consideración de "importaciones paralelas" los productos Schweppes fabricados por Coca-Cola Enterprises Ltd en Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Islandia, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Reino Unido y Rumanía, dado que Coca-Cola Enterprises no ostenta derechos algunos sobre la marca Schweppes en España; por lo que las cuestiones atinentes a la legitimidad de estos productos en España se encuentran fuera del alcance del análisis en el expediente sancionador que ha finalizado mediante terminación convencional. Y, por tanto, la CNMC se ha limitado a analizar en qué medida la actuación de SSA estaría produciendo una restricción a las importaciones paralelas de los productos fabricados en otros Estados miembros por el mismo titular de la marca en España (Schweppes International Limited), y por tanto, podía implicar una conducta colusoria prohibida en los artículos 1 LDC y 101 TFUE ya que se estaba ante un problema de restricción de la competencia por parte de SSA cuya defensa y protección compete a la CNMC al analizar si los acuerdos denunciados tenían por objeto, o producían o podían producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado español, poniendo fin, mediante los compromisos presentados por SSA, y aceptados en la resolución recurrida, a los problemas planteados desde el punto de vista del derecho de la competencia. Y, por el contrario, no se estaba ante un problema de propiedad intelectual y de agotamiento de los derechos de marca para cuya resolución debe acudir a la jurisdicción civil y mercantil para dilucidar si la tónica de marca Schweppes proveniente de Reino Unido fabricada por COCA-COLA puede comercializarse en España. Cuestión que ya se planteó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona en el que se debatía el agotamiento de los derechos de marca planteándose incluso una cuestión prejudicial ante el TJUE que se ha resuelto mediante sentencia dictada en fecha 20 de diciembre de 2017, Asunto C-291/16. En esa sentencia se da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en el sentido de que el artículo 7.1 de la Directiva 2008/95 a la luz del artículo 36 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se impide que el titular de una marca nacional se oponga a la importación de productos idénticos designados con la misma marca y procedentes de otros estados miembros en el que esta marca que pertenecía únicamente al mismo titular es actualmente propiedad de un tercero que ha adquirido los derechos relativos a la misma mediante cesión cuando, tras esta cesión (i) el titular solo o coordinando su estrategia de marca con ese tercero, ha seguido promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única, creando, reforzando de este modo una confusión en el público perteneciente en cuanto



al origen empresarial de los productos designados con esta y (ii) existen vínculos económicos, entre el titular y dicho tercero, en el sentido de que coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de la marca, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura dicha marca y de controlar su calidad.

Pero serán los órganos jurisdiccionales del orden civil o mercantil los que, atendiendo a la decisión del TJUE, deban determinar si existe o no infracción de los derechos marcarios de Schweppes provenientes de Reino Unido, lo cual no guarda relación con la redacción de los Acuerdos suscritos por SSA y que se habían denunciado por la recurrente ante la CNMC. Insistimos en que los efectos que sobre la competencia se habían denunciado afectaban a las relaciones de la mercantil SSA, licenciataria de la marca Schweppes en España, filial de SIL que era el titular de la marca en varios países de Europa entre ellos España, con otros distribuidores que también eran filiales de SIL y tenían también licencia de la marca para la distribución, comercialización e importación de los productos de esa marca en los países que lo tenía SIL.

Entre las atribuciones de la CNMC no se encuentra la de determinar que marca tiene preferencia respecto de las otras en el mercado ni analizar si se ha producido el agotamiento de los derechos de la marca para que la CNMC pudiera entender oportuno que la entidad SSA debiera incluir en esos compromisos que no podía prohibir la comercialización, distribución y/o importación de productos de la marca Schweppes provenientes de Reino Unido y fabricados por COCA- COLA.

SÉPTIMO. En definitiva, debemos confirmar la resolución impugnada toda vez que se ha adoptado en el contexto que había dado lugar la incoación del expediente sancionador y ello nos lleva a la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo lo cual implica que se impongan a la entidad recurrente las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **587/2017**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro que actúa en nombre y en representación de la mercantil **RED PARALELA BCN, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 29 de junio de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/DC/0548/15, SCHWEPPES. Resolución que ahora confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la entidad recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos