

RESOLUCIÓN (Expte. 549/02, Cementeras Puerto de Bilbao)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 11 de septiembre de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 549/02 (2267/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio) iniciado por denuncia de D. Eduard Xapelli Mías, en representación de la entidad Cementos de Zierbena, S.A. contra las empresas Financiera y Minera S.A., Cementos Lemona S.A. e Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A. (actualmente denominada Atlántica de Graneles y Moliendas S.A.), por presuntas prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la adopción de un supuesto acuerdo para presentar alegaciones a la solicitud de la denunciante de una concesión administrativa para la construcción de una molienda de cemento en terrenos del Puerto de Bilbao.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de marzo de 2001, tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de D. Eduard Xapelli Mías, en representación de Cementos de Zierbena S.A. por el que formulaba denuncia contra las empresas Financiera y Minera S.A., Cementos Lemona S.A. e Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., (actualmente denominada Atlántica de Graneles y Moliendas S.A.). Los hechos que eran objeto de la denuncia consistían en los siguientes: la denunciante estimaba que Financiera y Minera S.A. y Cementos Lemona S.A., empresas competidoras entre sí, se habían puesto de acuerdo para presentar alegaciones a su solicitud de una concesión administrativa para la construcción de una molienda de cemento en

terrenos del Puerto de Bilbao y para presentar un proyecto alternativo al suyo, a través de la entidad Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., empresa participada al 50% por las anteriores, y así evitar la entrada de la denunciante en los mercados relacionados con la fabricación de cemento en el País Vasco.

2. El Servicio, después de realizar una información reservada, con fecha 6 de septiembre de 2001 ordenó la incoación del expediente correspondiente, formulando, mediante Providencia de 5 de julio de 2002, el Pliego de Concreción de Hechos. En dicho Pliego, además de imputar a las empresas Financiera y Minera S.A. y Cementos Lemona S.A. la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC, al haber adoptado un acuerdo contrario a dicho precepto con el objeto de impedir la entrada de Cementos de Ziérbena en los mercados relacionados con la fabricación de cementos en el País Vasco y sus provincias colindantes, se formula una propuesta de sobreseimiento de las actuaciones respecto de la empresa Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., al considerar que dicha empresa está participada al 50% por las otras dos denunciadas y, por lo tanto, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, la responsabilidad de sus decisiones corresponde a sus matrices.
3. Posteriormente, el Servicio dispuso, mediante Acuerdo de 5 de septiembre de 2002, el sobreseimiento parcial del expediente respecto de la mencionada entidad, Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., Acuerdo que fue confirmado por Resolución de este Tribunal de fecha 12 de febrero de 2003, recaída en el expediente R 539/02 de recurso contra dicho Acuerdo de sobreseimiento).
4. Declaradas concluidas las actuaciones, se procedió a redactar, con fecha 6 de septiembre de 2002, el informe previsto en el Art. 37.3 de la ley 16/1989 En dicho informe se efectúa la siguiente propuesta:

Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia

- a) *Se declare que el acuerdo entre las denunciadas para presentar un proyecto alternativo al de Cementos de Ziérbena S.A., constituye un acuerdo para evitar la entrada de un potencial competidor, que infringe el artículo 1.1 de la LDC. Se consideran responsables de la mencionada infracción a Financiera y Minera S.A. y Cementos Lemona S.A.*
- b) *Se intime a las entidades imputadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes.*

- c) *Se ordene a las imputadas a que difundan el texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.*
- d) *Se imponga a Financiera y Minera S.A. y Cementos Lemona S.A. la sanción que corresponda atendiendo a lo establecido en el artículo 10 LDC.*

Segundo.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia.

- 5. El 10 de septiembre de 2002 tuvo entrada el expediente en este Tribunal, dictándose el 24 de septiembre de 2002, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la LDC, Providencia admitiéndolo a trámite, designando Ponente y acordando ponerlo de manifiesto a los interesados, concediéndoles plazo para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
- 6. Por Auto de 9 de mayo de 2003, el Tribunal resolvió sobre la admisión de las pruebas propuestas, no considerando necesario celebrar vista, resolviendo, de acuerdo con el art. 40.3 de la LDC, conceder plazo para la valoración de la prueba y, asimismo, concluido dicho plazo, por Providencia de 10 de junio de 2003, se acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados para formular conclusiones.
- 7. El Pleno del Tribunal deliberó y fallo sobre este expediente en su sesión de 23 de julio de 2003.
- 8. Son interesados:
 - Cementos de Zírbena S.A.
 - Cementos Lemona S.A.
 - Financiera y Minera S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

- 1. La entidad Cementos Lemona S.A. es una empresa fundada en el año 1917 que se dedica a la fabricación y comercialización de cemento, explotando, en la actualidad, a través de su filial Lemona Industrial

S.A., una planta integrada de fabricación de cemento en Lemona (Bizkaia). Por su parte, la empresa Financiera y Minera S.A. es una de las principales compañías cementeras de la Península Ibérica que cuenta en la actualidad con tres fábricas de cemento, dos de ellas situadas en el País Vasco, en Arrigorriaga (Bilbao) y Añorga (San Sebastián). En ellas se realizan actividades de molienda y de fabricación de clinker, realizando también actividades complementarias a la fabricación de cemento, como son la producción de hormigón y extracción de áridos. Dichas empresas, que son independientes entre sí, tienen en participación, al 50%, la empresa Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A. (en la actualidad, se denomina Atlántica de Graneles y Moliendas S.A.), que también se dedica a actividades relacionadas con la fabricación de cemento.

2. El 2 de agosto de 2000, Cementos de Ziérbena S.A., entidad que, entre otros, tiene también como objeto social la realización de actividades relacionadas con la fabricación de cementos, solicitó ante la Autoridad Portuaria de Bilbao una concesión administrativa para la construcción y explotación de una molienda de cemento sobre una superficie total de 50.000 m² y por un período de al menos 30 años desde la fecha de la concesión.
3. Siguiendo la normativa administrativa aplicable, la Autoridad Portuaria de Bilbao publicó, en el Boletín Oficial de Bizkaia y en el periódico Deia del día 23 de agosto de 2000, la solicitud de la referida concesión efectuada por Cementos de Ziérbena, concediéndose un plazo de presentación de alegaciones para quienes se considerasen afectados.
4. En dicho trámite de información pública, el 14 de septiembre de 2000 la Federación de Construcción y la Madera del sindicato Euskadiko Sindikatoa presentó escrito de alegaciones oponiéndose al otorgamiento de la concesión y, con fecha 15 de septiembre de 2000, la empresa Cementos Lemona S.A. y la entidad Financiera y Minera S.A. presentaron también alegaciones dentro de dicho trámite de información pública, oponiéndose también al otorgamiento de dicha concesión solicitada por la entidad Cementos de Ziérbena. Por su parte, la empresa Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A. presentó también, con fecha de 15 de septiembre de 2000, escrito de alegaciones, que fue reiterado con otro escrito de fecha 11 de octubre de 2000, señalando su intención de solicitar también una concesión de similares características a la pretendida por Cementos de Ziérbena, solicitando por ello la suspensión del expediente iniciado por la anterior empresa a fin de que se resolviesen conjuntamente ambas peticiones.

5. Por otra parte, en varias de las Actas de las reuniones del Consejo de Administración de Cementos Lemona S.A., celebradas los días 16 de octubre de 2000, 13 de noviembre de 2000, 18 de diciembre de 2000, 22 de enero de 2001, 19 de marzo y 15 de abril de 2001, se contienen varias alusiones a la solicitud de concesión efectuada por Cementos de Ziérbenas S.A. para la instalación de una planta integral de productos de cemento en el Puerto de Bilbao y la intención de presentar otro proyecto similar a través de la empresa Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A. para construir una planta integral de productos cementeros en la misma parcela que la solicitada por Cementos de Ziérbenas.
6. Con fecha 17 de noviembre de 2000 la entidad Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A. solicitó también a la Autoridad Portuaria de Bilbao el otorgamiento de una concesión para construir una planta integral de productos cementeros localizada en una parcela coincidente con la solicitada por Cementos de Ziérbenas el 2 de agosto de 2000, emitiéndose, ante dicha situación, con fecha 15 de diciembre de 2000 un informe por el Director del Puerto de Bilbao sobre la viabilidad de dichas solicitudes.
7. Con fecha 18 de diciembre de 2000 la Autoridad Portuaria de Bilbao acordó suspender la tramitación de los expedientes concesionales iniciados a instancia de Cementos de Ziérbenas e Industrias del Cemento-Viguetas Castilla y convocar un concurso público para el otorgamiento de la concesión para la explotación de la referida parcela de unos 50.000 metros en el muelle de Punta Sollana, en Ziérbenas, con destino a actividades relacionadas con la fabricación de cemento, presentándose tras la publicación de dicho Acuerdo, que no fue objeto de impugnación ni recurso alguno por parte de Cementos de Ziérbenas, una oferta de Industrias del Cemento Viguetas Castilla S.A. y otra de la entidad Hormigones Puente Arce S.A.
8. Con fecha 17 de abril de 2001, el Presidente de la Autoridad Portuaria de Bilbao, tras efectuar diversos requerimientos a las dos empresas oferentes, acordó admitir definitivamente la propuesta de Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., inadmitiendo al concurso la presentada por Hormigones Puente Arce S.A. al no haber subsanado los defectos de que adolecía su inicial proposición, publicándose la oferta admitida en el Boletín Oficial de Bizkaia y en el periódico Deia del día 8 de mayo de 2001.
9. Con fecha 10 de mayo de 2001, la entidad Cementos de Ziérbenas solicitó a la Autoridad Portuaria de Bilbao fotocopia del estudio

económico presentado por la entidad Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., presentándose, con fecha 17 de mayo, 1 de junio y 12 de julio de 2001, respectivamente, informes de la Viceconsejería de Medio Ambiente del Gobierno Vasco, del Ayuntamiento de Zierbena y del Director de la Autoridad Portuaria de Bilbao, todos ellos favorables a la adjudicación del concurso a la entidad Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A.

10. Finalmente, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Bilbao, en sesión celebrada el 13 de mayo de 2001, resolvió adjudicar a Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., el concurso para la explotación de la parcela antes expresada, por el plazo de 20 años, sin que se haya formulado por entidad alguna recurso o impugnación de dicha Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:

En el presente expediente que enjuiciamos la cuestión a resolver estriba en determinar si los hechos declarados probados son, o no, constitutivos de una práctica restrictiva de la competencia con infracción del art. 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por parte de las dos empresas imputadas, Financiera y Minera S.A. y Cementos Lemona S.A.. A tal efecto, importa destacar que el Servicio considera que las referidas imputadas son responsables de la adopción de un acuerdo contrario al artículo 1 de la LDC para presentar alegaciones de directrices similares ante la Autoridad Portuaria de Bilbao a la solicitud de concesión formulada por la entidad Cementos de Zierbena y elaborar un proyecto alternativo al de ésta, a través de su filial común, la empresa Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., todo ello con el objeto de impedir la entrada de Cementos de Zierbena en el mercado relacionado con la fabricación de cementos en el País Vasco. Estima el Servicio que dicho acuerdo es contrario y vulnera el artículo 1 de la LDC, señalando que, si bien es cierto que toda empresa está legitimada para defender sus intereses en el mercado, debe hacerlo compitiendo y no a través de la concertación con sus competidores.

Frente a esta imputación, las expedientadas solicitan que se declare la inexistencia de infracción alguna de la LDC, a cuyo efecto aducen que el acuerdo entre ambas empresas para presentar un proyecto ante la Autoridad Portuaria de Bilbao no es un acuerdo anticompetitivo, sino que se trata de un acuerdo societario y legítimo, habida cuenta de que ambas poseen el 50% del capital social de la empresa que presentó la solicitud concesional, Industrias

del Cemento-Viguetas Castilla S.A., (hoy denominada Atlántica de Graneles y Moliendas S.A.) y que, por tanto, dicho acuerdo no es restrictivo de la competencia sino un acuerdo societario. Señalan que, en todo caso, el referido acuerdo tampoco es apto para restringir la competencia, ya que la decisión definitiva para la utilización del suelo del Puerto de Bilbao corresponde a la Autoridad Portuaria y no a las denunciadas, quienes se limitaron a ejercer los derechos legítimos que les corresponden como empresas libres y al amparo de los arts. 24 y 103 de la Constitución. Afirman que lo ocurrido en realidad es que la denunciante, en lugar de combatir la decisión de la Autoridad Portuaria por la vía contenciosa- administrativa, (que posiblemente hubiera perdido), ha acudido indebidamente a las autoridades de competencia.

SEGUNDO:

Así pues, poniéndose en cuestión la existencia de los elementos que integran el tipo de prohibición del art. 1 de la LDC, resulta preciso en primer lugar, analizar la legalidad de la actuación de las expedientadas, resolviendo si merece o no la calificación jurídica que le otorga el Servicio y, en segundo lugar, su incidencia o aptitud de afectar la competencia y el mercado.

A tal efecto, es de indicar que el art. 1 de la LDC prohíbe, en su apartado primero, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica contraria 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 territorio nacional.

Hay que señalar que, como se desprende de los hechos declarados probados, las hoy expedientadas son titulares del capital total de Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., de la que participan al 50%, de manera que resulta indudable que tienen el derecho, y no se les puede impedir, a decidir si dicha empresa en común ha de participar o no en la presentación de una solicitud concesional ante la Autoridad correspondiente. El propio Servicio, como ponen de manifiesto las expedientadas, admite dicho extremo, señalando “que el acuerdo de dos empresas para que una filial común se presente a un concurso no es restrictivo de la competencia, sino un acuerdo societario”.

Ello significa que, si bien, al ser competidoras las hoy expedientadas, pudiera cuestionarse con carácter general su derecho a adoptar determinados acuerdos, nada impide la licitud de la medida por ellas adoptada en el caso que examinamos, consistente en formular oposición a la concesión solicitada por la denunciante, presentando a través de la empresa común un proyecto alternativo al ofertado por aquélla, toda vez que es indudable que no se

puede negar a nadie el ejercicio de derechos que como partes interesadas les concede el ordenamiento jurídico. En este sentido, este Tribunal, en Resolución de 4 de marzo de 1994, (Expte. r 71/94), confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de Enero de 1998, admite, incluso, la licitud de dos empresas que supuestamente acordaron ejercer acciones judiciales o presentar alegaciones ante la Administración, contra la solicitud de una tercera empresa, de que le fueran concedidas una determinada licencia para iniciar su actividad.

TERCERO:

Pero es que, además de lo expuesto, ha de tenerse en consideración el marco donde se produce la actuación de las hoy imputadas: en efecto, es de destacar que se trata de un expediente administrativo para otorgar la concesión y autorización para la utilización de una zona determinada del suelo del Puerto de Bilbao. El conocimiento y resolución del procedimiento para dicha adjudicación corresponde a la Autoridad Portuaria quien ha de realizar sus funciones atendiendo a los objetivos de optimización de la gestión económica y rentabilización de los recursos que tiene asignados (art. 67 de la Ley de Costas).

Pues bien, al amparo de la regulación del sector, la hoy denunciante, Cementos de Zierbena S.A., ejerció su derecho en orden a obtener la adjudicación de una concesión para la utilización de una parte del suelo del Puerto de Bilbao y, al amparo también de dicha regulación, las hoy expedientadas trataron de impedir la autorización de dicha concesión, oponiéndose a la misma y presentando, a través de la empresa común, un proyecto alternativo, correspondiendo a la Autoridad Portuaria de Bilbao la decisión de suspender o no la tramitación de dichos expedientes y de convocar el correspondiente concurso, así como la resolución final del mismo; decisiones todas ellas que, como se desprende de la prueba obrante en autos, fueron adoptadas con contenido suficiente y con conocimiento adecuado de la hoy denunciante para que pudiera utilizar, en su caso, los argumentos y medios procedentes en su contra para obtener su atribución; sin embargo, no lo hizo, pues no sólo no impugnó decisión alguna de la Autoridad Portuaria, sino que tampoco presentó oferta alguna que pudiera ser considerada más ventajosa entre la ofertada por la empresa común de las hoy expedientadas.

Es decir, resulta indudable que solución distinta habría de darse si las hoy expedientadas, a través de un acuerdo, hubieran tratado de impedir la entrada a la hoy denunciante donde realmente puede haber competencia en casos como el presente, es decir, en la presentación de ofertas. Sin embargo, esto no ocurrió, pues la denunciante no sólo no impugnó la decisión de la

Autoridad Portuaria relativa a la convocatoria del concurso, sino que tampoco formuló ni presentó al mismo oferta alguna sin que pueda erigirse en causa determinante de ello la actuación de las hoy expedientadas.

La conclusión que se desprende de lo hasta aquí expuesto es la de que las hoy denunciadas se limitaron a ejercer un derecho legítimo para intentar impedir la autorización de una concesión administrativa a favor de la hoy denunciante, sin que, obviamente, se puedan estimar bastantes los argumentos contenidos en sus escritos de alegaciones presentados ante la Autoridad Portuaria para entender infringido el art. 1 de la LDC, pues dichos escritos, en su correcta interpretación, no dejan de contener sino meras alegaciones para lograr una adjudicación por parte de la Administración más apropiada o ventajosa para sus intereses, no siendo sino mera manifestación del ejercicio de sus derechos.

En conclusión, el Tribunal considera que la conducta enjuiciada no puede estimarse ilícita desde el punto de vista legal, no teniendo por objeto ni produciendo el efecto de restringir la competencia en el mercado nacional, por lo que, acogiendo los argumentos de las expedientadas, entendemos, por tanto, que no se puede estimar que se haya vulnerado el artículo 1 de la LDC.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal por mayoría, con el voto en contra de los Vocales Srs. Castañeda Boniche, Comenge Puig, y Martínez Arévalo

HA RESUELTO

Único. Declarar que en el presente expediente no se ha acreditado la existencia de ninguna práctica restrictiva de la competencia prohibida por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, tener por finalizado el expediente y ordenar su archivo una vez sea firme esta Resolución.

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