

Asunto C-29/20

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

23 de enero de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberlandesgericht Köln (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

10 de enero de 2020

Parte demandante:

Biofa AG

Parte demandada:

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[omissis]

Dictada el 10 de enero de 2020

[omissis]

Oberlandesgericht Köln (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Colonia)

Resolución

En el litigio entre

Biofa AG, [omissis] Gutsbezirk Münsingen,

parte demandante y apelante,

[omissis]

y

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co KG, [omissis] Everswinkel,

parte demandada y apelada,

[omissis]

la Sala Sexta de lo Civil del Oberlandesgericht Köln

[omissis]

ha resuelto:

I. Suspender el procedimiento.

II. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 3, apartado 1, letra a); 9, apartado 1, letra a), y 95, apartado [2], del Reglamento (UE) n.º 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativo a la comercialización y el uso de los biocidas:

«¿Se establece con la aprobación de una sustancia activa por un reglamento de ejecución en virtud del artículo 9, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) n.º 528/2012, de manera vinculante para un procedimiento judicial nacional, que la sustancia objeto de la aprobación está destinada a producir efectos por cualquier medio que no sea una mera acción física o mecánica en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), de dicho Reglamento, o incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto efectuar las apreciaciones de hecho necesarias para determinar si se cumplen los supuestos de hecho del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) n.º 528/2012 aun después de haberse adoptado el reglamento de ejecución?»

Fundamentos

I.

Las partes debaten sobre la cuestión de si la demandada está facultada para comercializar un producto de control de plagas cuya sustancia activa es la tierra de diatomeas aunque no proceda de un importador o fabricante incluido en la lista.

La demandante es una mediana empresa dedicada al desarrollo de productos para la agricultura, principalmente de carácter biológico; a tal fin solicita aprobaciones y comercializa los productos aprobados en el territorio de la República Federal de Alemania, de otros Estados miembros y de países del Espacio Económico Europeo.

Entre sus productos están los que contienen la sustancia activa tierra de diatomeas (que se conoce por otras muchas denominaciones) y que la demandante distribuye bajo el nombre comercial «InsectoSec®». Estos productos están concebidos para

combatir los parásitos reptantes, especialmente el ácaro rojo, en las naves avícolas.

La sustancia activa «tierra de diatomeas» es un mineral que se obtiene a partir de las paredes celulares muertas de un alga microscópica llamada diatomea, las cuales están compuestas básicamente de dióxido de silicio. Al entrar en contacto con la sustancia activa, los insectos nocivos y los ácaros se cubren de polvo, lo que afecta a la capa de cera que cubre sus caparazones (y que les protege de la deshidratación). De este modo, los insectos y ácaros se deshidratan y acaban muriendo.

La demandante solicitó la aprobación de la sustancia activa tierra de diatomeas conforme al Reglamento n.º 528/2012. A tal fin presentó el preceptivo expediente, cuya elaboración significó un esfuerzo económico nada desdeñable.

Conforme al Reglamento de Ejecución (UE) 2017/794 de la Comisión, de 10 de mayo de 2017, por el que se aprueba el uso de dióxido de silicio/tierra de diatomeas como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18, se aprobó el dióxido de silicio/tierra de diatomeas como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 18, siempre que se cumplan las especificaciones y condiciones del anexo. El Reglamento de Ejecución entró en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación. La demandante (actualmente, único fabricante de esta sustancia activa) está incluida en la lista a que se refiere el artículo 95 del Reglamento n.º 528/2012 [omissis].

La demandada ofrece productos para la ganadería y la industria de los piensos compuestos, en particular, para la «gestión de parásitos, especialmente de aves», mediante una tienda *on line* y la plataforma de venta *on line* «eBay». Entre otros, distribuye un producto con el nombre comercial «HS Mikrogur» para combatir los ácaros de las aves, en especial el ácaro rojo, y contiene la sustancia activa tierra de diatomeas; sin embargo, no le compra la sustancia activa a la demandante.

La demandante considera que esta práctica de la demandada es contraria a la competencia, ya que vulnera los artículos 3 y 3a de la Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal; en lo sucesivo, «UWG») en relación con el artículo 95, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 528/2012. Alega que la sustancia activa tierra de diatomeas no actúa exclusivamente por la mera acción física o mecánica. La demandante ejercitó contra la demandada las acciones de cesación, información, indemnización y reembolso de los gastos de admonición.

El Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal) desestimó la demanda tras practicar una prueba pericial. En su opinión, las pretensiones formuladas no hallan fundamento en los artículos 8, apartado 3, punto 1; 3 y 3a de la UWG en relación con los artículos 3, apartado 1, letra a), y 95, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 528/2012.

II.

La decisión en el presente litigio depende de la interpretación de los artículos 3, letra a), y 9, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 528/2012, así como del efecto vinculante de un reglamento de ejecución adoptado sobre la base de dicha disposición. En consecuencia, antes de resolver sobre el recurso, debe suspenderse el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafos primero, letra b), y segundo. En el presente caso, esta Sala considera que la remisión es necesaria.

1. El Landgericht consideró que la demanda era infundada y, a este respecto, señaló lo siguiente:

Aunque las partes son competidoras entre sí y existe una relación de competencia concreta, y aunque el artículo 95, apartado 3, del Reglamento n.º 528/2012 constituye una norma de comportamiento en el mercado en el sentido del artículo 3a de la UWG, la demandada no ha ofrecido en el mercado biocidas en contra de lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, letra a), y 95, apartado 3, del Reglamento n.º 528/2012. La distribución del producto de la demandada no infringe el Reglamento n.º 528/2012, ya que no se trata de un biocida en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), primer guion, de dicho Reglamento. El producto de la demandada no persigue la finalidad de destruir, contrarrestar o neutralizar algún organismo nocivo, o de impedir su acción o ejercer sobre él un efecto de control de otro tipo, por cualquier medio que no sea una mera acción física o mecánica. El Landgericht se consideró facultado para analizar esta circunstancia, a pesar de la existencia del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/794. De la prueba practicada se desprende, en su opinión, que el producto de la demandada no cumple los mencionados supuestos de hecho.

2. En el presente litigio se plantea la cuestión de si con la aprobación de una sustancia activa por un reglamento de ejecución en virtud del artículo 9, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 528/2012, se establece de manera vinculante para un procedimiento judicial nacional que la sustancia está destinada a producir efectos por cualquier medio que no sea una mera acción física o mecánica en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), de dicho Reglamento, o si le incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto efectuar las apreciaciones de hecho necesarias para determinar si se cumplen los supuestos de hecho del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 528/2012.

2. La fundamentación de las pretensiones de la demandante se puede deducir de los artículos 8, apartados 1 y 3, punto 1, y 3, apartado 1, de la UWG en relación con el supuesto de infracción en materia de competencia que contiene el artículo 3a de la UWG en relación con los artículos 3, apartado 1, letra a), y 95, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 528/2012. La aplicación de dichas disposiciones plantea cuestiones interpretativas del Derecho de la Unión que es preciso aclarar.

- a) Se cumplen los requisitos generales de la acción de cesación basada en una infracción en materia de competencia (artículos 8, apartado 1; 3, apartado 1, y 3a de la UWG).

[omissis]

- b) La fundamentación de la demanda depende de si el producto objeto de las pretensiones, «HS Mikroгур», está comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos 3, apartado 1, letra a), y 95, apartado 3, del Reglamento n.º 528/2012. A este respecto se plantea la cuestión no aclarada de si un reglamento de ejecución adoptado de conformidad con el artículo 9, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 528/2012 tiene efecto vinculante.

- aa) Con arreglo al artículo 95, apartado 3, del Reglamento n.º 528/2012, a partir del 1 de septiembre de 2015 no podrá comercializarse ningún biocida si el fabricante o importador de la sustancia activa contenida en él o, cuando proceda, el importador del propio producto no figura en la lista publicada por la Agencia.

- 1) La sustancia «tierra de diatomeas» es una sustancia activa en el mencionado sentido, que ejerce una acción sobre o contra organismos nocivos en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra g), del Reglamento n.º 528/2012. Es pacífico que determinados ácaros (organismos nocivos) se deshidratan al entrar en contacto con la tierra de diatomeas y mueren por deshidratación. Asimismo, la demandada ha ofrecido en el mercado los productos que contienen tierra de diatomeas, una sustancia incluida en la lista a que se refiere el artículo 95, apartado 1, del Reglamento n.º 528/2012 y que fue aprobada con efectos a partir del 1 de noviembre de 2018 previa solicitud y presentación del correspondiente expediente.

El producto «HS Mikroгур» está destinado a combatir organismos nocivos. La determinación del «destino» de un producto depende de cómo se presente este a un consumidor medio, normalmente informado. Aunque la tierra de diatomeas tiene un amplio abanico de aplicaciones (por ejemplo, en la alimentación, como complemento alimenticio y como pienso), en el presente caso la demandada lo anuncia, ofrece y comercializa con el nombre comercial «HS Mikroгур» para combatir parásitos.

- 2) Entre las partes es pacífico que la demandante es el único proveedor de la sustancia o fabricante del producto que figura en la lista publicada con arreglo al artículo 95, apartado 2, del Reglamento n.º 528/2012, y que la demandada no adquirió la sustancia de la demandante, ni siquiera indirectamente. Sin embargo, debería haberlo hecho así, en caso de que la sustancia fuese un biocida a efectos del Reglamento n.º 528/2012, conforme al artículo 95, apartado 3, de dicho Reglamento. En efecto, con arreglo al artículo 95, apartado 1, del Reglamento n.º 528/2012, la Agencia publica y actualiza periódicamente una lista de todas las sustancias activas y de todas las sustancias que generen una sustancia activa para

las que se haya presentado un expediente conforme al anexo II del mismo Reglamento o a los anexos HA o IVA de dicha Directiva y, en su caso, al anexo IIIA de la misma, que haya sido aceptado o validado por un Estado miembro, en un procedimiento previsto por el citado Reglamento o por la Directiva 98/8/CE. Conforme al artículo 95, apartado 3, del Reglamento n.º 528/2012, un biocida que esté compuesto por, o genere, una sustancia pertinente incluida en la lista contemplada en el apartado 1 no podrá comercializarse a menos que el proveedor de la sustancia o el proveedor del biocida figure en la lista contemplada en el apartado 2 para el tipo o tipos de producto a los que pertenece el biocida.

3) No está claro si el producto comercializado por la demandada es un biocida a efectos del artículo 3, apartado 1, letra a), primer guion, del Reglamento n.º 528/2012, es decir, una sustancia (o mezcla) que esté compuesta por, o genere, una o más sustancias activas, con la finalidad de destruir, contrarrestar o neutralizar cualquier organismo nocivo, o de impedir su acción o ejercer sobre él un efecto de control de otro tipo, por cualquier medio que no sea una mera acción física o mecánica.

Tras la práctica de la prueba, el Landgericht llegó a la conclusión de que el producto de la demandada no combate los organismos nocivos por ningún otro medio que no sea una mera acción física o mecánica en el sentido del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 528/2012. Esta es la apreciación que ha realizado el tribunal a raíz de las convincentes explicaciones del perito judicial.

Estima que el mecanismo de actuación es la sorción, es decir, la acumulación de sustancias en una fase y, concretamente en el caso de la tierra de diatomeas, la adsorción, es decir, la fijación de átomos y moléculas a una superficie. Más exactamente, el mecanismo de actuación primordial es la fisisorción, en que las estructuras electrónicas del adsorbato y la superficie permanecen básicamente inalteradas. Las interacciones son débiles y comparables con las fuerzas de Van der Waals en las moléculas, es decir, que se pueden atribuir a interacciones de dipolo o multipolo. Las moléculas adsorbidas permanecen como tales, en todo caso polarizadas (a diferencia de lo que sucede en la quimisorción, en que se desintegran las moléculas y se puede generar un nuevo enlace químico con el adsorbente).

Considera el tribunal que, dado que la tierra de diatomeas es inerte, no se puede hablar de una interacción química directa tras la integración. Según las explicaciones del perito, se debe descartar que se hayan producido o roto enlaces químicos, y las interacciones se deben atribuir en esencia a las fuerzas de Van der Waals con alguna que otra interacción dipolo-dipolo. El efecto es parecido al de una esponja. Con la adsorción a las partículas brutas de tierra de diatomeas se interrumpe la barrera del agua y, a causa de esta interrupción superficial, se produce la deshidratación. Sin embargo, la capa lípida se puede regenerar (en una atmósfera húmeda).

Añade el tribunal que no se pueden descartar totalmente efectos abrasivos, pero estos resultan irrelevantes en la situación de que aquí se trata y para la presente cuestión, pues son efectos meramente mecánicos.

Esta Sala tiene intención de adherirse a las mencionadas apreciaciones de los hechos. El perito, que fue propuesto de común acuerdo por las partes y que es conocido también por sus investigaciones en el campo de la tierra de diatomeas, dispone sobradamente de los conocimientos especializados necesarios, tal como demuestran sus numerosas publicaciones científicas. Además, en relación con la cuestión probatoria, el perito ha descrito detalladamente la forma en que actúa la sustancia «tierra de diatomeas» sobre los parásitos, descripción que coincide esencialmente con la exposición pacífica de las partes. A continuación, tras relatar la evolución del debate científico al respecto, ha explicado estos efectos de manera gráfica y comprensible, y la calificación que ha efectuado es convincente. En su informe no se aprecian errores técnicos, ni tampoco se han alegado.

Por lo tanto, para la resolución del litigio es necesario saber si la aprobación como sustancia activa que se realizó en el presente caso mediante el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/794 de la Comisión, de 10 de mayo de 2017, determina imperativamente la condición de biocida de un producto a efectos del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) n.º 528/2012, de manera que en el presente procedimiento no debería examinarse el cumplimiento de los requisitos para la consideración de biocida en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) n.º 528/2012.

[*omissis*]