

RESOLUCIÓN (Expte. 450/99 Polvorines)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 26 de enero de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 450/99 (892/92 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado como consecuencia de denuncia de Ibernobel S.A. y Compañía Auxiliar de Voladuras S.A. contra Unión Española de Explosivos S.A. por supuestos actos de abuso de posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente fue iniciado como consecuencia de denuncia presentada el día 1 de diciembre de 1992 por Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación legal de las entidades Ibernobel S.A. y de Compañía Auxiliar de Voladuras S.A., en adelante (CAVOSA), contra la entidad Unión Española de Explosivos S.A., en adelante (UEE).

Los denunciantes imputaron a UEE conductas que suponían la infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En su denuncia solicitaron que se declarara:

- 1º *Que amén de la existencia de un monopolio de hecho en la fabricación y una posición dominante en el sector de la distribución de explosivos industriales, se declarara acreditada la existencia de las siguientes prácticas prohibidas por la LDC:*

- La primera, por el artículo 6.1 de la que es autora UEE y consistente en la explotación abusiva de su posición dominante en la totalidad del mercado nacional.

- La segunda, prohibida por los artículos 1 b) y 1 c) de la que también es autora la denunciada, por llegar a acuerdos con distribuidores independientes consistentes en limitar y controlar la producción, la distribución y el desarrollo técnico, así como en el reparto del mercado y de las fuentes de aprovisionamiento.

- La tercera, prohibida por el artículo 1 e) de la LDC por cuanto UEE, abusando de su posición dominante, estaba obligando y subordinando la celebración de los contratos de compraventa de los polvorines, y subsiguiente arrendamiento, a la aceptación suplementaria -que nada tiene que ver con el acuerdo principal- de la compra en exclusiva de los productos explosivos fabricados por ella.

- La cuarta, consistente en que UEE impone a los distribuidores independientes no firmantes de los contratos referidos, unas condiciones discriminatorias frente a los que sí han firmado los acuerdos, eliminando así elementos esenciales y diferenciadores entre los oferentes: se les ofrecen bonificaciones especiales en la adquisición de los productos, medios humanos y económicos, sistemas de pago ventajosos, etc. Estas prácticas -según los denunciadores- están prohibidas por la LDC en los artículos 1 d) y 6, porque colocan a unos distribuidores en situación desventajosa frente a otros, y porque imponen condiciones comerciales no equitativas entre los competidores.

- La quinta, prohibida por los artículos 6.2 a) y 6.2 d), en relación con el 6.2 b), de la que también es autora la denunciada, consistente en fijar de forma directa e indirecta, los precios de compra, venta y otras condiciones de la transacción a los consumidores finales, aplicándoles distintas bonificaciones, o suprimiéndola, sin justificación alguna.

- La sexta, prohibida por el artículo 6.2 b), por cuanto UEE, con los acuerdos firmados, limita la producción, la distribución y el desarrollo técnico de los productos, con perjuicio injustificado de los consumidores finales de explosivos.

- La séptima, en relación con el artículo 6 c) de la Ley, por cuanto, además de ser la única empresa fabricante en España, se ha

negado a satisfacer a los distribuidores que no han firmado contratos de exclusividad, las demandas de compras de sus productos.

2. Con fecha 18 de enero de 1993 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite del expediente.
3. Con fecha 4 de marzo de 1.997, el Servicio propuso el sobreseimiento parcial del expediente en lo que se refería al artículo 1 de la LDC, considerando que la doctrina del TDC aconsejaba esta decisión.
4. Con fecha 31 de octubre de 1997 el servicio formuló Pliego de Cargos.
5. Con fecha 21 de enero de 1999 el instructor formuló su Informe-Propuesta en el que se formulaban los siguientes cargos:
 - 1) Infracción del artículo 6.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por tratar de cerrar el mercado de la distribución de explosivos.
 - 2) Infracción del apartado a) del artículo 6.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por la imposición a los distribuidores de explosivos en los contratos de exclusividad de condiciones no equitativas.
 - 3) Infracción del apartado b) del artículo 6.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por la discriminación en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores de explosivos en función de que firmaran el acuerdo de distribución exclusiva o mantuvieran su independencia.
6. Con fecha 14 de abril de 1999 el expediente fue admitido a trámite en este Tribunal, nombrándose Vocal Ponente a D. Luis Martínez Arévalo.
7. Con fecha 29 de julio de 1999 el Tribunal dictó Auto por el que se admitían una serie de pruebas documentales y testificales propuestas por UEE; la representación de Ibernobel se había dirigido previamente al Tribunal señalando que, al encontrarse aportados todos los antecedentes necesarios, no resultaba necesario proponer prueba alguna. En cuanto a la prueba pericial propuesta por UEE, el Tribunal, tras llevar a cabo los trámites oportunos, decidió denegar dicha prueba.
8. La prueba testifical, inicialmente prevista para el 7 de setiembre de 1999, y que hubo de ser suspendida al comprobarse que las empresas Ibernobel y

CAVOSA no habían recibido la notificación realizada mediante el Servicio de correos, fue realizaba finalmente el 27 de setiembre de 1999.

9. Tras la celebración de esos trámites y concedido plazo para la celebración de conclusiones, Ibernobel alega en esencia:

- que los contratos, suscritos por UEE tenían por objeto obstaculizar el acceso de Ibernobel, empresa de reciente creación, al mercado;
- que, de los 62 depósitos existentes en España, un total de 40 ha quedado situado en la órbita de UEE;
- que la política de distribución seguida por UEE en los primeros años de la década de los 90 tuvo un impacto muy negativo sobre la fabricación y distribución de explosivos de uso civil;
- que en la prueba testifical realizada quedó demostrada la falta de objetividad e imparcialidad de los testigos propuestos, cuyo negocio depende esencialmente de los suministros de UEE;
- que las cláusulas de exclusividad contraídas en los acuerdos suscritos por UEE fueron efectivamente aplicadas y que las bonificaciones acordadas a los distribuidores constituían auténtica contrapartida de dichas cláusulas;

Por su parte UEE alega en esencia:

- que el expediente ha caducado;
- que la compra de los depósitos y posterior arrendamiento al propietario pueda considerarse una operación de concentración, extremo que dio lugar a una consulta por parte del instructor del expediente a la Subdirección General de Concentraciones, organismo que -apremiado por la expiración del plazo de 5 años de que disponía para incoar el expediente- contestó de forma negativa, sin ofrecer ningún tipo de razonamiento;
- que no existen barreras de entrada en el negocio de distribución de explosivos;
- que, en 11 de los 15 contratos, la formalización de la escritura pública no tuvo lugar, por lo que la operación de compra del depósito y su ulterior arrendamiento en exclusiva no tuvo lugar,

motivo por el que el intento de cerrar el mercado, caso de existir, hubiera quedado en simple tentativa;

- que la bonificación efectuada por UEE a los distribuidores que aceptaron las cláusulas de exclusiva suponían una contrapartida por las obligaciones aceptadas y no un trato discriminatorio.
10. El Tribunal deliberó y falló en su sesión plenaria de fecha 19 de enero de 2000, encargando la redacción de la presente Resolución al Vocal Ponente.
11. Son interesados:
- IBERNOBEL S.A.
 - COMPAÑÍA AUXILIAR DE VOLADURAS S.A.
 - UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS S.A.

HECHOS PROBADOS

1. La distribución de los productos objeto de la denuncia se realiza por medio de los llamados *depósitos comerciales*, que los almacenan en los denominados *polvorines*, para su posterior venta a terceros.

Los productos de UEE se distribuyen por medio de sus propios *depósitos comerciales* y por medio de un sistema de distribución que, en esquema, está compuesto de la siguiente manera:

- a) Distribuidores independientes.
- b) Aquellos otros distribuidores independientes con los que UEE celebró contratos de compraventa y arrendamiento del negocio con compra exclusiva de sus depósitos comerciales -quince en total-.

Las fechas de las quince adquisiciones fueron las siguientes :

- una, el día 9-12-1986;
- una, el día 22-7-1991;
- una, el día 23-7-1991;
- una, el día 24-7-1991;
- cinco, el día 25-7-1991;
- una, el día 31-10-1991;
- una, el día 1-11-1991;
- una, el día 28-11-1991;

una, el día 1-12-1991;
una, el día 12-12-1991;
y una, el día 2-3-1992.

- c) Un grupo de cinco distribuidores independientes que han suscrito un contrato de compra en exclusiva con UEE, sin cesión de la propiedad de los depósitos. Las fechas de los contratos fueron las siguientes:

uno, el día 1-6-94;
uno, el día 17-9-94;
dos, el día 20-9-94;
y uno, el día 9-11-94.

La empresa Ibernobel S.A. fue constituida el 21 de octubre de 1991, su objeto social con el de la fabricación y distribución de explosivos; en agosto de 1994 recibió permiso para iniciar la actividad productiva en su fábrica de Valdeón (León).

2. Los quince acuerdos de compraventa, arrendamiento de negocio y de compra exclusiva se estructuran en Acuerdos *Marco* por los que UEE adquiere, por compraventa, la propiedad de los Depósitos. Estos Acuerdos van seguidos de Anexos que contienen las Cláusulas de los Contratos de Arrendamiento de Negocio y de los Contratos de Compra en Exclusiva.

Los Acuerdos *Marco* celebrados con cada uno de los quince distribuidores, contienen, entre otras cláusulas, las siguientes:

- a) La venta por precio cierto a UEE del Depósito Comercial. Según el Acuerdo,

Por el presente ACUERDO, y en este acto, DISTRIBUIDOR vende a UEE, que compra, los bienes que integran el Depósito Comercial de Explosivos de LOCALIDAD, libres de cargas y gravámenes, ..., bajo las siguientes condiciones:

1.- Precio.- Como precio único y total de la citada compraventa, se fija la cantidad de IMPORTE ...

2.- Forma de pago.- El precio referido en el Apartado 1 anterior, se satisfará por UEE en el momento de la formalización de la compraventa en escritura pública.

3.- Formalización.- *El Contrato de Compraventa, se elevará a escritura pública, una vez notificado al Gobierno Civil de PROVINCIA el contenido del presente ACUERDO y, en todo caso, dentro del plazo de DIAS desde la fecha de solicitud por parte de UEE, para llevar a cabo tal formalización ...*

b) La cesión en arrendamiento a su antiguo propietario de la unidad industrial que conforma el Depósito. Según el Acuerdo,

En la misma fecha de formalización de la escritura pública de compraventa, ..., UEE cederá en arrendamiento, a DISTRIBUIDOR, los bienes inmuebles e instalaciones, objeto de la citada compraventa, que constituyen la unidad industrial que conforma el DEPOSITO bajo las condiciones previstas en esta Estipulación,

fijándose al efecto una renta periódica y un período de duración:

El plazo del arrendamiento se fija -en trece de los quince contratos- en 15 años prorrogables automática y sucesivamente por períodos de 5 años, salvo denuncia. En uno de los contratos se fija su duración en 5 años, prorrogables automáticamente por períodos iguales hasta 15 años. El contrato celebrado en 1986, en el que no se expresó duración del contrato, fue denominado de “Explotación del Depósito Comercial” y no de Arrendamiento, como el resto.

El contrato prevé la formalización mediante escritura pública, al incluir la siguiente cláusula :

El Contrato de Arrendamiento se elevará a Escritura Pública, en la misma fecha de formalización, en Escritura Pública, del Contrato de compraventa del DEPOSITO.

c) Una cláusula de exclusividad por la que el arrendatario, en catorce de los quince Acuerdos, adquiere el compromiso de almacenar, distribuir y comprar, única y exclusivamente, los productos fabricados o comercializados por UEE o, en su caso, los de la entidad que UEE pueda designar en el futuro, o cualquier otro producto que UEE autorice expresamente. El compromiso abarca todo el territorio español.

El contrato celebrado el 9 de diciembre de 1986 contiene una peculiaridad respecto de los demás que consiste en que el compromiso de exclusividad adquirido por el distribuidor se limita a tres provincias, comprometiéndose UEE, por su parte, a no suministrar en el citado ámbito territorial productos a ningún otro expendedor en iguales o mejores condiciones. En el resto

del territorio, el distribuidor es considerado como simple expendedor, aplicándose las condiciones usuales que, en cada momento, tenga establecidas el fabricante.

La fecha de entrada en vigor de los contratos de compra en exclusiva se fija en la del otorgamiento en escritura pública del Contrato de Arrendamiento del Depósito.

Este contrato de exclusividad se fija -como los arrendamientos- por períodos de la siguiente duración:

En catorce de las quince ocasiones se pacta por un período de cinco años contados desde la entrada en vigor del Contrato de Arrendamiento, comprometiéndose las partes, *salvo que medie causa legal que lo impida*, a prorrogar automáticamente el Contrato por períodos iguales y sucesivos de cinco años hasta completar una duración contractual de quince años. Transcurrido este plazo de quince años, el Contrato se prorrogará automáticamente por períodos iguales y sucesivos de otros cinco años, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, que deberá comunicarlo a la otra, por escrito con seis meses de antelación a la fecha de vencimiento de cualquiera de sus prórrogas.

El otro contrato, celebrado en el año 1986, se fijó por una duración indefinida.

d) Catorce de los quince contratos contienen una cláusula por la que UEE se compromete a aplicar unas bonificaciones que varían entre el 7 y el 11 % de los respectivos contratos.

e) En catorce de los quince contratos, las cláusulas de resolución del contrato de arrendamiento contiene siguientes motivos:

- *Por el simple incumplimiento del deber de exclusividad.*
- *Por el incumplimiento reiterado por parte de UEE, de la obligación de suministrar al distribuidor, los productos explosivos que aquella fabrique y/o comercialice en cada momento.*
- *Por la denuncia expresa de cualquiera de las partes, con una antelación mínima de seis meses, al vencimiento de su duración inicial, o de cualquiera de sus prórrogas. En el caso de que fuera UEE quien denunciara expresamente el Contrato, y el Distribuidor no hubiera incumplido las "Bases Contractuales" ... UEE se*

compromete a vender al Distribuidor a partir de la fecha de denuncia anteriormente indicada, los bienes e instalaciones que integren en ese momento el DEPOSITO, en los términos previstos en la Estipulación (...número de la estipulación) del ACUERDO.

Esta estipulación, a la que se hace referencia en el contrato, dice lo siguiente:

Si durante la vigencia de los Contratos de Arrendamiento y Compra en Exclusiva o de cualquiera de sus prórrogas, dejara de utilizarse, como tal, el DEPOSITO, en su actual ubicación, como consecuencia de la denuncia expresa, por UEE, de dichos Contratos -sin que el Distribuidor hubiera incumplido los compromisos que constituyen las "Bases Contractuales" de ambos Contratos-, UEE se compromete a vender a Distribuidor los bienes inmuebles e instalaciones, que integren en tal momento, el Depósito.

El precio de la venta, será de Cantidad, más el incremento o decremento acumulado que, sobre la cantidad anteriormente indicada, resulte de aplicar los sucesivos Indices de Precios de Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística (u organismo que lo sustituya), con carácter anual, computándose los períodos anuales, desde la firma del presente ACUERDO, hasta la fecha de venta, por parte de UEE a Distribuidor, de los referidos bienes e instalaciones, que integran el DEPOSITO.

Para el ejercicio del derecho previsto en la presente Estipulación, UEE dirigirá carta certificada a Distribuidor, comunicándole su disposición de vender los bienes que integran el DEPOSITO, en el precio calculado en la forma anteriormente indicada. Distribuidor debe manifestar su voluntad de comprar o no los repetidos bienes, dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción de la carta de UEE; si no lo hiciese en el indicado plazo, se entenderá que Distribuidor desiste definitivamente de dicha compra, quedando UEE en libertad de vender tales bienes, en la forma y tiempo que considere convenientes.

f) La mayoría de los contratos contiene una cláusula que alude a la fijación de una política comercial conjunta mediante el siguiente texto :

Durante la vigencia del presente Contrato, o cualquiera de sus prórrogas, las partes podrán mantener las conversaciones

oportunas, para definir, conjuntamente, la política comercial más adecuada a sus respectivos intereses, en cada momento.

g) UEE celebró cinco nuevos contratos de compra en exclusiva con otros tantos Distribuidores comerciales en el período de cuatro meses y 9 días que media entre el 1 de junio de 1994 y 9 de noviembre de 1994. La celebración de estos contratos, no fue precedida de adquisición alguna. En ellos figuraban, entre otras, las siguientes cláusulas:

- Exclusividad. El distribuidor se compromete a adquirir, almacenar y comercializar, única y exclusivamente, los productos explosivos y accesorios que fabrique o comercialice UEE. En consecuencia, el distribuidor renuncia a fabricar, adquirir, almacenar y comercializar, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, cualquier producto explosivo y accesorio fabricado o comercializado por firmas distintas a UEE; esta renuncia se entiende expresamente referida a todo el territorio español.
- Condiciones Comerciales. UEE practica a estos distribuidores unas condiciones comerciales que, tanto por lo que respecta a bonificaciones como a condiciones de venta, coinciden en cuatro de los cinco casos:
 - * Bonificaciones del 6% en cuatro casos y del 5% en el quinto, condicionadas en todos ellos a la venta dentro del ámbito operativo en el que venían actuando hasta la celebración de los contratos
 - * Pago a 90 días en cuatro casos y a 60 en uno.
- Duración:
 - * Cuatro de los contratos se pactan por períodos de duración de cinco años, sin que se haya fijado prórroga de ningún tipo. En estos cuatro contratos se fija una penalización al distribuidor, para el caso de incumplimiento del compromiso de exclusividad, por unas cantidades que oscilan entre cuarenta y diez millones de pesetas en función del año en que se produzca el incumplimiento.
 - * El otro contrato se pacta por el período de un año desde su firma, entendiéndose tácitamente prorrogado por períodos de un año, contados desde la fecha de expiración de la vigencia contractual, o de cualquiera de sus prórrogas, salvo denuncia

expresa de cualquiera de las partes, que deberá comunicarse con dos meses de antelación.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. UEE alega, en primer lugar, que en virtud de lo dispuesto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se ha producido la caducidad del expediente. El argumento relativo a la aplicabilidad de los plazos establecidos por la de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a los expedientes sancionadores que se tramitan en el Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido ya objeto de numerosas Resoluciones por parte de este Tribunal. En concreto, la Resolución del expediente R 389/96, al tratar este mismo problema, señala :

"La cuestión relativa a la caducidad de los expedientes en materia de defensa de la competencia ha sido analizada con frecuencia por las Resoluciones de este Tribunal tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma ésta que vino a producir un vuelco en la materia al introducir la caducidad por inactividad de la Administración, frente al sistema presente en la vieja Ley de Procedimiento Administrativo que solamente contemplaba la caducidad por inactividad de los administrados. La solución dada por el Tribunal consiste en negar la aplicación de la caducidad establecida en la Ley 30/1992 y el Reglamento que la desarrolla en lo que respecta al ejercicio de la capacidad sancionadora por las razones consignadas en la Resolución de 31 de marzo de 1998 (Expte. 403/97, Arquitectos Canarias).

Según la doctrina contenida en la mencionada Resolución, la Ley de Defensa de la Competencia es una Ley especial que contiene un conjunto normativo completo, tanto material como procesal, y sólo de forma supletoria le puede ser aplicada la Ley procesal administrativa, tal y como establece el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia."

El mismo argumento había sido expuesto en el Auto de 20 de marzo de 1996 (Expte. 369/96) que es, después, recogido en la Resolución de 20 de abril de 1999 (Expte. 428/98) en el que se establece que:

"En cuanto a la caducidad, cabe manifestar que, tal y como ha afirmado el TDC en la Resolución de 9 de diciembre de 1997 en relación con el expediente r 257/97, "la condición de aplicabilidad del art. 43.4 se da cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos" y este expediente ha sido iniciado por medio de denuncia y, al tener el denunciante interés legítimo, se le considera interesado en el expediente y el procedimiento es susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados; por lo que no le es de aplicación el artículo 43.4 de la LRJAP y PAC.

Por otra parte, el TDC ha indicado en la misma Resolución razones adicionales para la no aplicabilidad del art. 43.4 de la LRJAP y PAC, como son el interés público que persigue la LDC y la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aún con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses previsto en el R.D. 1398/93, que está concebido para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador.

Además el TDC en su Auto de 20 de marzo de 1996 (Expte. 369/96), resalta que la LDC no establece plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella afirmando: "Conviene recordar que se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE, el establecimiento de un Pliego de Concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas, la valoración de pruebas y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (art. 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá su admisión en el plazo de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de quince días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; el resultado de las pruebas se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días, pasado, por fin, a la vista o conclusiones, salvo que se aplace la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Órganos Comunitarios europeos (art. 39 a 44)"..."Por ello, cabe reafirmarse,

como se decía en el párrafo anterior en que a la LDC no le son aplicables plazos máximos del R.D. 1398/93, sino los plazos que ella misma prevé para los diferentes trámites que establece".

Estos planteamientos son coherentes con la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 1999, en la que se concluye que no son aplicables los plazos que con carácter general se establecen para la tramitación de los expedientes sancionadores, existe un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad y que la sanción impuesta no resulta anulable.

2. UEE alega que la operación de compra de una serie de polvorines constituye una operación de concentración económica en virtud de la definición del art. 3 del Reglamento CEE 4064/89. De ser correcta tal alegación, sería necesario pronunciarse sobre si dicha operación quedaba, a pesar de mediar un expediente sancionador sobre los mismos hechos, afectada por el plazo de caducidad previsto en el artículo 11 del Real Decreto 1080/1992. Estos aspectos deben juzgarse a la luz de la redacción de los artículos 14 y 15 de la LDC vigente en el período de tiempo en que tuvieron lugar los actos objeto del expediente y del citado Reglamento CEE 4064/89. El artículo 14 de la LDC rezaba:

"Todo proyecto u operación de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas por parte de otra persona, empresa o grupo de empresas, siempre que afecte o pueda afectar al mercado español y especialmente mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio, podrá ser remitido por el Ministro de Economía y Hacienda al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe:

- a) *Cuando se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio, o*
- b) *Cuando la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000.000.000 de pesetas."*

El artículo 11 del Real Decreto 1080/1992, que se encuentra incluido en la sección 2, denominada *Iniciación de oficio*, (y lleva el subtítulo) *Plazo para el ejercicio del control*, reza así :

"Plazo para el ejercicio del control.- La facultad del Ministro de Economía y Hacienda para someter las concentraciones económicas al control previsto por el capítulo II del título I de la Ley

sólo podrá ejercerse durante el plazo de cinco años, a contar desde que la operación se lleve a efecto."

En cuanto al Reglamento CEE 4064/89, su texto es el siguiente:

"3. Definición de concentración.- 1. Existe una operación de concentración:

- a) cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen; o*
- b) cuando*
 - una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o*
 - una o más empresas*

mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas."

Si se considera, tal y como se justifica más adelante, que el mercado relevante es el de la distribución de explosivos en nuestro país, UEE rebasaría ampliamente la cuota de mercado del 25% prevista en el art. 14 de la LDC, por lo que, de poder ser calificada de acuerdo con su naturaleza como operación de control, serían aplicables las disposiciones relativas a los procedimientos de control mediante notificación voluntaria o iniciación de oficio, previstos en las secciones 1 y 2 del Capítulo II de la Ley.

En cuanto a la naturaleza de dicha operación, es cierto que una empresa (UEE) adquiere elementos del activo (el depósito) de otra empresa (la empresa comercializadora, antigua propietaria del depósito).

Sin embargo, sólo se consideran concentraciones aquéllas operaciones que supongan una modificación permanente de la estructura de control de las empresas partícipes (Reglamento CEE 4064/89 del Consejo, considerando 23). En este sentido las cláusulas de resolución de los contratos que se citan en el apartado e) del HP2 y, en particular, la estipulación que permite la reventa por UEE al distribuidor en caso de denuncia expresa del contrato, confieren a estas operaciones un carácter de provisionalidad e inestabilidad que no permite calificarlas como permanentes y no constituyen, por lo tanto, operaciones de concentración.

Por otra parte, tales adquisiciones no implican control sobre la totalidad o parte de la empresa comercializadora; la empresa comercializadora continúa constituyendo una entidad independiente con capacidad de tomar decisiones propias (y, de hecho, la cláusula 3.2 del Anexo II a los contratos tipo alude a que los distribuidores explotarán *directamente por su cuenta y riesgo y en su propio provecho* el depósito), sin que la alusión vaga a una política comercial conjunta (incluida en la cláusula octava de varios contratos de compra exclusiva) sea suficiente para alterar esa situación. El cambio acaecido en relación con el funcionamiento de la empresa de distribución consiste en que su estructura de activos queda provisionalmente modificada, al no ser ésta ya propietaria de la instalación física en que se almacena la mercancía y que se encuentra enfrentada con obligaciones contractuales nuevas.

El Tribunal entiende que por estos motivos no puede atenderse la alegación de UEE de que la operación constituye una concentración económica.

3. Los cargos imputados por el Servicio en su Informe-propuesta se concretan, todos ellos, en infracciones del art. 6 de la LDC, que prohíbe la explotación abusiva por parte de una empresa de la posición de dominio del mercado en que pudiera encontrarse. Ello exige pronunciarse, en primer lugar, sobre la existencia o no de esa posición de dominio, lo que requiere previamente determinar el mercado relevante.

Como mercado relevante a efectos del presente expediente ha de entenderse el de la distribución de explosivos en el territorio de la España peninsular. Las acusaciones que se formulan contra UEE en el Informe-propuesta hacen referencia al supuesto intento de cerrar el mercado de distribución de explosivos mediante una serie de actos, entre los que destacan la firma de contratos con un determinado número de distribuidores, contratos que contienen unas cláusulas que se consideran anti-competitivas. A estos efectos, la información contenida en el expediente relativa al monopolio legal en la fabricación de explosivos, del que se benefició UEE hasta principios de los años 90, tiene un interés indirecto, en la medida en que permite encuadrar las condiciones de base en las que se desarrolló la liberalización del sector y los intentos de las diferentes empresas por desarrollar o fortalecer su posición en los cauces de distribución. Por ello, resulta escasamente relevante la amplia información que en él se contiene en relación con los supuestos problemas que, en su día, pudo tener la empresa Ibernobel a la hora de iniciar el proceso de fabricación de explosivos en nuestro país. Puesto que los problemas que se dilucidan en el expediente hacen referencia a la

distribución del producto, el Tribunal considera que esa distribución constituye el mercado relevante.

El ámbito geográfico del mercado relevante es el del territorio español, o, incluso, precisando algo más el problema, el peninsular español. UEE, partiendo de la base de la liberalización del comercio existente en la Unión Europea, alega que el mercado relevante es el europeo. Tal alegación no se sostiene ya que lo que se dilucida en el expediente es la legalidad o no de unas conductas de UEE claramente encaminadas a reorganizar su estrategia comercial en nuestro país, reorganización que se realiza a la luz de las nuevas circunstancias que surgen a raíz de la liberalización de la producción interna y del comercio exterior. En el momento de producirse los hechos, el mercado español se encontraba, como consecuencia de su historial, y posiblemente como consecuencia también de sus características estructurales, claramente segmentado del resto del mercado europeo.

4. Establecido el mercado relevante, es necesario dilucidar si existía una posición de dominio. El Tribunal considera que sí se daba esta situación ya que, UEE disponía de una amplia red propia de distribución y de estrechas relaciones con el resto de los distribuidores existentes en el mercado, que dependían en un grado importantísimo de la citada empresa en cuanto a los suministros del material que intermediaban.

En concreto, la regulación legal se encontraba fuertemente influenciada por razones de seguridad, lo que determinaba que, en virtud de los Reales Decretos 2114/1978, de 2 de marzo, y sus modificaciones plasmadas en los Reales Decretos 829/1980 de 18 de abril, 2288/1981 de 24 de julio y 540/1994 de 25 de marzo, quedasen sometidos a minuciosa reglamentación los aspectos relacionados con la fabricación, el depósito y el comercio de explosivos. Los efectos de esa legislación restrictiva -en términos de crear una situación favorable para la empresa asentada en el mercado- se encontraban plenamente vigentes en el momento de los hechos, aunque la adaptación del Reglamento de explosivos a la normativa comunitaria sobre inversiones extranjeras, en 1994, supuso la apertura de la producción a la inversión extranjera. En el mismo sentido, los obstáculos a la importación han favorecido la segmentación histórica del mercado español frente al comunitario; el mismo Real Decreto de 29 de diciembre de 1992 -que establece en nuestro país el principio de libre circulación de mercancías comunitarias- mantuvo la necesidad de una autorización previa del Ministerio del Interior en relación con la importación de explosivos; sin embargo, dicho trámite administrativo, que hace fundamentalmente referencia a las condiciones técnicas de los explosivos, perdió gran parte de su impacto restrictivo en virtud del principio de

homologación administrativa establecido por la Directiva 93/15CEE. Todo ese arsenal legislativo favorecía la situación de dominio que UEE había llegado a ostentar en el momento de los hechos.

5. UEE adoptó una serie de medidas para acrecentar el dominio de la red de distribuidores; tales medidas consistieron en la firma de unos contratos de adquisición de polvorines ligados a unas cláusulas tendentes a asegurarse en el futuro la fuerte presencia de la que ya disponía en el mercado de la distribución. Once de los quince contratos no llegaron a materializarse en escritura pública, pero el objetivo inicial de la operación, de resultar de la cual 40 de los 62 depósitos existentes hubieran quedado incluidos en la zona de influencia de UEE, fue el de obstaculizar la comercialización de productos de posibles competidores. UEE renunció posteriormente, y una vez abierto el expediente, a su intento de imponer las cláusulas de exclusividad; sin embargo, la intención inicial de UEE de obtener un fuerte control de la red de distribución de explosivos existente en aquel momento, con el fin de dificultar la penetración de los futuros competidores parece fuera de toda duda. Dado que su posición era la de dominio del mercado debe entenderse que UEE incurrió en una práctica abusiva, contraria al artículo 6 de la LDC, consistente en una estrategia de cierre del mercado a futuros competidores. En este sentido conviene recordar que el Tribunal ha manifestado reiteradas veces que aquellas empresas monopolísticas que emergen de una situación de mercado previamente sometido a regulación, y recientemente liberalizado, tiene una especial responsabilidad en cuanto al mantenimiento de las incipientes condiciones de competencia en el sector que se liberaliza.
6. Establecida la existencia de una posición de dominio en el Fundamento de Derecho número 4, procede también analizar las imputaciones del Servicio relativas a posibles infracciones de los artículos 6.2., por imposición a los distribuidores de explosivos de condiciones no equitativas en los contratos de exclusividad, y 6.2.b., por la discriminación en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores, en función de que firmaran o no el acuerdo de distribución exclusiva.

A estos efectos el Tribunal considera que los acuerdos entre UEE y las sociedades de distribución tienen un carácter global y deben ser analizados en su conjunto, sin que el hecho de que las estipulaciones relativas al arrendamiento en exclusiva del depósito y el de compra en exclusiva se desarrollen en anexos separados del cuerpo principal del acuerdo altere tal apreciación. El posible desequilibrio entre las prestaciones de ambas partes en que se manifestaría un hipotético abuso de posición dominante debe, por tanto, juzgarse desde esa óptica global, por lo que no procede evaluar aisladamente cada estipulación a la luz de

los casos de abuso descritos en el art. 6.2. La propia redacción legal de tales supuestos, en la que aparecen los términos *injustificado*, *no equitativo* y *desigual*, exige algún patrón de comparación exterior a los términos de referencia del propio artículo. En este sentido no cabe afirmar, como hace el Informe-Propuesta, en su página 28, que una cláusula desequilibrada, como es la prerrogativa de UEE de denunciar el contrato, sin que el Distribuidor goce del mismo derecho, sea abusiva y constituya un abuso de posición de dominio.

Los acuerdos entre ambas partes contienen una serie de estipulaciones desequilibradas: entre ellas, la opción unilateral de reventa, la cláusula de exclusividad y las posibles sanciones por su incumplimiento operan a favor de UEE, mientras que el sistema de bonificaciones y, en cierta medida, la garantía de que el precio de reventa será el mismo que el de compra más la evolución del índice general de precios de consumo operan esencialmente a favor del distribuidor. El contrato podría juzgarse desequilibrado, y la imputación de abuso de posición de dominio con cargo a los artículos 6.2.a. y 6.2.b. sustanciada, si ese conjunto de contraprestaciones tuviera un valor económico claramente desequilibrado a favor de una de las partes. En este sentido debe insistirse en el hecho de que la cláusula que otorga a UEE el derecho, pero no la obligación, de revender las instalaciones a un precio predeterminado constituye un ejemplo claro de opción de venta, opción a la que, en principio, y siguiendo las técnicas, ciertamente complejas, desarrolladas al efecto cabría asignar un valor económico. Este valor, unido al coste que supone para el distribuidor el aceptar la cláusula de exclusividad, constituyen las contrapartidas a los beneficios que dicho distribuidor recibe en forma de unas bonificaciones que se encuentran claramente especificadas.

La cuantificación de esos elementos diferentes es la que hubiera permitido pronunciarse sobre un posible desequilibrio en el conjunto de prestaciones y contraprestaciones incluidas en el acuerdo. Dado que tal cuantificación no ha sido acometida en el expediente, ni alegada por las partes, y que los distribuidores convocados a prueba testifical no manifestaron su malestar por tales contratos, el Tribunal debe concluir que las infracciones 2) y 3) imputadas por el Servicio no han sido acreditadas.

7. En consecuencia, el Tribunal considera acreditada la realización por parte de UEE de una conducta constitutiva de infracción tipificada en el art. 6 de la LDC consistente en el abuso de posición de dominio mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores. Dicha conducta debe ser sancionada conforme a lo establecido en el art. 10 de la LDC. En la fijación de la cuantía de la correspondiente multa, y conforme a lo establecido en el apartado segundo de dicho artículo 10, el Tribunal ha

tenido en cuenta que el consumo aparente de explosivos en el mercado relevante, alcanzaba, en el año 1992, la cifra de 8.012 millones de pesetas. El Tribunal ha tenido en cuenta también que la estrategia de cerrar el mercado tuvo una trascendencia inferior a la prevista, al no llevarse a efecto la escritura pública de algunos contratos y que UEE corrigió, posteriormente a la apertura del expediente, el rumbo de su política comercial al liberar expresamente a los distribuidores afectados de la cláusula de exclusividad. Por otro lado, el Tribunal ha atendido también a la especial gravedad que reviste la conducta seguida por UEE.

Vistos los preceptos citados y los demás de aplicación general, el Tribunal

HA RESUELTO

1. Declarar acreditada la realización por parte de Unión Española de Explosivos S.A. de una conducta contraria al art. 6 de la LDC, consistente en el abuso de posición de dominio mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores a través de la adquisición y el control de la red de distribución de explosivos industriales en el momento inicial de la liberalización del mercado.
2. Imponer a Unión Española de Explosivos S.A. una multa de 90 millones de pesetas.
3. Declarar no acreditada la realización, por parte de Unión Española de Explosivos S.A. de la infracción del apartado a) del artículo 6.2, de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por la imposición a los distribuidores de explosivos en los contratos de exclusividad de condiciones no equitativas, y la infracción del apartado b) del artículo 6.2, de la Ley 16/1989, por la discriminación en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores de explosivos en función de que firmaran el acuerdo de distribución exclusiva o mantuvieran su independencia.
4. Ordenar la publicación, y a costa de Unión Española de Explosivos S.A., de la parte dispositiva de esta Resolución, en el plazo de dos meses, en las páginas económicas de dos periódicos de información general y de tirada nacional, así como en el Boletín Oficial del Estado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

**VOTO PARTICULAR DEL VOCAL DON LUIS MARTÍNEZ ARÉVALO A LA
RESOLUCIÓN DE 26 DE ENERO DE 2000 RECAÍDA EN EL EXPTE. 450/99
"POLVORINES" (892/92 DEL SERVICIO)**

La posición de dominio de un mercado tiene una dimensión temporal, íntimamente ligada a los aspectos dinámicos del monopolio y el oligopolio, que se encuentra relacionada con la posible protección frente a los ataques que pueda experimentar la empresa dominante por parte de nuevos entrantes en el negocio. Ello lleva necesariamente al análisis de la impugnabilidad del mercado relevante y, más en concreto, a la posible existencia de barreras a la entrada de competidores. Resulta, por tanto, necesario dilucidar si las dificultades existentes para establecer una red de distribución alternativa eran tales que hacían que UEE gozase de una posición de dominio estable a lo largo del tiempo.

En el expediente se identifican posibles dificultades a la hora de crear una red de distribución de explosivos capaz de competir con la ya existente, parcialmente dominada por UEE; éstas son esencialmente dos: el coste de establecer esa red alternativa y el tiempo necesario para obtener los oportunos permisos. Por otro lado, cabe preguntar si, para abastecer debidamente al mercado español, era necesario utilizar una densa red de depósitos o si cabían fórmulas alternativas de comercialización que hubiesen permitido obtener el mismo resultado con un número reducido de instalaciones.

En cuanto al coste de crear una nueva red de depósitos, debe mencionarse que se trata de instalaciones relativamente simples, normalmente ubicadas en zonas de bajo valor del suelo. El precio medio de adquisición de los polvorines por parte de UEE fue de 17 millones, lo que multiplicado por los 15 polvorines objeto de los contratos iniciales daría un coste total de 255 millones de pesetas (de mediados de la década de los noventa). Por tanto, el expediente que se falla tiene la singularidad de que permite cuantificar con cierta exactitud la principal barrera de entrada con que podría verse enfrentado un competidor. Mediante una inversión de unos 250 millones de pesetas de la época un competidor hubiera podido adquirir las instalaciones físicas de 15 depósitos, lo que, habida cuenta del radio de acción de 350 km. que se atribuye a cada depósito, hubiera permitido cubrir razonablemente bien el territorio peninsular. Aunque la cifra aventurada sea importante, en particular en relación con el capital social de Ibernobel en aquella fecha, no puede considerarse que constituyera una barrera seria al establecimiento de una red de distribución alternativa a la que, en aquellas fechas, poseía UEE.

En cuanto a la posible barrera temporal nacida como consecuencia de la necesidad de obtener una serie de licencias administrativas, previas a la

apertura de la instalación, la información aportada al expediente respecto a los plazos, relativamente breves, necesarios para la obtención de dichas licencias no induce a pensar que sea infranqueable. Además, debe aludirse al hecho de que, en aquellas fechas, existieran depósitos en venta por parte del Ministerio de Defensa, lo que suponía que al menos estas instalaciones hubieran sido operativas en un plazo muy breve de tiempo.

En el expediente se alude al Reglamento de Explosivos, aprobado mediante Decreto 2114/78, de 2 de mayo de 1978, como causa de una posible barrera de entrada en el negocio de la distribución. En efecto, dicho Reglamento contiene disposiciones muy pormenorizadas y onerosas para las empresas respecto a las condiciones en que debe realizarse el almacenamiento y el transporte de explosivos. Debe observarse que dicha reglamentación se traduce esencialmente en un incremento de los costes variables, y no de los costes fijos, de las empresas. Sin embargo, son los costes fijos, o más exactamente la parte de éstos, que constituyen los *costes hundidos* de las empresas, los que pueden constituir una barrera de entrada. Los efectos de una regulación que incrementa los costes variables se dejan sentir sobre todos los participantes en el mercado, sean nuevos o antiguos operadores y, en términos generales, no puede considerarse que representen auténticas barreras de entrada. Por tanto, dicho Reglamento, aplicado en conjunción con la Directiva 93/15 CEE, que establece la homologación comunitaria en cuanto a los productos de importación, no crea una barrera de entrada relevante al caso.

Como resultado de estas consideraciones, el Vocal que suscribe entiende que, si bien es cierto que existían algunas dificultades para el establecimiento de una red viable de comercialización de explosivos, tales dificultades no llegaban a constituir una auténtica barrera de entrada. Por ello, la posición inicial de dominio de mercado por parte de UEE, consecuencia del marco legal previamente existente, resultaba ser efímera al ser relativamente fácil el acceso al mercado por parte de posibles competidores. Existe, por tanto, un aspecto dinámico, proyectado hacia el futuro, que no puede olvidarse al enjuiciar la operación y pronunciarse sobre la existencia de una posición de dominio. En este sentido, el Vocal que suscribe opina que tanto el Informe-Propuesta del Servicio, como el estudio especial de la Subdirección General de Estudios y Relaciones Internacionales de la Competencia y así como la postura mayoritaria del Tribunal, prestan excesiva atención al marco legal preexistente y no evalúan adecuadamente los aspectos dinámicos, que pueden concretarse en la ausencia de barreras de entrada al negocio.

El Vocal que suscribe comparte la opinión de que aquellas empresas que antaño disfrutaban de un monopolio legal deben comportarse con gran cuidado de no falsear las primeras etapas de un proceso de liberalización. No obstante, entiende que esta teoría, plenamente aplicable a sectores como la telefonía, la

electricidad o el gas, donde el antiguo monopolista controla una costosísima red de distribución, no pueden equipararse al caso presente, que muestra que es posible hacerse con una red de distribución por un precio relativamente modesto.

Por tanto, al considerar que no existen importantes barreras de entrada al negocio de la distribución, que es el que se analiza en el caso, el Vocal que suscribe considera que no existe posición de dominio del mercado, por lo que no se sostienen las imputaciones del Servicio.