

RESOLUCIÓN (Expte. R 484/01, Fábricas Celulosa

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 21 de mayo de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 484/01, 2184/00 del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por la Asociación de Ganaderos de la Coruña, Sociedad Cooperativa (la Asociación), contra el Acuerdo de 13 de marzo de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones seguidas por la denuncia de la Asociación contra la Empresa Nacional de Celulosas Españolas, S.A. (ENCE) por presuntas conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en establecer, desde una posición de *monopolio de demanda*, precios para la madera de eucalipto que no se corresponden con la evolución del precio en el mercado de la pasta de celulosa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de julio de 2000 tuvo entrada en el Servicio escrito de la Asociación en el que denunciaba a ENCE por prácticas contrarias a los artículos 1 y 6 LDC consistentes en establecer, desde una posición de *monopolio de demanda*, precios para la madera de eucalipto que no se corresponden con la evolución del precio en el mercado de la pasta de celulosa.

2. El 13 de marzo de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó Acuerdo archivando las actuaciones, fundado en la siguiente valoración:

El art. 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tenga por objeto restringir la libre competencia en el mercado que se considere. De acuerdo con la doctrina del TDC, para la aplicación del art. 1 es necesaria la existencia de concertación de voluntades de dos o varios operadores. En este caso se denuncian actos unilaterales de ENCE. En consecuencia queda descartado que haya infracción del art. 1, al no existir acuerdo entre distintos operadores económicos.

Tres son los elementos que han de ser estudiados para valorar una conducta prohibida en el art. 6 de la LDC. A saber: a) determinación del mercado relevante, b) posición de dominio y c) abuso de la posición de dominio si ésta existiera.

En el caso de la madera de eucalipto, objeto de esta denuncia, el mercado relevante que se considera es el territorio nacional, dado que el producto se vende a todas las fábricas de celulosa situadas en diferentes regiones geográficas de España.

Conviene tener en cuenta que el término de posición de dominio hace referencia a un concepto poco preciso y relativo, cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concreto, ENCE y el territorio nacional respectivamente en este caso, y que se perfila a partir de dos ideas básicas: poder económico e independencia de comportamiento. Así la posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto, sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, sus proveedores o sus clientes.

Estas condiciones no se dan en el caso de la comercialización de la madera de eucalipto, porque la diferencia del precio pagado por ENCE con el pagado por las demás fábricas de celulosa, clientes de los mismos productores, viene dada por el coste del transporte en relación con la ubicación de cada fábrica. ENCE no tiene facultad, poder económico, para alterar el precio de mercado de la madera, sino que utiliza éste como referencia para establecer el propio. Se beneficia de la ventaja comparativa de la que goza por su localización, más cercana

a las fuentes de aprovisionamiento de materia prima, para pagar un precio por debajo al del mercado, sobre el que no tiene ninguna influencia. Si ENCE decidiera bajar el precio más allá de la diferencia entre el precio de mercado y los costes de transporte a los demás puntos de venta, los productores vendería la madera a las otras fábricas de celulosa. En definitiva, el precio que paga ENCE depende del precio pagado por los demás, que le sirve de guía, y carece de capacidad para alterar o fijar el precio de mercado.

En consecuencia, al no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, procede archivar la denuncia, conforme a lo establecido en el art. 36 de la mencionada Ley.

3. El 18 de abril de 2001 se recibió en el Tribunal recurso del representante legal de la Asociación contra el Acuerdo de archivo del Servicio. El Tribunal solicitó, en cumplimiento del artículo 48.1 LDC, el informe del Servicio sobre el recurso y el expediente correspondiente, recibiendo dicha documentación el 23 de abril de 2001.
4. El Tribunal, mediante Providencia de 27 de abril de 2001, puso de manifiesto el expediente a los interesados, concediéndoles plazo para la formulación de alegaciones.
5. El 29 y el 30 de mayo de 2001, respectivamente, se recibieron las alegaciones de ENCE y de la Asociación.
6. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 9 de mayo de 2002, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
1. Son interesados:
 - Asociación de Ganaderos de la Coruña, Sociedad Cooperativa
 - Empresa Nacional de Celulosas Españolas, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Dispone el artículo 36.1 LDC que el Servicio incoará expediente cuando observe indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC. Por tanto, en los recursos contra el archivo de actuaciones realizado por el Servicio al amparo del artículo 36.2 LDC, el Tribunal ha de limitarse a decidir si los datos disponibles en la denuncia bastan

para poder afirmar que no existen indicios racionales de tales conductas prohibidas.

2. En la denuncia de la Asociación contra ENCE se exponía que, tras la absorción en 1999 por ENCE de la fábrica de celulosa CEASA en Navia, los precios pagados al productor de eucalipto han bajado sustancialmente en Galicia, pese a los precios crecientes de la pasta de celulosa, atribuyendo este descenso del precio de la madera de eucalipto a conductas de ENCE, prohibidas por los artículos 1 y 6 LDC.
3. En el Acuerdo de archivo se argumenta, en primer lugar, que no puede existir infracción del artículo 1 LDC dada la unilateralidad de las conductas denunciadas.

Para valorar la presunta infracción del artículo 6 LDC parte el Servicio de la consideración de que el mercado relevante es el territorio nacional, dado que el producto se vende a todas las fábricas de celulosa situadas en diferentes regiones de España y deduce de este hecho que no ostenta ENCE posición de dominio *“porque la diferencia del precio pagado por ENCE con el pagado por las demás fábricas de celulosa, clientes de los mismos productores, viene dada por el coste del transporte en relación con la ubicación de cada fábrica. ENCE no tiene facultad, poder económico, para alterar el precio del mercado de la madera, sino que utiliza éste como referencia para establecer el propio. Se beneficia de la ventaja comparativa de la que goza su localización, más cercana a las fuentes de aprovisionamiento de materia prima, para pagar un precio por debajo al del mercado, sobre el que no tiene ninguna influencia. Si ENCE decidiera bajar el precio más allá de la diferencia entre el precio de mercado y los costes de transporte a los demás puntos de venta, los productores venderían la madera a las otras fábricas de celulosa. En definitiva, el precio que paga ENCE depende del precio pagado por los demás, que le sirve de guía, y carece de capacidad para alterar o fijar el precio de mercado.”*

Tras esta valoración, estima el Servicio que procede archivar la denuncia.

4. En el recurso ante el Tribunal, la Asociación discrepa de la valoración del Servicio por considerar, respecto a la determinación del mercado relevante, que, como consecuencia de los elevados costes de transporte, *Galicia constituye un espacio económico diferenciado y específico para comercializar y transformar la madera de eucalipto.* Señala también que la frase incluida en el Acuerdo recurrido según la

cual ENCE se beneficia de la ventaja comparativa de la que goza su localización, más cercana a las fuentes de aprovisionamiento de materia prima, para pagar un precio por debajo al del mercado, sobre el que no tiene ninguna influencia muestra que el propio Servicio considera que ENCE está pagando precios inferiores a los de mercado.

5. Por su parte, ENCE, tras expresar su conformidad con la valoración contenida en el informe del Servicio, alega que la Asociación confunde reiteradamente los datos al comparar precios de la madera con y sin corteza, al sobreestimar la producción total de madera de eucalipto en Galicia y al omitir que parte de la producción se destina a fábricas de tableros, serrerías y exportación. Certifica, además, que el coste de la madera con corteza es en diciembre de 2000 un 10% más alto que el de enero de 1997 y que una de las facturas aportadas por la Asociación no se corresponde con ningún suministro efectivo de madera.
6. El Tribunal coincide con el Servicio en que no existen en la denuncia indicios de infracción del artículo 1 LDC.

Sin embargo, por lo que se refiere a la denuncia de conductas abusivas, considera que el hecho, presentado por el Servicio como única justificación del archivo, de que la madera de eucalipto procedente de Galicia pueda venderse a fábricas de celulosa localizadas en otras regiones no es suficiente para afirmar que el mercado de la madera de eucalipto tiene dimensión nacional pues la existencia de intercambios no excluye la posibilidad de mercados regionales con condiciones de competencia no homogéneas, siempre que existan barreras de entrada como pudieran ser los elevados costes de transporte en relación al valor de la mercancía transportada que, según el denunciante, se dan en el mercado de la madera de eucalipto.

A este respecto, como ha señalado anteriormente el Tribunal (ver 6º FD de la Resolución del Expte. A 277/00, COFAS), resulta de constante aplicación tanto en expedientes relativos a conductas anticompetitivas como a expedientes de concentración de empresas la doctrina establecida ya desde el asunto *United Brands* (1976) y definida con mayor precisión en el artículo 9.7 del Reglamento CEE 4064/89 sobre el Control de Operaciones de Concentración de Empresas y en la Comunicación de la Comisión 97/C 372/03, según cuya doctrina el mercado geográfico de referencia está constituido por un territorio en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de los territorios vecinos por diferencias notables de tales condiciones, entre las que hay que tener en cuenta, desde el lado de la oferta, las que se derivan

de diferencias considerables de las cuotas de mercado de las empresas, la existencia de barreras de entrada o diferencias de precio sustanciales.

En el artículo 31 de la Comunicación citada se señala que la evolución efectiva de los flujos comerciales ofrecen indicaciones complementarias útiles para determinar si existen barreras reales que den lugar a mercados geográficos diferentes, abordándose generalmente la cuestión de los costes de transporte y el grado en que estos pueden afectar al comercio entre zonas diferentes, tomando en consideración la localización de fábricas, los costes de producción y los niveles de precios relativos.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso para que se pueda determinar, a la luz de los criterios anteriores, el mercado relevante geográfico.

7. Por lo que se refiere a las conductas denunciadas, no cabe afirmar sin incurrir en contradicción que ENCE *se beneficia de la ventaja comparativa de la que goza su localización, más cercana a las fuentes de aprovisionamiento de materia prima, para pagar un precio por debajo al del mercado, sobre el que no tiene ninguna influencia* ya que una cosa es que ENCE tenga menos costes de transporte de la madera próxima a sus fábricas y otra que pague un precio inferior al del mercado circunstancia sólo posible para empresas con poder de mercado.

No es extraño, pues, que el precio de la madera gallega puesta en fábrica de Zaragoza sea superior al de fábrica en Pontevedra, dados los elevados costes de transporte que se alegan, pero lo que debería investigarse con mayor detenimiento es si ENCE tiene posición de dominio en un mercado regional cuya amplitud estaría determinada precisamente por los mencionados costes de transporte y, en su caso, si abusó de esta posición, una vez adquirida la fábrica del único competidor regional, al disminuir los precios pagados por la madera, en el supuesto de un aumento del precio de la pasta de celulosa.

Las discrepancias entre los datos aportados por las partes obliga a realizar la investigación dentro de un procedimiento contradictorio.

8. Por todo ello, el Tribunal ha considerado procedente estimar parcialmente el recurso de la Asociación en lo que se refiere a la denuncia por presunta infracción del artículo 6 LDC y devolver el expediente al Servicio interesando la incoación del procedimiento que

dispone el artículo 36 LDC y la investigación de los extremos que se señalan en los fundamentos sexto y séptimo de la presente Resolución.

9. La presente Resolución, al mantener las actuaciones en vía administrativa, no la agota y tampoco produce indefensión puesto que los interesados podrán alegar cuanto les convenga ante los Órganos de Defensa de la Competencia en el procedimiento contradictorio cuya apertura el Tribunal interesa del Servicio.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, con el voto en contra del Señor Franch Menéu y de la Señora Muriel Alonso

HA RESUELTO

1. Estimar parcialmente, en cuanto se refiere a la denuncia de infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, el recurso interpuesto por Asociación de Ganaderos de la Coruña Sociedad Cooperativa contra el Acuerdo de 13 de marzo de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones seguidas por la denuncia contra Empresa Nacional de Celulosas Españolas, S.A.
2. Interesar del SDC la incoación de expediente, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de las cuestiones que se expresan en los fundamentos de derecho sexto y séptimo.
3. Confirmar el Acuerdo de archivo en cuanto a la denuncia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, con devolución de su expediente, conservando copia simple del mismo y remitiendo copia compulsada del tramitado en el Tribunal, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno y que, en su caso, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución definitiva que dicte este Tribunal.

VOTO PARTICULAR
QUE FORMULA LA VOCAL DÑA. M0 JESÚS MURIEL ALONSO Y
AL QUE SE ADHIERE EL VOCAL D. JOSÉ JUAN FRANCH MENÉU

Aceptando los Antecedentes de Hecho de la Resolución de este Tribunal dictada en el Expte. r 484/01, esta Vocal se ve obligada a formular voto en discrepancia con el criterio mayoritario del Tribunal al no poder asumir las tesis que en el mismo se contienen, dado que, a mi juicio, en ellas se ignoran criterios plenamente asentados en la doctrina reiterada en multitud de Resoluciones de este Órgano.

En efecto, sorprende que se sostenga la necesidad de que el Servicio incoe unas actuaciones, con los perjuicios que ello conlleva para la expedientada, sobre la base de una denuncia, por vulneración del artículo 6 de la LDC, en la que no se aporta prueba alguna de los hechos objeto de la misma. Es cierto que las facultades del Servicio llegan hasta la posibilidad de la incoación de oficio de diligencias cuando así lo considere oportuno, pero no debe olvidarse la reiteradísima doctrina de este Tribunal (entre otras, Resolución de 1 de diciembre de 1998, r 319/98, 27 abril 1998, r 259/97, 29 mayo 2000, r 297/00), en el sentido de exigir al menos, como no podía ser de otra forma, un indicio probatorio por parte de la denunciante que dote de cierta verosimilitud a los hechos que denuncia, así como un grado de posibilidades de que dichos hechos puedan integrar el tipo que se dice infringido.

No sólo, en este caso, la aportación de elementos probatorios es por completo inexistente y la relación de los mismos con la descripción típica incoherente, sino que, si ha habido alguna actividad acreditativa, es precisamente la que ha llevado a cabo la denunciada, aportando material en su descargo.

Por ello, resulta sorprendente que este Tribunal, con cierta gratuidad y sin fundamentar en ninguna manera tal cambio de criterio, como exige la doctrina Constitucional, se aparte, en este caso, de un criterio tan razonable como persistente en su reiteración, y resuelva acordar la incoación de unas diligencias sin soporte jurídico alguno para ello, al menos, en el criterio de quien este voto suscribe.

En definitiva, por los razonamientos expuestos, entiendo que el Acuerdo del Servicio de archivo es suficientemente explícito y adecuado al ordenamiento jurídico, debiendo ser, por ello, confirmado.