

Id. Cendoj: 28079230062006100193
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/05/2006
Nº de Recurso: 682/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de mayo de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 682/2003, se tramita, a

instancia de CEMENTOS ZIERBENA, S.A., representada por el Procurador D. Carlos Ibáñez de la

Cadiniere, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de septiembre de

2003 (Expediente 549/02), sobre prácticas prohibidas por la ley de defensa de la competencia, en el

que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del

Estado, y han intervenido como partes codemandadas la Sociedad Financiera y Minera, S.A.,

representada por Manuel Lancharés Perlado y Cementos Lemona, S.A., representada por Argimiro

Vázquez Guillén, siendo la cuantía del recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2003, y la Sala, por providencia de fecha 2 de enero de 2003, acordó

tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La representación procesal de Sociedad Financiera y Minera, S.A. y la de Cementos de Lemona, S.A., presentaron escritos en fechas 29 de enero de 2004 y 2 de febrero de 2004, en los que solicitaron ser tenidas por personadas, y la Sala, en providencias de 30 de enero y 3 de febrero de 2004 las tuvo por personadas en calidad de partes codemandadas.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Y en su turno también contestaron a la demanda las partes codemandadas.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 9 de mayo de 2005.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 11 de septiembre de 2003, de archivo de un expediente sancionador.

Son antecedentes fácticos a tener presentes en esta sentencia:

1) El día 29 de marzo de 2001 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de Cementos Zierbana, S.A., hoy parte actora, en el que formulaba una denuncia contra las sociedades Cementos de Lemona, S.A., Financiera y Minera, S.A. e Industrias del Cemento- Viguetas Castilla, S.A. Se denunciaba que las empresas Cementos de Lemona, S.A. y Financiera y Minera, S.A., se habían puesto de acuerdo para presentar alegaciones ante la Autoridad Portuaria de Bilbao en el expediente promovido por la demandante, de concesión administrativa para la construcción de una molinera de cemento en terrenos del Puerto de Bilbao y para presentar un proyecto alternativo a través de Industrias Cementos-Viguetas Castilla, S.A., empresa participada al 50% por las dos anteriores.

2) El Servicio de Defensa de la Competencia acordó el 5 de septiembre de 2002 el sobreseimiento parcial del expediente sancionador contra Industrias Cementos-Viguetas Castilla, S.A., continuando la tramitación respecto de las otras dos denunciadas. El recurso de la denunciante Cementos de Zierbana, S.A., contra dicho

Acuerdo de sobreseimiento parcial fue desestimado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el Acuerdo de fecha 12 de febrero de 2003, y el recurso contencioso administrativo de Cementos de Zierbana contra el sobreseimiento fue desestimado por sentencia de esta Sala de 21 de noviembre de 2005 (recurso 234/2003, de esta Sección 6ª).

3) El Servicio de Defensa de la Competencia concluyó sus actuaciones que remitió al Tribunal de Defensa de la Competencia, con Informe de 6 de septiembre de 2002, en el que proponía que se declarase que el acuerdo de las codemandadas para presentar un proyecto alternativo al de Cementos de Zierbana, S.A., constituye un acuerdo para evitar la entrada de un potencial competidor, que infringe el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

4) EL Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Resolución antes citada de 11 de septiembre de 2003, declaró que no se había acreditado la existencia de ninguna práctica restrictiva de la competencia, prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia, y en consecuencia, tuvo por finalizado el expediente y ordenó su archivo. Esta Resolución constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda que las codemandadas Cementos de Lemona, S.A. y Financiera y Minera, S.A., adoptaron un acuerdo restrictivo de la competencia, que está expresamente manifestado en el acta del Consejo de Administración de Cementos Lemona, S.A., de 15 de septiembre de 2000, que admite que dicha empresa, en unión de Financiera y Minera, habían considerado oportuno presentar un proyecto alternativo, no idéntico, que concurriese con el presentado por la demandante, en relación con la autorización para la instalación de una molienda con capacidad para 500.00 Tn año en el Puerto de Bilbao. Considera la demandante que no se trata de un acuerdo societario, ni fue adoptado en el seno de la empresa Industrias Cementos-Viguetas Castilla, S.A., participada por las codemandadas, sino que se adoptó en el seno del Consejo de Administración de Cementos Lemona, como resulta del acta del Consejo de Administración que se ha citado.

El Abogado del Estado contesta que la actuación de las empresas denunciadas ha sido legítima y correcta, al presentar a través de una sociedad común un proyecto alternativo al de la demandante, correspondiendo la decisión sobre la adjudicación a la autoridad portuaria, de acuerdo con los objetivos de optimización de la gestión económica y utilización de recursos que tiene asignados, sin que su decisión haya sido impugnada por la demandante, que no presentó una oferta que pudiera ser considerada más ventajosa.

La codemandada Financiera y Minera S.A., alega la imposibilidad de considerar el ejercicio de la libertad constitucional de empresa una conducta contraria al artículo 1.1 LDC , la conducta de las codemandadas no es apta para ocasionar perjuicios potenciales o efectivos en la libre competencia, y la actuación de las codemandadas no fue otra cosa que el ejercicio de derechos e intereses legítimos por los cauces previstos por el ordenamiento, y la codemandada Cementos Lemona, S.A. manifiesta la inexistencia de la infracción denunciada, porque no hay acuerdo en el sentido del artículo 1.1 LDC , la decisión o acuerdo societario carece de finalidad anticompetitiva y en todo caso, la decisión no tiene aptitud objetiva para producir el efecto del cierre del mercado.

TERCERO.- La Resolución impugnada parte de unos hechos probados que esta Sala

comparte, y sobre los que la actora no sólo no ha propuesto prueba en contrario, sino que ni siquiera los ha impugnado. Se considera, entonces, acreditado en el expediente:

PRIMERO.- La entidad Cementos Lemona, SA 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, SA, una planta integrada de fabricación de cemento en Lemona (Bizkaia). Por su parte, la empresa Financiera y Minera, SA 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 clínker, 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, SA (en la actualidad, se denomina Atlántica de Graneles y Moliendas, SA), que también se dedica a actividades relacionadas con la fabricación de cemento.

SEGUNDO.- El 2 de agosto de 2000, Cementos de Zierbena, SA, 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.

TERCERO.- 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 Zierbena, concediéndose un plazo de presentación de alegaciones para quienes se considerasen afectados.

CUARTO.- 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, SA y la entidad Financiera y Minera, SA presentaron también alegaciones dentro de dicho trámite de información pública, oponiéndose también al otorgamiento de dicha concesión solicitada por la entidad Cementos de Zierbena. Por su parte, la empresa Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, SA 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 Zierbena, solicitando por ello la suspensión del expediente iniciado por la anterior empresa a fin de que se resolviesen conjuntamente ambas peticiones.

QUINTO.- Por otra parte, en varias de las Actas de las reuniones del Consejo de Administración de Cementos Lemona, SA, 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 Zierbena, SA 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, SA para construir una planta integral de productos cementeros en la misma parcela que la

solicitada por Cementos de Zierbena.

SEXTO.- Con fecha 17 de noviembre de 2000 la entidad Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, SA 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 Zierbena 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.

SEPTIMO.- 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 Zierbena 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 Zierbena, 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 Zierbena, una oferta de Industrias del Cemento Viguetas Castilla, SA y otra de la entidad Hormigones Puente Arce, SA.

OCTAVO.- 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, SA, inadmitiendo al concurso la presentada por Hormigones Puente Arce, SA 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.

NOVENO.- Con fecha 10 de mayo de 2001, la entidad Cementos de Zierbena solicitó a la Autoridad Portuaria de Bilbao fotocopia del estudio económico presentado por la entidad Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, SA, 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, SA.

DECIMO.- 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, SA, 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.

CUARTO.- La Sala considera que en estos hechos acreditados no existe conducta contraria al artículo 1 LDC, que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

La decisión de unas empresas de participar, a través de una empresa filial, en un concurso público convocado por la Autoridad Portuaria de Bilbao no puede decirse que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia.

Son dos los actos en los que, según la tesis de la sociedad demandante, se plasma el

comportamiento anticompetitivo, por un lado, el acto de presentar alegaciones en un trámite de información pública de una solicitud de concesión, y por otro, el acto de presentar una oferta a un concurso también público, y la Sala considera que ninguno de tales actos, en si mismos considerados, tiene efectos anticompetitivos, ni siquiera potencialmente.

La Autoridad Portuaria de Bilbao publicó con fecha 23 de agosto de 2000 un anuncio en el Boletín Oficial de Bizkaia, relativo a una solicitud de la sociedad hoy demandante, para la concesión de dominio público portuario para instalar una molinera para la fabricación de cemento en la zona de servicio del Puerto de Bilbao. Dicho anuncio abrió el trámite de información pública previsto por el entonces vigente artículo 63.3 de la ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y la Marina Mercante.

Haciendo uso de dicho trámite de información pública, preceptivo por imperativo legal en el procedimiento de otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público portuario, las empresas codemandadas presentaron sus escritos de alegaciones, en los que hicieron referencia a un proyecto propio, que igualmente exigía la concesión de ocupación y utilización del dominio público portuario y que, desde su propia perspectiva empresarial, consideraban mejor que el proyecto de la demandante (mayor valor añadido para el Puerto de Bilbao, mayor volumen de tráfico portuario, mayor nivel de ingresos para la Autoridad Portuaria en concepto de tarifas).

Esta presentación de alegaciones y una oferta alternativa, por las empresas codemandadas a través de su sociedad participada, Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A., en el indicado trámite de información pública ordenado por la ley 27/1992, es un acto legítimo. Se limita a presentar a la Autoridad Portuaria de Bilbao un proyecto empresarial alternativo, lo que constituye el ejercicio de un derecho por parte de las codemandadas.

QUINTO.- Lo mismo cabe decir de la presentación por las codemandadas de una oferta al concurso público convocado por la Autoridad Portuaria de Bilbao.

La Autoridad Portuaria de Bilbao, tras los escritos de alegaciones de las codemandadas a que hemos hecho referencia en el apartado anterior, dio traslado a la demandante, que en su escrito de 11/10/2000 (folios 158 a 187 del expediente del SDC), efectuó las alegaciones que tuvo por oportunas sobre la alternativa de las codemandadas, y tras el Informe Propuesta de su Director de 1/12/2000 (folios 1313 a 1320 del expediente del SDC), decidió por Acuerdo de su Consejo de Administración, de 18/12/2000: a) suspender la tramitación de los expedientes concesionales iniciados a instancias de Cementos de Zierbana y de Industrias del Cemento-Viguetas de Castilla, S.A., y b) convocar un concurso público para el otorgamiento de una concesión con destino a actividades relacionadas con la fabricación de cemento.

No consta en el expediente que este Acuerdo de la Autoridad Portuaria de Bilbao haya sido impugnado, a pesar de que ha sido notificado a las empresas interesadas (demandante y codemandadas en estos autos), con indicación de recursos admisibles (folios 1323 a 1332).

El concurso público fue anunciado en el Boletín Oficial de Bizkaia, de fecha 6 de marzo de 2001, y presentaron proposiciones Industrias del Cemento-Viguetas del Castillo, S.A., y otra empresa ajena a este recurso, pero no la empresa demandante.

Tampoco puede considerarse que este acto de participación en un concurso público, presentando su oferta a la Administración Pública Portuaria, produzca o pueda producir los efectos anticompetitivos que prohíbe el artículo 1 LDC. Cuestión distinta sería si las empresas codemandadas hubieran realizado cualquier clase de acto para impedir a la demandante y/o a otras empresas participar en el concurso mediante la presentación de sus ofertas o de cualquier otra forma, pero ningún comportamiento de esta clase aparece acreditado en el expediente.

Por tanto, la Sala considera que es conforme a derecho la Resolución impugnada del TDC, que no apreció ninguna práctica anticompetitiva en las actuaciones de las empresas codemandadas de presentación de alegaciones en un trámite de información pública y de presentación de una oferta a un concurso público.

SEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de CEMENTOS ZIERBENA, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 12 de febrero de 2003, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.