

Tribunal de Defensa de la Competencia

I N F O R M E

**EXPEDIENTE DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA
C 75/02 ACCIONA/TRASMEDITERRÁNEA**

NOTIFICANTE: ACCIONA, SA.

**OBJETO: TOMA DE CONTROL DE TRASMEDITERRÁNEA, S.A. POR
PARTE DE ACCIONA, S.A..**

EMPRESA NOTIFICANTE: ACCIONA, SA.

OBJETO: TOMA DE CONTROL DE **TRASMEDITERRÁNEA, S.A.** POR PARTE DE ACCIONA, S.A..

ÍNDICE

| | | |
|---|------|-----------|
| | | 3 |
| 1. ANTECEDENTES | | 3 |
| 1.1. Remisión al Tribunal | | 3 |
| 1.2. Recepción del Expediente y Actuaciones del Tribunal..... | | 3 |
| 1.3. Alegaciones de los notificantes..... | | 4 |
| 1.4. Alegaciones de terceros..... | | 6 |
| 1.4.1. Alegaciones de Fred Olsen. | | 6 |
| 1.4.2. Alegaciones de Naviera Pinillos. | | 7 |
| 1.4.3. Alegaciones de la Conferencia Marítima de Fletes Península-Canarias-Península. | | 7 |
| 1.4.4. Alegaciones de Flota Suardiaz. | | 8 |
| 2. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN | | 9 |
| 2.1. Antecedentes a la presente operación: proceso de privatización de TRASMEDITERRÁNEA. | | 9 |
| 2.2. Descripción de la operación | | 9 |
| 3. EMPRESAS PARTICIPANTES EN LA OPERACIÓN. | | 11 |
| 3.1. Sociedad adquirente: ACCIONA, S.A. | | 11 |
| 3.2. Sociedad adquirida: TRASMEDITERRÁNEA, S.A. | | 12 |
| 4. MERCADOS DONDE DESARROLLAN SU ACTIVIDAD LAS EMPRESAS PARTÍPIPES | | 15 |
| 4.1. Mercado de la construcción..... | | 15 |
| 4.2. Mercado del transporte marítimo de cabotaje. | | 16 |
| 4.3. Marco legal..... | | 17 |
| 4.4. Transporte de mercancías..... | | 17 |
| 4.5. Transporte de pasajeros y vehículos..... | | 20 |
| 4.6. Prestación de servicios portuarios | | 20 |
| 4.7. Mercado financiero. | | 20 |
| 5. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY 16/1989. | | 21 |
| 5.1. Adquisición de control | | 22 |
| 5.2. Conclusión..... | | 32 |
| 6. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA: RESUMEN Y CONCLUSIONES. | | 32 |
| DICTAMEN | | 35 |

OBJETO: TOMA DE CONTROL DE TRASMEDITERRÁNEA, S.A. POR PARTE DE ACCIONA, S.A..

1. ANTECEDENTES

1.1. Remisión al Tribunal

El día 27 de septiembre de 2002 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante Tribunal) el expediente relativo a la operación de concentración económica referenciado por el Servicio de Defensa de la Competencia como N-247 ACCIONA/TRASMEDITERRÁNEA. La Dirección General de Defensa de la Competencia remitió este expediente referente a la operación de concentración económica notificada por la empresa ACCIONA, S.A. (en adelante ACCIONA) al Tribunal por orden del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía, con objeto de que, siguiendo las disposiciones del artículo 15.bis.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, aquel emita el preceptivo Informe.

Esta operación fue notificada ante el Servicio de Defensa de la Competencia el día 23 de agosto de 2002 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, desarrollada, en materia de concentraciones, por el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre.

Sobre la base del art. 15.bis de la citada Ley 16/1989, el Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía remitió al Tribunal el citado proyecto de concentración económica, por considerar que éste podría obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. El Tribunal ha de dictaminar al respecto en el plazo máximo de dos meses, previa audiencia, en su caso, de los interesados. Para ello deberá elaborar un Informe, cuyo contenido regula el art.16 de la Ley 16/1989.

1.2. Recepción del Expediente y Actuaciones del Tribunal.

El Tribunal ha referenciado el expediente como C75/02 TRASMEDITERRÁNEA/ ACCIONA, designándose, de conformidad con lo establecido por el art. 14.1 del Real Decreto 1.443/ 2001, de 21 de diciembre, una Comisión para elaborar la ponencia que ha de servir de base al informe del Tribunal. La Comisión se ha formado con el Vocal del Tribunal Sr.D. Javier Huerta Trolèz y la Sra. Dña. Celia Pérez Ibáñez, Subdirectora General de Estudios, en calidad de Secretaria de la Comisión.

Con objeto de que los diferentes operadores económicos del sector, que puedan verse afectados por la operación de concentración, pudieran presentar sus alegaciones a la misma ante el Tribunal, se elaboró una Nota Sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente. Tal y como se regula en el art. 14.2 del citado Real Decreto 1.443/2001 ésta fue puesta en conocimiento de los notificantes para que pudieran manifestarse sobre la existencia o no de información confidencial en el contenido de dicha Nota. Una vez manifestada su conformidad con la misma ésta fue remitida a competidores, clientes, asociaciones del sector y asociaciones de consumidores.

Cabe destacar la solicitud por parte de las empresas Fred Olsen S.A. (en adelante Fred Olsen), Naviera Pinillos, S.A. (en adelante Naviera Pinillos), Flota Suardiaz, S.A. (en adelante Flota Suardiaz) y Conferencia Marítima de Fletes Península-Canarias-Península de que el Tribunal les otorgara, en el marco del procedimiento de actuación del expediente, la condición de parte interesada. El Tribunal resolvió en sendos Autos positivamente sobre dichas solicitudes. La solicitud de tal condición fue comunicada a los notificantes, para que pudieran alegar al respecto, recordándoles también el Tribunal la posibilidad de solicitar la confidencialidad de ciertos datos contenidos en el expediente. Tras la respuesta de los notificantes el Tribunal resolvió declarar confidenciales determinados documentos, formando con ellos pieza separada del expediente, tal y como regula el art. 53 de la Ley 16/1989.

El Tribunal llevó a cabo un requerimiento de información a todas las empresas navieras que operaban en el sector, información que fue remitida por todas en tiempo y forma.

1.3 Alegaciones de los notificantes.

ACCIONA centra buena parte de su escrito de alegaciones finales en la argumentación y prueba de la alta contestabilidad de los mercados en los que opera TRASMEDITERRÁNEA. En este sentido, destaca la inexistencia de ninguna barrera significativa a la entrada de competidores y el gran número de los mismos. Muestra, asimismo, las frecuentes entradas y salidas de operadores, que alteran significativamente el panorama competitivo cada año. Asimismo, indica que el sector naviero es un sector plenamente liberalizado desde hace años. Estos argumentos se resumen a continuación.

1.- No existen barreras de carácter administrativo para la entrada de empresas en el mercado. Aunque para operar ciertas líneas regulares normalmente es necesaria la obtención de una autorización administrativa, este tipo de autorizaciones no constituye un obstáculo a la entrada en el mercado. El otorgamiento se produce de forma reglada y prácticamente automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable, sin que exista un cupo máximo del número de empresas navieras que pueden operar en cada línea.

2.- La obtención de la autorización no requiere ningún tipo de inversión específica, ni tampoco se exige a los solicitantes requisitos financieros especiales: una sociedad limitada, con un capital mínimo de 3.000 euros puede solicitar una autorización de línea regular, sin tener que cumplir ningún requisito financiero adicional. No es necesario que los buques adscritos a la línea tengan abanderamiento en España y tampoco se requiere disponer de más de un buque para cada línea regular. Pueden solicitarse autorizaciones para operar líneas con carácter estacional. No se exigen fianzas o avales que no se refieran al mero cumplimiento de las obligaciones derivadas de los pagos a la seguridad social y los costes portuarios.

3.- Los operadores pueden sin dificultad destinar un mismo buque a varias líneas regulares o sustituir un buque por otro sin necesidad de obtener ningún tipo de autorización previa. También pueden, simplemente, ampliar las rutas de los buques para cubrir varias líneas, o incluso sustituir, suprimir, o incluir hasta el 20% de los puertos comprendidos en la línea.

4.- Son muy numerosos los casos en los que las navieras amplían las rutas abriendo nuevas escalas. En otras ocasiones, las navieras amplían sus servicios adquiriendo buques de segunda mano o simplemente subcontratan la capacidad. También es frecuente la creación de líneas regulares “indirectas” mediante la combinación de dos líneas regulares con o sin trasbordos y cambio de buque en una isla intermedia.

Por otra parte, el notificante muestra que en todas las líneas relevantes en las que coinciden TRASMEDITERRÁNEA y NAVIERA ARMAS, por una parte o TRASMEDITERRÁNEA y PITRA/UMAFISA, por otra parte, también están presentes otras empresas navieras.

En contra de la afirmación contenida en el Informe del Servicio de que TRASMEDITERRÁNEA y UMAFISA/PITRA sólo coinciden en la ruta formada por las diversas líneas de transporte regular de pasaje que unen

la Península con la isla de Ibiza, el notificante expone que, actualmente, compiten en esta ruta “Península-Ibiza cuatro operadores: TRASMEDITERRÁNEA, PITRA/UMAFISA, BALERARIA e ISCOMAR. A corto plazo se prevé la entrada de otro operador BOMAR LÍNEAS MARÍTIMAS en la línea Torrevieja (Alicante)-Ibiza y el reforzamiento de ISCOMAR que ha anunciado la apertura de una nueva línea de carga y pasaje entre Barcelona e Ibiza .

Asimismo, contradicen la afirmación recogida en el Informe del Servicio referente a que sólo estarían presentes TRASMEDITERRÁNEA y NAVIERA ARMAS en las líneas “Gran Canaria-Lazarote” y “Gran Canaria-Fuerteventura”. En estas dos líneas, la naviera FRED OLSEN estuvo presente hasta año el 2000. Además, la cuota de mercado que alcanzó FRED OLSEN durante dicho período en esta línea fue incluso superior a la de TRASMEDITERRÁNEA. No obstante, en el año 2001 abandonó voluntariamente esta ruta dada la escasa demanda y el carácter marginal del tráfico. También, el Informe del Servicio parece sugerir que en determinadas líneas de transporte de carga con origen o destino en Gran Canaria sólo estarían presentes TRASMEDITERRÁNEA Y NAVIERA ARMAS. Sin embargo, todas las líneas con origen o destino Gran Canaria, concurren, además de TRASMEDITERRÁNEA y NAVIERA ARMAS al menos otras tres compañías navieras de primera línea.

Finalmente, ACCIONA sostiene que el transporte aéreo constituye una alternativa real para el usuario frente al transporte marítimo de alta velocidad, tanto en términos de duración del trayecto, frecuencias, precio tipo de servicio y fiabilidad de los horarios.

1.4. Alegaciones de terceros.

1.4.1. Alegaciones de Fred Olsen.

La operación de concentración notificada no debe suponer el reforzamiento o la creación de ninguna posición de dominio ni, por tanto, ha de dificultar el mantenimiento o el desarrollo de la competencia efectiva en los mercados afectados al no participar ACCIONA de forma relevante en los mercados afectados por la operación.

No obstante lo anterior, tal y como advierte igualmente el Servicio de Defensa de la Competencia en su informe, la operación puede plantear problemas. Estos problemas están derivados de la participación accionarial en el consorcio, y en su Consejo de Administración, de empresas con intereses en el mismo mercado en el que opera la

sociedad adquirida, lo que les permitirá disponer de toda la información sobre la gestión y actuación estratégica de TRASMEDITERRÁNEA, facilitando con ello la realización de acuerdos y comportamientos anticompetitivos.

Como conclusión, Fred Olsen manifiesta que la presencia de NAVIERA ARMAS, S.A. en el accionariado del consorcio adquirente de TRASMEDITERRÁNEA obstaculizará el mantenimiento de la competencia efectiva en el tráfico marítimo de pasajeros y carga en el ámbito canario especialmente en aquellas rutas de transporte que llegan a las islas orientales (Lanzarote y Fuerteventura), monopolizadas de hecho por una y otra compañía.

En consecuencia, no podrá autorizarse la operación sin establecer condiciones que supongan bien la desaparición de NAVIERA ARMAS del accionariado del consorcio, bien el abandono por parte de ésta de las rutas en las que ostenta una posición de monopolio compartido con TRASMEDITERRÁNEA.

1.4.2. Alegaciones de Naviera Pinillos.

Naviera Pinillos considera que, en términos generales, la operación de concentración no presenta problemas para el mantenimiento de una competencia efectiva en la mayoría de los mercados afectados.

La Concentración planteada refuerza de manera significativa la posición de TRASMEDITERRÁNEA, así como la de las empresas vinculadas a ésta a través de su participación en el Consorcio, en los mercados de transporte marítimo interinsular canario, Península-Islas Baleares e Interinsular Balear. La operación puede llevar a un reforzamiento de la posición de la empresa resultante de la concentración en dichos mercados y a unos efectos de cierre para el resto de competidores reales o potenciales.

1.4.3. Alegaciones de la Conferencia Marítima de Fletes Península-Canarias-Península.

En el mercado de transporte de mercancías de línea regular entre la Península y las Islas Canarias, aunque la Compañía Trasmediterránea (de momento la única empresa del consorcio que desarrolla dichos tráficos) cuenta con una cuota de mercado estimada del 28%, su posición resulta reforzada al pasar a controlar el consorcio en el que se integra gran parte de los tráficos interinsulares.

Especialmente significativo a este respecto es el dato de que en los últimos cinco años no se han producido entradas de nuevos operadores en los tráficos de línea regular de mercancías entre la Península y las Islas Canarias, antes al contrario han desaparecido algunos operadores y otros atraviesan diversas situaciones de crisis empresarial.

En el mercado de la prestación de servicios portuarios de carga y descarga, en el que Trasmediterránea está presente en las siguientes terminales: Terminal de Carga Rodada (50%), Terminal de Valencia (50%), Terminal Polivalente de Cádiz (37,50%) y Terminal de las Palmas (con Naviera SUARDIAZ) y ACCIONA está presente en las terminales de los puertos de Algeciras y de la Luz y de Las Palmas, también se refuerza la posición de la empresa resultante, especialmente por lo que se refiere a los tráficos con origen o destino en la isla de Gran Canaria.

Por último, señala la posibilidad de que se produzcan intercambios de información estratégica entre las navieras que forman parte de la empresa resultante de la concentración, las cuales se integrarán presumiblemente en el consejo de administración y en los órganos de gestión e Trasmediterránea. Existe, por tanto, el riesgo de un intercambio de información entre empresas competidoras así como de que una de estas empresas tenga acceso a información privilegiada de su principal competidor.

1.4.4. Alegaciones de Flota Suardiaz.

La evaluación de la operación debe atender a la titularidad simultánea de participaciones en empresas competidoras por ciertos accionistas del consorcio.

La evaluación lógicamente no debe limitarse a determinar o constatar la existencia, creación o reforzamiento de posiciones de dominio sino que también, especialmente, debe atender a la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, analizando la competencia ya instalada (intensa característica de mercados maduros), la competencia potencial (escasa por contraste del anterior parámetro), las barreras de entrada en el mercado (elevadas: inversión, autorización administrativa, mercado maduro) y el poder compensatorio de la demanda (muy debilitada por su dispersión y nulo poder de negociación).

2. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN.

2.1. Antecedentes a la presente operación: proceso de privatización de TRASMEDITERRÁNEA.

El proyecto de concentración constituye la culminación del proceso de privatización de TRASMEDITERRÁNEA por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Este proceso comenzó el 2 de octubre de 2001 cuando el Consejo de Administración de la SEPI aprobó la lista de entidades a convocar para el concurso de asesor financiero que finalmente resultó ser Santander Central Hispano Investement¹.

El 5 de marzo de 2002 tras la comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) del inicio de los contactos con los posibles interesados, la SEPI remitió los Cuadernos de Venta junto con las Bases del procedimiento de licitación al concurso a 51 potenciales oferentes.

Tras la recepción de diez ofertas no vinculantes, la SEPI remitió a los candidatos las bases de presentación de las ofertas vinculantes donde se especificaban los requisitos mínimos que debían cumplir así como los criterios de valoración y la ponderación asignada al precio y al plan industrial.

El 10 de junio de 2002, plazo límite para la presentación de ofertas finales, SEPI recibió seis ofertas, todas ellas vinculantes. Finalmente, el 30 de julio de 2002 el Consejo de Administración de SEPI seleccionó la oferta del consorcio liderado por ACCIONA.

2.2. Descripción de la operación

La operación consiste en la adquisición del 100% de las acciones de TRASMEDITERRÁNEA a través de una Oferta Pública de Adquisición de Acciones (OPA) por parte de varias empresas agrupadas en un consorcio. (en adelante el “Consortio”). Los porcentajes de participación en el Consortio son los siguientes:

¹ Tras la incorporación al Consejo de Administración de BSCH de personas con intereses en distintas ofertas de adquisición se selecciona como nuevo asesor a JP Morgan Chase.

| Compañía | % participación en el Consorcio |
|---|--|
| Acciona, S.A. Sociedad Constructora Ferroviaria, S.A. | 55,0% |
| Grupo Aznar Compañía de Remolcadores Ibaizabal | 10,0% |
| Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) | 15,0% |
| Grupo Matutes Agrupación Hotelera Doliga Suministros Ibiza | 12% 9,6% 2,4% |
| Grupo Armas Naviera Armas, S. A. | 8,0% |
| Total | 100,0% |

Fuente: notificación al SDC

Con el fin de regular las relaciones entre sí, los socios agrupados en el Consorcio han firmado un Acuerdo donde se estipula, entre otros extremos, la forma de gobierno de TRASMEDITERRÁNEA.

En particular, dicho Acuerdo establece que el Consejo de Administración, incluido el Presidente, constará de 12 consejeros designados por los socios en la siguiente proporción:

- 7 designados por Sociedad Constructora Ferroviaria (ACCIONA).**
- 1 designado por Compañía de Remolcadores Ibaizabal.**
- 4 consejeros designados por CAM, Grupo Matutes y Grupo Armas.**

Las decisiones del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros asistentes, siendo el voto del Presidente dirimente en caso de empate, a excepción de las relativas a Materia Reservada que se adoptarán con el voto favorable de 8 consejeros.

Para la gestión diaria de la compañía se crea una Comisión Ejecutiva que estará formada por:

- 2 consejeros designados por Sociedad Constructora Ferroviaria (ACCIONA).**
 - 1 consejero designado por Compañía de Remolcadores Ibaizabal.**
 - 2 consejeros designados por CAM, Grupo Matutes y Grupo Armas.**
- El presidente de la Comisión será nombrado por ACCIONA y su voto será dirimente.**

Los acuerdos en el seno de la Comisión Ejecutiva se adoptarán por mayoría de sus miembros, salvo para los asuntos referentes a Materia Reservada que será necesario el voto favorable de 4 de sus miembros.

La compraventa está condicionada a la autorización por el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo Consultivo de Privatizaciones, la autorización de la CNMV de la OPA y la autorización por las Autoridades de Defensa de la Competencia.

3. EMPRESAS PARTICIPANTES EN LA OPERACIÓN.

3.1. Sociedad adquirente: ACCIONA, S.A.

ACCIONA S.A. es una sociedad anónima titular del 100% del capital social de la empresa SOCIEDAD CONSTRUCTORA FERROVIARIA S.A. "SCF". Entidad que ha suscrito el acuerdo objeto de la presente notificación.

ACCIONA, S.A. ("ACCIONA") es la sociedad cabecera de un grupo empresarial presente en diversos sectores económicos (el "Grupo ACCIONA"). Los datos facilitados en relación con el Grupo ACCIONA engloban las informaciones relativas a SCF.

La principal actividad del Grupo ACCIONA es el negocio de la construcción, actividad que canaliza básicamente a través de su empresa participada NECSO S.A. ACCIONA desarrolla actividades en todas las etapas del proceso de construcción, desde la concepción de un proyecto hasta la ingeniería, financiación, construcción y mantenimiento. Esta actividad se centra especialmente en el ámbito de la obra civil (carreteras, obras hidráulicas, ferrocarriles, obras marítimas, etc) y de la edificación (viviendas, locales comerciales, garajes, residencias de tercera edad, hoteles, etc.).

Además de su negocio constructor ACCIONA también está presente, a través de diversas empresas participadas, en actividades relacionadas con los servicios urbanos (explotación de plazas de aparcamiento y limpieza urbana), el medio ambiente (gestión y tratamiento de residuos sólidos, gestión integral del agua y ejecución y mantenimiento de jardines y parques), la gestión de infraestructuras en régimen de concesión administrativa (gestión y explotación de autopistas de peajes y ferrocarriles, la ingeniería civil (estudios y proyectos relativos a infraestructuras viarias, ferroviarias, aeroportuarias e hidráulicas) y la energía (instalación y explotación de parques eólicos y cogeneración de

energía). Asimismo, ACCIONA realiza actividades inmobiliarias (venta y alquiler de viviendas y locales de negocio) a través e su empresa participada NECSO INMOBILIARIA S.A.

Recientemente, el grupo ACCIONA también ha comenzado a desarrollar actividades logísticas (almacenaje, transporte por carretera y distribución) y de “handling” a través de diversas empresas participadas. La presente operación de concentración se enmarcan dentro de este nuevo sector de actividades que el Grupo ACCIONA desea potenciar en el contexto de su política de diversificación empresarial.

El volumen de ventas del Grupo ACCIONA en los tres últimos ejercicios económicos ha sido el siguiente:

Cuadro nº 1. VOLUMEN DE VENTAS DE ACCIONA. AÑOS 1999-00-01. Millones €

| | 1999 | 2000 | 2001 |
|----------------------|----------------|----------------|----------------|
| Mundial | 2.557,5 | 2.873,0 | 3.025,8 |
| Unión Europea | 2.250,6 | 2.415,8 | 2.478,6 |
| España | 2.165,9 | 2.333,3 | 2.357,9 |

Fuente: Notificación al SDC.

3.2. Sociedad adquirida: TRASMEDITERRÁNEA, S.A.

TRASMEDITERRÁNEA fue constituida el 25 de noviembre de 1916 como resultado de la fusión de cuatro compañías armadoras (J.J. Dómine, Vicente Ferrer, Joaquín Tintoré y Enrique García), e inició sus actividades en enero de 1917 con una flota de 45 buques, haciéndose titular de las comunicaciones marítimas regulares entre la Península y Canarias, Península y Baleares, Península-Norte de Africa y Península-Guinea Ecuatorial.

En 1921 se firmó el primer contrato de Interés Público con el Estado Español, en virtud del cual la compañía tenía derecho a recibir subvenciones que equilibrasen sus resultados del perjuicio ocasionado por operar líneas de interés público que podrían no ser rentables. En el año 1930, tras la adquisición de la sociedad “Vapores Interinsulares Canarios”, la compañía comenzó a operar los servicios marítimos regulares entre las Islas Canarias, con extensión a la costa de Africa.

En su evolución, TRASMEDITERRÁNEA emprendió un importante plan de nuevas construcciones y, al mismo tiempo, adquirió otros buques de

segunda mano, con la finalidad de poder cubrir adecuadamente el papel que tenía asignado en las comunicaciones marítimas. Llegó a disponer de astilleros propios para llevar a cabo las obras de reforma, reparación y conservación de sus buques.

En 1978 el Estado adquirió una participación mayoritaria en la sociedad con el fin de garantizar la modernización de la compañía y sus servicios. TRASMEDITERRÁNEA pasó así a depender de la Dirección General del Patrimonio, del Ministerio de Hacienda, poseedora del 95% de las acciones. Ese mismo año las líneas pasaron a estar reguladas por el nuevo Contrato de Interés Público con el Estado, que presentaba modificaciones sustanciales respecto al anterior. En diciembre de 1997, expiró dicho Contrato. En enero de 1998 Trasmediterránea resultó adjudicataria de un nuevo Contrato para cubrir nuevas líneas, entre Península y Baleares, Península y Norte de Africa, y Cádiz y Canarias. La vigencia inicial del Contrato era de seis años, si bien finalmente tuvo una vigencia de cuatro.

Finalmente, en mayo de 2001 se produce la integración de la compañía en la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). El 2 de enero de 2002 expiró el Contrato con el Estado de 1998 y TRASMEDITERRÁNEA resultó adjudicataria de tres nuevos Contratos que cubren de forma diferenciada las líneas de las zonas de Baleares, Canarias y Estrecho y que tienen una vigencia de 5 años.

El GRUPO TRASMEDITERRÁNEA está formado por una sociedad matriz (COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A.) que desarrolla el grueso de la actividad y una serie de participaciones financieras en empresas vinculadas al transporte marítimo que realizan las siguientes actividades complementarias al negocio principal de la Compañía.

- Consignaciones
- Explotación de terminales de carga
- Mayorista de viajes
- Operaciones portuarias
- Explotación de actividad de cruceros
- Gestión del servicio portuario de tráfico de cruceros

Filiales y participadas

| Sociedad | % Participación Total |
|------------------------------|-----------------------|
| Compañía | |
| Trasmediterránea | |
| S.A. | |
| Naviera Mallorquina | 100 |
| S.A. | |
| Agencia Schembri, | 100 |
| S.A. | |
| Asesores Turísticos | 80 |
| del Estrecho S.A. | |
| T.C.R. S.A. | 50 |
| T.P.C. S.A. | 37,5 |
| Terpoval, S.A. | 50 |
| Marítima | 50 |
| Transhispánica de | |
| Servicios | |
| Naviera de Ceuta S.A. | 33,3 |
| A.M.T. S.A. | 42,5 |
| Spanish Cruise Line, | 33,3 |
| S.A. | |
| Creuers del Port de | 23 |
| Barcelona S.A. | |
| International Trade | 16,5 |
| Center Barcelona S.A. | |
| EIS Marítimo | 50 |

El volumen de ventas del GRUPO en los tres últimos ejercicios económicos ha sido el siguiente:

Cuadro nº 2. VOLUMEN DE VENTAS DEL GRUPO TRASMEDITERRÁNEA. AÑOS 1999-00-01. Millones €

| | 1997 | 1998 | 1999 |
|----------------------|--------------|------------|--------------|
| Mundial | 259,9 | 269 | 315,2 |
| Unión Europea | 259,9 | 269 | 315,2 |
| España | 259,9 | 269 | 315,2 |

Fuente: Notificación al SDC.

4. MERCADOS DONDE DESARROLLAN SU ACTIVIDAD LAS EMPRESAS PARTICÍPES.

4.1. Mercado de la construcción.

El Tribunal ha tenido ocasión de analizar este mercado con ocasión de la fusión de las empresas Entrecanales y Távora y Cubiertas y M.Z.O.V.² El sector de la construcción comprende dos subsectores: el de la edificación, que incluye la construcción residencial, la industrial, y la rehabilitación y el mantenimiento; y el de la obra civil, que comprende la construcción de carreteras, aeropuertos, obras hidráulicas, infraestructura ferroviaria, puertos y otras obras.

A diferencia del subsector de edificación, las características específicas del subsector de obra civil le hacen particularmente sensible a la concentración. Comenzando por el análisis de la demanda de este subsector, es necesario destacar sus dos principales características. En primer lugar, es de reseñar el elevado grado de concentración de la misma, constituida prácticamente en su totalidad por la licitación oficial. En segundo lugar, destaca la existencia de requisitos técnicos y económicos establecidos por las Administraciones públicas que han de cumplir los oferentes para poder participar en aquella.

A nivel agregado se puede afirmar que la demanda en el sector de la construcción, diversificada y dispersa, es abastecida por una oferta atomizada en la que coexisten un gran número de empresas pequeñas o medianas de ámbito local y regional junto a un reducido grupo de grandes empresas de ámbito nacional. Asimismo, existe un gran mercado de subcontratación de obras y los plazos de producción son habitualmente largos.

El mercado geográfico relevante para las actividades de construcción de obra civil puede considerarse todavía, en general, como el mercado nacional, aunque cobran importancia creciente las operaciones a nivel internacional.

No obstante, el hecho de que los productos finales no sean transportables, el elevado coste de transporte de la maquinaria, así como de los demás recursos, crea unas relaciones de dependencia entre las empresas constructoras y los suministradores locales, que unidas a otros factores como la existencia de numerosas reglamentaciones nacionales, por ejemplo, en relación con la

² Expte. C24/97.

cualificación de determinado personal especializado, o la fidelidad a la industria constructora española, son circunstancias que hacen que dicho mercado tenga carácter o ámbito nacional. Corrobora esta delimitación el hecho de que existe una reducida presencia de operadores comunitarios en el territorio español.

4.2. Mercado del transporte marítimo de cabotaje.

Se trata del mercado donde desarrollan su actividad la empresa adquirida y dos de los accionistas: Grupo Matutes y Grupo Armas. Aunque en el accionariado de TRASMEDITERRÁNEA aparecen las empresas Suministros Ibiza, S.A. y Agrupación Hotelera Dóliga, S.A., ambas forman parte del Grupo de Empresas Matutes que, entre las diversas actividades que desarrolla, destaca la del transporte marítimo de mercancías y pasajeros entre la Península y Baleares y dentro del archipiélago.

Desde la perspectiva de las fronteras estatales se distinguen tres tipos de navegación marítima: la navegación interior, la navegación de cabotaje y la navegación exterior y extranacional.

Se define la navegación de cabotaje como aquélla que no siendo navegación interior, se efectúa entre puertos o puntos situados en zonas en las que un país que ejerce su soberanía con independencia de las aguas por donde transcurra.

A su vez el transporte de cabotaje puede ser tráfico continental que es el relativo al transporte que se efectúa entre los distintos puntos de la costa de España, y el tráfico insular que comprende, por un lado, la navegación entre la costa de España y las Islas Baleares, los archipiélagos de Canarias, Ceuta y Melilla, y de otro, la navegación entre los puertos de las distintas islas.

El tráfico marítimo se divide entre tráfico *tramp* y tráfico de línea regular. Este último se caracteriza por la regularidad del servicio. Las condiciones del transporte están previamente establecidas de forma que las rutas y los horarios son fijos. La demanda se caracteriza por su gran diversidad, tanto por los tipos de mercancías transportadas como por la variedad y número de clientes. El transporte de línea es el más apropiado para el transporte de mercancías en cantidades pequeñas o medianas que por sí solas no podrían llenar un buque o una parte importante del mismo en condiciones económicamente viables. Las

mercancías tienen unas características físicas y un valor muy heterogéneos, y con ellas trabajan multitud de cargadores.

La oferta del transporte de línea presenta la característica del “*common carrier*”: Se trata de una capacidad de transporte permanente, independiente de demandas específicas, abierta a todos los usuarios sobre unas bases establecidas previamente y no discriminatorias, con unos precios anunciados de antemano.

El tráfico *tramp* o irregular se caracteriza, por el contrario, porque las condiciones son negociadas caso a caso de acuerdo con los intereses del fletador. Por tanto, no existen ni rutas ni horarios previamente fijados. Normalmente se utiliza para transportar a granel ciertas mercancías (petróleo, minerales, cereales) para las que los buques están especialmente equipados. La mercancía es homogénea y suele llenar toda o gran parte de la capacidad disponible en los buques.

El tráfico que aquí nos interesa es el tráfico marítimo de línea regular de cabotaje insular.

4.3. Marco legal.

Con independencia de la normativa comunitaria en la materia cuyo principio de supremacía la hace prevalecer sobre cualquier otra norma legal nacional, el marco jurídico lo conforma la Ley 27/ 1992, de 24 de noviembre de 1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante LPEMM) y el Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público.

4.4. Transporte de mercancías.

La delimitación del mercado debe partir de la intercambiabilidad entre los distintos tipos de transporte marítimo de mercancías. Para ello ha de distinguir las características técnicas que configuran los distintos tipos de servicio de transporte.

La Comisión Europea distingue³, encontrándose esta distinción en diversos estudios en la materia⁴, dentro del transporte marítimo regular

³ Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 1994 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/34.446- Trans Atlantic Agreement).

entre el transporte de línea en contenedores y el transporte de línea convencional.

En efecto, atendiendo a la naturaleza del cargamento el transporte se divide en transporte de mercancías diversas o de carga general (*general cargo*), y transporte de graneles (*bulk cargo*) que, a su vez, se clasifica en graneles secos (*dry bulk*) y graneles líquidos (*liquid bulk*). La carga general comprende mercancías de naturaleza heterogénea en cantidades pequeñas o medianas que por sí solas no podrán llenar toda la capacidad de un buque o una parte importante del mismo en condiciones económicamente rentables. Estos productos, manufacturados y semi-manufacturados, se caracterizan, en la mayoría de los casos, por su elevado valor.

Sin embargo, la carga a granel abarca a las mercancías homogéneas cuyo volumen es suficiente para llenar toda o gran parte de la capacidad disponible de un buque.

El transporte de carga general se realiza básicamente por líneas regulares. Este servicio se presta de dos formas distintas: transporte de línea contenedorizado y transporte de línea convencional (o *break-bulk*)⁵ El transporte *break-bulk* consiste en transportar, de forma convencional y sin contenedor, mercancías diversas. Los buques disponen de bodegas abiertas en la que se apilan los lotes de mercancías uno a uno hasta agotar la capacidad de la bodega. Esta forma de transporte de línea era la más extendida hasta la proliferación de los contenedores a finales de los años sesenta.

⁴ Elena Boet Serra (2000): La libre competencia en el transporte marítimo. J.M. Bosch Editor.

⁵ Según Boet Serra Op.cit.: “El transporte de línea convencional consiste en transportar mercancías diversas que se apilan, de forma convencional y sin contenedor, en las bodegas de los buques. El transporte convencional era el transporte de línea más extendido hasta la generalización del transporte contenedorizado a finales de los años sesenta. En la actualidad su uso ha quedado reducido, especialmente, al transporte de mercancías que por su peso excesivo o por su tamaño no puede trasladarse en contenedores, como por ejemplo, los productos siderúrgicos o metalúrgicos o algunos materiales de construcción prefabricados. También se mantiene el transporte convencional en algunas rutas norte-sur, como por ejemplo entre Europa y África, debido a las deficiencias de los servicios portuarios que dificultan las prestaciones eficientes del servicio contenedorizado.

La Comisión ha puesto de manifiesto en varias Decisiones⁶ que el transporte a granel constituye una oferta de transporte diferente a la del de línea en contenedor y sólo representa una alternativa razonable frente a este último si se trata de cargadores que disponen de grandes cantidades de un número limitado de categorías de mercancías. Por lo tanto, esta forma de transporte no constituye una alternativa para la inmensa mayoría de usuarios del transporte en contenedor.

En cuanto a la sustituibilidad entre el transporte en línea en contenedores y el transporte de línea convencional o break-bulk, la Comisión ha matizado que en algunas rutas las deficiencias de los servicios portuarios y la penuria de infraestructuras de transporte terrestre reduce considerablemente las ventajas competitivas del transporte en contenedor frente al convencional. Por esta razón, en estas rutas hay una cierta intercambiabilidad entre las dos formas de transporte de línea, por lo que los armadores a menudo operan en ellas con buques que efectúan tanto transporte en contenedor como break bulk.

Por el contrario, en rutas muy desarrolladas como la transatlántica, las dos formas de transporte no son intercambiables. El tráfico se efectúa fundamentalmente en contenedores, los servicios más importantes los realizan los buques dedicados exclusivamente a ellos.

En cuanto al ámbito geográfico se distinguen tres áreas geográficas en las que opera TRASMEDITERRÁNEA: zona del Mediterráneo, zona de Canarias y zona Sur-Estrecho, subdividiendo a su vez el tráfico canario y el balear entre el tráfico península archipiélago y el tráfico interinsular. La delimitación final, no obstante, debe atender a la zona de atracción de los puertos desde o hacia los cuales se ofrecen los servicios. Esto significa que a veces las zonas coinciden con los puertos que cubren una determinada línea y en ocasiones no existe tal correspondencia.

En términos generales podrían considerarse las rutas siguientes: ruta Península-Baleares, ruta Península-Canarias, ruta Sur de España-Norte de Marruecos y tráfico interinsular balear o canario⁷.

⁶ Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 1994, op.cit.

⁷ Asunto de la Conferencia Marítima BALCON: Resolución de 19 de octubre de 1993. Expte: 27/91. Asunto de la Conferencia COPECAN: Resolución de 1 de marzo de 1991. Expte: 34/92. Asunto de la Conferencia marítima INTERCAN: Resolución de 17 de septiembre de 1993. Expte: 29/91.

4.5. Transporte de pasajeros y vehículos

La Comisión Europea ha distinguido como mercado relevante el mercado de transporte de pasajeros distinguiendo los pasajeros en viaje de negocios y los pasajeros en viaje turístico⁸ ya que sus necesidades son diferentes. El viajero con fines profesionales valora la rapidez, la comodidad y la frecuencia, mientras que el viajero con fines recreativos valora más el precio.

El notificante considera que para cierto tipo de trayectos, fundamentalmente en el tráfico interinsular canario, constituye una alternativa real para el usuario frente al transporte marítimo.

4.6. Prestación de servicios portuarios

La organización de operaciones portuarias por cuenta de terceros en un único puerto ha sido calificada por la Comisión Europea⁹ como un mercado en sí mismo. Esta delimitación se fundamenta en que si un operador desea ofrecer un servicio de transporte en una ruta marítima determinada, el acceso a las instalaciones portuarias de ambos lados es para él una condición indispensable para la realización de dicho servicio de transporte.

4.7. Mercado financiero.

De acuerdo con la aproximación tradicional sobre la materia, tanto de las autoridades de defensa de la competencia de la Comisión Europea¹⁰ como de este Tribunal,¹¹ suelen distinguirse tres segmentos dentro de la actividad en el sector bancario: a) la banca minorista, constituida por los servicios bancarios a familias y pequeñas y medianas empresas (PYMES); b) la banca corporativa que engloba los servicios bancarios a grandes empresas; y c) la banca de inversiones y operaciones en los mercados monetarios, que agrupa las operaciones en los mercados financieros.

⁸ Decisiones 94/663/CE, 94/894/CE y 99/421/CE.

⁹ Caso nº IV/M. 1045 DFO/ Scandlines.

¹⁰ Casos número IV/M.342 Fortis/CGER. número IV/M.643 CGER/SNCI, número IV/M.573 ING/Baring, número IV/M 850 Fortis/Meespierson, número IV/M.873 Bank Austria Creditanstalt)

¹¹ Expedientes C/39/99, Banco Santander/Central Hispano, C47/99 Banco Bilbao Vizcaya/Argentaria Caja Postal y Banco Hipotecario

Cada uno de estos tres segmentos puede dividirse, a su vez, en un gran número de prestaciones. De acuerdo con la Comisión Europea, los servicios de la banca minorista engloban las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro, los depósitos a plazo, la comercialización de recursos fuera de balance (fondos de inversión, fondos de pensiones y patrimonios personales), los créditos y préstamos, incluidos los préstamos personales (de consumo, hipotecarios, etc.), y las operaciones relativas a tarjetas de crédito. Es precisamente en este segmento donde las Cajas de Ahorros ejercen predominantemente su actividad.

En cuanto al mercado geográfico, este Tribunal ha señalado específicamente en informes anteriores¹² que, debido a determinadas características de la demanda de servicios bancarios en nuestro país, es necesario tener en cuenta una delimitación territorial más estrecha que la nacional al analizar los efectos sobre la competencia de la concentración entre entidades de crédito. Esto es especialmente relevante en el caso de la actividad desarrollada por las Cajas de Ahorro por la tradicionalmente estrecha vinculación de dichas entidades con la Comunidad Autónoma, provincia o región de la que son originarias. Esto ha llevado al Tribunal con ocasión de las fusiones entre Cajas de Ahorros¹³ a considerar un ámbito inferior al nacional.

5. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY 16/1989.

La operación que se analiza constituye una operación de concentración en el sentido contemplado en el apartado 2 del artículo 14 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, ya que se produce una modificación, de las allí previstas, en la estructura de control de TRASMEDITERRÁNEA, siendo esta modificación, además, de carácter estable. En particular, se produce una adquisición de control sobre TRASMEDITERRÁNEA.

Ahora bien, el control de una empresa puede ser exclusivo o en común, es decir, puede ejercerse por un único accionista o bien puede ejercerse por varios accionistas para lo cual deben tomar decisiones conjuntas sobre la política comercial de la empresa adquirida.

¹² “Informe al Congreso sobre la Competencia en el Sector Bancario. Enero 1995” y, “Competencia en España. Balance y nuevas propuestas, 1995” TDC.

¹³ Expedientes C43/99, Caixa Vigo, Caixa Ourense y Caixa Pontevedra, y C51/00 Cajas Navarras.

En el caso que nos ocupa resulta especialmente clarificador conocer quién controla TRASMEDITERRÁNEA toda vez que en el accionariado participarán empresas que compiten directamente con la adquirida en el mercado del transporte marítimo. La concreción de quién adquiere el control determina a su vez cuáles son las empresas afectadas y, por ende, cuáles son los mercados afectados por la operación de concentración. Por tanto, conviene analizar si en la operación de compra de TRASMEDITERRÁNEA se produce una toma de control exclusivo o bien conjunto.

5.1. Adquisición de control

El concepto de control se asimila en derecho de la competencia al concepto de influencia decisiva. En efecto, el Real Decreto 1.443/2001, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 en lo referente al control de las concentraciones económicas establece en su artículo 2 que:

“se entenderá que existe relación de control cuando, como consecuencia de la celebración de contratos o la adquisición de derechos sobre el capital o los activos de una empresa o por cualquier otro medio, exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre sus actividades. En todo caso, se considerará que dicho control existe:

a) Cuando se tenga una influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa”.

De acuerdo con lo anterior, se produce una equivalencia de los conceptos de influencia decisiva y control.

Llegados a este punto conviene delimitar qué se entiende por influencia decisiva. La normativa española en materia de control de concentraciones alude explícitamente en el apartado 3 del artículo 2 al concepto de influencia decisiva pero no concreta el alcance de dicha expresión. Ante la ausencia de delimitación del concepto debe acudir a la Comunicación de la Comisión de 2 de marzo de 1998 sobre el concepto de concentración¹⁴ y, en última instancia, a la doctrina comunitaria en defensa de la competencia.

¹⁴ Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. 98/C66/02.

En dicha Comunicación la Comisión enumera varios criterios que pueden servir de guía para apreciar la existencia de influencia decisiva sobre una sociedad.

En primer lugar, la Comisión pone de manifiesto que el concepto de control en el ámbito del derecho de la competencia puede diferir del utilizado en otros contextos jurídicos como el derecho de sociedades o el sistema impositivo o los medios de comunicación.

Suele asociarse en aquellos ámbitos la adquisición de la mayoría del capital social al control en la sociedad. Sin embargo, en el control de concentraciones se da preferencia a los criterios cualitativos frente a los cuantitativos de forma que una mayoría del capital social no determina por sí sola el control exclusivo sino la adquisición de la mayoría de los derechos de voto. Estos derechos pueden ejercerse tanto por un accionista mayoritario como por una “minoría cualificada”. En este último caso la influencia decisiva consiste en bloquear decisiones a partir de derechos específicos inherentes a la participación minoritaria que permiten al accionista minoritario ostentar determinados derechos de veto.

Ahora bien: ¿qué tipo de decisiones son las que facultan para ostentar el control? La Comisión en el punto 23 de la mencionada Comunicación enfatiza que “la adquisición de control... no exige que quien lo adquiere tenga la facultad de ejercer una influencia decisiva en el funcionamiento cotidiano de una empresa”. La Comisión puntualiza qué tipo de decisiones determinan la influencia decisiva sobre una sociedad: aquellas decisiones estratégicas sobre la política comercial de una empresa tales como el presupuesto, el programa de actividad, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos. Más aún, la Comisión puntualiza que las principales decisiones son aquellas relativas al nombramiento del personal directivo y al presupuesto. Esta interpretación viene corroborada por varias Decisiones de la Comisión¹⁵.

Una vez expuestos de forma somera los criterios utilizados por la Comisión para delimitar el concepto de control, parece procedente trazar las similitudes y diferencias con el caso que nos ocupa.

¹⁵ Decisiones relativas a los asuntos COMP/M. 149 Lucas/Eaton, COMP/M. 2118 Telenor/Procuritas/Isab/Newco y COMP/M. 2817 Barilla/BPL/Kamps entre otras.

ACCIONA es el titular de la mayoría de las acciones de TRASMEDITERRÁNEA, ya que su participación es del 55% en el capital social de TRASMEDITERRÁNEA.

Según el Acuerdo entre socios, de los 12 consejeros de que constará el Consejo de Administración, 7 serán designados por ACCIONA, de forma que contará con una representación mayoritaria en dicho órgano. Además, conforme al Acuerdo de Socios, el Consejo de Administración quedará válidamente constituido con la concurrencia a sus reuniones de los 7 consejeros de ACCIONA.

ACCIONA dispone de la mayoría de los derechos de voto en el Consejo de Administración de TRASMEDITERRÁNEA. Las decisiones se adoptarán por mayoría absoluta salvo las que constituyan Materia Reservada que necesitarán el voto favorable de 8 consejeros. Es decir, con los votos de ACCIONA será suficiente para decidir sobre cualquier asunto que afecte al desarrollo de la empresa salvo lo que en el Acuerdo de Socios se ha denominado Materia Reservada.

ACCIONA también dispone de la mayoría de los derechos de voto en la Comisión Ejecutiva, otro de los órganos decisorios previstos en el Acuerdo de Socios. De los 6 miembros de que estará formada, ACCIONA designará a tres, siendo uno de ellos el Presidente, que dispone de voto dirimente.

De lo que antecede cabe concluir que ACCIONA ostenta la prerrogativa de poder convocar en cualquier momento el Consejo de Administración y adoptar las decisiones que considere oportunas sin necesidad de contar con el resto de socios minoristas.

Los socios minoritarios no disponen de ningún derecho que les otorgue la facultad de vetar ninguna decisión tomada en los órganos de gobierno de TRASMEDITERRÁNEA, ni siquiera son necesarios para la constitución del Consejo de Administración.

Conviene ahora analizar si el tipo de decisiones que podrá adoptar ACCIONA por ostentar la mayoría de los derechos de voto del Consejo de Administración le otorgan un control exclusivo sobre TRASMEDITERRÁNEA.

En este sentido, el Acuerdo de socios es claro: el Consejo de Administración podrá tratar cualquier asunto de su competencia con la mayoría de sus consejeros a excepción de aquellos que constituyan Materia Reservada. Siendo esto así, se deduce que ACCIONA podrá

adoptar sin contar con los socios minoritarios decisiones y cuestiones, entre otras, tales como:

Nombramiento del personal directivo.
Presupuesto anual.
Programa de actividad o plan de negocio.
Inversiones.

Todas estas decisiones deberán contar con el voto favorable de ACCIONA y no está previsto que ningún socio minoritario ostente un derecho de veto sobre ninguna de las materias reseñadas.

Sólo hay un extremo sobre el que conviene llamar la atención. La privatización de TRASMEDITERRÁNEA ha exigido la presentación ante la SEPI de un plan industrial que permita cumplir con una serie de compromisos expresamente recogidos en las bases del concurso público. La participación en la confección de este plan industrial constituye un elemento a tener en cuenta para valorar un hipotético control en común. No obstante, en el caso que nos ocupa el plan industrial recoge fundamentalmente líneas generales de actuación. Además, en sí mismo no forma un elemento decisivo al tener que sopesarse con otros elementos, como los derechos de veto, en una valoración global para determinar si efectivamente existe control en común.

No obstante lo anterior, el Acuerdo exige mayorías reforzadas para la adopción de determinadas decisiones que han sido calificadas como Materia Reservada:

Operaciones de endeudamiento por importe superior a 30 millones de euros por operación.

Operaciones de afianzamiento fuera del curso ordinario de la actividad por parte de TRASMEDITERRÁNEA.

Operaciones de compra y venta de activos fijos así como desinversiones por parte de TRASMEDITERRÁNEA por importe superior a 10 millones de euros por operación.

Adquisición, transmisión o constitución de gravámenes de bienes a título oneroso no afectos a la actividad de TRASMEDITERRÁNEA.

Realización de actividades distintas de aquellas que integran el objeto social de TRASMEDITERRÁNEA así como la realización de actos u operaciones al margen del tráfico ordinario de la sociedad.

Acuerdos a suscribir por TRASMEDITERRÁNEA y los Socios por importe superior a 10 millones de euros.

La Comisión Europea en la reiterada Comunicación sobre el concepto de concentración indica que:

“Los derechos de veto deben referirse a las decisiones estratégicas sobre la política comercial de la empresa en participación y deben ser más completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación”.

“cuando el nivel de las inversiones que requiere la aprobación de las matrices es extremadamente elevado, este derecho de veto puede parecerse más a la protección normal de los intereses de un accionista minoritario que a un derecho que confiera poder de codecisión en materia de política comercial de la empresa”.

La Comisión ha tenido la ocasión de confirmar esta interpretación en varias Decisiones¹⁶. Se trata, por tanto, de cláusulas cuya exigencia tiene como razón de ser la protección de la inversión financiera de los accionistas minoritarios. La existencia de esta mayoría reforzada supone para el socio minorista la garantía de que determinadas decisiones que pudieran descapitalizar la empresa no puedan tomarse sin contar con su aprobación.

De cualquier forma, incluso para adoptar decisiones calificadas como materia reservada, ningún accionista minoritario ostentará un derecho de veto decisivo. Tal y como ya se ha mencionado, la adopción de este tipo de decisiones necesitará el voto favorable de 8 consejeros. Esto significa que en el Consejo de Administración bastaría con el voto favorable de REMOLCADORES IBAIZABAL o con los votos de los otros cuatro accionistas, bien de forma separada o conjunta,¹⁷ de forma y manera que no existiría estabilidad en el sistema de mayorías. Las mayorías cambiantes, de acuerdo con la citada Comunicación de la Comisión no otorgan el control sobre una sociedad (apartado 35): *“la probable variabilidad de las coaliciones entre accionistas minoritarios descarta la existencia de control en común. Dado que no existe una mayoría estable en el procedimiento de toma de decisiones, sino que ésta se forma en cada ocasión concreta a partir de las varias combinaciones posibles entre accionistas minoritarios, no puede*

¹⁶ Decisiones relativas a los asuntos IV/M. 295 Sita-RPC/SCORI, y IV/M. BT/MCI párrafo 15.

¹⁷ CAM, SUMINISTROS IBIZA, DOLIGA, y NAVIERA ARMAS han suscrito una carta de intenciones en la que se contempla la creación de una sociedad para la gestión conjunta de sus derechos de voto. Esta sociedad aún no se ha creado.

suponerse que los accionistas minoritarios controlarán conjuntamente la empresa”.

Conviene hacer notar, por otra parte, que, de acuerdo con la Comisión, la presunción de coordinación está prevista para el caso de que previamente existiera un control conjunto.

En este sentido, un análisis de la Comunicación de la Comisión sobre empresa en participación con plenas funciones puede ser de utilidad¹⁸. Con anterioridad a las modificaciones introducidas por el Reglamento (CEE) nº 1310/1997, el Reglamento (CEE) nº 4064/1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas en el apartado 2 del artículo 3 establecía la distinción entre las operaciones de carácter concentrativo y cooperativo en los siguiente términos:

“Una operación, incluida la creación de una empresa en común, que tenga por objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes no constituirá concentración...”

“La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni de las empresas participantes constituirá una operación de concentración..”

Por tanto, el elemento clave de distinción entre ambos tipos de operación – empresa en participación de carácter cooperativo o concentrativo- reside en la existencia o no de una coordinación del comportamiento competitivo de las empresas matrices.

Para facilitar la interpretación entre empresas concentrativas y cooperativas la Comisión publicó la Comunicación 94/C385/89 en la que enumeraba los requisitos para considerar que una operación fuera considerada concentración :

control en común: sólo cuando se ejerce una influencia decisiva por parte de las matrices de la empresa adquirida cabe hablar de empresa en participación.

¹⁸ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. 98/ C 66/01.

Desempeño de todas las funciones de una entidad económica autónoma.

Carácter permanente de la empresa en común.

Ausencia de coordinación de la política competitiva de las matrices: una empresa en participación con plenas funciones tiene naturaleza de concentración salvo si su objeto o efecto es coordinar la política competitiva de las matrices. Incluso en este caso, la Comisión añade como requisito que esta coordinación sea susceptible de provocar una restricción sensible de la competencia en el sentido del artículo 85.1.

Es decir, que para presumir la coordinación del comportamiento competitivo se necesita como requisito *sine qua non* la adquisición previa del control conjunto (requisito ineludible en una empresa en participación). Si se demuestra finalmente que tiene por objeto o por efecto la coordinación del comportamiento competitivo, entonces no se trata ya de una concentración en el sentido del Reglamento de concentraciones sino de una empresa en participación de carácter cooperativo y asimilada a una práctica colusoria.

Con la modificación del Reglamento, la Comisión, por economía en el procedimiento, considera en la actualidad concentraciones las denominadas empresas de plenas funciones, es decir aquellas empresas en participación que desempeñan con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente, las cuales, en la medida que tengan por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo, dicha coordinación vendrá a valorarse en un mismo procedimiento en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 85.

Para poder presumir la existencia de coordinación entre los accionistas de una empresa, es necesario, en primer lugar, que exista control en común. En la presente operación consiste, sin embargo, en la adquisición del control exclusivo de TRASMEDITERRÁNEA por parte de ACCIONA.

Llegados a este punto conviene subrayar que la práctica seguida hasta la fecha por el Tribunal y por la Comisión Europea confirma la línea de argumentación esgrimida a lo largo de este apartado.

En este sentido bastaría mencionar la Decisión de la Comisión en el caso STET/ GET/ Unión Fenosa¹⁹ relativa a la privatización de RETEVISIÓN. En este caso, en el consorcio adquirente participaba como

¹⁹ Asunto IV/M. 927.

accionista minoritario con un 3% el operador de cable EUSKALTEL, que competía en la prestación de servicios de telefonía fija con RETEVISIÓN. Sin embargo, el puesto de consejero en el Consejo de Administración que ostentaba EUSKALTEL como consecuencia de esa participación minoritaria no fue cuestionado por la Comisión en ningún momento como fuente de información que pudiera utilizar para coordinar su comportamiento estratégico con la empresa adquirida.

En este mismo sentido, pueden citarse otros precedentes comunitarios en los que la Comisión descarta cualquier riesgo de coordinación derivado de la ostentación de participaciones minoritarias sin derechos de control en una operación de concentración²⁰.

En el ámbito español cabe mencionar sendos precedentes del Tribunal que corroboran el análisis de las participaciones minoritarias en las operaciones de concentración²¹.

En una primera aproximación debe destacarse que el tipo de operación de aquellos casos y el presente es diferente. En la operación notificada ni ACCIONA ni TRASMEDITERRÁNEA adquieren una participación minoritaria en ninguna empresa naviera, ni ACCIONA es propietaria de participaciones en otras empresas presentes en el sector del transporte marítimo. A *contrario sensu* en ninguna de las operaciones de concentración de los Grupos Santander Central Hispano y Bilbao Vizcaya Argentaria hubo un accionista minoritario que coincidiera en el mercado, ni de forma horizontal ni vertical. En ambos casos se trató de una fusión por absorción, sin que fuera necesario demostrar la

²⁰ Por ejemplo, en la Decisión relativa al asunto IV/M. 810 en la CNN/Time Warner y GWF adquirieron control conjunto sobre XXXX, un operador de televisión en abierto alemán. Dos de los accionistas que adquirieron control sobre la compañía mantenían participaciones minoritarias en otros operadores de televisión en Alemania. La Comisión excluyó expresamente cualquier riesgo de coordinación atendiendo a la imposibilidad de dichos accionistas minoritarios de influir en la estrategia y política comercial de las cadenas de televisión en las que mantenían una participación financiera.

En la Decisión relativa al asunto IV/M. 319 BHF/CCF/CHARTERHOUSE, Bank of Scotland vendió a dos bancos extranjeros el 90,1% de sus acciones en la entidad financiera del Reino Unido "Charterhouse, plc". Bank of Scotland retuvo una participación minoritaria en la compañía, sin que la Comisión siquiera cuestionase la existencia de un riesgo de coordinación resultante de dicha participación en un competidor directo.

²¹ Expedientes C39/1999 (Banco Santander y Banco Central Hispano) y C47/1999 (Banco Bilbao Vizcaya/ Argentaria).

inexistencia ni de control exclusivo ni de posibilidad de bloqueo de la política comercial por parte de algún accionista minoritario.

Antes bien, se trataba de que ambas operaciones permitían que sendos accionistas, a través de terceras empresas participadas por los respectivos bancos, coincidieran en determinadas empresas con el consiguiente reforzamiento de sus respectivas participaciones. En cualquier caso la última referencia eran los propios bancos y no accionistas terceros.

Pero lo relevante en ambos casos no era la coincidencia en dos o más consejos de administración sino como señaló el TDC:

“Como consecuencia de la unión de las carteras industriales de Banco Santander y Banco Central Hispano, el Grupo BSCH ha pasado a ser accionista significativo de diversas empresas, algunas de ellas competidoras entre sí, en los mercados de los productos energéticos y de las telecomunicaciones.

Este hecho, en sí mismo, no es relevante desde la óptica de la competencia cuando se produce en mercados libres e impugnables, es decir, que funcionan de manera competitiva. Sin embargo, es preocupante cuando ocurre en mercados con un número reducido de operadores y, especialmente, si esos mercados tienen barreras de entrada, carácter estratégico, se han liberalizado recientemente o están en proceso de liberalización, o son mercados emergentes. Como se ha expuesto en el apartado 5 de este informe, los sectores de la energía y de las telecomunicaciones presentan alguna o varias de las características señaladas”.²²

En consecuencia, el Tribunal en el caso particular de la fusión del Banco Santander y del Banco Central Hispano hace recaer sus condiciones exclusivamente sobre los sectores energético y de telecomunicaciones y no sobre los sectores del seguro o la promoción inmobiliaria donde ambos bancos también concommitaban. El control de concentraciones resultó la vía más expedita para evitar que sectores especialmente sensibles vieran peligrar su apertura a la competencia como consecuencia de las fusiones bancarias. De hecho, las exigencias que se plasmaron en sendos Acuerdos de Consejo de Ministros fueron finalmente elevadas a rango de Ley a través del artículo 34 del Real Decreto –Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de

²² C39/99 Banco Santander/ Banco Central Hispano.

Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios²³. En dicho artículo se limitó la participación en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades consideradas como operadores principales en un número de mercados en proceso de liberalización de los mercados eléctrico, hidrocarburos, telefonía portátil y telefonía fija.

Conviene traer aquí a colación que en el caso de las fusiones bancarias existían asimismo participaciones minoritarias de otros bancos con posibilidad de formar parte del Consejo de Administración de los bancos fusionados²⁴, situación que en ningún momento se catalogó de posibilidad de coordinación de comportamientos competitivos.

Por lo demás, no debería juzgar este informe la oportunidad de la participación en el capital de TRASMEDITERRÁNEA de empresas competidoras en el mercado del transporte marítimo. A partir de las informaciones a las que ha podido acceder este Tribunal, parece que la entrada en el capital concedía cierta verosimilitud y viabilidad al plan de negocios lo que en última instancia permitiría obtener la mejor valoración posible de la SEPI y ganar así el concurso público. De hecho, el Plan Industrial obtenía una alta ponderación en las bases del concurso, de lo que cabe deducir que el conocimiento del sector constituía un elemento fundamental a valorar. Por otra parte, la SEPI se dirigió a ANAVE para asegurarse de que la oferta de venta llegaba a todas las navieras. Habida cuenta de que de las 6 ofertas vinculantes presentadas, 5 incluían la participación de competidoras, la participación de las navieras hubo de interpretarse como decisiva por todos los participantes en el concurso. A su vez, las navieras encuentran interés en la participación de TRASMEDITERRÁNEA por la oportunidad de posicionarse en el mercado mundial a través de los proyectos internacionales de TRASMEDITERRÁNEA.

Finalmente, cabe añadir que la modificación de la estructura de control de TRASMEDITERRÁNEA, es de carácter estable puesto que en el Contrato de promesa de compraventa de acciones de TRASMEDITERRÁNEA, existe un compromiso de estabilidad²⁵ tanto de

²³ Posteriormente ratificado mediante la Ley 14/2002, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²⁴ En el momento de la notificación el Presidente del Consejo de Administración de Bankinter también era Vicepresidente del Consejo de Administración de BSCH.

²⁵ Hasta el 2 de enero de 2008 aunque la SEPI exigía hasta el 2 de enero de 2007 en las Bases remitidas.

la participación del accionista mayoritario como de las posiciones de mayorías y minorías en el grupo comprador.

Por otra parte, cabe resaltar que la ejecución de la operación está condicionada a la autorización de la operación por parte de las autoridades de competencia de España.

5.2. Conclusión.

De lo que antecede cabe concluir que la operación de referencia consiste en la adquisición del control exclusivo de TRASMEDITERRÁNEA por parte de ACCIONA, S.A. Esta operación se produce de forma simultánea con la adquisición de participaciones minoritarias en el capital de TRASMEDITERRÁNEA que no confieren derechos de control, y que, por tanto, habrían de entenderse ajenas al procedimiento de control de concentraciones previsto en la Ley de Defensa de la Competencia.

6. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA: RESUMEN Y CONCLUSIONES.

La operación de concentración objeto de este informe no producirá ninguna alteración de la estructura competitiva del mercado que pueda dar lugar a la creación o reforzamiento de una posición de dominio de TRASMEDITERRÁNEA o de ACCIONA en sus respectivos mercados o que pueda obstaculizar una efectiva competencia en los mercados en los que estas empresas están presentes.

En efecto, la única coincidencia de la que este Tribunal ha tenido conocimiento se produce en la explotación de terminales de carga. ACCIONA explota en régimen de concesión a término tres terminales de carga de contenedores en los puertos de El Ferrol, La Luz (Las Palmas de Gran Canaria) y Algeciras²⁶. Sin embargo, TRASMEDITERRÁNEA no explota ninguna terminal en Algeciras. En Gran Canaria explota una terminal en régimen de concesión conjuntamente con la naviera Flota Suardiaz en el puerto de Las Palmas.

A la vista de la situación descrita en los apartados anteriores, el Tribunal ha llegado a las siguientes conclusiones:

²⁶ El notificante señala que la capacidad de manipulación de carga de estas dos últimas terminales es muy poco significativa en relación con las restantes terminales existentes en dichos puertos.

Primera: La operación de concentración notificada cumple los requisitos previstos por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, para ser sometida al procedimiento de control sobre las operaciones de concentración.

Segunda: La noción de control se equipara a la posibilidad de ejercer una influencia decisiva. Por influencia decisiva se entiende la facultad de que dispone una empresa para determinar la estrategia competitiva de otra compañía, es decir, su plan de negocio, presupuesto anual, cargos directivos y estrategia de inversiones. La participación en la gestión diaria de una empresa de algunos accionistas, la posibilidad de que sean consultados o de que puedan tener acceso a la información sobre aspectos relacionados con la marcha de la empresa no constituyen elementos determinantes que causen el control de una empresa.

Tercera: En la operación de concentración notificada ACCIONA, S.A. ejercerá el control exclusivo de TRASMEDITERRÁNEA, S.A., es decir, ACCIONA, S.A. será la única que determine la estrategia comercial y competitiva de TRASMEDITERRÁNEA, S.A., sin que necesite para ello contar con el resto de accionistas minoritarios. La adquisición de control resulta determinante para delimitar qué empresas afectadas y, en consecuencia, qué mercados quedan sometidos al control administrativo de operaciones de concentración.

Cuarta: La presunción de coordinación entre accionistas y empresa adquirida sólo debe estimarse en el caso de control conjunto de dicha empresa adquirida y no en caso, como el presente, de control exclusivo.

Quinta: No existen ningún precedente ni comunitario ni español en el que se presuma una coordinación del comportamiento competitivo por la participación sin derechos de control en el capital de la empresa adquirida de empresas competidoras de ésta. En el ámbito español, el análisis de participaciones coincidentes de empresas fusionadas en empresas terceras se limitó a los sectores que reunían las siguientes peculiaridades de forma simultánea: altas barreras de entrada, carácter estratégico, recientemente liberalizados o en proceso de liberalización, o mercados emergentes.

Sexta: No existen mercados afectados por la operación ya que las actividades de ACCIONA, S.A. y de TRASMEDITERRÁNEA, S.A. no se solapan en ningún mercado.

Séptima: La operación de concentración notificada no plantea problemas de competencia.

Por cuanto antecede, el Tribunal de Defensa de la Competencia, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, ha acordado remitir al Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía para su elevación al Gobierno el siguiente:

DICTAMEN

Que en opinión de este Tribunal resulta adecuado no oponerse a la operación de concentración notificada.

Madrid, 25 de noviembre de 2002