

RESOLUCIÓN (Expte. R 166/96. Energía y Cementos Vascos)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal

En Madrid, a 11 de octubre de 1996.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal) en su reunión de 18 de septiembre de 1996, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 166/96 número 1293 del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC, el Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación de empresas dedicadas a la explotación de canteras de Bizkaia (Asecabi) contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia (el Servicio), de 6 de mayo de 1996, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra la sociedad mercantil Aridos Reunidos S.A. (Arusa), por considerar que la puesta en funcionamiento de este proyecto empresarial constituye una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de octubre de 1995, la Asociación de empresas dedicadas a la explotación de canteras de Bizkaia (Asecabi) presentó denuncia ante el SDC contra la sociedad mercantil Arusa, considerando que la puesta en funcionamiento del citado proyecto empresarial constituye una práctica prohibida por el artículo 1 LDC.

La denuncia se apoya en las siguientes consideraciones:

El proyecto originará inevitablemente una cooperación vertical entre las empresas del árido, cemento y hormigón, que inevitablemente restringirá la competencia de dichos productos en el mercado de Bizkaia.

El proyecto industrial constituye una ventaja comparativa para las empresas privadas partícipes, dada la presencia del Ente Vasco de la Energía (EVE) y la competencia del Gobierno Vasco en relación con la apertura de nuevas explotaciones, que deberán realizarse de acuerdo con lo que establezca el Plan de Zonas Canterables, pendiente de aprobación por la Administración Autonómica.

La participación en Arusa de empresas privadas que compiten entre sí en el mismo mercado propiciará una actuación concertada o paralela entre las mismas, amparadas por una decisión pública, al estar promovido su proyecto por el EVE.

2. El SDC, al amparo del artículo 36.2 LDC, llevó a cabo una información reservada, previa a la incoación del oportuno expediente, a fin de obtener datos sobre la creación de Arusa, la participación del EVE, las actividades que desarrolla y sus planes de futuro, así como sobre las actividades desarrolladas por las empresas privadas partícipes.

Asimismo el SDC solicitó de Asecabi la ampliación de la información relativa a la denuncia formulada.

3. La información facilitada por Asecabi señala que:
 - Por razones industriales, medioambientales y de ordenación del territorio la intervención administrativa en el sector de canteras tiene un importante significado económico, constituyendo una variable estratégica para las empresas del sector. La presencia de una sociedad pública como el EVE, jerárquicamente dependiente del órgano competente para el otorgamiento de las licencias, falsea la posición competitiva de las empresas del sector y constituye una ventaja competitiva de primera magnitud en favor de las empresas privadas que participan en Arusa.
 - La gestación del proyecto Arusa se ha caracterizado por su falta de transparencia, no posibilitando la participación igualitaria de las empresas del sector. Esta actuación discriminatoria adquiere especial significado en términos de mercado dado que con el proyecto de Arusa se da solución al suministro de las empresas privadas partícipes.
 - No se conocen las razones que justifican la presencia del EVE en el proyecto, sosteniendo Asecabi que no existe interés público que justifique su presencia en esta actividad industrial.

- El interés de las empresas privadas partícipes podría derivarse de la relación privilegiada de uno de los socios con la administración pública.
- La participación de empresas competidoras entre sí en un nuevo proyecto permite pensar razonablemente que puede restringir o falsear la competencia entre ellas ya que, sin necesidad de celebrar acuerdo alguno, podrán desde los órganos de la futura sociedad decidir, realizar o recomendar prácticas o comportamientos anticompetitivos a sus matrices.

4. La información facilitada por el EVE pone de manifiesto lo siguiente:

- El interés del Gobierno vasco en el sector extractivo responde a la proliferación de quejas por el incumplimiento de la normativa técnica, específicamente en materia de medio ambiente, de las explotaciones existentes; a la siniestralidad del sector; al carácter obsoleto de algunas instalaciones y a su limitada tecnología; así como a la conveniencia de garantizar una disponibilidad de áridos que permita atender la demanda previsible, evitando su desplazamiento fuera de la Comunidad Autónoma.
- A tal efecto, el proyecto Arusa permite atender a los criterios de localizar una nueva explotación diseñada de acuerdo con las normativas mineras, de seguridad y medioambientales más avanzadas, incorporando equipos eficientes (que han obtenido una subvención de 200.000 ECU con cargo al programa Thermie de la C.E.), así como proceder al cierre de las explotaciones de los tres socios privados, contemplándose niveles de producción similares a los mismos.
- Hormigones Vascos S.A. y Cementos Lemona S.A., interesados en el desarrollo de proyectos sustitutivos de sus explotaciones en las canteras "Peñasca" y "Mina Primitiva", manteniendo tanto la capacidad productiva como los puestos de trabajo, se pusieron en contacto por separado con el EVE, contactos que dieron lugar a la formación de un grupo de trabajo que analizara emplazamientos alternativos en el área de Bilbao metropolitano y su zona de influencia.

A la vista de los estudios realizados se decidió apoyar un proyecto de explotación en la zona de Galdames, encargándose un estudio de detalle a una consultora especializada, constituyéndose, finalmente, la sociedad Arusa.

Desde el primer momento quedó explícitamente excluida la participación de la sociedad resultante de los estudios que se estaban realizando, del campo de los hormigones y del cemento.

- A partir de 1993 se inició la presentación de solicitudes a las autoridades competentes, avanzando en la definición del proyecto y estimándose que podría comenzar la producción en los últimos meses de 1996.

5. La información facilitada por Arusa permite añadir a lo señalado lo siguiente:

- La incorporación de Hormigones Cavia S.A. se basó en el hecho de que, además de asumir los objetivos de Arusa, era titular de la cantera "Lancha" cuya explotación ocupa parte del área de desarrollo del proyecto de Arusa.

- Las cuotas en el mercado de áridos de Vizcaya de las empresas partícipes en Arusa han sido las siguientes:

1990	20,23%
1991	18,92%
1992	20,67%

6. A la vista de la información obtenida, el Director General de Defensa de la Competencia adoptó el Acuerdo de archivar el expediente por estimar que no concurrían prácticas prohibidas de la LDC.

El Acuerdo de archivo tiene como fundamento la siguiente valoración jurídica:

- Las decisiones o acuerdos de las Administraciones Públicas del País Vasco sobre concesiones o denegaciones de licencias o autorizaciones de los proyectos referidos son actos administrativos impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

- Asecabi denuncia unos posibles hechos, que aún no se han producido, tratando de evitar daños futuros, basados en posibles relaciones privilegiadas derivadas de ser partícipe en Arusa el EVE.

7. El 25 de mayo Asecabi interpuso recurso contra el Acuerdo de archivo presentándolo en el Gobierno Civil de Vizcaya quien lo remitió al TDC donde tuvo entrada el 5 de junio siguiente. En esa misma fecha el

Secretario del Tribunal solicitó al Servicio la remisión del expediente y del informe previsto en el artículo 48.1 de la L.D.C. El Servicio, mediante escrito de 14 de junio, comunicó que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 10 días establecido en el artículo 47 de la norma citada y que se ha acreditado poder bastante por parte de la persona que lo presentó. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones.

8. Puesto de manifiesto el expediente a la recurrente, a Arusa, a Cementos Lemona S. A., a Hormigones Cavia S.A. y al EVE para que formularan alegaciones, el trámite fue evacuado por Asecabi y el EVE.
9. Asecabi se ratifica en sus anteriores manifestaciones. Añade en pro de su tesis la STS de 10 de octubre de 1989, según la cual las actuaciones empresariales públicas deben estar justificadas porque convengan al interés público, criterio que debe mantenerse en los supuestos de participaciones empresariales públicas minoritarias.
10. El EVE se ratifica en sus manifestaciones anteriores. Añade que la participación del EVE no supone ningún compromiso adicional al de su aportación empresarial y que la pretensión de la denunciante presume injustamente un comportamiento ilícito de las autoridades competentes que carece de fundamento. Finaliza señalando que la sujeción de la actuación administrativa al control de legalidad abre la vía a la corrección jurisdiccional de tales hipotéticas conductas.
11. Y por último, en fecha 19 de agosto Asecabi presenta un escrito, afirmando que:
 - Ha tenido conocimiento de la firma de un contrato entre Arusa y el Ayuntamiento de Galdames por el que la primera dispondrá de bienes de titularidad municipal para el desarrollo de su actividad.
 - Que Asecabi se ha personado ante el Ayuntamiento solicitando se le dé traslado del correspondiente expediente.
 - Que tras su lectura y análisis concluye que la presencia del EVE ha sido determinante para la cesión de terrenos municipales a Arusa, confirmando que tal presencia distorsiona la competencia.

A la vista de lo cual solicita que el TDC se dirija al Ayuntamiento mencionado requiriendo el informe municipal en que constan los criterios para la adjudicación de Arusa de bienes municipales, a fin de valorar la posible vulneración de las normas de la competencia.

12. Son interesados:
- Asociación de Empresas dedicadas a la explotación de canteras de Bizcaia (Asecabi).
 - Aridos Reunidos S.A.
 - Cementos Lemona S.A.
 - Hormigones Vascos S.A.
 - Hormigones Cavia S.A.
 - Ente Vasco de la Energía (EVE)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Arusa es una sociedad mercantil participada por las empresas privadas Cementos Lemona S.A. (30%), Hormigones Vascos S.A. (30%), Hormigones Cavia S.A. (19%) y por el EVE (21%).

De conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 12/1983, de 22 de junio de 1983, de principios ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, no tiene el carácter de sociedad pública, ya que el citado precepto exige para otorgar dicha calificación la participación mayoritaria de la Administración en el capital social, circunstancia que no concurre en el presente caso.

La participación minoritaria del EVE en el capital social de Arusa trae causa del Decreto 658/1991, de 3 de diciembre, del Gobierno Vasco, dictado en aplicación del artículo 44.2 de la Ley 14/1983, de 27 de julio de 1983, reguladora del Patrimonio de Euskadi, aprobada en el ejercicio de las competencias previstas en el Estatuto de Autonomía de la mencionada Comunidad Autónoma (art. 10.7).

Se trata, por tanto, de un acto administrativo, cuya adecuación o inadecuación al ordenamiento jurídico es competencia de los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos.

2. Como se ha señalado, la conducta que se imputa al EVE de participar accionarialmente en Arusa goza, en principio, de amparo legal.

Sin embargo ello no significa que el EVE no pueda ser considerado como operador económico y, como tal estará sometido a la Ley de Defensa de la Competencia si se acredita que en relación con Arusa ha realizado prácticas anticompetitivas.

3. La sociedad Arusa tiene como objeto social la explotación, preparación y comercialización de rocas industriales, principalmente calizas, para su utilización como áridos.

Los áridos constituyen un producto cuya obtención se encuentra condicionada por factores tales como son el agotamiento de las canteras en explotación y la existencia o no de canteras sustitutivas de las ya agotadas. De existir éstas, su explotación se encuentra sujeta a condicionantes de carácter medioambiental, industrial y de ordenación del territorio.

Tales circunstancias pueden dar lugar a que la puesta en funcionamiento de una nueva explotación altere las condiciones de competencia en un mercado geográfico determinado.

Las empresas partícipes en Arusa han venido desarrollando la actividad extractiva de áridos alcanzando una cuota del mercado de dicho producto en Bizcaia que, en 1992, ascendió al 20,67%.

Ahora bien, atendiendo a la información aportada, las ventas de calizas procedentes de las canteras citadas ascendió en 1992 a 467.728 Tm.. Por su parte, las previsiones de producción de la cantera de Galdames, según el proyecto de explotación aportado al expediente, oscila entre 1,05 y 2,1 millones de Tm/año. De lo que se desprende que la sustitución de las canteras que se cierran por la nueva cantera de Arusa puede suponer un incremento de la producción que oscile entre algo más del doble y casi el quintuplo de la existente.

De esta información se desprende que la constitución de Arusa y la puesta en funcionamiento de la cantera de Galdames pueden producir efectos relevantes en el mercado de áridos de Bizkaia e, indiciariamente, dar lugar a distorsiones de la competencia en el mismo. Estas circunstancias no han sido objeto de valoración en el informe del Servicio y por ello el Tribunal debe, en este aspecto, estimar el recurso presentado, aunque sin prejuzgar lo que pueda derivarse de una investigación suficiente.

4. Los áridos son además una materia prima necesaria para la elaboración de productos derivados como cementos y hormigones, entre otros, así como para actividades relacionadas con el sector de la construcción, que también son realizadas por las empresas matrices partícipes en el capital social de Arusa.

En alguna de estas industrias, como es el caso de la del cemento, la Comisión Europea ha señalado (Decisión de 30 de Noviembre de 1994) que se caracteriza porque "... las fábricas de cemento se encuentran, por

lo general, cerca de las fuentes de las materias primas, debido al elevado coste de transporte de esos productos pesados. La proximidad entre las fábricas de cemento y los consumidores es también un dato significativo". Y añade la Comisión que "... la mayoría de los productores europeos están integrados verticalmente. En efecto, además de controlar la fuente de las materias primas, poseen, en el otro extremo de la cadena de empresas de hormigón preparado y de productos prefabricados de hormigón, que utilicen el cemento, y controlan, directa o indirectamente, la mayor parte de las empresas de transporte de cemento; todo ello les permite ejercer una influencia sobre el comportamiento de la demanda".

La creación de Arusa como empresa en común participada por matrices independientes que continúan operando no sólo en el mismo mercado en el que desarrolla su actividad la empresa en participación, sino también en mercados que utilizan dicha materia prima para la elaboración de otros productos podría ser considerada, al menos indiciariamente, como una operación que puede tener por objeto la coordinación del comportamiento competitivo de las citadas empresas, siendo susceptible en tal caso de restringir la competencia. El informe del Servicio tampoco ha analizado esta cuestión razón por la cual el Tribunal estima que debe revocarse el Acuerdo de archivo a fin de que tras la oportuna investigación pueda llegarse a conclusiones sobre en qué medida puede resultar afectada la competencia, conclusiones que en este momento no se prejuzgan.

5. La Comisión Europea se ha pronunciado también sobre si los intercambios de información entre empresas restringen o no la competencia (comunicación de 29 de julio de 1968). El intercambio de información sobre producción y ventas entre competidores, carácter que concurre en las empresas partícipes en Arusa, puede, en determinadas condiciones (mercados oligopolísticos, ausencia de beneficios a los consumidores) constituir una práctica restrictiva de la competencia.

Ante los requerimientos del Servicio, Arusa ha facilitado información de sus matrices sobre tales extremos. Y, aunque la información facilitada sobre producción y ventas puede considerarse "histórica" y no afectar a la competencia, constituye un indicio de la posibilidad de que se hayan producido intercambios de información susceptibles de restringir la competencia, cuestión que debe ser investigada por el Servicio.

6. El escrito presentado el 19 de agosto por Asecabi concluyendo que, en su opinión, la presencia del EVE ha sido determinante para la cesión de terrenos municipales a Arusa, constituye un hecho nuevo que no puede ser apreciado en el trámite de recurso, sin perjuicio de que dicha información se remita al Servicio de Defensa de la Competencia para su investigación.

7. De lo actuado se desprenden indicios sobre posibles restricciones a la competencia derivadas de que la constitución de Arusa por empresas que compiten entre sí en el mercado, y la puesta en funcionamiento de la cantera de Galdames, pueden constituir una coordinación ilegítima del comportamiento competitivo de las empresas, restringir la competencia en el mercado de áridos, o implicar intercambios de información prohibidos.

Sólo después de investigar los extremos mencionados será posible determinar si corresponde o no imputar la comisión de prácticas restrictivas a las empresas partícipes en Arusa, y que el Tribunal adopte, en su caso, las medidas correctoras previstas en la Ley de Defensa de la Competencia.

En definitiva, habría que analizar si la constitución de Arusa constituye una concentración mediante la constitución de una filial común, o bien tiene fines cooperativos. Dependiendo del mercado geográfico relevante que se delimite, los efectos pueden ser diferentes, pero en todo caso tales extremos deben ser investigados por el Servicio.

Por ello, se interesa del Servicio que incoe expediente, continúe la investigación y, proceda en consecuencia.

8. La revocación del archivo acordado por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia no tiene la consideración de acto definitivo que pone fin a un procedimiento, sino que, por el contrario, produce el efecto de la continuación del mismo por el Servicio de Defensa de la Competencia.

Por otra parte, en el curso de dicho procedimiento los interesados podrán intervenir presentando las alegaciones y proponiendo las pruebas que a su derecho convengan, tanto en la fase procesal que se desarrolla ante el Servicio de Defensa de la Competencia, como, en su caso, en la que tiene lugar ante el Tribunal.

Así pues, dado que la resolución del presente recurso no pone fin al procedimiento ni causa indefensión a los interesados, no podrá ser objeto de recurso contencioso-administrativo en esta fase procesal.

VISTO cuanto antecede, el Tribunal

RESUELVE

1. Estimar el recurso interpuesto en nombre de la Asociación de Empresas dedicadas a la explotación de canteras de Bizkaia contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 6 de mayo de 1996 por el que se archivan las actuaciones que tuvieron su origen en el escrito presentado por la recurrente contra Arusa, el Ente Vasco de la Energía, Cementos Lemona S.A., Hormigones Cavia S.A. y Hormigones Vascos S.A. y revocar parcialmente el archivo.
2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados en los términos indicados en los Fundamentos de Derecho tercero, cuarto y quinto y, en su caso, la formulación del pliego de concreción de hechos que podrían ser constitutivos de infracción de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber a éstos que contra la citada Resolución no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su momento, proceda contra la Resolución definitiva de este Tribunal.