

Resolución Expediente SAN 05/2015 – FITONUTRIENT

D. Francisco González Castilla, Presidente

Dña. María José Vañó Vañó, Vocal

Dña. María Estrella Solernou Sanz, Vocal

En Valencia, a veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente Dña. María Estrella Solernou Sanz, ha dictado la presente Resolución relativa al Expediente SAN 5/2015 incoado tras escrito de denuncia contra la mercantil FERTIX NUTRICION VEGETAL S.L (en adelante, FERTIX) y su administrador D. XXX, por presuntas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC), suscrita por D. XXX, en calidad de representante de la mercantil FITONUTRIENT S.L. (en adelante, FITONUTRIENT).

I. ANTECEDENTES

1. En fecha 22 de julio de 2015, D. XXX presentó, en representación de la mercantil FITONUTRIENT, escrito de denuncia, dirigido a la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, contra la mercantil FERTIX y su administrador D. XXX.

2. El Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia, en fecha 10 de septiembre de 2015, remitió oficio al interesado requiriendo la subsanación de su escrito para su consideración formal como denuncia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.2 del Real Decreto

261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC).

3. Este requerimiento de subsanación fue contestado mediante escrito presentado en el registro general de entrada de la Ciudad Administrativa 9 de Octubre en fecha 1 de octubre de 2015.

4. Si bien el escrito de denuncia no lo indica expresamente, del mismo se deduce que las conductas denunciadas falsean la competencia y son perseguibles por las autoridades de la competencia por la vía del art. 3 LDC.

5. El asunto se sometió al trámite de designación de órgano competente, previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

6. Mediante oficios de la Subsecretaría de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, de fecha 7 de octubre de 2015, y de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante DC), de fecha 26 de octubre de 2015, se acordó que los supuestos efectos distorsionadores de la competencia que se derivarían de la actividad del denunciado, se limitaban a la provincia de Valencia, sin afectar a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma Valenciana ni al conjunto del territorio nacional. A tal efecto, el conocimiento del asunto corresponde a los órganos de defensa de la competencia de la Comunitat Valenciana.

7. La Subsecretaría, el 2 de febrero de 2016, dio traslado a la CDC de su propuesta de archivo y no incoación, por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC (art. 26.2.h) Decreto 193/2013, de 20 de diciembre, en relación con el art. 49.3 y disposición adicional octava LDC, y 27 RDC).

8. En ejecución de las normas de reparto, el asunto SAN 05/2015 fue asignado a M^a Estrella Solernou Sanz en la sesión de la CDC, celebrada el 3 de febrero de 2016.

9. Esta Comisión debe valorar en la presente resolución si concurren los presupuestos del art. 49.3 de la LDC, esto es, la inexistencia de indicios de infracción, y así acordar la no incoación de los procedimientos derivados de la presunta realización de una conducta prohibida por la LDC y el archivo de las actuaciones, tal como propone la Subsecretaría.

II. PARTES INTERESADAS EN EL EXPEDIENTE

10. Es denunciante la mercantil **FITONUTRIENT S.L.**, con CIF B-98067309 y domicilio social en Villalonga (Valencia), Carretera de Ador, 5A (46720), teniendo por objeto social la fabricación y comercialización de productos químicos, fertilizantes y fitosanitarios de uso agrícola e industrial y su exportación e importación.

11. Son denunciados:

- **D. XXX, con** DNI y domicilio en XXX; y
- **FERTIX NUTRICIÓN VEGETAL S.L.**, CIF B-98563588. Según la información obtenida de su página web (www.fertix.es) se trata de «una compañía dedicada a la fabricación y comercialización de agronutrientes de calidad» y su domicilio social está en el PI. Ind. Sant Joanet C/ La Senia, 12 46669, Sant Joanet, Valencia, aunque según la denuncia el domicilio es el mismo que el de su administrador D. XXX.

III. HECHOS DENUNCIADOS

12. La denuncia, en síntesis, se basa en los siguientes hechos:

- D. XXX, es socio de la mercantil denunciante FITONUTRIENT. A su vez, mantenía con esta sociedad una relación laboral como comercial hasta que fue despedido mediante carta el 10 de septiembre de 2013, ante lo que interpuso demanda laboral, cuyo estado procesal no se describe en la denuncia.
- El 14 de agosto de 2013, un mes antes del despido, el denunciado D. XXX constituyó en su propio domicilio la mercantil FERTIX, con el mismo objeto social y actividad CNAE que la denunciante: la fabricación y comercialización de productos químicos, fertilizantes y fitosanitarios de uso agrícola e industrial.
- Según el escrito de denuncia, D. XXX aprovechó el trabajo realizado en la mercantil, reteniendo ilícitamente tras su despido un ordenador personal con todos los datos de clientes y con todas las formulaciones de los productos que comercializa la denunciante que, según se indica, son diseñados magistralmente por el administrador de FITONUTRIENT (ingeniero agrónomo) gozando su composición de la condición de secreto comercial, los cuales «no se patentan para no publicitarlos». Según se indica en la denuncia, el ordenador no fue devuelto a la empresa hasta el año 2014, en la correspondiente Junta Anual, vacío de datos.
- Se denuncia que D. XXX ha hecho uso de la información privilegiada y secretos comerciales de que disponía, para comercializar los mismos productos, plagiando los envases, el etiquetado, los catálogos de productos e incluso creando una página web

profesional idéntica a la del denunciante. Además se indica que el denunciado carece de cualificación, medios e infraestructura para la fabricación de tales productos.

13. Todas estas conductas son calificadas por el denunciante como competencia desleal por inducir a confusión a los consumidores y usuarios, perjudicar a su representada FITONUTRIENT y a la libre competencia.

14. Por último, se menciona que la actividad del denunciado vulnera las condiciones de la carta de despido, y de los propios estatutos de la mercantil FITONUTRIENT (artículo 19), que prohíben que cualquier socio pueda constituir otra empresa con idéntico objeto social o desarrolle actividades en competencia directa.

IV. EL MERCADO DE REFERENCIA

15. Con carácter previo a la valoración de los hechos denunciados desde la óptica de la LDC procede situarlos en un mercado relevante o de referencia.

16. El objeto social de ambas mercantiles (denunciante y denunciada) viene delimitado por la fabricación y comercialización de productos fertilizantes, químicos y fitosanitarios, de usos agrícola e industrial. No obstante, no parece que exploten todas estas actividades económicas. Así, por ejemplo, no figuran en el Registro oficial de productores y operadores de medios de defensa fitosanitaria [ROPO], requisito administrativo necesario para el ejercicio lícito de la actividad de fabricación de productos fitosanitarios, almacenamiento, comercialización, organización - venta al usuario en general y logística (Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre).

17. Por otro lado, los catálogos de productos en los que se centra la denuncia comprenden diferentes clases de fertilizantes y agronutrientes, productos que sí se integran en un mismo mercado relevante, al margen de los fitosanitarios (éstos sirven a la prevención y curación de las plantas). Los fertilizantes son abonos, materias primas poco elaboradas; los agronutrientes son productos más elaborados, pero con la misma función: procurar una mayor fertilidad de la tierra. Por tanto, desde el punto de vista de la demanda pueden considerarse productos sustituibles. Lo mismo cabe decir desde la perspectiva de la oferta, tal y como lo demuestra la descripción que la Asociación Española de Fabricantes de Agronutrientes (AEFA) hace de sí misma, al expresar que está compuesta por empresas especializadas en la fabricación y comercialización de fertilizantes. Se trata éste de un mercado sin especiales exigencias o barreras de acceso para los operadores, salvo de control sanitario [REACH - Reglamento (CE) nº 1907/2006, relativo al registro, la

evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas; y CLP - Reglamento (CE) nº 1272/2008, sobre la clasificación, etiquetado y envasado].

18. En cuanto a la estructura de este mercado, esta Comisión no ha podido obtener datos oficiales del número de empresas que operan en el mismo. No obstante, la información publicada por las asociaciones empresariales del sector evidencia la existencia de un suficiente número de competidores, tal y como se analiza a continuación.

19. La Asociación Nacional de Fabricantes de Fertilizantes (ANFFE) comprende a 13 empresas fabricantes nacionales de fertilizantes inorgánicos y a productores extranjeros con representación en el territorio español y con una facturación en el año 2014 de 2.350 millones de euros y 5.064 toneladas producidas (Tríptico ANFFE 2015 información sectorial y empresas - <http://www.anffe.com/informaci%F3n%20de%20inter%E9s/documentos%20de%20inter%E9s/index.html>). Por su parte, la Asociación Española de Fabricantes de Agronutrientes (AEFA) integra 46 empresas del sector que constituyen el 76% del volumen productivo nacional de agronutrientes (<http://aeфа-agronutrientes.org/empresas-asociadas-a-aeфа#sthash.u0h1O3il.dpuf>) y sus cifras de ventas globales dieron como resultado en el ejercicio 2014, un total de 540 millones de euros (<http://aeфа-agronutrientes.org/el-mercado-y-la-necesidad-de-los-agronutrientes#sthash.Gl7wovwt.dpuf>), si bien alguna de estas empresas también están asociadas a ANFFE. En el 24% del mercado restante de agronutrientes se encontrarían empresas de diverso tamaño, como otras empresas de ANFFE, o como las propias FITONUTRIENT y FERTIX (denunciante y denunciada).

20. Por su parte, el mercado geográfico viene delimitado por la zona en la que las empresas afectadas desarrollan las actividades de suministro de los productos en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas e interactúan entre sí (STJCE de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *Chiquita Bananas*; Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a la *definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de la competencia* –97/C 372/03, DOUE de 9 de diciembre de 1997–).

21. Según la propia denunciante, ambas empresas desarrollan su actividad «en un mercado a nivel autonómico, concurriendo con no más de media docena de empresas locales y concurriendo, además, a otro nivel económico y empresarial, algunas grandes multinacionales que fabrican y comercializan este tipo de productos». A su vez indica que «el sector del mercado en el que operan es un pequeño mercado en el que compiten con algunas empresas locales o regionales por ofrecer sus servicios a agricultores de la zona, un pequeño sector del mercado encuadrado dentro del sector agrícola valenciano».

22. Entre la documentación aportada junto al escrito de denuncia hay tres cartas-encuestas dirigidas por FITONUTRIENT a sus clientes, teniendo todos ellos su domicilio en localidades de la provincia de Valencia.

23. Cabe concluir, en consonancia con la propuesta de la Subsecretaría, que el mercado afectado es como mucho de ámbito provincial; en concreto, la provincia de Valencia.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

24. Esta Comisión debe valorar si, como pretende el denunciante, la conducta llevada a cabo por los denunciados supone una infracción del art. 3 LDC.

25. La doctrina del Tribunal Supremo en relación al artículo 3 LDC exige que la conducta analizada distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público (sentencias de 8 de marzo de 2002, RJ 2002, 2615, 20 de junio de 2006, RJ 2006, 3542, 8 de julio de 2011, RJ 2011, 255426). Así, con independencia de que la misma pudiera encajarse en la Ley de Competencia Desleal, debe examinarse si concurre esa dimensión pública relevante.

26. Como señala la CNC en su Resolución de fecha 17 de septiembre de 2013, los actos desleales falsean la libre competencia cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad y afectando al interés público. Se considera que el interés público queda afectado cuando las consecuencias, reales o potenciales para la competencia de una conducta son notorias, relevantes o de importancia cualitativa, ya que afectan o pueden afectar a la implantación o mantenimiento de la libre competencia en el mercado en cuestión. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal (Resolución de 15 de diciembre de 2011 exp. n.º S/0350/11 - Asistencia en Carretera; véanse también las resoluciones de esta Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana de 11 de diciembre de 2013 (Expte. SAN 10/2012, CACSA), 5 de febrero de

2014 (Expte. 8/2013, FERIA VALENCIA) y de 30 de julio de 2015 (Expte. SAN 6/2014, Asociación Agencias de Viaje/Renfe).

27. Atendiendo, por un lado, a la estructura del mercado de producción de fertilizantes y agronutrientes, con un número considerable de empresas y un elevado volumen de negocios, y, por otro, a las reducidas dimensiones de las empresas incursas en el presente expediente y del área geográfica de afectación, cabe concluir que no hay indicios de que la conducta, aun cuando se asiente sobre una eventual competencia desleal, tenga relevancia o suponga una amenaza esencial que afecte a la capacidad de competir del resto de operadores o altere el funcionamiento del mercado, limitando dicha capacidad y afectando al interés público.

28. El perjuicio o amenaza que deben proteger las autoridades de competencia en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia no es el que afecta a un concreto operador en el mercado, ámbito reservado al ordenamiento jurídico específico de la competencia desleal, sino aquél que sea apto y adecuado para condicionar la situación competitiva del propio mercado, pues ahí es donde radica el interés público que justifica la intervención de las autoridades administrativas. Circunstancia que no se da en este caso.

29. No obstante, dicha conclusión no prejuzga la licitud o ilicitud de la conducta desde la perspectiva de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y que en su caso deberá dilucidarse por la jurisdicción ordinaria, a la que el denunciante puede dirigirse.

En atención a lo expuesto, considerando que según el artículo 1.2.a) del Reglamento sobre composición y funcionamiento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, corresponde a esta Comisión resolver los procedimientos sancionadores que tengan por objeto las infracciones tipificadas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana

HA RESUELTO

Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, por considerar que no hay indicios de infracción en las conductas analizadas.

Comuníquese esta Resolución a la Subsecretaría y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la presente Resolución no cabe ningún recurso en vía administrativa

y que únicamente cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación, de acuerdo con los artículos 10.1.j) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 48 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 9.2 del Reglamento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell.

Valencia, 24 de febrero de 2016

El Presidente

Francisco González Castilla

La Vocal

María José Vañó Vañó

La Vocal

María Estrella Solernou Sanz

