

Roj: SAN 2964/2007  
Id Cendoj: 28079230062007100243  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 238/2005  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

EXPEDIENTE SANCIONADOR POR CONDUCTAS PROHIBIDAS POR LA LEY 16/1989 DE 17 DE JULIO.

**SENTENCIA**

Madrid, a tres de mayo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 238/05, se tramita a instancia de CARTONAJES INTERNACIONAL S.A. representada por el Procurador D. Pedro Rodríguez Rodríguez contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 7 de marzo de 2005, sobre expediente sancionador por conductas prohibidas por la *Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandado ONDUPACK S.A. representada por el Procurador Jorge Deleito García y ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CARTON ONDULADO (AFCO) siendo la cuantía del mismo 200.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO-. El día 9 de mayo de 2005 se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia por CARTONAJES INTERNACIONAL S.A. ( CARTISA) contra la resolución de 7 de mayo de 2005 del T.D.C.

La Sala dictó providencia de admisión a trámite, con reclamación del expediente administrativo y publicación de los anuncios previstos por la ley.

El día 2 de junio de 2005 se personó como codemandado ONDUPACK y por escrito de 24 de junio de 2005 se personó como codemandada A.F.C.O.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la actora presentó mediante escrito de 1 de julio de 2005 escrito de demanda, en el cual, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que dejó expuestos solicitó se dicte sentencia estimatoria del recurso revocando y anulando la resolución impugnada.

TERCERO-. De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la

Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó se desestime el presente recurso contencioso administrativo declarando la resolución administrativa impugnada conforme a Derecho.

La codemandada ONDUPACK S.A. contestó a la demanda por escrito de 11 de enero de 2006 solicitando la confirmación del acto administrativo impugnado con fundamento en los hechos y el derecho que deja expuestos.

La codemandada ASOCIACION ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE CARTON ONDULADO presentó escrito exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor suplicó "que se tenga por contestada la demanda".

CUARTO-.La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos. Igualmente se practicó la documental y la testifical a instancias de la codemandada A.F.C.O.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 24 de abril de 2007 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO-. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 2005 (expediente sancionador 575/2004, fabricantes de cartón-2), cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

primero Declarar que el contrato de licencia suscrito entre AFCO y CARTISA el 9 de abril de 1992 por el que se obliga a adquirir máquinas neumáticas de montaje a CARTISA o a fabricantes seleccionados por esta empresa (*cláusula 3 del contrato y 4.3 del contrato* tipo previsto en el Anexo para los contratos tipo de sublicencia) y del que se derivan los tres contratos de sublicencia cuyos anexos contienen la prohibición de fabricar y/o comercializar embalajes distintos o no sujetos a las normas de calidad Plaform, constituyen un acuerdo restrictivo de la competencia contrario al *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*. Son responsables de la infracción la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO) y Cartonajes Internacional S.A, CARTISA, esta última porque con arreglo a la *cláusula 2.2 del contrato*, el modelo de contrato de sublicencia no podía modificarse sin su previa aprobación.

segundo Declarar que el acuerdo de estandarización "Sello de Calidad Plaform" establecido por la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO) para los miembros del Grupo Plaform -que prohíbe la fabricación o comercialización de embalajes no sometidos a las normas de calidad u obliga al cese de la fabricación o comercialización de estos productos, así como a la entrada en AFCO, y a la suscripción de un contrato de sublicencia para acceder al Sello impidiendo que puedan utilizarlo otras marcas o modelos que cumplan las condiciones objetivas exigibles- constituye una infracción del *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*. Se considera responsable de la infracción a AFCO, entidad en la que se integra el Grupo Plaform, en cuyas asambleas generales se aprobaron las mencionadas prácticas.

tercero Imponer a la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO) y a Cartonajes Internacional, S.A. (CARTISA) una sanción a cada una de doscientos mil (200.000) euros por la conducta declarada contraria al *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en el apartado Primero* de esta Resolución.

cuarto Imponer a la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO) una sanción de doscientos mil (200.000) euros por la conducta declarada contraria al *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en el apartado Segundo* de este Resuelve.

quinto Ordenar a los autores de dichas prácticas abstenerse en lo sucesivo de realizar las mismas y modificar en el sentido procedente los contratos de licencia y sublicencia, así como el Sello de Calidad para que no vulneren la normativa de defensa de la competencia.

sexto Intimar a AFCO a que envíe una circular a sus asociados informándoles de esta Resolución.

séptimo Ordenar a las entidades sancionadas que en el plazo de dos meses publiquen en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de un diario de información general de ámbito nacional la parte dispositiva de esta Resolución a costa de los autores. En caso de incumplimiento de esta obligación se impondrá una multa coercitiva de seiscientos (600) euros por cada día de retraso.

octavo Las entidades sancionadas justificarán ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

noveno Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

El TDC enjuicia tres conductas denunciadas como contrarias a la libre competencia: 1) los contratos de licencia y sublicencia suscritos entre CARTISA, AFCO y sus asociados para el uso de los modelos de utilidad y marca Plaform, 2) la obligación de los sublicenciarios de utilizar exclusivamente para el montaje las máquinas adquiridas a CARTISA o a los fabricantes seleccionados por dicha empresa, y 3) el acuerdo de estandarización para embalajes hortofrutícolas de cartón ondulado que constituye el Sello de Calidad Plaform.

Concluye que existen cláusulas en los contratos de licencia y sublicencia, así como en especificaciones de los Anexos, contrarias a lo dispuesto en el *artículo 1 de la LDC*, en tanto limitan la actividad de los licenciarios así como la competencia entre los fabricantes de máquinas para el montaje de las cajas. Igualmente, el acuerdo de estandarización se considera contrario al *artículo 1 de la LDC*.

SEGUNDO-. Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por la resolución impugnada.

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

1º vulneración de los derechos de CARTISA consagrados en el *artículo 24* de la Constitución y ello por "ausencia de una investigación justa y adecuada", "ausencia de pruebas suficientes", y "falta de identificación de la cuantía de la multa que corresponde a cada infracción".

2º erróneo análisis de los principios de derecho relevantes a efectos de los contratos de licencia y sublicencia porque se han aplicado de forma indebida los principios relevantes en la transferencia de patentes, y porque una valoración adecuada basada en los criterios correctos revela que las supuestas restricciones no merecen una sanción.

3º análisis erróneo e insuficiente del supuesto acuerdo de estandarización.

4º la sanción debería reducirse por aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras más favorables.

El Abogado del Estado opone que la realización de las conductas contrarias al *artículo 1 LDC* ha quedado plenamente acreditada, que no estamos en presencia de una franquicia industrial, sino que se trata de contratos de licencia y sublicencia de naturaleza mixta en cuanto incorporan licencias de patente, de know-how y de marca y la prohibición de limitar al licenciario la posibilidad de ejecutar actividades competidoras se encuentra expresamente contemplada en el *Art. 3.2 del Reglamento 240/96*. Continúa señalando que la conducta es relevante, que PLAFORM representa a las empresas que producen el 88% del cartón ondulado con una cuota de mercado del 16%, que el acuerdo de estandarización no está abierto a nuevos competidores y que la sanción ha sido graduada de conformidad a derecho..

Por último razona que la pretendida aplicación retroactiva del *Reglamento 772/2004* no es admisible.

La representación procesal de ONDUPACK en su escrito de contestación a la demanda razona que ha existido una suficiente, justa y adecuada investigación, que existen en el expediente administrativo pruebas suficientes, y la cuantía de la multa que corresponde a cada infracción. Por otra parte, entiende que la resolución recurrida aplica correctamente los principios de derecho a los contratos de licencia y sublicencia no siendo procedente aplicar el *Reglamento 772/04* al supuesto de hecho enjuiciado.

La representación procesal de A.F.C.O. sostuvo las tesis de la demanda, con razonamientos dirigidos a la revocación de la resolución impugnada.

CUARTO-. El primer motivo de impugnación de la actora se sustenta en que el SDC se limitó a reproducir y copiar los documentos obrantes en el Expediente 2227/00 sin tener en cuenta las nuevas alegaciones de CARTISA y sostiene que el derecho consagrado en el *artículo 24.2* de la Constitución "no es un mero derecho a realizar alegaciones sino el derecho de realizar alegaciones que sean debidamente leídas, consideradas, y tomadas en cuenta por la Administración".

Debe recordarse en primer lugar que el que haya caducado el expediente sancionador, no determina la pérdida de valor probatorio de las actuaciones previas de comprobación, que quedan incorporadas, como en el caso de autos, al subsiguiente expediente sancionador incoado por no haber prescrito la infracción muy grave. Los efectos de la caducidad se enmarcan en la pérdida de efectos interruptivos de la prescripción. Como razonó el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de septiembre de 2001 :

"Esta Sala viene manteniendo (sentencia de 9 de mayo de 2001, recurso contencioso-administrativo número 461/1999 ) que el *artículo 92.4 de la Ley 30/1992* (al que se remite el *artículo 44.2* del mismo texto legal) comporta que la caducidad del expediente no impide que sea iniciado de nuevo en tanto no haya prescrito la infracción, pues establece que «La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción». En el caso examinado las infracciones denunciadas prescriben a los cinco años según el *artículo 132.2 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre* , que aprueba el Estatuto del Vino, de la Viña y los Alcoholes. Ese plazo no había transcurrido desde la comprobación de los hechos hasta que fue reiniciado expediente.

Resulta, por lo demás, evidente que el acuerdo de reiniciar el expediente puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia (*artículo 69 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas* y del procedimiento administrativo común y *artículo 55.1 del Reglamento del Consejo Regulador de la Denominación* de origen calificada «Rioja») determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido el mandato legal citado. Por otra parte, la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tienen valor independientemente, como son las Actas e Informes en los que se funda el acuerdo de inicio, respecto del cual se produjeron con anterioridad. Su incorporación al nuevo expediente determina que dichos documentos queden sujetos al régimen y efectos ligados a éste, sin perjuicio de la caducidad del anterior procedimiento y de su falta de efectos en éste."

Por otra parte, el hecho de que no hayan prosperado las alegaciones de la expedientada no supone la infracción de su derecho constitucional a la presunción de inocencia, máxime cuando, como es el caso, la resolución sancionadora analiza las cuestiones planteadas por dicha parte a lo largo de las actuaciones.

Al tiempo, se sostiene por la recurrente que no hay pruebas suficientes y si un elevado número de presunciones. En primer lugar, la Sala considera, con la Administración, que se ha acreditado mediante prueba documental la realización de las conductas que se han declarado contrarias a la LDC, con cita concreta en la resolución impugnada de los folios del expediente donde se encuentran reproducidos dichos documentos.

Por otra parte, esta Sala ha venido ratificando en numerosas ocasiones el procedimiento frecuentemente utilizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando en la materia que le es propia acude a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción. Y ello en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que igualmente ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por la Administración sancionadora y por los órganos jurisdiccionales de instancia que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras en materia de Defensa de la Competencia.

Así en la STS de 6 de marzo de 2000 el Tribunal Supremo , reiterando doctrina precedente, afirmaba:

"Esta Sala ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras.

En la sentencia de 6 de marzo de 2000 (R-2000/7048) (recurso 373/1993 ) hemos afirmado, reiterando doctrina precedente que:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha

presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En todo caso, como razonaba la sentencia de 26 de abril de 2005, tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade la sentencia citada que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa. La Resolución impugnada contiene un razonamiento en el cual, sobre la base de las pruebas acopiadas en la instrucción del expediente, se establece por qué se tienen por probados determinados hechos, y por qué tales hechos son constitutivos de infracciones a la Ley de Defensa de la competencia.

En este mismo motivo de impugnación se incluye la referencia la "falta de identificación de la cuantía de la multa que corresponde a cada infracción". La lectura de la parte dispositiva de la resolución deja claro, a juicio de este Tribunal, que la conducta que se sanciona en primer lugar consiste en que el contrato de licencia de 9-IV-92 por el que se obliga a adquirir las máquinas neumáticas de montaje a CARTISA o fabricantes seleccionados por esta, es un acuerdo contrario a la libre competencia, y por este motivo se sanciona a AFCO y CARTISA con doscientos mil euros a cada una.

En segundo lugar se declara que el acuerdo de estandarización "Sello de Calidad Plaform" establecido por AFCO para los miembros del Grupo Plaform -que prohíbe la fabricación o comercialización de embalajes no sometidos a las normas de calidad u obliga al cese de la fabricación o comercialización de estos productos, así como a la entrada en AFCO, y a la suscripción de un contrato de sublicencia para acceder al Sello impidiendo que puedan utilizarlo otras marcas o modelos que cumplan las condiciones objetivas exigibles- constituye una infracción del *artículo 1.1 LDC* y se sanciona por esta conducta con otra multa de doscientos mil euros.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación de estos motivos de impugnación.

QUINTO-. El segundo motivo de impugnación se sustenta en el "erróneo análisis de los principios de derecho relevantes a efectos de los contratos de licencia y sublicencia".

Su tesis es que el Grupo Plaform constituye una franquicia industrial a la que se aplican los principios expuestos en el *Reglamento 2790/99 de la Comisión* incorporado por el *R.D. 378/03* y desarrollados en la Comunicación de la Comisión: Directrices relativas las restricciones verticales.

La franquicia industrial se caracteriza por la cesión por parte del franquiciador al franquiciado del derecho de fabricación, la tecnología, la comercialización de los productos, la marca, los procedimientos administrativos y de gestión y las técnicas de venta. En la documentación obrante en los autos, y a los solos efectos de la resolución de este recurso contencioso-administrativo, no aprecia la Sala la concurrencia en el llamado "Grupo Plaform" de los elementos que según la doctrina caracterizan a la franquicia industrial.

La lectura de las propias normas de fabricación Plaform pone de manifiesto que recogen la circunstancia de que se firma un "contrato de licencia", siendo considerados los fabricantes como "licenciarios PLAFORM", si bien es cierto que, como recuerda el Abogado del Estado, se trata de un contrato de naturaleza mixta (al igual que el de sublicencia) en cuanto incorporan licencias de patente, de know-how y de marca.

En todo caso, aún si se tratase de una franquicia industrial, la misma no se encuentra amparada por

el *Reglamento 2790/99* CE que no contempla la exención de este tipo de franquicia, ni así autoriza a interpretar la lectura de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales del año 2000.

Como razona la representación de ONDUPACK S.A. tanto se califiquen como de licencia y sublicencia los contratos litigiosos, como de franquicia, las cláusulas analizadas por la resolución impugnada son contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia y no encuentran cobertura en la normativa comunitaria.

SEXTO-. Se alega a continuación que no han tenido lugar restricciones especialmente graves de la competencia en primer lugar porque las cláusulas limitativas del derecho de los miembros del grupo Plaform (impedirles fabricar y/o comercializar embalajes distintos o no sujetos a las normas de calidad Plaform) quedarían amparadas por la exigencia de proteger los derechos de propiedad industrial de CARTISA. Por otro lado, sostiene la actora, la duración en el tiempo no es problema según las antes citadas Directrices. En igual sentido está justificada a su juicio la obligación de utilizar máquinas designadas u homologadas.

Esta alegación se precisa aún más en el escrito de conclusiones, manifestando que las cláusulas por las que se obliga al uso de máquinas neumáticas aprobadas u homologadas por CARTISA son eximidas por el Reglamento 2790/99; y teniendo en cuenta que tenían el objeto de proteger el know-how de CARTISA y el mantenimiento de la identidad común del Grupo Plaform, las ("supuestas") cláusulas por las que se limita el derecho de los miembros del Grupo Plaform a fabricar otro tipo de cajas estarían amparadas por las Directrices de la Comisión al ser necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciador.

Ninguna de estas afirmaciones se ha acreditado en autos: no resulta del *Reglamento 2790/99* la protección de una cláusula como la enjuiciada, (obliga a adquirir máquinas neumáticas de montaje a CARTISA o a fabricantes seleccionados por esta empresa, primera infracción) ni se ha acreditado que de este modo se garanticen el know-how de CARTISA y el mantenimiento de la identidad común del Grupo Plaform; no se ha practicado prueba acreditativa de que solo elaborando el embalaje con las máquinas que fabrica CARTISA o los fabricantes que ella designe se llegará a alcanzar el estándar que se pretende proteger, estándar que podrá alcanzarse, según las propias indicaciones (y normas de fabricación) PLAFORM con el respeto de determinadas normas de fabricación y montaje, a cuyos efectos AFCO les exige a las empresas asociadas la acreditación de medios técnicos necesarios para alcanzar la técnica y calidad pretendidas.

El contrato se suscribe entre dos partes de las que, como recuerda la Resolución impugnada, una de ellas es una Asociación representativa del cartón ondulado, cuyos asociados son 145 empresas que producen el 88% del cartón ondulado en España y entre las que se encuentran un número de ellas que comercializan al menos el 16% de la producción de embalajes para productos hortofrutícolas; la otra es la titular de los modelos de utilidad que amparan la caja plegable y la caja para productos del campo, licenciataria en España de la marca PLAFORM, licenciataria con facultad de sublicenciar y titular de patentes de invención que protegen dos modalidades de máquinas neumáticas para la formación de cajas de láminas planas; esta aparece en el contrato como titular del derecho a seleccionar uno o más fabricantes de las máquinas neumáticas necesarias para el montaje de las cajas y autorizar a los miembros del Grupo a adquirir directamente las máquinas neumáticas a los fabricantes seleccionados por ella.

Se sostiene igualmente que no ha habido un riesgo de eliminación de la competencia y la conducta sería merecedora de autorización. Al respecto esta Sala ha resuelto igualmente en anteriores sentencias que la ley ha previsto que cuando concurren determinadas circunstancias puede aparecer como medio idóneo para obtener los mismos resultados que se persiguen con la protección de la libre competencia una cierta limitación de esta.

El artículo 3 párrafo 1 LDC dispone que "1 . Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1º, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados".

El precepto establece claramente que se podrá autorizar una práctica contraria a la libre competencia si se justifica sobre la base de que supondrá una mejora, en la producción o comercialización de bienes y servicios, o en la promoción del progreso técnico o económico; y, a continuación, exige el cumplimiento de

tres requisitos que necesariamente han de serlo de forma conjunta y que operan, el primero como un mandato, los dos segundos como límites: es necesario que de tales ventajas participen los usuarios y consumidores -fin éste que es uno de los que persigue la libre competencia y cuya concurrencia así es requisito que justifica un límite en la misma-, establecido en la letra a). Los límites son, según las letras b) y c) del precepto, la prohibición de establecimiento de restricciones innecesarias a las empresas interesadas, y la prohibición de eliminar la libre competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios.

La lógica jurídica del precepto es clara: aunque el principio general es la libre competencia, la misma puede verse limitada cuando ello lleve precisamente a alcanzar los fines que la propia libertad competencial persigue; de ahí que el fundamento para autorizar una práctica restrictiva lo sea la mejora en la producción o comercialización de los bienes y servicios o el progreso tecnológico o económico, siempre que las ventajas descritas tengan su reflejo en usuarios y consumidores.

En el supuesto enjuiciado, con independencia de que no consta se solicitara y obtuviera la autorización, no ha quedado probado que se hayan respetado los límites impuestos por el *artículo 3 LDC* citado, al faltar la acreditación de que la limitación impuesta a las empresas interesadas era indispensable para la consecución de los objetivos que se dicen buscados, y resultando la posibilidad de eliminar la competencia en una parte de la actividad empresarial examinada.

SEPTIMO-. La Sala considera que CARTISA no resulta afectada por la parte de la resolución que declara que el acuerdo de estandarización "Sello de Calidad Plaform" establecido por la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO) para los miembros del Grupo Plaform -que prohíbe la fabricación o comercialización de embalajes no sometidos a las normas de calidad u obliga al cese de la fabricación o comercialización de estos productos, así como a la entrada en AFCO, y a la suscripción de un contrato de sublicencia para acceder al Sello impidiendo que puedan utilizarlo otras marcas o modelos que cumplan las condiciones objetivas exigibles- constituye una infracción del *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* . y ello porque, como resulta de la simple lectura de la resolución impugnada, " Se considera responsable de la infracción a AFCO, entidad en la que se integra el Grupo Plaform, en cuyas asambleas generales se aprobaron las mencionadas prácticas." Y en consecuencia, se sanciona a la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado, resultando que carece de legitimación y son improcedentes sus alegaciones en relación con el acuerdo de estandarización.

La actora sostiene que la entrada en vigor del *Reglamento 772/04* supone la entrada en vigor de una norma sancionadora más favorable, lo que implica dejar sin efecto la sanción impuesta, por ser imperativa la aplicación retroactiva del mismo.

Concretamente sostiene que este Reglamento presume la validez de las restricciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología cuando la cuota combinada de las partes no excede del 20%, siendo así que la cuota combinada de CARTISA y los miembros del Grupo Plaform en el mercado de los embalajes para uso hortofrutícola era del 16% y su cuota en el mercado de tecnologías para la fabricación de cajas sería aún menor.

Si bien es cierto que (como alega el Abogado del Estado) la conducta se declara contraria al *artículo 1.1 LDC* y que es en tal concepto que se impone la sanción, no lo es menos que debe examinarse por la Sala si como alega la recurrente, la conducta reputada contraria a derecho ha sido declarada exenta de la prohibición por un Reglamento Comunitario, y en concreto por el *Reglamento CE 772/2004 de la Comisión de 7 de abril* relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 81* del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. Se constata en primer lugar que la exención afecta a los acuerdos concluidos entre empresas competidoras que no superen el 20% de la cuota de mercado de que se trate, o concluido entre empresas no competidoras que no supere el 30% de la cuota de mercado de que se trate, pero la exención se concede siempre que los acuerdos no contengan restricciones enumeradas en los *artículos 4 y 5* que se considera tienen graves efectos contrarios a la competencia, y calculando la cuota de mercado sobre la base del valor de las ventas realizadas en el mercado el año anterior.

En primer lugar, debe concretarse que el objeto del contrato es la licencia para fabricar las cajas y utilizar la marca PLAFORM y el derecho a conceder sublicencias de carácter no exclusivo a miembros de AFCO integrados en el Grupo Plaform según un contrato tipo.

En la Comunicación de la Comisión conteniendo las directrices relativas a la aplicación del *Artículo 81 del Tratado CE* a los acuerdos de transferencia de tecnología publicada en el D.O. de 27 de abril de 2004, se señalan en primer lugar unos principios generales a tener en cuenta recordando que un acuerdo o

restricción contractual solo está prohibido por el *Art. 81* si tiene por objeto o efecto restringir la competencia intertecnológicas o la competencia intratecnológica. En cuanto al ámbito de aplicación, se señala en el párrafo 38 a 40 que el *apartado 1 del Art. 2 establece que el RECATT es aplicable a los acuerdos entre dos empresas*, no es aplicable los acuerdos entre más de dos empresas, si bien para evaluar estos, la Comisión aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT. La exención es aplicable en tanto el derecho de propiedad objeto de la licencia no haya expirado, derecho que estaba vigente en las fechas relevantes.

El *artículo 4 del RECATT* contiene una lista de restricciones especialmente graves de la competencia basada en la naturaleza de la restricción y como recuerda la Comisión "en la experiencia, que demuestra que tales restricciones casi siempre son anticompetitivas"; cuando un acuerdo de transferencia de tecnología contiene una restricción especialmente grave de la competencia todo él queda excluido del ámbito de aplicación de la exención por categorías. La Comisión señala que "en el contexto de la evaluación individual las restricciones especialmente graves de la competencia solo cumplirán las cuatro condiciones del *apartado 3 del artículo 81* en circunstancias excepcionales".

Como recuerda la codemandada ONDUPACK S.A. el *artículo 4 apartado 1* citado recoge en la letra b) la limitación de la producción, y en la d) la restricción de la capacidad del licenciatario de explotar su propia tecnología. Pese a que el *artículo 4* se encuentra precedido por el *artículo 3*, que es el que establece los umbrales de cuota de mercado que limitan el beneficio de la exención a los acuerdos de los que cabe presumir que cumplen las condiciones del *apartado 3 del artículo 81*, la redacción del *artículo 4* permite entender que esta previsión es aplicable a todos los acuerdos, incluso aquellos que no alcancen los umbrales del 20 o el 30%.

Entiende esta Sala en consecuencia que, con independencia de cual sea la cuota de mercado a considerar sería de aplicación la prevención del *artículo 4 del Reglamento* citado, lo que a su vez implica que tal norma no es la más favorable, ni debe por tanto aplicarse retroactivamente, ni se ha producido la infracción por inaplicación denunciada por la recurrente.

Finalmente, dentro del margen que el *artículo 10 LDC* establece para la determinación de la cuantía de las sanciones, mediante la alusión a un tope máximo de 900.000 euros "cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal" se han tenido en cuenta por la resolución impugnada los elementos previstos en el párrafo 2, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración de las conductas prohibidas. Entiende esta Sala que el importe de la sanción impuesta es proporcionado.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

OCTAVO-. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional*, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CARTONAJES INTERNACIONAL S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada el 7 de marzo de 2005, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo

Contencioso-Administrativo Doy fe.