

RESOLUCIÓN (Expte. 581/04, CERAFRUT/BAYER)

Pleno

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid a 14 de junio de 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Antonio del Cacho Frago, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 581/04 (2336/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado por la denuncia formulada por la representación de la empresa CERAFRUT S.L. contra la entidad Aventis Cropscience España S.A., por presunta práctica restrictiva contraria al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en la negativa de la petición de la carta de suministro/acceso al producto Iprodiona.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Tras la consulta efectuada por CERAFRUT S.L. al Servicio, en escrito de 19 de julio de 2001, sobre la negativa de AVENTIS a concederle la carta de suministro/acceso al producto "Iprodiona", en 21 de noviembre de 2001 tuvo entrada en el Servicio la denuncia formulada por aquella sociedad en la que aparecen los hechos que a continuación quedan resumidos.

CERAFRUT, empresa dedicada a la fabricación y comercialización de productos destinados al tratamiento post cosecha de frutas de pepita, ha desarrollado un nuevo producto para el citado tratamiento compuesto por tres sustancias activas que, según el denunciante, nunca habían sido utilizadas en formación conjunta. Estas sustancias son: Imazalil, Tiabendazal e Iprodiona.

Las citadas sustancias activas están protegidas por patentes y los titulares de éstas en España concedieron la carta de suministro/acceso, a excepción de

AVENTIS, quien mediante fax de 8 de agosto de 2000 comunicó al denunciante que no podía acceder a su petición, circunstancia que motivó el archivo por el Ministerio de Agricultura del expediente iniciado para el registro del nuevo producto, por no haber sido aportada la documentación requerida.

2. En diligencias practicadas en trámite de información reservada –art. 36.3 LDC- el Servicio interesó del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPYA) datos sobre el registro de nuevos productos fitosanitarios, obligatoriedad de la carta acceso/suministro a la sustancia activa y otros extremos, manifestando el Ministerio que en el mercado existen productos fitosanitarios que incluyen en su formulación sustancias activas sustitutivas de la Iprodiona con el mismo efecto fungicida, como el Vinelozolina y la Procimidona, y que el registro de productos y material fitosanitario se rige por el Real Decreto 2163/1994, siendo requisito indispensable la carta de acceso de suministro de la sustancia activa ya registrada para poder registrar un formulado.

Asimismo, el Servicio solicitó información de AVENTIS, sobre el mercado relevante, las sustancias sustitutivas de la Iprodiona, el nombre y la dirección de las empresas fabricantes y cuotas de mercado, extremos que constan en las respuestas de aquella entidad (folios 119 a 121 del expediente). También AVENTIS informó en el sentido de que para el tratamiento preventivo post-cosecha, solamente suministraba el mencionado producto a CEREXAGRI IBÉRICA (fol. 138).

A requerimiento del Servicio, informaron BASF ESPAÑOLA S.A. y DOW AGROSCIENCES IBERICA S.A., acerca de sus productos conteniendo Iprodiona, Vinelozolina y Procimidona, con el resultado que consta a los folios 124 a 133.

En cuanto a sustancias sustitutivas de la Iprodiona para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita, la Universidad de Lérida cita como productos de uso similar Imazalil, Tiabendazol, Metiltiofanato, Dicloran y Falpet, y el MAPYA señaló como sustitutivas Ortenilfermol (de BAYER HISPANIA), Tiabendazol (de SYUNGENTAGRO) y Meltiofanato (de AVENTIS CROPSCIENCE).

3. Por Providencia de 19 de mayo de 2003 se incoó expediente contra AVENTIS CROPSCIENCE ESPAÑA S.A. dándose traslado de la denuncia. El 11 de junio de 2003 tuvo entrada en el SDC escrito de BAYER CROPSCIENCE en el que manifestaba que mediante escritura de fusión otorgada el 1 de enero de 2003 BAYER había absorbido a la entidad AVENTIS, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones. El 5 de agosto de 2003 el Servicio recibió

un nuevo escrito de BAYER en el que afirmada que CERAFRUT nunca solicitó a AVENTIS el suministro de la materia prima Iprodiona y solamente lo hizo respecto de la carta de acceso al registro fitosanitario, y que mediante contrato de fecha 21 de marzo de 2003 BAYER transfirió todos los derechos y títulos de la Iprodiona a BASF ESPAÑOLA S.A. y a BASF AG. (Alemania), así como existen sustancias activas alternativas para la post cosecha como Imazalil, Tiabendazol, Ortofenilfenol y Metiltionato.

4. Por Providencia de 4 de septiembre de 2003 se solicitó a BAYER información sobre su relación con CEREXAGRI y el contrato de suministro de Iprodiona suscrito entre estas empresas. BAYER contestó que no tenía ella misma ni AVENTIS participación accionarial en CEREXAGRI y que no ha encontrado ningún contrato, aportando una carta de AVENTIS a ELF ATOCHEM AGRICULTURA ESPAÑA S.A., de fecha 8 de agosto de 2000, en la que el Director de Marketing y el Jefe Nacional de Ventas decían, en relación con la Iprodiona que “ELF ATO distribuirá la Iprodiona en condiciones de exclusividad. Si alguna compañía está interesada en esa materia activa, es decisión de ELF ATO el conceder el correspondiente acceso”.
5. Por Providencia de 1 de octubre de 2003 se requirió a CEREXAGRI información sobre el contrato suscrito con AVENTIS para la adquisición de la sustancia activa Iprodiona y las posibles modificaciones en él como consecuencia de la adquisición de AVENTIS por parte de BAYER, así como sobre otros extremos, a los que se refirió en su contestación de fecha 13 de octubre de 2003, con entrega de la carta de 8 de agosto de 2000 y que se trataba de una carta de intenciones (fols. 241 a 246).
6. Apreciado el resultado de la información obrante en el expediente, por Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 30 de octubre de 2003, se procedió a la ampliación de la incoación de CEREXAGRI dándose traslado de la denuncia.
7. En 6 de febrero de 2004, por el Servicio se formuló Pliego de Concreción de Hechos que se resume a continuación:

El denunciante pretende formular un producto para el tratamiento post cosecha de la fruta con pepita que contenga como sustancias activas Imazalil, Tiabendazol e Iprodiona.

Según información facilitada por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (folio 115), la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la fabricación, comercialización y utilización de plaguicidas establece que para que una formulación pueda ser registrada, sus ingredientes activos deben

estar homologados y autorizados a tal fin, por lo tanto, se considera requisito indispensable la carta de acceso/suministro a la sustancia activa ya registrada.

Teniendo en cuenta la exigencia de la carta de acceso/suministro a la Iprodiona para proceder al registro de su preparado, CERAFRUT, con fecha 18 de julio de 2000, envió un fax a AVENTIS, titular de la patente de dicha sustancia activa, al que adjuntaba el modelo de declaración del suministrador de la sustancia activa en el que dicho titular se debería comprometer a suministrar la sustancia activa y a autorizar a que la Autoridad Competente pudiera utilizar la documentación correspondiente a dicha sustancia activa para evaluar el preparado de CERAFRUT (folios 10 y 11).

El 8 de agosto de 2000 AVENTIS envió un fax a CERAFRUT en el que le manifestaba que no podía acceder a su petición de concederle la carta de acceso suministro de la Iprodiona (folio 54).

La empresa AVENTIS era, como ella misma reconocía en su carta a la Cámara de Valencia de fecha 9 de septiembre de 2000 (folios 19 y 20), la titular de la patente de la Iprodiona y, por tanto, en el momento de la solicitud de CERAFRUT ostentaba el monopolio para explotar, en exclusiva, dicha sustancia activa.

El Servicio ha investigado la existencia en el mercado de otros productos que contuviesen Iprodiona y ha obtenido los siguientes resultados (folios 289 a 309):

- Royal 2P, con nº de registro 16530, cuyo titular era AVENTIS y en la actualidad es BASF.
- Royal Aquaflo, con nº de registro 17928, cuyo titular, al igual que en el caso anterior, era AVENTIS y en la actualidad es BASF.
- Chipco WP, con nº de registro 16360, cuyo titular es BAYER CROPSCIENCE (antes AVENTIS).
- Parmex, con nº de registro 12286, distribuido por DOW AGROSCIENCES y cuyo titular es AVENTIS.
- Deccoprozil FW, con nº de registro 16149, cuyo titular es CEREXAGRI.
- Chipco Green, con nº de registro 21254 y cuyo titular es BAYER CROPSCIENCE (antes AVENTIS).
- Ippon 500, con nº de registro 22947, cuyo titular es CHIMAC-AGRIPHAR.
- Iprodex, con nº de registro 23100, cuyo titular es SAPEC AGRO.
- Track, cuyo titular era RHONE POULENC (actualmente AVENTIS) que era distribuido por BASF no siendo el caso en la actualidad (folio 125)

PRODUCTOS CON IPRODIONA			
Nombre de producto	Nº de registro	Fecha de inscripción	Titular
Rovral 2P	16530	19/06/1984	AVENTIS (BASF)
Rovral aquaflo	17928	21/06/1990	AVENTIS (BASF)
Chipco WP	16360	10/04/1985	AVENTIS (BAYER)
Parmex	12286	01/03/1977	AVENTIS (BAYER)
Deccoprozil FW	16149	28/04/1986	CEREXAGRI
Chipco Green	21254	05/11/1997	AVENTIS (BAYER)
Ippon 500	22947	19/12/2002	CHIMAC- AGRIPHAR
Iprodex	23100	20/01/2003	SAPEC AGRO
Track	--	--	RHONE POULENC

El Servicio preguntó a BASF ESPAÑOLA S.A. y a DOW AGROSCIENCES IBERICA quién les había concedido la carta de acceso/suministro a la Iprodiona para la fabricación de Track y Parmex respectivamente (folios 135 y 133) y ambas compañías manifestaron que dichos productos eran fabricados por AVENTIS y que ellas únicamente los distribuían por lo que no necesitaban la citada carta (folios 139 y 131, 132 respectivamente).

Como puede apreciarse en el cuadro anterior, con anterioridad a la interposición de la denuncia todos los productos conteniendo Iprodiona tenían como titular a AVENTIS o eran fabricados por esa entidad a excepción del Deccoprozil de CEREXAGRI.

Con posterioridad a la interposición de la denuncia, aparecen otros dos productos conteniendo Iprodiona –Iprodex e Ippon 500-. Por lo que se refiere al primero de ellos, SAPEC AGRO ha manifestado que la Iprodiona que utiliza para su fabricación se la suministra SAPEC AGRO ESPAÑA S.A. (actualmente denominada TRADECORP) (folios 317 a 320).

Otras dos empresas que el denunciante había afirmado que fabricaban productos conteniendo Iprodiona eran: FOMESA y BROGDEX (folio 24). Consultadas ambas han afirmado que no fabrican ningún producto conteniendo dicha sustancia activa (folio 185 y 195).

Por último, AVENTIS manifestó que sólo suministraba la Iprodiona a CEREXAGRI IBÉRICA S.A. (folio 138).

Al ser preguntado BAYER (antes AVENTIS) por el contrato de suministro existente entre AVENTIS y CEREXAGRI para el suministro de la Iprodiona, manifestó no haber encontrado ningún contrato escrito de suministro, pero ha

facilitado una carta de AVENTIS a ELF ATOCHEM AGRI (actualmente CEREXAGRI), de fecha 8 de agosto de 2000, en la que figura la relación entre ELF ATOCHEM y AVENTIS relativa a los tratamientos post cosecha y, refiriéndose a la Iprodiona dice lo siguiente (folio 2002 y 203): “ELF ATO distribuirá la Iprodiona en condiciones de exclusividad. Si alguna compañía está interesada en esta materia activa, es decisión de ELF ATO el conceder el correspondiente acceso”.

Asimismo, al preguntar a CEREXAGRI por el contrato con AVENTIS para el suministro de la Iprodiona también afirmó que sólo existe una carta de intenciones (la de 8-8-2000, a la que nos hemos referido anteriormente), y no aporta ni el objeto del contrato ni la duración del mismo pese a la solicitud expresa de estos datos por parte del SDC. También afirma que no comercializa la Iprodiona, pese a que en la carta de intenciones dice que dicha entidad distribuirá en exclusividad ese producto y que no puede conceder carta de acceso a dicha sustancia activa sin previa solicitud y consentimiento de BAYER (folio 256).

El Servicio ha tenido conocimiento a través del Registro de Productos Técnicos del Ministerio de Agricultura de que, además de AVENTIS, hay otras dos entidades que tienen registrado el producto Iprodiona y que, por tanto, pueden conceder la carta de acceso/suministro al producto. Estas empresas son TRADE CORPORATION INTERNATIONAL S.A. y CHIMAC-AGRIPHAR S.A. y ambas tienen el registro desde el 5 de noviembre de 2002 (folios 287 a 288) y como consecuencia de ello ha solicitado información al denunciante acerca de sus relaciones con estas empresas y con BASF. El denunciante ha manifestado que se puso en contacto con TRADE CORPORATION INTERNATIONAL S.A. en el momento que tuvo conocimiento de que esta empresa era también titular de la Iprodiona y que la respuesta fue telefónica comunicándoles que no les daban la carta de suministro/acceso porque “no van a defender la sustancia ante la Comisión Europea pues no van a presentar los estudios que se demandan”. Dado el resultado de esta solicitud y que CHIMAC-AGRIPHAR S.A. no tiene sede en España no han llegado a contactar con esta segunda empresa (folios 325 a 326). Por lo que se refiere a BASF, aunque desde el 21 de marzo de 2003 BAYER dejó de ser licenciataria de la Iprodiona y transfirió el registro fitosanitario a BASF ESPAÑOLA S.A. según la entidad denunciante, esta información no ha figurado en la página web del MAPYA hasta el 22 de diciembre de 2003 (folio 326) por lo que todavía no ha entrado en contacto con ella.

La denuncia AVENTIS CROPSOURCE (ACS), se constituyó en 1999 por la fusión de AgrEvo (consecuencia de la joint venture Hoechst/Schering) y la división de agricultura de Rhône-Poulenc.

En octubre de 2001 BAYER AG (BAYER) notificó a la Comisión su intención de adquirir todas las acciones de ACS que constituían el negocio agroquímico de dicha entidad. En abril de 2002 la comisión autorizó dicha compra con condiciones.

En términos de ventas mundiales BAYER ocupaba el puesto séptimo de las compañías agroquímicas, mientras que ACS ocupaba el puesto cuarto. Ambas empresas juntas podrían llegar a tener una cuota de mercado de alrededor del ... justo detrás de la mayor compañía agroquímica, SYNGENTA, pero delante de BASF, DUPONT, DOW y MONSANTO.

Entre los compromisos aceptados por BAYER al adquirir las acciones del negocio agroquímico de ACS, a los que nos hemos referido anteriormente, estaba el de transferir los negocios relativos a determinadas sustancias activas, entre las que se encontraba la Iprodiona, a un mismo y único comprador. Estos compromisos se han materializado en un acuerdo con BASF por el que ésta adquiere de BAYER un paquete de productos fitosanitarios atendiendo a los requerimientos de la Comisión. Este acuerdo fue notificado al Servicio de Defensa de la Competencia de 6 de febrero de 2003 y fue autorizado de acuerdo con el apartado 2 del artículo 15 bis de la LDC.

Desde 21 de marzo de 2003 BAYER ha dejado de ser licenciataria del producto Iprodiona y ha transferido el registro fitosanitario a BASF ESPAÑOLA S.A. (folio 146).

Por lo que se refiere a CEREXAGRI, desde enero de 2001 la división agroquímica de ELF ATOCHEM se convirtió en CEREXAGRI y es una subsidiaria de ATONIA CHEMICALS, Inc (inicialmente ELF ATOCHEM N.A., Inc). Es una empresa que se dedica a la fabricación de fungicidas, herbicidas e insecticidas, con 29 fábricas en todo el mundo uno de las cuales es CEREXAGRI IBÉRICA S.A.

Por su parte, la denunciante, CERAFRUT, es una empresa española dedicada, desde 1963, a la fabricación y comercialización de productos destinados al tratamiento post cosecha de cítricos y frutos de pepita (pera y manzana). Su ámbito geográfico de actuación se centra principalmente en la Comunidad Valenciana y Murcia para los cítricos y en Lérida y Zaragoza para los frutos de pepita (folio 34).

De acuerdo con la Decisión Ciba Geygy/Sandoz el mercado de los productos para la protección de las cosechas se subdivide, en función de los problemas a controlar, en los siguientes grupos:

- *Fungicidas para el control de enfermedades*
- *Herbicidas para el control de malas hierbas*
- *Insecticidas para el control de insectos*
- *Oligoelementos APRA subsanar estados de carencia*
- *Tratamiento de semillas*
- *Reguladores del crecimiento*
- *Sustancias activas*

Según la misma Decisión anteriormente citada, la elaboración de productos fitosanitarios consta de tres fases: producción de las sustancias activas, elaboración de las formulaciones (productos formulados) a partir de las sustancias activas y envasado de estas formulaciones.

Por lo que se refiere a las sustancias activas, cada una de ellas tiene unas propiedades únicas y, en ocasiones, está protegida por patente. En el momento de registro de un producto fitosanitario se ha de facilitar información sobre las sustancias activas contenidas en el mismo a efectos de obtener la autorización. Si el fabricante utiliza una sustancia activa distinta, el resultado será otro producto diferente para el que se tendrá que solicitar una nueva autorización, aunque actúe de manera similar al primero. La concesión de esta nueva autorización lleva un tiempo y además el fabricante tendrá que volver a formular el producto y ensayar su acción antes de solicitar la autorización. Por estas razones, las sustancias activas, en principio, no son intercambiables.

Cada uno de los mercados de sustancias activas consta de una sola de estas sustancias activas. Si la sustancia activa está protegida por patente o mediante licencia de know-how, la empresa fabricante dispone de un monopolio.

El mercado geográfico del producto (sustancias activas para el ámbito fitosanitario), es un mercado de dimensión comunitaria dado que los costes de transporte son insignificantes y no existen barreras de acceso en forma de disposiciones nacionales de autorización.

En el momento de la denuncia y hasta que se produjo la adquisición de la división agroquímica de AVENTIS por BAYER, que tuvo como consecuencia la transferencia del negocio de Iprodiona y, por tanto, ostentaba la posición de dominio de esa sustancia activa en el mercado europeo.

Ahora bien, a veces no es posible utilizar una sola sustancia activa para controlar los daños y se recurre a una mezcla de las mismas que suele ser entre un 5 y un 15% más barata que la sustancia activa. Para ello, los fabricantes de productos fitosanitarios compran sustancias activas a sus competidores y las utilizan para la formulación de productos propios. Si la sustancia adquirida está protegida por

patente, el comprador entra en una relación de dependencia con el fabricante de dicha sustancia.

Si el titular de la patente produce una sustancia activa que es ampliamente utilizada en los mercados de productos posteriores, ocupa una posición potencialmente fuerte en dichos mercados, incluso si su propia cuota en éstos es relativamente reducida.

La Iprodiona, sustancia activa a la que se refiere este expediente, tiene propiedades fungicidas. Los fungicidas son agentes usados para controlar los deterioros de las plantas, o de sus productos, causados por hongos y moho antes y después de la cosecha. En general, puede utilizarse el mismo fungicida para proteger la fruta, los cereales, las patatas y las remolachas. Por tanto, lo determinante es el organismo nocivo a combatir por el fungicida de que se trate y no la especie a proteger. Ahora bien, en el asunto Astra-Zéneca/Novartis la Comisión definió un mercado relevante para cada cultivo e incluso, para el caso de las uvas, consideró un mercado para cada tipo de enfermedad.

Por tanto, en el caso que nos ocupa el mercado del producto será el de los fungicidas para el tratamiento post cosecha de la fruta con pepita. Este mercado es un mercado conexo al de la Iprodiona y es en él donde se producen los efectos restrictivos. Este mercado se considera nacional porque las diferencias biológicas y de tratamiento varían considerablemente de un país a otro y porque los productos fitosanitarios deben ser autorizados y registrados en cada Estado miembro antes de ser comercializados.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto nos encontramos con dos mercados conexos:

- el mercado de la Iprodiona que es de ámbito comunitario y en el cual ostentaba el monopolio AVENTIS en el momento de la denuncia y*
- el mercado de los fungicidas para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita que es de ámbito nacional y en el cual AVENTIS tenía una posición preponderante, en el momento de la interposición de la denuncia, puesto que todos los productos del catálogo de productos fitosanitarios que contenían dicha sustancia activa tenían como titular a AVENTIS o era fabricados por esa entidad a excepción del Deccoprozil de CEREXAGRI.*

VALORACIÓN JURÍDICA:

Según la Sentencia de 6 de marzo de 1974 en el asunto Zoja contra el Instituto Chemioterapico Italiano y Comercial Solvents, un abuso de posición dominante

en el mercado de las materias primas puede tener repercusiones y restringir la competencia en el mercado de los productos derivados de esas materias primas.

El detentar una posición de dominio en el mercado de las materias primas y reservárselas para la propia producción de productos derivados rechazando el suministro a un cliente que también produce derivados de esas materias primas tiene por objeto y efecto eliminar la competencia en el mercado conexo de los productos derivados.

El TDC se ha pronunciado recientemente utilizando la teoría de los mercados conexos y ha manifestado que la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados, siendo una interpretación jurídica del hecho de que la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado puede traducirse en un dominio de otro en el que la presencia de esa empresa es, cuantitativa o cualitativamente diferente.

Teniendo en cuenta, como se ha dicho en el apartado II, que:

-los productos existentes en el mercado que contienen Iprodiona son fabricados por AVENTIS (a excepción del Deccoproxil fabricado por CEREXAGRI y el Ippon 500 y el Iprodex cuyos titulares son CHIMAC-AGRIPHAR Y SAPEC AGRO respectivamente pero cuya aparición en el mercado ha tenido lugar en 2003, es decir, con posterioridad a la presentación de la denuncia),

-AVENTIS tenía el monopolio de la fabricación de la Iprodiona en el momento de la denuncia y hasta marzo de 2003.

El comportamiento de AVENTIS (actualmente BAYER), consistente en negarle a CERAFRUT la carta de acceso/suministro a la Iprodiona para la fabricación de un producto para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita, supone un abuso de posición dominante tipificado en el art. 6 de la LDC del que sería responsable AVENTIS y que, al igual que el asunto Zoja citado anteriormente, tendría sus efectos en un mercado conexo a aquel en el que AVENTIS ostentaba el monopolio.

Por tanto la negativa a la concesión de la carta acceso/suministro a la sustancia activa Iprodiona constituye una infracción del art. 6 de la LDC de la que se considera responsable a AVENTIS CROPSCIENCE ESPAÑA S.A. (actualmente BAYER CROPSCIENCE S.L.)

Por otra parte, la carta de intenciones de AVENTIS a ELF ATOCHEM AGRI (actualmente CEREXAGRI) de fecha 8 de agosto de 2000 en la que, en relación

los tratamientos post cosecha y, refiriéndose a la Iprodiona dice que ELF ATO distribuirá la Iprodiona en condiciones de exclusividad. Si alguna compañía está interesada en esta materia activa, es decisión de ELF ATO el conceder el correspondiente acceso, supone un acuerdo restrictiva de competencia entre competidores que limita el acceso a la Iprodiona a otros fabricantes de productos fitosanitarios dado que CEREXAGRI era, junto con AVENTIS, el único fabricante de productos conteniendo dicha sustancia activa, en el momento de la denuncia.

Los responsables de este acuerdo restrictivo tipificado en el art. 1 de la LDC son AVENTIS CROPSCIENCE ESPAÑA S.A. (actualmente BAYER CROPSCIENCE S.L.) y CEREXAGRI IBÉRICA S.A.

8. Una vez redactado el Informe-Propuesta, el Servicio remitió el expediente al Tribunal, y recibidas las actuaciones se acordó admitir a trámite y ponerlo de manifiesto a los interesados para proposición de prueba y solicitar celebración de Vista.
9. La representación de Bayer, mediante escrito de 23 de julio de 2004, propuso los medios de prueba que estimó oportunos y formuló alegaciones, que se resumen a continuación.

Con carácter previo, afirmó que el expediente había caducado, al superar el Servicio el plazo máximo de 12 meses previsto para la instrucción del expediente, habida cuenta que la incoación de éste tuvo lugar el día 19 de mayo de 2003, en tanto que el Informe-Propuesta se adoptó el 9 de junio de 2004. La Providencia adoptada por el Servicio el 18 de marzo de 2004, para suspender el plazo de instrucción a fin de aportar certificación de la Oficina Española de Patentes y Marcas, es nula de pleno derecho por no tener base legal en el art. 42.5.c) de la Ley 30/1992.

En cuanto a los hechos que han dado lugar a este expediente menciona la carta de Aventis de 18 de julio de 2000 a Cerafrut en la que comunicaba la imposibilidad de atender a su petición de una carta de suministro/acceso de la sustancia activa Iprodiona para la formulación de un fungicida para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita. Bayer era un tercero entre Aventis y Cerexagri de suministro en exclusiva. No se puede considerar que una misma conducta constituye, al mismo tiempo, un comportamiento unilateral sancionable por el art. 6 LDC y un acuerdo entre dos empresas prohibido por el art. 1 LDC. Se trataría, en el supuesto de existir infracción de una vulneración del art. 1 LDC, debiendo por tanto producirse una subsunción del art. 6 en el art. 1 de la LDC.

La conducta supuestamente infractora consistente en la celebración de un

acuerdo en exclusiva entre Aventis y Cerexagri no debe ser en ningún caso imputada a Bayer, porque cuando esta sociedad adquirió a Aventis, lo hizo con la condición expresamente impuesta por la comisión de no adquirir el negocio de la Iprodiona. Una vez adquirido el negocio por Basf esta empresa se subrogó en todos los derechos y obligaciones que existían hasta la fecha sobre la Iprodiona.

No obstante, el acuerdo entre Aventis y Cerexagri es lícito y corresponde a la práctica generalizada en el sector de seleccionar un único distribuidor para comercializar la sustancia activa, a fin de garantizar la calidad y seguridad en la utilización de principios activos para la preparación de formulados. Aún en el supuesto de que se considerase que el acuerdo entre Cerexagri y Aventis fuese contrario al art. 1 LDC, el acuerdo estará en todo caso amparado tanto por el antiguo Reglamento (CEE) nº 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, como el nuevo Reglamento (CE) nº 2790/99 de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Aunque Cerexagri sólo ha utilizado la Iprodiona que Aventis y ahora Basf le suministran para su consumo propio, nada le impediría revenderla a terceros según la carta de intenciones de 8 de agosto de 2000.

Aunque la representación de Bayer entiende que, de conformidad con las precedentes alegaciones, no es necesario defender la no existencia de abuso de dominio, razona que no hay posición de dominio ni conducta abusiva.

Entiende que el mercado relevante debe definirse como el de las sustancias activas aptas para la fabricación de fungicidas para el tratamiento post cosecha de frutas con pepita, por lo que es necesario identificar todas aquellas sustancias activas que, junto con la Iprodiona, se consideran intercambiables o sustituibles entre sí en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellas. En el expediente existen pruebas que avalan la sustituibilidad de la Iprodiona, citándose comunicaciones del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPYA), Basf Dow Agrosociencias Ibérica S.A., y Universidad de Lérida, atendidas las indicaciones de la jurisprudencia comunitaria y nacional acerca de que el grado de sustituibilidad entre dos productos sea suficiente pero no total.

Asimismo, alega la mencionada representación que Aventis no tenía posición de dominio en el mercado europeo de las sustancias activas para la formulación de fungicidas para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita, porque esta sustancia tiene al menos siete sustancias activas más

sustitutivas, porque Aventis no tenía ninguna protección derivada de derecho de patente o de la titularidad en el registro fitosanitario del MAPYA, también porque el mercado era y es absolutamente contestable y porque Cerafrut podía haberse suministrado de terceros fabricantes de la Iprodiona en cualquier parte del mundo, incluyendo a Europa, sin coste significativo alguno para ella.

Aventis no abusó de ninguna posición de dominio al denegar la carta de suministro/acceso a la sustancia activa Iprodiona, porque en el mercado primario de las sustancias activas aptas para formular fungicidas para el tratamiento post cosecha de frutas con pepita, donde habrá al menos siete sustancias activas sustitutivas de la Iprodiona, y porque aunque se definiere el mercado como el de la sustancia activa Iprodiona, Aventis tampoco tendría posición de dominio, dada la contestabilidad del mercado desde 1995, al carecer Aventis de patente sobre la Iprodiona y la protección de datos que se confería el MAPYA. Por otra parte, alega que la supuesta negativa del suministro fue consecuencia de la existencia de un compromiso previo entre Aventis y Cerexagri, que Aventis no denegó el suministro a Cerafrut y porque no se cumple ninguno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que se considere abusiva la supuesta negativa del suministro, es decir, Cerafrut no era un cliente preexistente de Aventis, ésta no pretendía extender una supuesta posición de dominio en el mercado primario de las sustancias activas al mercado secundario de los fungicidas, la denegación de suministro estaba objetivamente justificada, Cerafrut tenía otras alternativas viables para competir en el mercado y el producto que Cerafrut pretendía sacar al mercado no presentaba ninguna novedad ni mejora (jurisprudencia comunitaria Comercial Solvents, Oscar Bronner y IMS Health).

En cuanto a la duración de la infracción y la imposición de sanciones, niega la existencia de la infracción así como la duración de esta según el cálculo efectuado en el Informe Propuesta. Entiende que la fecha inicial es la de 9 de agosto de 2000 y la de finalización el 5 de noviembre de 2002, fecha del registro de Iprodiona por parte de Trade Corporation Internacional y Chimal-Agriphar S.A., porque terminaba con la situación de monopolio de hecho atribuido a Aventis, aparte de que, en cuanto a Bayer nunca se le podía considerar responsable a partir del 17 de abril de 2002, fecha en que la Comisión condicionó la autorización de la operación de concentración entre Aventis y Bayer a la desinversión del negocio de la Iprodiona, que fue gestionado por un Administrador Independiente.

Desde el 21 de marzo de 2003 es decir, antes de la fecha de incoación del presente expediente: el negocio de la Iprodiona y la titularidad del registro pertenecen a Basf. Bayer no tiene ninguna responsabilidad porque nunca

llegó realmente a comprar el negocio de Iprodiona, ni tampoco lo gestionó ni lo controló, ya que durante el tiempo que estuvo pendiente de compra por un tercero, el negocio fue gestionado por un Administrador Independiente.

Solicita la unión al expediente de dos documentos que aporta: el mandato de la Comisión al administrador independiente para controlar y gestionar el negocio de la Iprodiona y el listado de empresas titulares de esta sustancia en Europa.

10. En 23 de julio de 2004, la representación de CEREXAGRI IBERICA S.A. propuso la práctica de medios probatorios, previa formulación de alegaciones que a continuación se resumen.

En primer lugar, se afirma que el Servicio ha excedido el plazo máximo legal previsto para la instrucción del expediente, sin causa que lo justifique, porque la Providencia de 18 de marzo de 2004, por la que suspendía el plazo mencionado, por aplicación del art. 56.1 de la LDC, en relación el artículo 42.5.a) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no está ajustada a derecho.

Ratifica las alegaciones realizadas al Pliego de Concreción de Hechos y señala su disconformidad con la postura adoptada por el Servicio que entiende que la sustancia Iprodiona constituye un mercado en si misma y que en él Aventis ostenta posición dominante en razón de su derecho de patente sobre la referida sustancia, circunstancia que no corresponde a la realidad porque la prueba ha demostrado la inexistencia de un derecho de patente sobre aquella sustancia. Ante esta realidad, el Servicio modifica su postura y afirma que lo que interesa es la titularidad del registro fitosanitario, como lo hace en el Informe-Propuesta en contra del criterio de la representación de CEREXAGRI que entiende que la inexistencia de un derecho de patente permite la libre fabricación y comercialización en España de la sustancia activa, como lo han hecho dos compañías. TRADE CORPORATION S.A. y CHIMAC-AGRIPHAR, que ha procedido a la homologación en España de la sustancia activa Iprodiona, procedentes de fabricantes distintos a Aventis que, además, ya no gozaba de la protección de datos que confiere la normativa reguladora, al haber expirado el plazo de 10 años desde su registro en 1985, que facilitaba la tramitación administrativa en cuanto a la exigencia de suministro de sustancias activas para la formulación de cualquier producto.

Sólo hay tres formas de obtener el suministro de sustancias activas: o son sintetizadas por el propio formulador, o insta el correspondiente procedimiento de homologación, o se solicita y obtiene una carta de acceso y el

correspondiente suministro de la empresa fabricante de la sustancia activa o de la empresa titular de la homologación. CERAFRUT, presente en el mercado desde 1963, era perfectamente consciente de las posibilidades a su alcance para el registro del formulado, al haber emprendido simultáneamente las dos alternativas: solicitud de acceso para el Tiabendazol e inicio de los trámites de homologación para la Iprodiona y el Imazail. En consecuencia, CERAFRUT podía homologar en España una Iprodiona distinta de la de Aventis, no pudiéndose negar esta posibilidad por el simple hecho del tiempo de duración del procedimiento de homologación, como ha tenido ocasión de señalar en su caso análogo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Osear Bronner.

Por lo que se refiere a la definición al mercado relevante, la representación de CEREXAGRI afirma la incongruencia que se observa en el Informe Propuesta de la definición de un mercado de formulados que “contenga determinada sustancia activa” y la necesidad de tener en cuenta la sustituibilidad de la Iprodiona con al menos otras siete sustancias activas, debiéndose analizar las comunicaciones procedentes del MAPYA y del Departamento de Tecnología de los Alimentos de la Universidad de Lleida.

Alega que no es aceptable la afirmación del Servicio relativa a que la eficacia del producto que pretendía registrar CERAFRUT no es un problema que afecta al Derecho de la Competencia, porque el derecho a la libertad de empresa es un derecho constitucionalmente protegido, de forma que las limitaciones al ejercicio de este derecho deben estar justificadas y limitarse a lo estrictamente necesario para garantizar el pretendido bien superior.

En cuanto a la supuesta infracción del art. 1 de la LDC, la relación entre AVENTIS y CEREXAGRI carece de efectos restrictivos al existir alternativas suficientes en el mercado para la elaboración de formulados fungicidas post cosecha para frutas de pepita distintas a la Iprodiona y estar en todo caso amparada por el Reglamento 1983/1983 de la Comisión y el Reglamento 2790/99, de 22 de diciembre relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas por no superar CEREXAGRI la cuota del 30% del mercado.

Por último se formulan alegaciones para razonar la ausencia de concurrencia en este expediente de los requisitos de la jurisprudencia en el asunto Comercial Solvents, y para afirmar que la relación de suministro entre AVENTIS y CEREXAGRI carece claramente de aptitud para afectar negativamente a la competencia.

Termina con la proposición de prueba documental que es de su interés.

11. Mediante Auto de 29 de septiembre de 2004, el Pleno del Tribunal acordó admitir todos los medios de prueba propuestos y consideró innecesaria la celebración de Vista.

12. Por Providencia de 29 de noviembre de 2004 se pusieron de manifiesto las pruebas a los interesados para alegaciones.

13. Dentro del plazo concedido para alegaciones sobre el alcance del resultado de las pruebas practicadas, la representación de Bayer afirma que existen diez sustancias activas que sirvan para preparar formulados para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita, siendo de destacar la respuesta del Departamento de Tecnología de los alimentos de la Universidad de Lleida, referida a la existencia de la menos 17 formulados declarados aptos para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita en España, en los que se utiliza diez sustancias activas, combinadas de diferentes maneras, entre las que Iprodiona es una más.

Asimismo, el cuadro aportado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPYA), pone de manifiesto que la Iprodiona sirve para combatir tres tipos de enfermedades en el tratamiento post cosecha, Botrysis, Penicillium y Rhizopus, y que para estas enfermedades siempre existen sustancias activas alternativas a la Iprodiona para combatir dicha enfermedad, lo que prueba que existe sustituibilidad y que, por tanto, la Iprodiona no constituye en sí mismo un mercado relevante. En un mercado así definido, la cuota de la Iprodiona es, en la actualidad, del 12%, sin que existan barreras de entrada significativas.

La prueba practicada demuestra la falta de eficacia del compuesto que pretendía elaborar CERAFRUT, según alegaciones de la mencionada representación que cita, a dichos efectos, la respuesta de la Asociación empresaria para la Protección de las Plantas (AEPLA) al requerimiento practicado por este Tribunal.

14. La representación de CEREXAGRI valora la prueba practicada en dos apartados: la sustituibilidad de la Iprodiona, y la cuestión de la concurrencia de los requisitos de la jurisprudencia Comercial Solvents y Oscar Bronner en este asunto.

Entiende la citada representación que del análisis de las pruebas practicadas, consistentes en comunicaciones del Departamento de Tecnología de los Alimentos de la Universidad de Lleida, Asociación Empresarial para la protección de las Plantas y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación,

aparecen corroboradas sus alegaciones de que existen al menos siete sustancias activas alternativas a la Iprodiona, por lo que esta sustancia no es indispensable para la elaboración de formulados post cosecha de frutas de pepitas. En consecuencia, rechaza la definición de mercado expuesta por el Servicio.

En cuanto a los requisitos señalados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos Comercial Solvents y Oscar Bronner, citados en el Informe Propuesta afirma que no concurren en el expediente porque la sustituibilidad de la Iprodiona y en consecuencia, la definición del mercado referido a todas las sustancias activas aptas para el tratamiento de las enfermedades micológicas susceptibles de afectar las frutas de pepita, eliminan la posibilidad de atribuir una posición de dominio a Aventis; entiende que la Iprodiona no es indispensable para la actividad comercial de CERAFRUT, que no ha mantenido relaciones de comercio pre-existentes con AVENTIS. Por esto, afirma que no está justificado limitar el derecho a la libertad de empresa que le corresponde, y que el formulado pretendido por CERAFRUT adolece de eficacia y de innovación.

15. La representación de la entidad CERAFRUT S.L., en trámite de alegaciones sobre el resultado de la prueba realizada, afirma que carecen de interés, que el registro depende de la eficacia del formulado no de las sustancias individualmente consideradas y que el Iprodione es la única sustancia eficaz contra el Rhizopus, que la tiene la empresa Cerexagri Ibérica.
16. Para formulación de conclusiones se puso de manifiesto el expediente a los interesados por Providencia de 31 de enero de 2005.
17. Mediante escrito de 18 de febrero de 2005, la representación de Bayer formula conclusiones en el sentido de entender que el presente expediente ha caducado por haberse superado el plazo de 12 meses que la LDC atribuye al Servicio para la instrucción, que Bayer carece de legitimación pasiva en este expediente, ya que nunca controló el negocio de la Iprodiona; que la supuesta conducta infractora debería calificarse desde la óptica del art. 1 LDC y nunca la del art. 6 LDC, ya que lo que se dilucida es la legalidad de un acuerdo de suministro exclusivo firmado por Aventis y Cerexagri, asumido en la actualidad por Basf y del que Bayer nunca ha sido contraparte; y que no ha existido ninguna denegación de suministro abusiva, porque el mercado relevante es más amplio que el de la Iprodiona, que esta sustancia no está protegida por patente y que la conducta denunciada nunca puede calificarse de abusiva por no concurrir los requisitos que exige la jurisprudencia comunitaria y nacional para que una negativa de suministro se considere abusiva.

18. En el trámite de conclusiones la representación de CEREXAGRI, mediante escrito de 18 de febrero de 2005 expresa las razones que justifican su afirmación de existencia de caducidad del expediente, en cuanto al procedimiento y en lo referente al fondo del asunto considera la inexistencia de un derecho de patente sobre la Iprodiona, la posibilidad de CERAFRUT de homologar otra Iprodiona distinta a la fabricada por BAYER, el error del Servicio en la definición del mercado relevante, así como la ausencia de infracciones de los arts. 1 y 6.

19. La representación de CERAFRUT S.L. valora los medios de prueba practicados para terminar con la afirmación de “ninguna conclusión nueva se ha añadido a las ya puestas de manifiesto por el Servicio de Defensa de la Competencia, es más lo único que en todo caso se pone de manifiesto es la reafirmación de las ya incorporadas en el informe del SDC, al cual nos remitimos por economía textual en todo aquello que implica la concreción de valoraciones jurídicas en él realizadas”.

20. El Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión de Pleno celebrada el día 25 de mayo de 2005.

21. Son interesados:

- Cerafrut S.L.
- Bayer Cropscience S.L.
- Cerexagri Ibérica S.A.

HECHOS PROBADOS

1. Cerafrut, empresa dedicada a la fabricación y comercialización de productos destinados al tratamiento post cosecha de frutas de pepita ha desarrollado un nuevo producto para el citado tratamiento compuesto de tres sustancias activas: Imazail, Tiabendazon e Iprodiona. Con la intención de registrar el citado producto, Cerafrut solicitó a los laboratorios titulares la carta/acceso a cada una de estas sustancias. Aventis comunicó a Cerafrut que no podía acceder a su solicitud, mediante fax de 8 de agosto de 2000.
2. En la carta de intenciones de Aventis a Elf Atochem Agri (Actual Cerexagri), de fecha 8 de agosto de 2000, en relación con los tratamientos post cosecha, refiriéndose a la Iprodiona, se dice que “Elf Ato distribuirá la Iprodiona en condiciones de exclusividad. Si alguna compañía está interesada en esta materia activa, es decisión de Elf Ato al conceder el correspondiente acceso”.

3. La Iprodiona es una sustancia activa que tiene propiedades fungicidas en el mercado de productos fitosanitarios, en el que existen sustancias activas sustitutivas de la Iprodiona, con el mismo efecto fungicida, como la Vinclozalina y la Procimidona. Sustancias sustitutivas de la Iprodiona son también: Ortofemil Fenol, Trabendazol y Metil Tiofenato.
4. Cerexagri elabora distintos formulados para el tratamiento post cosecha de frutas con pepita. De estos formulados solamente el Deccorpozil se fabrica con la Iprodiona, otros formulados son elaborados a base de las sustancias activas Imazalil y Tiabendazol. De la cuota aproximada del 30% que Cerexagri tiene en el mercado, el 12% le corresponde al formulado elaborado con Iprodiona, el restante 18% corresponde a las ventas de otros formulados.
5. En el expediente tramitado por el Servicio, con fecha 18 de marzo de 2004 recayó la siguiente Providencia: *“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/99 de 28 de diciembre (B.O.E. del 29), ofíciase a Ad. Francisco Cantos Baquedano y a D^a Salomé Santos Lorenzo, en representación de BAYER CROPSCIENCE S.L., solicitándole la siguiente información:*

En su escrito de fecha 10 de marzo de 2004, de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, afirman que “a pesar de la primera afirmación de Aventis que figura en el expediente, Bayer ha constatado que no es cierto que esta empresa disfrutase de un derecho de patente sobre la Iprodiona en el momento en el que se produjeron los hechos que han dado lugar al presente expediente”. Dada la contradicción existente entre lo afirmado por AVENTIS con anterioridad a la redacción del citado Pliego y lo que ustedes manifiestan en el mencionado escrito, el Servicio considera imprescindible que aporten un certificado de la Oficina de Patentes y Marcas donde se recoja:

- *Que, en el momento de los hechos, el producto Iprodiona no estaba protegido por patente ni de Rhone Poulenc, ni de Aventis, ni de Bayer.*
- *La existencia de los posibles licenciarios y licenciados del citado producto.*

Por otra parte, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 56.1 de la LDC en relación con el artículo 42,5 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992 (B.O.E. del 27-11-92), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, se suspende el plazo máximo legal por el tiempo que medie entre la notificación de este

requerimiento y su efectivo cumplimiento por parte de BAYER, debiendo dar cuenta a este Servicio, en el plazo de diez días, de la formulación de solicitud a la Oficina de Patentes y Marcas”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En los Antecedentes de Hecho quedan indicadas, de manera extensa, las cuestiones planteadas en este expediente que, en síntesis, son las siguientes:
 - A. Caducidad del expediente alegada por las representaciones de las entidades Bayer y Cerexagri por entender que se ha infringido el artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que señala el plazo máximo de doce meses para tramitar el procedimiento en la fase de instrucción ante el Servicio.
 - B. Alegaciones formuladas por el legal representante de Bayer sobre la posición jurídica que a esta empresa le corresponde en el procedimiento, habida cuenta que la incoación de este sancionador tuvo lugar contra la entidad denunciada Aventis, por su negativa a la petición de la carta suministro/acceso de Cerafrut, y que, posteriormente, Bayer dispuso del negocio de la Iprodiona a favor de la Sociedad Basf.
 - C. Imputación efectuada en el Informe Propuesta por el Servicio de una infracción al artículo 6 de la Ley 16/1989, en la que se señala la responsabilidad de Bayer, como sucesora de Aventis.
 - D. Imputación del Servicio de una infracción al artículo 1 de la ley de Defensa de la Competencia, respecto de las empresas Bayer y Cerexagri.
2. De estas cuestiones, la primera que debe ser analizada y resuelta es la relativa a la alegada caducidad, por la naturaleza jurídica propia de esta institución y los efectos que puede producir en el procedimiento. Afirman las sociedades mercantiles denunciadas, ya citadas, que la incoación del procedimiento sancionador tuvo lugar el día 19 de mayo de 2003 y que la conclusión, con el Informe Propuesta, es de fecha 9 de junio de 2004, habiéndose suspendido el plazo máximo para adoptar resolución desde el 18 de marzo de 2004 hasta el día 27 de abril siguiente, en virtud de la Providencia adoptada por el Instructor del expediente en aquella fecha.

La Providencia en cuestión, cuya transcripción literal se ha efectuado en esta Resolución, nº 5 de los Hechos Probados, ha sido dictada de conformidad con la norma establecida en el artículo 37.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 56.1 de la misma Ley y 42.5 a) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, a fin de aportar datos de significativo interés para la calificación de los hechos denunciados, y aún cuando es cierto que el Servicio podía haber dirigido de manera directa una Comunicación a la Oficina de Patentes y Marcas, para acreditar la inexistencia de patente en relación con la sustancia activa Iprodiona, es evidente que la opción elegida por el órgano encargado de la instrucción en la que interviene la empresa interesada, con el efecto de suspensión del plazo máximo para resolver, no puede acarrear la nulidad pretendida por las entidades proponentes de caducidad, de forma que corresponde rechazar esta petición.

3. La posición jurídica que corresponde a Bayer Cropscience S.L. en este expediente sancionador iniciado contra Aventis, tiene origen y fundamento en la fusión por absorción de la empresa citada en último lugar, es decir, en la subrogación por parte de Bayer en todos los derechos y obligaciones de Aventis. En consecuencia, la cuestión surgida como efecto directo de la negativa de Aventis a la petición de carta/acceso sobre Iprodiona de Cerafrut forma parte del núcleo de la subrogación, circunstancia que ha tenido en cuenta el Servicio para dirigir el procedimiento contra Bayer. Las alegaciones formuladas por esta empresa acerca de la transferencia del negocio de la Iprodiona a Basf –incluido el registro fitosanitario–, deberán ser valoradas, en su caso, a los efectos de determinar su responsabilidad, por dolo o imprudencia, y fijación de la cuantía de la sanción pecuniaria, todo ello de conformidad con el artículo 10 de la LDC, en presencia de la notificación a la Comisión Europea de la operación de concentración y la Decisión de autorización de la Comisión de 17 de abril de 2002, sometida a la condición de desinversión que tuvo como consecuencias la gestión del negocio de la Iprodiona por un Administrador Independiente hasta la venta a Basf, según ha quedado ya mencionado.
4. En la calificación que los hechos denunciados merecen al Servicio en el Informe-Propuesta, que da fin a la instrucción, consta la afirmación de que “se considera que la actuación de Aventis (de la que se subrogó en derechos y obligaciones Bayer), consistente en haber denegado la carta acceso/suministro a la Iprodiona a Cerafrut, infringe lo dispuesto en el artículo 6 de la LDC”. Esta calificación, negada por la representación de Bayer, debe ser analizada desde la perspectiva de la conducta prohibida del abuso de posición dominante, según su configuración legal y con apoyo en los criterios facilitados por Resoluciones precedentes. El análisis

de la cuestión implica definir tres aspectos; el primero, la determinación del mercado relevante; en segundo lugar, la evidencia de que la sociedad mercantil imputada dispone de una posición de dominio en el mercado relevante y, por último, la realidad del abuso de la posición privilegiada en el mercado.

Ha quedado acreditado en el expediente que Aventis, después Bayer por subrogación, y en la actualidad Basf, operan en el mercado mediante la elaboración de productos fitosanitarios, en el que se pueden señalar tres fases: fabricación de las sustancias activas, elaboración de los productos formulados mediante la utilización de las sustancias activas y el envasado del producto final. Se puede distinguir, en consecuencia, el mercado primario de las sustancias activas, en primer lugar, y el mercado derivado de los productos formulados a partir de las sustancias activas, en segundo término.

El mercado de los productos para la protección de las cosechas se subdivide, en función de los problemas a controlar, en varios grupos, uno de estos está integrado por los fungicidas, es decir, por los agentes usados para controlar los deterioros de las plantas, o de sus productos, causados por hongos y moho antes y después de la cosecha. Se da la circunstancia bastante frecuente, de que no es posible utilizar una sola sustancia activa para controlar los daños y se recurre a la mezcla de las mismas. Una sustancia activa que tiene propiedades fungicidas es la Iprodiona, a la que se refiere este expediente, en el que aparece comprobado que son varias las sustancias activas que, junto con la Iprodiona, se consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, con el mismo efecto, es decir, aptas para formular fungicidas para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita, circunstancia que cumple el concepto de mercado de producto de referencia, según la comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997. Este mercado es contestable, además, porque habiéndose registrado la Iprodiona, por primera vez, en el Registro Oficial de Productos Fitosanitarios en 1985, la protección de datos expiró en 1995.

Por otra parte, desde el punto de vista geográfico, el mercado relevante es, cuando menos, de dimensión comunitaria, porque los costes de transporte son insignificantes y no existen barreras de acceso.

Procede concluir, en consecuencia, con la afirmación de que no ha quedado acreditado en las actuaciones practicadas que en el mercado relevante de las sustancias activas aptas para la formulación de fungicidas para el tratamiento post cosecha de las frutas con pepita, Aventis, y

después Bayer, tengan posición de dominio y puedan actuar de forma apreciablemente independiente de sus competidores, clientes y consumidores, afirmación que impide estimar el abuso imputado.

Corresponde, en definitiva, declarar la inexistencia de la conducta contraria al artículo 6 de la LDC, propuesta por el Servicio en su escrito de Informe-Propuesta.

5. El Servicio de Defensa de la Competencia, en el apartado del Informe Propuesta correspondiente a la calificación de los hechos objeto de este expediente, afirma que de lo actuado resulta acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de la que serían autoras las empresas Bayer y Cerexagri, así como que la duración de la infracción estaría comprendida entre la fecha de la firma de la carta de intenciones -8 de agosto de 2000- y la fecha de transferencia por parte de Bayer a Basf del negocio de la Iprodiona -21 de marzo de 2003-.

Durante la instrucción ante el Servicio y en la tramitación del expediente ante este Tribunal, la denunciante Cerafrut formula alegaciones que coinciden con el criterio y conclusión del órgano encargado de la fase de averiguación de los hechos; por el contrario, las empresas denunciadas, Bayer y Cerexagri muestran su oposición a la calificación del Servicio, por entender que el Acuerdo entre Aventis y Cerexagri es lícito desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia, porque la selección por parte de Aventis de un único distribuidor para comercializar la sustancia Iprodiona en un mercado determinado responde al interés de que su producto se comercialice de manera eficaz, en condiciones óptimas de seguridad y calidad. Afirman las denunciadas que, no obstante, en el supuesto de estimar que el acuerdo en cuestión es contrario al artículo 1 de la LDC estaría amparado por una exención legal.

Se refieren las denunciadas en primer lugar al Reglamento nº 1984/83 de la Comisión de 22 de junio de 1983, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, que estaba en vigor en España en el momento en que se produjeron los hechos, por mandato expreso del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, que reconocía la aplicación en el ámbito nacional de la competencia de los criterios contenidos en el citado Reglamento, a pesar de que ya se había aprobado el Reglamento 2790/1999 que lo derogaba, al que se refiere de manera expresa el Real Decreto 378/2003. Estos Reglamentos amparan los acuerdos verticales y prácticas concertadas siempre que se cumplan los requisitos en ellos establecidos, que en este caso concurren, según los datos incorporados al expediente, porque la

cuota de mercado de las empresas está dentro del 30%, no hay cláusulas de fijación vertical de precios, ni de prohibición de ventas pasivas o de pactos de no competencia. También se observa en la carta de intenciones de 8 de agosto de 2000 que el compromiso no prohíbe el suministro de la sustancia a terceros que lo soliciten.

Corresponde, en consecuencia con los precedentes razonamientos, declarar la inexistencia de la infracción imputada a las empresas citadas.

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

HA RESUELTO

Declarar no acreditadas la existencia de una conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, imputada a la empresa BAYER, ni de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la misma Ley imputadas a las empresas BAYER y CEREXAGRI.

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