

RESOLUCIÓN (Expte. R 539/02, Cementeras Puerto Bilbao)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 12 de febrero de 2003.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición antedicha y siendo Vocal Ponente el Excmo. Sr. Dr. Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso R 539/02 (2267/01 del Servicio), interpuesto por Cementos de Zierbena S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) de 5 de septiembre de 2002 de sobreseimiento parcial -en cuanto a Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A.- de la denuncia que había formulado la recurrente contra Financiera y Minera S.A., Cementos Lemona S.A. e Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A., (IDC) (actualmente Atlántica de Graneles y Moliendas S.A.) por una conducta presuntamente prohibida por el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que habría consistido en la adopción de un supuesto acuerdo para presentar alegaciones a la solicitud de una concesión administrativa para la construcción de una molienda de cemento.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el Pliego de Concreción de Hechos formulado en el expediente sancionador del Servicio y formalizado el 5 de julio de 2002 se hacía una propuesta de sobreseimiento parcial en la que se decía:

“A juicio de este Servicio, la responsabilidad de la actuación de IDC en los hechos objeto del presente expediente corresponde a sus matrices, por lo que no cabe imputar a ésta los actos restrictivos de la competencia que ha realizado.

En concreto, ha quedado acreditado:

- a) que la idea de elaborar un proyecto alternativo conjunto entre FYM y Cementos Lenoma, alternativo al de Cementos Zierbena, surgió de FYM (H.A. 7).
- b) que FYM y Cementos Lemona decidieron que el proyecto alternativo al de Cementos Zierbena lo desarrollarían a través de su filial común IDC (H.A. 7).
- c) que Cementos Lemona desempeñó un papel activo en la celebración de reuniones y búsqueda de contactos con el objeto de lograr el otorgamiento de concesión a IDC (HH.AA. 9 y 10).

Por lo que las principales decisiones de IDC, a efectos del Derecho de la Competencia, en lo relativo a su proyecto de planta integral de productos cementeros fueron tomadas por FYM y Cementos Lemona, debiendo considerarse a éstas responsables de la actuación de IDC, por lo que se propone el sobreseimiento de las actuaciones abiertas a Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A. mediante Providencia de Incoación de 6 de septiembre de 2001 (folios 1417 y 1418).

Y en el citado Acuerdo de 5 de septiembre de 2002, que ahora se recurre, también se decía que:

“En sus alegaciones, CZ no aporta nueva información, por lo que no se invalida la valoración del SDC realizada en la Propuesta de Sobreseimiento, por haber sido FYM y Lemona, como consta acreditado en el expediente (ver H.A.7 del PCH) quienes decidieron que el proyecto alternativo al de CZ se desarrollaría a través de su filial común IDC, y por tanto siendo aquellos los únicos responsables de la infracción imputada”.

- 2. El 24 de septiembre de 2002 tiene entrada en el Tribunal un escrito de recurso que interpone Cementos Zierbena S.A. contra el Acuerdo del Servicio, de 5 de septiembre de 2002, por el que sobresee parcialmente la denuncia que el 29 de marzo de 2001 había presentado la recurrente contra Financiera y Minera S.A., Cementos Lemona S.A. e Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A. (Actualmente Atlántica de Graneles y Moliendas S.A.) por una conducta prohibida por la LDC consistente en la adopción de un supuesto acuerdo para presentar alegaciones a la solicitud por la denunciada de una concesión administrativa para la construcción de una molienda de cemento en terrenos del Puerto de Bilbao, de directrices idénticas, apoyando un proyecto alternativo futuro e inconcreto, a presentar por IDC, participada al 50% por las otras denunciadas, en terrenos prácticamente coincidentes con los de la concesión solicitada por Cementos de Zierbena, S.A. En dicho recurso se señala entre otras

razones que:

Si partimos de los hechos acreditados derivados de los antecedentes que obran en el expediente y recogidos en el pliego de concreción de hechos de fecha de 5 de julio del año en curso se produjo un acuerdo entre empresas para presentar un proyecto alternativo al de Cementos Zierbena, S.A, con el objetivo de evitar la entrada de esta empresa, en los mercados relacionados con la fabricación de cementos en el País Vasco y provincias limítrofes.

Si bien es cierto que la idea de elaborar ese proyecto alternativo partió de la sociedad Financiera y Minera y que fue Cementos Lemona la que se encargó de la celebración de reuniones y búsqueda de contactos, no es menos cierto que, por parte de Industrias del Cemento Viguetas-Castilla, hubo una aceptación de dicho acuerdo de tal forma que su proceder posterior, además de ser imprescindible para la ejecución de la práctica restrictiva (como se analizará más adelante), constituye aceptación, participación, ejecución y culminación de un acuerdo preestablecido.

El art. 8 de la LDC regula la “corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante”. No se trata de un supuesto por el que se responsabilice a los socios de una sociedad por una conducta realizada por éste, eximiendo a la misma de dicha responsabilidad, sino todo lo contrario; se trata de hacer extensiva una responsabilidad ampliando la misma a quien controla, cuando se aprecian los requisitos establecidos en dicho precepto.

3. El 25 de septiembre de 2002 el Tribunal remite al Servicio copia del escrito de recurso y recaba el preceptivo informe así como las actuaciones seguidas, lo cual es cumplimentado el 1 de octubre de 2002. En su informe, el Servicio hace constar que el recurso ha sido presentado dentro del plazo legal y señala también que *“se reitera en el Acuerdo de Sobreseimiento Parcial, ya que, al ser Lemona y FYM las únicas propietarias de IDC, ésta se limitó a poner en práctica el acuerdo restrictivo adoptado por sus matrices, no teniendo otra alternativa. Es decir, IDC no actuó en ejercicio de la autonomía de su voluntad, sencillamente porque no la posee frente a sus matrices, y no pudo, por lo tanto, haber incurrido en acuerdo o práctica alguna contrarios al artículo 1 LDC”*.
4. El 8 de octubre de 2002 el Pleno del Tribunal dicta Providencia, mediante la que designa Ponente y ordena poner de manifiesto el expediente a los interesados para que, en el plazo legal, puedan formular alegaciones y presentar documentos. Comparecen en este trámite las dos empresas

interesadas en el presente expediente presentando alegaciones.

Atlántica de Graneles y Molienda, S.A. (Antes IDC) alega entre otras razones que:

“Resulta absolutamente contradictorio, por un lado, mantener, como hace CEMENTOS ZIERBENA, que ATLÁNTICA es un mero instrumento de ejecución de un supuesto acuerdo restrictivo de la competencia entre sus matrices y, por otro lado, dotar a esta compañía de la capacidad de disponer de autonomía para poder decidir la conclusión de un acuerdo restrictivo de la competencia.

La consideraión de que existe el supuesto acuerdo restrictivo denunciado entre cementos Lemona, S.A. y Sociedad Financiera y Minera, S.A. pasa, necesariamente, por la previa asunción de que: (i) la actuación de ATLÁNTICA ante la Autoridad del Puerto de Bilbao vino exclusivamente determinada por la voluntad de estas dos compañías de concertar su actuación en el mercado en el foro de ATLÁNTICA; y (ii) de que, en consecuencia, ATLÁNTICA carecía de la posibilidad de decisión necesaria para alcanzar acuerdos incluidos en el ámbito del artículo 1 LDC.

En todo caso, procede resaltar que la pretensión de CEMENTOS ZIERBENA en el presente recurso no es otra que extender a una empresa en participación la eventual responsabilidad de sus matrices por la presunta conclusión de acuerdos restrictivos entre estas últimas exclusivamente. Pues bien la LDC no contempla ninguna disposición que prevea esta posible extensión de la responsabilidad de matrices a filiales o a empresas participadas, y tampoco cabe una interpretación extensiva de las disposiciones sancionadoras. Es más, esta parte no conoce de ningún precedente nacional o comunitario en el que, dos empresas que presuntamente se han concertado para actuar a través de una joint-venture, haya tenido como consecuencia la imputación de un acto ilícito de concertación a las empresas y a la propia joint-venture. Esta es, precisamente, la razón por la que CEMENTOS ZIERBENA no ha podido invocar ningún precedente que sustente su pretensión”.

Por su parte, la recurrente, en sus alegaciones finales, se reitera básicamente en los mismos argumentos que planteó en su escrito de recurso.

5. El Pleno deliberó y falló en su reunión plenaria del día 29 de enero de 2003.
6. Son interesados:

- Cementos de Zierbena S.A.
- Atlántica de Graneles y Moliendas S.A. (Antes Industrias del Cemento-Viguetas Castilla S.A.)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se trata de resolver en este recurso si el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 5 de septiembre de 2002, por el que sobresee parcialmente -en cuanto a lo que se refiere a la empresa Atlántica de Graneles y Moliendas S.A.- la denuncia que el 30 de marzo de 2001 había presentado Cementos Zierbena contra Atlántica y otras dos empresas, es ajustado a Derecho.

La recurrente reconoce y acepta como cierto que la idea de elaborar el proyecto alternativo -objeto del expediente principal- con el objetivo de evitar la entrada de la denunciante en los mercados relacionados con la fabricación de cementos en el País Vasco y provincias limítrofes, partió de la sociedad Financiera y Minera (FYM) y que fue Cementos Lemona la que se encargó de la celebración de reuniones y búsqueda de contactos.

Sin embargo, también señala la recurrente que por parte de IDC -hoy Atlántica- hubo una aceptación, ejecución y culminación de dicho acuerdo preestablecido al ser imprescindible su actuación para la ejecución de la práctica restrictiva. Según la recurrente, el art. 8 de la LDC regula la corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante ampliando la responsabilidad a quien controla, cuando se aprecian los requisitos establecidos en dicho precepto.

Por su parte, el Servicio argumenta que al ser Lemona y FYM las únicas propietarias de IDC, ésta se limitó a poner en práctica el acuerdo presuntamente restrictivo adoptado por sus matrices ya que no tenía otra alternativa.

Por último, Atlántica comparte la tesis del Servicio.

2. Teniendo en cuenta que el capital de IDC estaba repartido a partes iguales entre Cementos Lemona y FYM y que fueron éstas las promotoras del presunto acuerdo anticompetitivo, el Tribunal considera acertada la decisión del Servicio.

Efectivamente, la autonomía de comportamiento de la filial es el elemento fundamental que hay que valorar para determinar los sujetos activos de las

conductas restrictivas de la competencia, siendo ineludible aclarar si el concierto de voluntades ha sido impuesto por las sociedades matrices o no. En este caso, es patente que la actuación presuntamente anticompetitiva ha sido impuesta por los dos únicos accionistas por lo que, no existiendo autonomía real de comportamiento de la filial, se debe desestimar el recurso.

Además, el artículo 8 de la LDC -en el que se dice que las conductas de una empresa son también imputables a la empresa que la controla- se aplica en sentido ascendente imputando a la matriz una conducta de la filial, pero no en sentido descendente imputando también a las filiales por una conducta decidida y realizada por las empresas que la controlan.

Por todo ello, el Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por D. Eduard Xapelli Mias, en nombre y representación de la sociedad mercantil Cementos Zierbena, S.A., contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 5 de septiembre de 2002 que sobreseía parcialmente las actuaciones contra Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A. (actualmente denominada Atlántica de Graneles y Moliendas, S.A.), que tuvieron su origen en la denuncia que la recurrente presentó ante el Servicio de Defensa de la Competencia el 29 de marzo de 2001. Este Acuerdo queda, pues, confirmado.

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