

RESOLUCIÓN Expediente A 205/97, Carburos Metálicos
(2628/05 y 1460/97 del Servicio)

Pleno

Sr. D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
Sr. D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
Sr. D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
Sr. D. Emilio Conde Fernández- Oliva, Vocal
Sr. D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Sr. D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Sra. D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 6 de junio de 2007

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente A 205/97 (2628/05 y 1460/97 del Servicio de Defensa de la Competencia), referente a la revocación de Autorización Singular concedida para un convenio de producción conjunta de gases industriales y comercialización separada e independiente, a la Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente expediente trae causa histórica del Auto de incoación del expediente de revocación e imposición de sanción (Expediente A 250/97 Carburos Metálicos) dictado por este Tribunal el día 13 de Junio del 2005, en el que se ACORDABA: 1) incoar expediente de revocación de la autorización singular concedida por la Resolución de este Tribunal de 30 de Octubre de 1997, dictada en el Expediente A 205/97 Carburos Metálicos; 2) remitir el presente Auto y el expediente A 205/97 al Servicio de Defensa de la Competencia para que, en el plazo máximo de tres meses, elabore y remita a este Tribunal un informe-propuesta en el que, partiendo de las consideraciones contenidas en este Auto, concrete y califique los hechos que fundamentan la revocación o no de la autorización concedida en la citada Resolución de 30 de Octubre de 1997; 3) interesar de dicho Servicio que inicie un expediente sancionador contra Praxair España S.A., y Carburos Metálicos S.A., por incumplimiento de la condición impuesta en la autorización singular concedida en la Resolución de 30 de Octubre de 1997.

Por consecuencia de ello, el Servicio de Defensa de la Competencia en Informe de 31 de Enero del 2007, que tuvo su entrada en este Tribunal el día 2 de Febrero y fuera registrado con el número 237, tras establecer las actuaciones realizadas y la calificación jurídica que a su juicio correspondía, concluía su información valorando los hechos *“estimando que no habiendo indicios de incumplimiento de las condiciones establecidas por el Tribunal para conceder la autorización, que en este caso concreto serían los acuerdos de producción conjunta y comercialización separada de la producción de la planta de Luchana-Baracaldo y no habiéndose producido un cambio fundamental en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión, no procede la revocación de la Autorización concedida en la Resolución de este Tribunal de 30 de Octubre de 1997, dictada en el Expediente A 295/97 Carburos Metálicos”*.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, con fecha 6 de Febrero del 2007, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 14.4 del Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo, remite a este Tribunal cierta información complementaria a la remitida con fecha 31 de Enero y valoración de la misma, en el Informe del expediente de revocación 2628/05 instruido como consecuencia del Auto de incoación de expediente de revocación e imposición de sanción de 13 de Junio del 2005, referido a la autorización singular concedida para un convenio de producción conjunta de gases industriales y comercialización separada e independiente a la Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A.

En dicha documentación complementaria (informe 6 de Febrero del 2007) tras partir de lo establecido en el segundo párrafo del antecedente anterior, se manifiesta que con fecha 18 de Enero del 2007 (Folios 1091-1099) se solicitó a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma del País Vasco el Informe a que hace referencia el Artículo 5.4 de la Ley 1/2002 dada la incidencia significativa que la resolución que se adopte en su día pudiera tener en el territorio de dicha Comunidad Autónoma.

Vencido el plazo para la remisión de Informe y no habiendo llegado el citado se remitió el Expediente a este Tribunal.

Con posterioridad a ello y concretamente el día 2 de Febrero del 2007, tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia, Informe emitido por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia, dando cumplimiento al requerimiento hecho (Anexo 1). En el mismo, tras hacer un análisis de los términos en que fue concedida la autorización singular, para pasar a analizar la incidencia que podría tener la modificación del status actual de la Sociedad Oxinorte Operaciones S.A., cuya producción va destinada principalmente a la industria metalúrgica, la soldadura o la medicina hospitalaria, en sectores que

según afirma son de especial relevancia en el sector industrial de la Comunidad Autónoma y a los que afectaría seriamente una restricción en el aprovisionamiento de esta materia, máxime en un momento en el que destaca su alta demanda sobre una oferta ajustada. Y en cuanto a la política comercial, afirma no contar con indicios que permitan afirmar que se ha dado en algún momento una comercialización conjunta de la producción de Oxinorte Operaciones S.A.

Por otra parte, Praxair ha remitido al Servicio de Defensa de la Competencia información complementaria (Anexo 2), a la que se acompaña un cuadro resumen de producción y demanda de oxígeno en el cuarto trimestre del 2006 y se afirma por Praxair que padece un déficit de producción de los gases licuados y en particular de oxígeno, de tal manera que si se disolviera la cooperativa de producción objeto de la autorización singular, se vería en la imposibilidad de atender la demanda de sus clientes en la zona norte de España.

El Servicio de Defensa de la Competencia, a la vista de ambas informaciones, *CONCLUYE ratificándose en la valoración inicial remitida a este Tribunal, junto con el expediente 2628/05 el pasado 31 de Enero.*

TERCERO.- Este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 16 de Febrero del 2007 dicta Providencia en la que acuerda, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 9.2 del Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo, oír a los interesados y al Servicio de Defensa de la Competencia, por plazo común de 10 días hábiles a contar desde el siguiente al de la notificación de esta Providencia, a fin de que puedan alegar cuanto estimen oportuno.

Providencia que fuera notificada a la totalidad de las partes interesadas.

Así, PRAXAIR ESPAÑA S.L., en escrito fechado el día 5 de Marzo del 2007, que tuvo su entrada en este Tribunal el día 7 de Marzo y fue registrado con el número 529, dando cumplimiento a lo dispuesto en la meritada Providencia, establece una serie de alegaciones y concluye SOLICITANDO que se dicte resolución declarando que no se ha producido ningún incumplimiento de la Autorización Singular concedida mediante Resolución de 30 de Octubre de 1997.

Esta entidad mercantil en escrito fechado el día 4 de Mayo del 2007, que tuvo su entrada en este Tribunal en ese mismo día y fuera registrado con el número 1009, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 79 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompaña una Sentencia de la Audiencia Nacional en la que afirma *inter alia* que:

- la presentación de ofertas bajo la forma de UTE en un concurso público no es, como la propia parte recurrente reconoce, por sí misma contraria a las normas de competencia y desde luego era una forma expresamente prevista en las condiciones particulares establecidas como base del Concurso hasta el punto que la propia recurrente también decidió presentarse en forma de UTE (Contse-Vivisol) y no sólo al Concurso EOLO sino, como revela el expediente, a diversos concursos del Estado en materia sanitaria y en diferentes Comunidades Autónomas; es decir, tanto la creación de la UTE por CARBUROS y OXIMESA, como la formación de la UTE CONTSE-VIVISOL respondían a lo expresamente previsto en las Bases del Concurso (cláusula 7.2 del Pliego de Condiciones que señalaba expresamente que podrían presentarse proposiciones suscritas por Uniones de Empresarios que se constituyan temporalmente al efecto).
- la creación de una unión temporal de empresas para asistir a determinados concursos públicos no resulta “*per se*” restrictiva de la competencia a la vista del conjunto de factores que puedan concurrir en un caso en el que las administraciones nacionales organizadoras de los concursos públicos se habían referido explícitamente a la posibilidad de acudir a los mismos en forma de consorcios o asociaciones temporales de empresas, como de hecho es práctica habitual en toda la Unión Europea, práctica a la que, como decimos, tampoco ha sido ajena la propia recurrente quien habitualmente viene acudiendo en forma de UTE en diversos concursos para gestionar el servicio público de las prestaciones de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida.

La alegante concluye su escrito diciendo que a su juicio “dicha Sentencia resulta relevante a los efectos del Artículo 271.2 LEC en la medida en que confirma tanto la posición del Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe, como las alegaciones presentadas por esta parte. Y, en particular que no cabe considerar que la formación de la UTE Carburos-Oximesa sea un supuesto de cooperación ilícito susceptible de entrañar la revocación de la Autorización Singular concedida en el Expediente A 205/97 Carburos Metálicos.”

CUARTO.- El Pleno del Tribunal, en su sesión del 31 de mayo de 2007, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.

QUINTO.- Son interesados: la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS S.A., AL AIR LIQUIDE ESPAÑA S.A., PRAXAIR ESPAÑA S.L. y OXINORTE OPERACIONES S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los siguientes son hechos probados que gozan de indubitada fehaciencia en cuanto conforman Resoluciones Administrativas firmes.

1º El día 23 de Octubre de 1996, Carburos Metálicos presentó ante la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de notificación de una operación de participación en un sistema de producción en común de los gases industriales contenidos en el aire (en adelante el Convenio), junto con Praxair España, S.A. (en adelante, Praxair) y Al Air Liquide España, S.A. (en adelante, Air Liquide).

Mediante dicho Convenio, Carburos Metálicos adquirió de Praxair y Air Liquide un 10% y un 20% de las cooperativas de producción que tienen en la fábrica de Luchana (Baracaldo) para la separación de los gases del aire y su licuefacción, respectivamente.

Para la operación de estas dos plantas de las que son copropietarios Praxair, Air Liquide y Carburos Metálicos, en la proporción de 42,5%, 42,5% y 15% se constituyó Oxinorte Operaciones S.A., que actúa en régimen de arrendamiento de servicios.

2º Este Tribunal de Defensa de la Competencia en Resolución de 30 de Octubre de 1997 consideró que el sector económico afectado por el Convenio era el de la fabricación y distribución de los gases industriales contenidos en el aire, oxígeno, nitrógeno y argón, que son fabricados y comercializados por las tres empresas industriales intervinientes en el Convenio.

En relación con dicho mercado y recogiendo el informe del SDC señalábamos fundamentalmente lo siguiente:

“a) La producción y distribución de gases industriales es intensiva en energía y requiere una tecnología de producción muy especializada. La creación de una planta eficiente exige inversiones muy cuantiosas. La minimización de costes se obtiene mediante el aumento del tamaño de la planta y la reducción del coste energético, con aprovechamiento de las horas valle. El proceso de producción se realiza mediante la aspiración y limpieza del aire y la

separación de tres de sus componentes principales (oxígeno, nitrógeno y argón).

b) Los cauces de distribución más frecuentes son el suministro directo a la fábrica del cliente por medio de gasoductos y la licuefacción y distribución en cilindros a presión o en cisternas criogénicas. El coste de distribución representa un alto porcentaje dentro de los costes totales por lo que, generalmente, se limita a un radio de 300 a 500 kilómetros desde el centro de producción. Por ello, en muchos casos, existe una estrecha relación de cautividad fabricante-cliente, de tal suerte que es frecuente que la instalación de una planta tenga la capacidad para el suministro a un cliente concreto.

En el presente caso, la planta de Luchana se creó en su día para abastecer a Altos Hornos de Vizcaya con una gran inversión que, después de su reestructuración, ha dejado a la citada planta con una baja carga de producción desde julio de 1996.

c) Carburos Metálicos, Air Liquide y Praxair son empresas cuyo objeto es la producción, comercialización y venta de productos químicos, especialmente de gases industriales, así como la investigación y explotación de todo tipo de procedimientos que sirvan para utilizar y explotar los referidos productos. Sus empresas matrices tienen plantas de producción conjunta de los gases del aire en los países más desarrollados.

d) Carburos Metálicos, que desde hace varios años mantiene en España cooperativas de producción de gases industriales, a través de diferentes sociedades, con las compañías Praxair y Liquide Carbonic, S.A., ha llegado actualmente a un acuerdo, para el que ahora solicita autorización, con las entidades Praxair y Air Liquide, para participar en la cooperativa de producción que estas dos últimas empresas mantienen en Luchana (Baracaldo), para la separación de aire y licuefacción de sus gases. Con este objeto, las tres sociedades intervinientes en el Convenio han constituido una nueva sociedad llamada Oxinorte Operaciones, S.A., al efecto de llevar a cabo la operativa industrial.

e) Como alega el solicitante, los beneficios a tener en cuenta para calificar la presente solicitud residen fundamentalmente en la mejora en la eficiencia energética, debido al cierre por parte de Carburos Metálicos de una planta obsoleta e ineficiente en el municipio de Arrigorriaga y el aprovechamiento de las economías

de escala en la planta objeto del Convenio cuya capacidad de producción es ocho veces superior a la de la planta que se cierra, lo cual minimiza los costes de producción. ...”

En la fundamentación afirmábamos:

“...3. De todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal de acuerdo con el Servicio, ha de concluir que el Convenio notificado por Carbueros Metálicos, no causando efecto negativo alguno para la libre competencia y, dadas las circunstancias de racionalización y mejora de la producción descritas en el Fundamento Jurídico anterior, a las que se refiere concretamente el artículo 3.1 de la LDC, ha de ser considerado una cooperación lícita, por lo que procede conceder la autorización solicitada.

4. Ello no obstante, el Tribunal acuerda, de conformidad con la propuesta del Servicio, que éste deberá vigilar la independencia de las políticas comerciales de las tres empresas signatarias del Convenio.

5. En cuanto al período de tiempo por el que se otorga la autorización, aunque el Servicio considera que no debe limitarse la duración de la misma, el Tribunal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LDC, la naturaleza industrial con importantes inversiones del Convenio y la extensión temporal prevista del mismo que es de diez años, acuerda conceder la autorización por dicho período de tiempo, sin perjuicio de su posible renovación y quedando sujeta al régimen general que prevé el artículo 4 de la LDC...”

El Tribunal resolvió:

“... ..

Primero.- Autorizar el Convenio de instrumentación de un sistema de producción y licuefacción en común de los gases del aire solicitado por la Sociedad Española de Carbueros Metálicos, S.A., que se registrará por el documento denominado Convenio de Base Tripartito que obra en el expediente del Servicio en los folios 78 al 85.

Segundo.- La autorización tendrá una duración de diez años a contar desde la fecha de esta Resolución y queda sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la LDC.

Tercero.- Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia que vigile la independencia de las políticas comerciales de las tres empresas signatarias del Convenio y la ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución, así como que proceda a inscribir el Convenio autorizado en la Sección A del Registro de Defensa de la Competencia.”

3º El Pleno de este Tribunal el 18 de mayo de 2005, en el marco de la deliberación del expediente de recurso R 614/04, Terapias Respiratorias Domiciliarias 2, puso de manifiesto que había podido comprobar que la Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A. y Oximesa, cuya matriz es Praxair España, S.A., se habían presentado en UTE con una oferta única a la totalidad de las áreas del concurso del INSALUD Eolo 1999. Con lo que se consideró que se había podido incumplir la condición impuesta a las empresas autorizadas de mantener políticas comerciales independientes. En virtud de ello, acordó dictar Auto en el que se disponía:

“Primero.- Incoar expediente de revocación de la autorización concedida por la Resolución de este Tribunal de 30 de octubre de 1997, dictada en el expediente A 205/97, Carburos Metálicos.

Segundo.- Remitir el presente Auto y el expediente A 205/97 al Servicio de Defensa de la Competencia para que en el plazo máximo de tres meses elabore y remita a este Tribunal un informe-propuesta en el que, partiendo de las consideraciones contenidas en este Auto, concrete y califique los hechos que fundamentan la revocación o no de la Autorización concedida en la citada Resolución de 30 de octubre de 1997.”

Por consecuencia de ello, el Servicio de Defensa de la Competencia ha analizado la información concluyendo:

a) en cuanto al *Convenio*, la autorización se concedió para un acuerdo mediante el cual las tres empresas instrumentaban un sistema de producción con junta de gases, manteniendo la comercialización separada de los mismos. Así en el denominado “Convenio de Base Tripartito” (en adelante el Convenio) (folios 109-116), en su parte expositiva (folio 110) textualmente se afirma:

“Las sociedades referidas se han puesto de acuerdo para instrumentar un sistema de producción conjunta de gases, para su comercialización, separada e independiente por cada uno de ellos, según su propia política comercial.”

Y en las Estipulaciones, en su “Art. Noveno: Competencia”, establece:

“9.1. Ninguna disposición del presente Convenio de Base ni de los Convenios Particulares puede tener por objeto limitar la libertad de cada uno de los Tres Grupos Industriales en determinar su propia política comercial, y no afecta en modo alguno a su comportamiento en el mercado, en el que siguen manteniendo su condición de terceros.”

Los gases industriales se consideran productos “commodity”, ya que no existen diferencias virtuales en calidad o método de producción entre un proveedor y otro. En gran medida, el elemento diferenciador que hace posible la competencia entre compañías es la utilización de nuevas tecnologías en nuevas aplicaciones, más que los sistemas de producción en plantas de fraccionamiento del aire atmosférico que se basa en el mismo ciclo parcialmente modificado desde hace más de cien años. Esto hace que los principales productores de gases industriales cuenten con centros de investigación y desarrollo a nivel mundial para el desarrollo de nuevas aplicaciones industriales y medicinales de los gases, siendo éste el elemento fundamental del crecimiento de ventas en los últimos años.

Si bien la producción y distribución de gases industriales es intensiva en energía y requiere una tecnología de producción muy especializada, los productos obtenidos no son sustituibles entre sí por el lado de la demanda. No existe sustituibilidad entre el oxígeno, nitrógeno y argón.

El oxígeno es utilizado principalmente en hospitales, en procesos de combustión, soldadura, depuración de aguas y como oxidante en la producción de productos químicos. El nitrógeno se utiliza, entre otros usos, para congelación de productos, control de temperatura, purga de canalizaciones y desgasificación de metales. El argón se emplea fundamentalmente en la fabricación de aceros inoxidable, aceros especiales y en procesos de soldaduras de aluminio y aceros inoxidable.

Como conclusión puede afirmarse que en el presente caso la producción de gases, mediante fraccionamiento de aire, no es un elemento de competencia entre las tres empresas solicitantes de la autorización. Sin embargo la localización de las mismas y la cercanía a sus clientes si puede ser un factor importante en sus políticas comerciales.

b) en cuanto a las *Plantas de producción*, como se hacía notar en el informe de la autorización singular, la creación de una planta se calcula que requiere una inversión mínima de seis millones de euros. La minimización de costes se obtiene mediante el aumento del tamaño de la planta y la reducción del coste energético, mediante el aprovechamiento de las horas valle. El proceso de producción se realiza mediante la aspiración y limpieza del aire y la

separación de tres de sus componentes principales (oxígeno, nitrógeno y argón).

Las tres empresas objeto de este informe mantienen desde hace años diferentes cooperativas de producción de gases industriales, a través de diferentes sociedades. De hecho, Praxair y Air Liquide, venían explotando desde antiguo, y en la proporción de un 50% cada una de ellas, las instalaciones de Luchana-Baracaldo a través de una sociedad común llamada Oxinorte, S.A.

En los folios 207-208 figura la información que suministró en el procedimiento de autorización singular el Ministerio de Industria, en la que se afirmaba que en aquel momento, el número de plantas de producción de gases industriales en España era aproximadamente de unas 60, estando situadas en lugares próximos a sus principales consumidores (industria química y siderúrgica), y concentradas fundamentalmente en Cataluña, Madrid, País Vasco y Andalucía, para la industria química; y en Asturias, País Vasco y Valencia para la industria siderúrgica. En los folios 229-231, figura la información suministrada en aquellos momentos por Carbueros Metálicos sobre sus plantas de producción así como las plantas de sus principales competidores.

De acuerdo con la información suministrada en la actualidad, en parte confidencial, esta política de producción tanto individual como mediante cooperativas de producción con otras empresas se mantiene y las tres empresas han detallado la relación de plantas en las que participan así como las de titularidad individual: PRAXAIR, folios 1053-1054; CARBUROS METALICOS, folio 1082, y AIR LIQUIDE, folio 1050 y que como puede observarse su distribución abarca todo el territorio nacional.

c) en cuanto a la *comercialización* de los productos objeto del Convenio, por la propia naturaleza del producto, los precios ofrecidos por los distintos productores son muy similares, dependiendo en gran medida de la forma de distribución.

Los costes de distribución representan un alto porcentaje dentro de los costes totales. Los cauces de distribución mas frecuentes son, el suministro directo a la fábrica del cliente por medio de gasoductos, y la licuefacción y distribución en cilindros a presión o en cisternas criogénicas, lo que conlleva que la distribución generalmente se limite a un radio de 300 a 500 kilómetros desde el centro de producción, existiendo en muchos casos, una estrecha relación de cautividad fabricante-cliente, de tal suerte que es frecuente que la instalación de una planta tenga la capacidad *ad hoc* para suministrar gas a un cliente concreto.

Fue la valoración de estos condicionantes en la distribución los que motivaron al Servicio a solicitar a cada uno de los grupos empresariales la relación plantas de producción de gases industriales en territorio nacional, propiedad de cada una de las empresas o de propiedad compartida, para de esta manera poder delimitar, de manera aproximada el alcance de la distribución de los productos de la planta Luchana-Baracaldo.

En la Planta de Luchana-Baracaldo el convenio tripartito no está referido a la explotación de las canalizaciones que unen a la planta con terceras partes, ya que Carbueros no participa, en modo alguno en la distribución mediante gasoductos. La participación de Carbueros le da derecho a retirar oxígeno y nitrógeno líquido de la planta de licuefacción (folio 184). En los folios 233-234 se puede ver la evolución de la Planta que justifica las razones del Convenio.

La distribución y comercialización de los productos objeto del Convenio se realiza por cada una de las empresas en las siguientes áreas:

- CARBUROS METÁLICOS: País Vasco; Cantabria y Galicia (folio 1047). Todos los productos retirados por CARBUROS de la Planta de Luchana se llevan a la planta de envasado que esta empresa tiene en Arrigorriaga, de la que una vez manipulado y envasado se suministra a clientes detallistas.

La relación de dichos clientes en 2005, figura como información confidencial en los folios 1121-1122.

- AIR LIQUIDE: Suministra a la totalidad de la Península Ibérica (folio 1051). Mediante canalización a ARCELOR y NERVACERO, (el volumen de suministro en 2005 figura en los folios 1124-1152. En el resto de los gases y en lo que respecta a clientes, productos y localización de los mismos, estos se envían a cualquier parte del territorio nacional, en función de la demanda, la capacidad de producción de sus otras plantas, la logística y las necesidades de sus clientes; en ocasiones en forma líquida y, en otras, acondicionada en cualquiera de los centros que AIR LIQUIDE tiene en toda España.
- PRAXAIR: País Vasco; Cantabria; Navarra; Norte de Castilla-León; La Rioja (folios 1055 y 1153-1167). Esta empresa, que es propietaria de una planta situada en Beasaín, suministra indistintamente desde ambas a sus clientes, según la demanda de estos y la capacidad de producción de una u otra planta.

d) en cuanto a la relación de clientes, como ha quedado acreditado, PRAXAIR y AIR LIQUIDE suministran ambos a Acería Compacta de BIZCAIA, al grupo ACERLOR, y NERVACERO, perteneciente al grupo CELSA. Dicho suministro se lleva a cabo mediante gasoducto por lo que queda fuera del objeto del Convenio analizado.

Para los gases licuados, las tres empresas afirman no tener clientes comunes. CARBUROS remite la relación de clientes en 2005. AIR LIQUIDE, afirma que dada la distribución que se hace, a todo el territorio peninsular y a otras plantas de su propiedad, para el acondicionamiento del mismo, no puede determinar la relación de clientes finales y el volumen suministrado. Así mismo manifiestan que no han tenido ni tienen acuerdos de comercialización conjunta. Tan sólo CARBUROS y PRAXAIR, ponen de manifiesto que únicamente participaron conjuntamente mediante UTE en el Concurso EOLO. Que dicho acuerdo de constitución de una UTE fue objeto de la Resolución de ese Tribunal por la que se desestimaba el recurso contra el Acuerdo de Sobreseimiento de este Servicio. Que por otra parte, los gases medicinales suministrados para dicha UTE provenían de las plantas de Tres Cantos propiedad de CARBUROS METALICOS y Pinto, propiedad de PRAXAIR.

4º Al constituirse en UTE dos de las empresas solicitantes de la autorización singular, en el marco de la Convocatoria del Concurso EOLO, para el suministro de terapias respiratorias domiciliarias de la Comunidad de Madrid, lo que podría constituir un indicio de posibles colaboraciones comerciales por parte de dichas empresas, procede hacer las siguientes precisiones:

- a) OXINORTE OPERACIONES, produce gases que son fundamentalmente para uso industrial y que se suministran en el norte de España. Para la utilización de gases en terapias medicinales se precisa autorización expresa.
- b) OXINORTE OPERACIONES ha solicitado a la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, la necesaria autorización que actualmente está en trámite.
- c) La UTE formada para el Concurso EOLO, entre CARBUROS y OXIMESA (Praxair), en la medida en que implicaba el suministro de gases medicinales y que ambas empresas contaban con plantas próximas a Madrid, se abasteció fundamentalmente desde las plantas de Pinto (PRAXAIR) y Tres Cantos (CARBUROS), no guardando relación con la producción de la planta de Luchana-Baracaldo objeto del Convenio autorizado.

Y así concluye el Servicio de Defensa de la Competencia que “la constitución de la citada UTE no pudo constituir un incumplimiento de la condición, puesta de manifiesto por los interesados en su solicitud de autorización, de que mantendrían, cada una de las empresas participantes, la comercialización independiente de su respectiva cuota de producción de la citada planta.”

De ahí que “los hechos que fundamentarían la revocación, de acuerdo con la Ley de Defensa de la Competencia, serían que sus beneficiarios incumplieran las condiciones u obligaciones establecidas por el Tribunal, que en este caso concreto serían los acuerdos de producción conjunta y comercialización separada de la producción de la planta de Luchana-Baracaldo, o bien que se produjera un cambio fundamental en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión.

a) Con respecto al primer punto, *la producción de gases industriales*, no puede considerarse que la producción en si misma sea un elemento de competencia entre operadores. La existencia de acuerdos de explotación y cooperativas de producción, entre estas y otras empresas, es frecuente y la información de las mismas figuraba en el expediente inicial de autorización singular y ahora se ha visto ampliada con la información suministrada, de ahí que, el acuerdo de participación de CARBUROS en la producción de la planta de Luchana- Baracaldo, hasta aquel momento explotada al 50% por las otras dos empresas, no se considerase por el TDC que tenía efectos negativos sobre la competencia.

b) Por esta razón, la Resolución de Autorización Singular acordada se centró sobre el posible incumplimiento en la *comercialización independiente de gases licuados*, ya que la distribución de gases mediante gasoductos quedaba fuera de la autorización.

Por lo que respecta a la comercialización, hay que descartar, *en primer lugar* que la constitución de la UTE para el Concurso EOLO supusiera una infracción de las condiciones concretas del acuerdo de producción, ya que no guarda relación con la comercialización de la producción de la planta de Luchana-Baracaldo.

En segundo lugar, y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de la instrucción, de la información recabada no se desprende que hayan existido acuerdos en la comercialización de los productos, o que no se haya mantenido por parte de cada una de las tres empresas una política comercial independiente, ya que no se ha detectado la

posibilidad de un reparto de mercado, ni las áreas de distribución coinciden por completo; no existen clientes comunes, excepto para el gas canalizado, que no es objeto del Convenio, y aún en el caso que existieran podrían ser justificables desde el lado de la demanda, dada la exigencia, en algunos casos de asegurar el suministro, o bien los diferentes gases demandados; y no tienen acuerdos de comercialización conjunta.

Por otra parte CONTSE, que ha sido interesado en el presente expediente, teniendo acceso a toda la información no confidencial, y que fue denunciante en los expedientes a la UTE, no ha aportado indicios ni datos que puedan hacer presumir la colaboración comercial entre las tres empresas.

En cuanto al cambio sustancial en las circunstancias que se tuvieron en cuenta, en el momento de la autorización singular, para considerar que el Convenio no iba a causar efecto negativo alguno para la libre competencia y, sin embargo iba a producir una racionalización y mejora de la producción, no se aprecia ningún factor que haya modificado dicha situación.”

CONCLUYENDO este Tribunal comparte el criterio mantenido por el Servicio de Defensa de la Competencia “en cuanto que no hay indicios de incumplimiento de las condiciones establecidas por el Tribunal para conceder la autorización, que en este caso concreto serían los acuerdos de producción conjunta y comercialización separada de la producción de la planta de Luchana-Baracaldo, y no habiéndose producido un cambio fundamental en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión, no procede la revocación de la Autorización concedida en la Resolución de ese Tribunal de 30 de octubre de 1997, dictada en el expediente A 205/97, Carburos Metálicos.”

SEGUNDO.- En amparo de lo anteriormente establecido, la Ley 18/1982 de 26 de Mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional dispone en su Artículo Séptimo que “tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”. Y añade el siguiente Artículo Octavo apartado a) que “las empresas miembros podrán ser personas físicas o jurídicas residentes en España o en el extranjero”.

Y en cuanto al objeto de las UTE “será el desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de

España, así como también desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal” (apartado *b*) del Artículo Octavo).

La duración de las UTE “será idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. La duración máxima no podrá exceder de veinticinco años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años”.

Teniendo una especial relevancia lo dispuesto en el apartado 2 del Artículo Séptimo, cuando dispone que “las UTE no tendrán personalidad jurídica propia”.

TERCERO.- Por consecuencia de todo lo anterior, este Tribunal de Defensa de la Competencia acuerda, ante la inexistencia de indicios de incumplimiento de las condiciones, que en su día se establecieron en orden a la Autorización Singular acordada, mantener en todos sus pronunciamientos la Resolución de 30 de Octubre de 1997, dictada en el Expediente A 205/97 Carburos Metálicos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL TRIBUNAL**

HA RESUELTO

MANTENER en todos sus pronunciamientos nuestra Resolución de 30 de Octubre de 1997 dictada en el expediente A 205/97 Carburos Metálicos, al no darse indicio alguno de incumplimiento de las condiciones fijadas en la misma.

Notifíquese esta Resolución a las partes interesadas y comuníquese la misma al Servicio de Defensa de la Competencia, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí interponer Recurso Contencioso Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de DOS MESES contados desde el día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.