

RESOLUCIÓN

Expte. SA CAN 0003/10 Explosivos canarios

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 7 de septiembre de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador SA CAN 0003/10 EXPLOSIVOS CANARIOS, incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias ante la posible incompatibilidad con la normativa de competencia del contrato de distribución suscrito entre CANARIAS DE EXPLOSIVOS (CESA) y UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS S.A. (hoy MAXAM).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 1 de abril de 2005 CANARIAS DE EXPLOSIVOS (CESA) y UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS S.A. (hoy MAXAM) firmaron un contrato de Distribución y Gestión de Explotación por el que MAXAM concede a CESA la distribución en el territorio de las Islas Canarias de los productos explosivos y accesorios fabricados o comercializados por la primera. Este contrato se complementa con otro de arrendamiento por CESA de los Depósitos Comerciales de Explosivos sitios en las Islas Canarias de los que era propietaria la entonces UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS y hoy lo es MAXAM.
2. El Consejo de la CNC tuvo conocimiento de la existencia de estos contratos en marco del expediente 626/07 Canarias de Explosivos, en el que mediante Resolución de 12 de febrero de 2008 consideró acreditada la comisión de una práctica contraria al artículo 6 de la Ley 16/1989 por parte de CESA en el mercado canario de la distribución de explosivos para voladuras de carácter civil. A raíz de dicho expediente, con fecha 19 de febrero el Consejo de la CNC interesó de la Dirección de Investigación de la CNC que se analizara la compatibilidad con la normativa de competencia del contrato de 1 de abril de 2005 entre CANARIAS DE EXPLOSIVOS (CESA) y MAXAM.
3. Tras un análisis preliminar en el marco de una información reservada, la Dirección de Investigación consideró que en el presente caso se cumplen los requisitos establecidos

en el artículo 1.3. de la Ley 1/2002, por lo que el órgano competente para entender del asunto era el Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias, cuya puesta en marcha y funcionamiento tuvo lugar el 3 de noviembre de 2008. En virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2. de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las Competencias del Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación de la CNC remitió a la autoridad canaria nota sucinta de las actuaciones realizadas de oficio hasta ese momento, que tuvo entrada con fecha 27 de febrero de 2009 en la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE del Gobierno de Canarias, a la que se encuentra adscrito el Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias. En el plazo previsto por la Ley 1/2002 la autoridad canaria mostró su conformidad con la atribución de la competencia sobre el caso.

4. El Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias realizó una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007 (LDC) a la vista de la cual con fecha 30 de noviembre de 2009 incoó expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia (05-2009-O-APD EXPLOSIVOS CANARIAS).
5. El 2 y el 10 de marzo de 2010 tuvieron entrada en la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE solicitud de inicio de actuaciones para la terminación convencional del asunto por parte de CESA y MAXAM respectivamente.
6. El 10 de marzo de 2010 la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE, en el ejercicio de las funciones que tiene asignadas, dictó acuerdo para el inicio de las actuaciones para la terminación convencional del procedimiento sancionador, cuyo plazo máximo quedó suspendido de acuerdo con el artículo 37.1 g) de la LDC hasta la conclusión de la terminación convencional. En dicho Acuerdo se concede a las partes un plazo no superior a tres meses para la presentación de su propuesta de compromisos.
7. Con fecha 16 y 17 de junio tuvieron entrada en la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE los compromisos presentados por CESA y MAXAM respectivamente.
8. Con fecha 22 de junio de 2010 la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE dio traslado al Consejo de la CNC de los de la propuesta de compromisos presentados por las partes en cumplimiento de lo previsto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de 2008 por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
9. Con fecha 29 de julio la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE dio traslado al Consejo de la CNC de su propuesta de terminación convencional con el fin de concluir el procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la LDC.
10. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en su reunión de 6 de septiembre de 2010.
11. Son partes interesadas en este expediente:
 - CANARIAS DE EXPLOSIVOS (CESA)
 - MAXAM EUROPE S.A.

HECHOS PROBADOS

1. El grupo MAXAM, antes UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, es el principal fabricante de explosivos de la Península. MAXAM es un grupo industrial y de servicios que actúa a escala global, líder en el desarrollo, fabricación y comercialización de explosivos civiles y sistemas de iniciación para minería, canteras e infraestructuras; cartuchos y pólvoras de caza de uso deportivo; y productos para la industria de defensa. Asimismo, es proveedor de las materias primas clave en la actividad de nitro-química tanto para las necesidades internas de MAXAM, como para su venta a terceros.
2. CANARIAS DE EXPLOSIVOS (CESA) tiene por objeto social la fabricación, importación y compraventa de toda clase de explosivos autorizados, cartuchería, armas y artículos de caza, pesca y similares, así como otros negocios análogos al indicado objeto y de todos aquellos relacionados. Las actividades principales de CESA se desarrollan en los sectores agropecuario, minero y de obras de infraestructura fundamentalmente.
3. Desde hace varias décadas UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS S.A. (ahora MAXAM) es el propietario y titular reglamentario de los únicos depósitos comerciales de explosivos existentes en cada una de las Islas Canarias. CESA ha venido operando los depósitos en los que se almacenan y comercializan los productos explosivos y accesorios de MAXAM. La relación comercial entre CESA y MAXAM data de varias décadas, de cuando ambas empresas eran filiales de una misma matriz, situación que ya no se da. Con la intención de adaptar sus relaciones comerciales a los intereses de las partes se firma el Contrato de 1 de abril de 2005 de Distribución y de Gestión de Explotación de los productos explosivos y accesorios fabricados o comercializados por MAXAM, cuyo ámbito territorial se extiende a la Comunidad Autónoma Canaria. Al mismo se anexa un contrato de cesión de la explotación de los depósitos comerciales de explosivos propiedad de MAXAM a favor de CESA, cesión de la explotación que fue debidamente autorizada por el Ministerio de Industria Comercio y Turismo.
4. No se tiene constancia de que se hayan presentado otras solicitudes de autorización para distribución y depósito comercial de explosivos en las Islas Canarias, según las administraciones competentes consultadas. CESA es la única empresa que opera en el mercado de la comercialización y distribución de explosivos para voladuras en Canarias.
5. El Contrato de 1 de abril de 2005 de Distribución y de Gestión de Explotación anteriormente mencionado contiene las siguientes estipulaciones:

Estipulación SEGUNDA – Suministro de los Productos a CESA

Cláusula 2.1.2. :

“CESA se compromete a adquirir de UEE durante la vigencia del presente Contrato, al menos una cantidad de productos explosivos de 250 TN/año, en todo caso CESA y UEE deberán cumplimentar sus programas y provisiones de adquisición y suministro, respectivamente, de productos explosivos, atendiendo a las instrucciones que, en cuanto a tiempo y forma, les sean dadas por UEE. Ésta última se compromete a realizar los suministros en un plazo no superior a treinta (30) días desde la fecha de recepción, por parte de UEE, de la solicitud formulada por CESA por escrito.”

Cláusula 2.1.5:

“ (...). Asimismo, en casos excepcionales (grandes obras, clientes específicos, etc.), por razones de política de empresa, ambas partes se comprometen a establecer de mutuo acuerdo las condiciones económicas que permitan llevar a cabo estos suministros de manera óptima.”

Estipulación TERCERA – Duración

“El presente contrato entrará en vigor en la fecha de su firma y mantendrá su vigencia durante un plazo máximo de cuatro años y medio, computado desde la fecha de la autorización de la cesión de la explotación de los Depósitos, a favor de CESA emitida por las autoridades competentes de acuerdo con el Reglamento de Explosivos. En el caso de que tuvieran que solicitarse varias autorizaciones, el plan de cuatro años y medio empezará a computarse en la fecha de la última autorización concedida”.

6. Las partes han remitido a la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE determinados compromisos. En particular, con fecha 11 de junio de 2010 los representantes de CESA enviaron, mediante carta certificada que tuvo entrada en la Viceconsejería el 16 de junio de 2010, los compromisos que se transcriben a continuación:

1. *"CESA se compromete a acordar en el Nuevo Contrato una obligación de compras mínimas limitadas al 50% de las necesidades de compra anuales de CESA.*

CESA entiende que al fijarse la cuantía de las compras mínimas de manera porcentual se mejora, desde el punto de vista de la competencia, la regulación de esta cuestión en el Contrato Actual, ya que en éste las compras mínimas se configuran como una cantidad fija, independiente de la fluctuaciones de la demanda.”

2. *"CESA se compromete a no acordar en el Nuevo Contrato ninguna cláusula en virtud de la cual CESA y Maxam queden obligadas a negociar de manera separada y específica, al margen de lo dispuesto en el Nuevo Contrato, los precios o condiciones comerciales de los suministros de Explosivos para determinados clientes u obras.*

En particular, CESA se compromete a eliminar la última frase de del Contrato actual de la cláusula que sustituya a dicha cláusula 2.1.5. en el Nuevo Contrato la actual cláusula”.

3. *"CESA se compromete a acordar una duración del nuevo Contrato igual a dos años, con posibilidad de una sola prórroga automática de un año, siempre que no*

medie preaviso en contrario de alguna de las partes con tres meses de antelación a la fecha de determinación del plazo inicial de dos años

De esta forma el Nuevo Contrato tendrá una duración máxima de tres años. Se hace notar que una duración inferior a dos años pondría a CESA en la difícil posición de no poder asegurar un suministro continuado a clientes que le soliciten suministros prolongados en el tiempo, singularmente en el caso de grandes obra.”

4. *"En todo caso, CESA se compromete a informar a esta Viceconsejería y a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de la celebración del Nuevo Contrato inmediatamente tras la misma, facilitándoles copia de dicho contrato.*

Con fecha 15 de junio de 2010 los representantes de MAXAM enviaron, mediante carta certificada que tuvo entrada en la Viceconsejería el 17 de junio de 2010, los compromisos que se transcriben a continuación:

1. *"Compras mínimas: Con la finalidad de evitar que el hecho de contemplar un volumen mínimo de compras del distribuidor basado en un número específico de toneladas pueda conllevar una obligación de compra de la totalidad de las necesidades del distribuidor, se introducirá en el nuevo contrato una obligación de compra mínima porcentual mencionándose, además, que no superará el 50% de las necesidades de CESA.*

Esta representación considera que, de esta forma, desaparece el riesgo señalado manteniéndose, al mismo tiempo, la obligación del distribuidor de suministrarse al menos parcialmente de los productos explosivos de Maxam Europe, lo cual está plenamente justificado porque resulta evidente que si el distribuidor no comercializara sus productos explosivos, Maxam Europe no tendría interés alguno en ceder a esta empresa los depósitos de su propiedad.

En el supuesto de que se estimara que esta obligación de compra mínima infringe lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), quod non, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 1. 3 LDC. Ello es así por cuanto se trata de una cláusula absolutamente razonable -dado que en ausencia de esta obligación Maxim Europe no cedería sus depósitos a CESA--, indispensable para Maxam Europe --por idéntico motivo--, que beneficiará al consumidor final al facilitar la comercialización de productos explosivos en Canarias a través de una extensa red de depósitos que es propiedad de Maxam Europe-y que no elimina la competencia --al obligarse a CESA a suministrarse de Maxim Europe únicamente en el 50% de sus necesidades-Por otra parte, esta cláusula no puede resultar incompatible con el artículo 2 LDC dado que, sin entrar en la discusión de si concurre o no la existencia de una posición de dominio, no se trata de una cláusula de exclusiva, estando por lo demás perfectamente justificada por los motivos que se acaban de exponer-y, en particular, porque de otra forma Maxam Europe no arrendaría a CESA los depósitos de su propiedad.”

2. *"Duración: Con la finalidad de mitigar aún más cualquier efecto derivado del pacto anterior y de permitir que tanto el fabricante como el distribuidor puedan replantearse libremente su relación comercial en el caso de que no fuera*

satisfactoria, la duración del contrato se reducirá de los cuatro años y medio previstos en el acuerdo vigente a un máximo de dos años prorrogables por un plazo máximo de un año salvo denuncia expresa por alguna de las partes con un preaviso mínimo de 3 meses.”

3. *“Precios: Con el fin de despejar cualquier duda que pudiera haber suscitado la redacción de la cláusula 2.1.5 del acuerdo vigente, se suprimirá en el nuevo contrato la mención de que "Asimismo en casos excepcionales (grandes obras, clientes específicas, etc), por razones de política de empresa, ambas partes se comprometen a establecer de mutuo acuerdo las condiciones económicas que permitan llevar a cabo estos suministros de manera óptima.”*

El Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias resume de la siguiente forma los compromisos expuestos:

De la lectura de los compromisos propuestos, tanto por parte de CESA como de Maxam, se desprende que están de acuerdo en las cláusulas que se deben modificar del vigente contrato e incluir en el futuro contrato que se suscriba y que sustituirá al actual prorrogado, así como en el alcance de las mismas. Por tanto, los compromisos propuestos por ambas entidades se pueden refundir en los siguientes términos:

1. *Suprimir el establecimiento de un volumen fijo de compras de productos al distribuidor (250 TN/año), sustituyéndolo en el nuevo contrato por una obligación de compras mínimas limitada al 50% de las necesidades anuales de compra de CESA.*
 2. *La duración del contrato se reducirá de los cuatro años y medio, previstos en el acuerdo vigente, a un máximo de dos años prorrogables por un plazo máximo de un año, salvo denuncia expresa por alguna de las partes con un preaviso de tres meses de antelación a la fecha de terminación del plazo inicial de dos años.*
 3. *No se recogerá en el nuevo contrato la mención realizada en la actual cláusula 2.1.5. relativa a casos excepcionales (grandes obras, clientes específicos, etc..). En concreto, se eliminará lo siguiente "Asimismo, en casos excepcionales (grandes obras, clientes específicas, etc.), por razones de política de empresa, ambas partes se comprometen a establecer de mutuo acuerdo las condiciones económicas que permitan llevar a cabo estos suministros de manera óptima.”*
7. En su escrito de 11 de junio de 2010 por el que presenta compromisos los representantes de CESA manifiestan que dicha entidad *“se encuentra actualmente negociando con MAXAM los términos y condiciones de un nuevo contrato de distribución que, de celebrarse finalmente, refleje entre otros derechos y obligaciones contractuales los compromisos aquí ofrecidos, una vez que dichos compromisos se incorporen, en su caso, a la resolución que ponga fin al presente procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la LDC”*.

Por su parte, MAXAM en su escrito de 15 de junio de 2010 por el que presenta compromisos manifiesta que *“con el fin de despejar cualquier duda que pudiera*

subsistir al respecto y dado que ambas partes han llegado al acuerdo de concluir un nuevo contrato de distribución que sustituya al anterior, MAXAM EUROPE se compromete a introducir en el nuevo acuerdo que se suscriba las previsiones siguientes...”, que son las referidas en el Hecho Probado 6.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del expediente

El artículo 52 de la LDC establece la posibilidad de que el Consejo de la CNC pueda resolver la terminación del procedimiento sancionador cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede suficientemente garantizado el interés público.

Como señala el Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias, el objeto del presente expediente es asegurar la conformidad con la Ley 15/2007 del de 1 de abril de 2005 de Distribución y de Gestión de Explotación. En particular, determinadas cláusulas del contrario podría resultar contrarias al artículo 1 de la LDC.

El artículo 1.1 de la LDC *“prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...”*.

Dada la posición que ostentan las partes contratantes en sus respectivos mercados geográficos –nacional y canario- en la comercialización de explosivos para usos civiles, las cláusulas detalladas en el Hecho Probado 5 podrían contribuir al cierre del mercado canario que presenta ya de por sí unas elevadas barreras de entrada.

SEGUNDO. Valoración jurídica de los compromisos

El Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias considera que los compromisos presentados por las partes son adecuados para resolver los problemas de competencia que plantea el Contrato analizado. El Consejo de la CNC coincide con esta valoración.

Como señala el Servicio, a la vista de las cantidades de explosivos adquiridas por CESA en los últimos años, la cantidad mínima de compra fijada en el contrato de 1 de abril de 2005 equivale a una obligación de compra exclusiva que contribuye a cerrar el mercado canario a otros posibles proveedores y que, al menos formalmente, impone a CESA obligaciones que pueden deteriorar su posición competitiva en detrimento de las condiciones de suministro a sus clientes. Por ello, resulta pertinente el compromiso de suavizar esta obligación de compra.

Teniendo en cuenta la posición de las partes en sus respectivos mercados, una obligación de compra de hasta el 50% de las necesidades de suministro podría considerarse todavía un riesgo para la competencia, dado que podría dificultar el acceso de otros proveedores al

mercado. No obstante, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que llevan a considerar el compromiso como adecuado.

El hecho de que CESA pueda adquirir de otro fabricante distinto de MAXAM hasta la mitad de sus compras supone un grado de apertura potencial considerable dada la situación de la que se parte. Puesto que CESA es el único operador que distribuye en Canarias, un fabricante alternativo a MAXAM podría llegar a suministrar su producto a la mitad del mercado canario a través de CESA.

Una ulterior reducción del umbral de compra a MAXAM puede no ser económicamente factible, si tenemos en cuenta el tamaño relativamente reducido del mercado y el hecho de que los depósitos en canarias son propiedad de MAXAM. En este sentido, el grado de restricción que se acepta parece necesario en las actuales circunstancias para asegurar el suministro al mercado canario.

La posibilidad de apertura puede beneficiar directamente a los clientes. De hecho, son ellos los que podrían incentivar que CESA adquiera producto de terceros productores si ello les resulta más conveniente en términos de precio o calidad.

La duración del nuevo contrato a dos años prorrogables por un plazo máximo de un año también redundaría en una mayor posibilidad de apertura del mercado con respecto a la situación actual.

Por último, se considera también adecuada la eliminación de la actual cláusula 2.1.5 del inciso relativo a que en determinados casos (grandes obras, clientes específicos, etc..) las partes se comprometen a establecer de mutuo acuerdo las condiciones económicas. Ello resulta coherente con la independencia de comportamiento del distribuidor en Canarias y con la posibilidad de que, si llega el caso, pueda proveerse también de un tercer fabricante sin que MAXAM intervenga en las condiciones de venta a clientes finales en detrimento del competidor.

TERCERO. Ejecución de los compromisos

El artículo 52.2 de la LDC señala que *“Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento”*.

Por tanto, las partes vienen obligadas a la modificación del contrato de 1 de abril de 2005 conforme a lo previsto en los compromisos que han presentando.

No obstante, tal y como se sugiere en la Propuesta de terminación convencional, para garantizar la efectividad de los compromisos y facilitar su vigilancia las entidades deben presentar el contrato modificado en los términos que los compromisos establecen ante el Servicio de Defensa de Canarias adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE del Gobierno de Canarias antes del 31 de octubre de 2010, fecha de vencimiento de la prórroga actualmente en vigor.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Declarar adecuados los compromisos presentados por CANARIAS DE EXPLOSIVOS S.A. y MAXAM EUROPE S.A. recogidos en el Hecho Probado 6 de esta Resolución y, por tanto, declarar la terminación convencional del expediente sancionador.

Ordenar a las partes que antes del 31 de octubre de 2010 presenten el contrato de Distribución y de Gestión de Explotación modificado en los términos que los compromisos establecen ante el Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias, adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias.

Comuníquese esta Resolución a la Viceconsejería de Economía y Asuntos de Económicos de la UE del Gobierno de Canarias y notifíquese a los interesados, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.