

Id Cendoj: 28079230062003101095
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 646/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a seis de abril de dos mil tres.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 646/99, seguido a instancia de la mercantil

" **Vileda** Ibérica, Sociedad en Comandita", representada por el Procurador D. Enrique Sorribes Torra,

con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido, en calidad de codemandado "Tervi SA", con asistencia letrada y representada por el Procurador D. Manuel Infante Sánchez.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 26-5-1999, en el seno de un procedimiento seguido contra la codemandada por desarrollar conductas supuestamente prohibidas, se dictó Resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone: " Que en el presente expediente no ha resultado acreditada la existencia de ninguna conducta de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia". Los hechos declarados probados en la referida Resolución son, en lo que afecta a la cuestión planteada, los siguientes:

a) D. Leonardo suscribió un contrato el 8-3-1973 con la mercantil francesa "Tervi SA", en virtud del cual D. Leonardo le concedía a "Tervi" la explotación exclusiva de las cuatro marcas de su propiedad reducidas a una "Nuclear" (Blanco Eterno Nuclear, Nuclear, Lavastic, y Belblanc) y se comprometía a la fabricación exclusiva de los productos identificados por dichas marcas. Se preveía una duración del contrato de 30 años y un ámbito territorial de varios países europeos.

b) El referido contrato fue sucesivamente modificado y en concreto en fecha 10-5-1989 se concedió a Tervi el derecho a la fabricación exclusiva del producto garantizándole una cantidad mínima de 450 toneladas anuales, que sería destinada a España, Portugal y Andorra.

c) Desde 1988 la posición jurídica de D. Leonardo fue asumida por "Royal Chemical SA".

d) Desde el 12-11-1991 la distribución exclusiva en el territorio mencionado del producto "Nuclear" corresponde a " **Vileda** Ibérica SA en C", que en la misma fecha concedió a "Royal Chemical SA" un préstamo de 250 millones de pts garantizado con una hipoteca mobiliaria sobre las marcas de la sociedad, continuando "Tervi" con la fabricación del producto.

e) Desde 1994 Royal Chemical y Tervi acordaron reducir la fabricación de los productos a 300 toneladas, siendo en la actualidad la venta de los productos Nuclear muy reducida y limitada casi exclusivamente al territorio español.

f) El producto objeto de controversia en este expediente, consiste en un aditivo a los detergentes para conseguir unos mejores efectos blanqueantes.

g) El mercado de los aditivos más el de las lejías movió en España en 1997 una facturación de 430.000 a 450.000 toneladas y tuvo una facturación de 21 a 25 millones de pts. Por el contrario los productos identificados con la Marca Nuclear supusieron una fabricación anual de 300 toneladas con una facturación de 322 millones.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) No concurrencia en las exclusivas otorgadas a "Tervi SA", de las condiciones exigidas para que pueda beneficiarse de una exención en bloque.

Las exclusivas pactadas en el contrato de 8-3-1973 y posteriores modificaciones son contrarias a la libre competencia ya que limitan la libertad empresarial e infringen los Reglamentos CEE 556/89 y el 1984/83, ambos de la Comisión, traspuestos por el RD 157/1992. Las razones en las que funda esta infracción son las siguientes:

*Licencias exclusivas de secreto industrial y marcas: Infracción del *art. 1 Ley 16/1989*.

La duración del contrato es superior a 10 años (realmente son 30), y ello es contrario al *art. 1. F) RD 157/1992 en relación con los párrafos 1 y 2 del apartado 2 del art. 1 del Reglamento 556/89, a su vez relacionadas con los apartados 1 a 4 del apartado 1 del referido art. 1*, pues a pesar de su duración, en el contrato de referencia se introducen las cláusulas de no conceder "Royal Chemical" licencia a otras empresas distintas de Tervi para explotar las marcas y el producto en los territorios asignados y la obligación de Royal Chemical de no explotar directamente o a través de otras empresas dicha tecnología en los territorios referidos, mientras que Tervi se obliga a no fabricar o usar el producto licenciado o no utilizar el procedimiento de fabricación objeto de la licencia en territorios del mercado común concedidos a otros licenciatarios.

*Suministro con cláusula de aprovisionamiento exclusiva superior a 5 años: Infracción del *art. 3 d) Reglamento 1984/83 y en consecuencia del RD 157/92 y del art. 1 ley 16/1989, ya que el contrato de 10-5-1989 contiene una cláusula de duración superior a los 5 años.*

b) Inaplicación del *art. 1. 3 de la Ley 16/1989*:

No puede afirmarse como hace el TDC que la conducta de la denunciada sea de escasa importancia, pues esa afirmación descansa en una errónea delimitación del mercado de producto relevante, ya que no determinó el mercado más restringido ni se centró en el submercado de los productos verdaderamente intercambiables o sustitutivos, ampliándolo indebidamente a los aditivos y lejías que no son intercambiables.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

a) Inadmisibilidad del recurso: infracción del *art. 52.2 LJCA*.

Mediante diligencia de ordenación notificada a la recurrente el 22-10-1999, se le concedió un plazo de 20 días para formalizar demanda lo que hizo el 17-11-1999, esto es, al día siguiente del vencimiento del plazo concedido. Subraya que la formulación de demanda e no es un simple trámite por lo que no puede ser objeto de subsanación el incumplimiento del plazo.

b) Fondo del asunto:

Estima que el mercado estuvo bien delimitado por el TDC, y subraya que de acuerdo con lo dicho en la pág. 1126 del expediente aún en el supuesto de que se restringiera el mercado, no puede afirmarse que el volumen del producto blanqueador objeto de autos seas lo suficientemente relevante respecto del mercado globalmente considerado de productos blanqueantes.

CUARTO:.- D. Manuel Infante Sánchez en representación de "TERVI SA", se opuso a la demanda en los siguientes términos:

a) Los acuerdos entre Tervi y Royal Chemical no tienen por objeto impedir, restringir o falsear la competencia.

*La limitación de competir que afecta a Royal Chemical es producto de una decisión interna y libre de dicha empresa, no impuesta por otros competidores. Por otra parte, como se indica en el folio 126 del expediente por el Servicio, durante 3 años se incumplió dicha obligación por parte de Royal Chemical sin que el mercado se resistiera por ello, lo que demuestra que no encontramos ante un conflicto privado de intereses pero no ante un conflicto público.

b) Los referidos acuerdos no pueden impedir, restringir o falsear la libre competencia.

El TDC sostiene que la conducta descrita no puede entenderse incluida en el *art. 1 de la Ley d16/1989* omitiendo cualquier referencia al *art. 1.3*. Estima que la inclusión de la lejía en la definición del mercado relevante es correcta pues se trata de un producto destinado al blanqueado de ropa siendo indiferente la composición química de uno y otro.

QUINTO:.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes. Ni Tervi SA ni la recurrente hicieron mención ala causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado.

SEXTO:.- Señalado el día 29 de abril de 2003 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Con carácter previo al examen de la cuestión planteada, ajuste legal de la decisión del TDC de no declarar prohibida la conducta seguida por las mercantiles Royal Chemical y Tervi y que se encuentra descrita en los antecedentes de esta Sentencia, procede examinar la causa de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado y que no ha merecido por la recurrente contestación de tipo alguno.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 52.2 de la LJCA*, debemos concluir que procederá la definitiva declaración de caducidad del recurso cuando una vez transcurrido el plazo para formula la demanda se hubiera dictado auto declarando la caducidad y el recurrente no rehabilitara el plazo presentando la demanda en el mismo día de la notificación del auto declaratorio de la caducidad. En el presente caso, si bien transcurrió el plazo para formular la demanda, no se dictó el auto referido ni por lo tanto se dio oportunidad al recurrente de rehabilitar el plazo por lo que una vez presentada la demanda, hay que entender que ha quedado subsanado cualquier defecto procesal que impida la continuación del procedimiento y el análisis de la cuestión de fondo planteada, lo que conduce a la desestimación de la causa de inadmisibilidad formulada.

SEGUNDO: Por lo que al análisis de la cuestión planteada en el presente proceso con carácter principal respecta que es la de determinar si es contrario a la libre competencia la firma de un contrato de licencia de know how y compra exclusiva de los productos de la marca "Nuclear" con una duración de 30 años. A estos efectos debemos mostrar nuestra conformidad con el planteamiento tanto de la resolución impugnada como de las partes litigantes en el sentido de que la decisión que se tome está directamente vinculada a la definición que se haga del "mercado relevante" afectado por los contratos cuya nulidad se pretende. Sobre este punto, conviene recordar que la definición del mercado relevante constituye un presupuesto previo para decidir si una determinada conducta o acuerdo es o puede ser lesivo para la competencia, pues permite establecer desde una óptica objetiva y dentro de sus propios límites, el concreto ámbito de incidencia económica de los efectos de dichos contratos o acuerdos en referencia a una situación económica que se desarrolla en su marco natural y es precisamente en ese ámbito en el que debe

apreciarse si ha existido o no una alteración artificial de la libre competencia.

De los elementos clásicos que conforman desde su interrelación la delimitación del mercado (bien y espacio geográfico, a los que la doctrina añade el factor temporal), sólo plantea controversia en este caso el relativo a la determinación de los bienes pues no cabe duda sobre el espacio geográfico que se limita al territorio español por lo que la cuestión se reduce al examen del carácter competitivo de los bienes ofrecidos al mercado, nota que vendrá determinada por su intercambiabilidad económica razonable desde el punto de vista del consumidor, criterio seguido por el TJCE en sentencias como "Hoffman-La Roche" de 13-2-1979 , y que puede ser completada con otros criterios como el de la intercambiabilidad de las unidades de producción, el del análisis estructural de la demanda (Sentencia de 4-11-1996 C- 333/1994), pues en definitiva y en palabras de esta última Sentencia se trata de "que pueda apreciarse el poder económico efectivo de la empresa investigada, y para ello es necesario definir previamente cuáles son los productos que, sin ser sustitutivos de otros productos, son suficientemente intercambiables con los productos que aquélla ofrece, en función no sólo de sus características propias, sino también de las condiciones de la competencia y de la estructura de la demanda y de la oferta en el mercado".

TERCERO: Así las cosas, no podemos compartir la tesis sostenida por el TDC en el sentido de que el mercado relevante viene definido por los aditivos empleados con los detergentes para conseguir mejores efectos blanqueadores más el de las lejías, esto es, por la totalidad de los productos que se añaden a los detergentes para obtener un mejor blanqueado de la ropa. De acuerdo con los presupuestos establecidos en el FJ anterior, no podemos aceptar la afirmación de que las lejías se integren a los efectos analizados en este caso, en el mismo mercado que los blanqueadores, pues existen sustanciales diferencias entre ambos que no sólo, como menos relevantes, se centran en la distinta composición química de los productos, sino que esencialmente desde el análisis de su oferta y demanda responden a necesidades esencialmente distintas aunque pudiera existir una parcial coincidencia en uno de sus aspectos como producto blanqueador. Así, como pone de manifiesto el informe pericial obrante en autos, y los documentos aportados en el mismo sentido, el Blanco Nuclear, en función del tensioactivo que incorpora puede actuar eliminando otro tipo de manchas como las de grasa, mientras que las lejías no; también se puede usar en fibras de origen animal (seda, lana, acetato poliamida, acrílica), y las lejías no; finalmente se subraya que las lejías, además de su capacidad blanqueadora, despliegan una importante función como desinfectante mientras que el Blanco Nuclear no cumple esta función. El hecho de que en la actualidad existan lejías que no amarilleen la ropa y que puedan utilizarse para el blanqueado de ropas delicadas, no desvirtúa el planteamiento anterior, por cuanto se trata de lejías que incorporan añadidos a su composición específica y en cualquier caso, como se desprende del dictamen pericial, no pueden utilizarse en fibras de procedencia animal, como el Blanco Nuclear, por lo que debemos concluir que dicho tipo de lejía es distinto del genérico producto conocido con ese nombre, que es el que ha sido seleccionado para delimitar el mercado relevante, y por otra parte, que no puede ser empleado en el mismo ámbito que el Blanco Nuclear, por lo que debemos concluir que el mercado de los blanqueadores de ropa constituye un mercado específico, que excluye de su ámbito las lejías que no es producto intercambiable con el blanqueador, y es desde esta perspectiva desde la que debe analizarse la incidencia en la libre competencia de los acuerdos denunciados.

CUARTO: Una vez definido el mercado relevante, la resolución del TDC opta para resolver la cuestión planteada por una vía que si bien en el momento de adoptar su Acuerdo carecía de apoyo normativo expreso, pues el *art. 1.3 de la Ley 16/1989* reformado en este punto por el *RD Ley 7/1996 de 7 de junio* sólo permitía concluir que estando prohibidas determinadas conductas, si su relevancia a los efectos de distorsionar el mercado era escasa, las autoridades que deben velar por la libre competencia podían dejar de perseguirlas. El TDC, anticipándose a la reforma de dicho *precepto operada por la Ley 52/1999* , invirtió los términos del debate y concluyó que la conducta acreditada no podía calificarse como colusoria, atendida su escasa importancia económica que no afectaba de manera significativa a la competencia. Esta forma de proceder, que conduce al mismo resultado, no obstante contaba con el aval de una consolidada jurisprudencia comunitaria, pudiendo citarse además de la sentencia invocada por el TDC, como más reciente la recaída en el asunto "Delimitis" C- 234/89 , e incluso en una Comunicación sobre los Acuerdos de importancia menor de 27-5-1970, que establece los criterios básicos para formular tal calificación con la drástica consecuencia de que a pesar de que los Acuerdos referidos pudieran ser contrarios a la libre competencia, por su escasa cuantía y repercusión quedarían al margen de la actuación de las autoridades de la competencia con fundamento en que no tiene capacidad para alterar el funcionamiento eficiente del mercado. A este respecto se señalan como cifras mínimas el 5% de la cuota de mercado y un máximo de 15 millones de unidades de cuenta respecto de la cifra de negocios anual global de las empresas que participan en el acuerdo, y ello aunque se sobrepasen dichas cantidades si el exceso no alcanza el 10% en dos años consecutivos.

En el presente caso, siendo coherentes con la delimitación del mercado relevante que se ha realizado y aún aceptando como válidos los datos ofrecidos por la propia recurrente en la pág. 30 de su demanda (1,76% de la cuota de mercado y 7,41% de cuota de facturación), debemos concluir que, efectivamente a pesar del diferente criterio con el TDC en la delimitación del mercado, la incidencia en la libre competencia de la conducta denunciada como prohibida no es significativa en los términos expuestos y dentro de los márgenes señalados por la propia Comisión cuyas normas son a estos efectos puramente orientadoras pero ampliamente aceptadas por el TJCE. En este extremo sólo nos resta decir que no podemos aceptar el razonamiento expuesto por la recurrente en la misma pág. 30 de su demanda que, con el fin de aumentar la cuota de la recurrente, pretende limitar aún más el mercado relevante reduciéndolo al de los blanqueadores en polvo frente a los blanqueadores líquidos, diferencia que no justifica ni prueba, y menos todavía respecto de la última reducción que propone eliminado la marca "Kalia" por ser un reforzador de detergente que ayuda a suprimir las manchas de color.

Por todo ello procede confirmar la resolución impugnada sin necesidad de examinar las consecuencias que en otro caso, si la cuota de mercado de la recurrente fuera económicamente más relevante, tendría la larga duración de los contratos de acuerdo con el planteamiento formulado en la demanda.

QUINTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.