

RESOLUCIÓN (Expte. 626/07, Canarias de Explosivos)

PLENO

Señoras y Señores:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Consejero
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a .Maria Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, 12 de febrero de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador nº 626/07 (Expte nº 2656/05 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio), que trae causa en la denuncia formulada por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS CONSTRUCTORES Y PROMOTORES DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS (en adelante AECP), por el que se imputa a CANARIAS DE EXPLOSIVOS S.A. (en adelante CESA) una infracción del Artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en imponer precios no equitativos desde una posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 2 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Servicio un oficio de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas dando traslado de la denuncia presentada por la AECP contra CESA. Según la denuncia, desde su posición de dominio CESA incrementa los precios desproporcionadamente en relación a los del resto de España, sin que los costes de transporte y seguridad para su distribución en Canarias puedan justificar tales incrementos e impone a sus clientes un plazo de 18 meses para consumir el producto suministrado, que por razones de seguridad CESA almacena, transcurrido el cual el cliente debe abonar a CESA determinadas cuantías.

2. Tras llevar a cabo una información reservada en la que se apreciaron indicios de conductas prohibidas, mediante providencia de 16 de febrero de 2006 la Directora General de Defensa de la Competencia admitió a trámite la denuncia incoándose expediente sancionador contra CESA.
3. El 28 de noviembre de 2006 el Servicio formuló Pliego de Concreción de Hechos en el que estima que CESA habría incurrido en conducta tipificada por el artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989, consistente en fijar precios abusivos para sus productos y propone el sobreseimiento parcial del expediente respecto a la fijación por la denunciada, en algunos contratos de suministro, de un plazo máximo para el consumo de los explosivos custodiados en sus propios polvorines y de penalizaciones en caso de incumplimiento. Tras recibir las oportunas alegaciones, con fecha 31 de enero de 2007 el Director General de la Competencia dicta acuerdo de sobreseimiento parcial respecto a este segundo aspecto sin que dicho acuerdo haya sido recurrido.
4. El 16 de febrero de 2007 tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia el expediente del Servicio acompañado de informe propuesta en el que se imputa a CESA una conducta prohibida por la Ley 16/1989, consistente una infracción del Artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en imponer precios no equitativos desde una posición de dominio.
5. Con fecha 23 de febrero de 2007, el Tribunal, mediante providencia, admite a trámite el expediente y da plazo a los interesados para propuesta de pruebas y solicitud de celebración de vista.
6. En el trámite de prueba y vista comparecen ambas partes interesadas. CESA lo hace por medio de escrito recibido en el Tribunal el 20 de marzo de 2007, en el que interesa una prueba pericial consistente en una versión corregida y ampliada de un informe sobre valoración de política de precios de CESA elaborado por una consultora a solicitud de la denunciada, informe que ya fue puesto de manifiesto ante el Servicio; una prueba testifical y la celebración de vista. AECOP comparece mediante escrito recibido en el Tribunal el 21 de marzo de 2007 en el que realiza determinadas alegaciones a las que adjunta como prueba documental ciertas informaciones sobre previsiones de obra pública en Canarias. Asimismo, manifiesta que en su opinión resulta innecesaria la vista por obrar en el expediente todos los antecedentes necesarios para dictar resolución.

7. El 15 de junio de 2007 CESA presenta un documento del que dice haber tenido conocimiento después de la solicitud de prueba y vista y que resulta en su opinión relevante a los efectos de la definición de mercado, solicitando que se incorpore al expediente una versión pública del mismo, a lo que se dio efecto mediante diligencia de 10 de julio siguiente.
8. El 1 de septiembre de 2007 entra en vigor la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, pasando a constituirse el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante el Consejo).
9. Mediante Auto de Prueba y Vista de 12 de septiembre el Consejo, en virtud del artículo 40 de la Ley 16/1989, acuerda dar por reproducido todo lo que obra en el expediente instruido por el Servicio, tener por aportada al expediente la versión ampliada y corregida del informe sobre valoración de precios de CESA y la documentación sobre previsiones de obra pública en Canarias aportada por AECP. El Consejo deniega por innecesaria en los términos en que había sido planteada la prueba testifical propuesta por CESA y decide oficiar a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio un requerimiento de información sobre aspectos relativos al uso de maquinaria y explosivos, así como incluir en el expediente un documento que aparece en la página WEB de MAXAM. El Consejo no estimó necesaria la celebración de vista.
10. El 10 de octubre de 2007 se recibe en la Comisión Nacional de Competencia escrito de la Dirección General de Minas contestando al requerimiento de información que se le había oficiado.
11. El 31 de octubre de 2007 se recibe en la Comisión Nacional de Competencia escrito de valoración de la prueba de CESA.
12. El 23 de noviembre de 2007 se recibe en la Comisión Nacional de Competencia escrito de valoración de la prueba por la AECP, al que se adjunta nueva documentación que solicitan sea tenida como prueba. Asimismo, comunican el cambio de Presidente de la AECP, con revocación de poderes al anterior y notificación de los poderes otorgados al nuevo Presidente designado.

13. Mediante Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 el Consejo declara concluido el periodo probatorio y acuerda poner de manifiesto el expediente a las partes para que formulen conclusiones.

14. Con fecha 11 de diciembre de 2007 CESA presenta escrito solicitando que el Consejo declare que los documentos anexos al escrito de valoración de prueba de la AECP han sido presentados fuera de plazo y que tales documentos sean excluidos del expediente, sin que puedan ser utilizados ni tenidos en cuenta por el Consejo a la hora de resolver. El 13 de diciembre siguiente CESA presenta un nuevo escrito solicitando que el Consejo declare antes del vencimiento del plazo de conclusiones que determinadas páginas del escrito de valoración de prueba se refieren a documentación presentada fuera de plazo y que por ello tampoco serán tenidas en cuenta al resolver. Mediante Providencia de 20 de diciembre el Consejo deniega las peticiones formuladas por CESA por entender que en ningún momento la documentación en cuestión ha sido considerada como prueba y, por tanto, no ha habido extralimitación de los plazos de petición de prueba. Dicha documentación sólo puede considerarse como alegaciones y aportación de documentos a un expediente administrativo que todavía está pendiente del trámite de conclusiones, por lo que no procede su inadmisión. Se acuerda por ello denegar las peticiones formuladas por CESA y conceder el resto de plazo que queda para el trámite de conclusiones considerándolo interrumpido el día 11 de diciembre.

15. El 11 y el 18 de enero de 2007, la AECP y CESA respectivamente presentan sus escritos de conclusiones.

16. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 7 de febrero de 2008, encargando a la Consejera Ponente redactar la presente Resolución.

17. Son interesados:
 - CANARIAS DE EXPLOSIVOS S.A. (CESA)
 - ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS CONSTRUCTORES Y PROMOTORES DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS (AECP)

HECHOS ACREDITADOS

1. El 9 de mayo de 1968 Unión Española de Explosivos (hoy MAXAM) recibió la autorización para la distribución el depósito comercial de explosivos, autorización que fue traspasada a favor de CESA el 9 de agosto de 1974 con la debida aprobación del Ministerio de Industria (folio 333 del expediente del Servicio). El grupo MAXAM es el propietario y titular reglamentario de los únicos depósitos comerciales de explosivos existentes en cada una de las Islas Canarias. CESA mantiene con MAXAM un Contrato de Distribución y de Gestión de Explotación cuyo ámbito territorial se extiende a la Comunidad Autónoma de Canarias y al que se anexa un contrato de arrendamiento de los depósitos comerciales. Aunque CESA se reserva el derecho a nombrar otros distribuidores en el ámbito territorial del contrato y CESA puede distribuir otros productos que no sean de MAXAM (folio 408 del expediente del Servicio), lo cierto es que CESA viene operando en las últimas décadas como único distribuidor y comercializador de explosivos en las Islas Canarias y que sólo distribuye productos de MAXAM. Este grupo es, por otra parte, el principal fabricante de explosivos de la Península.

2. Ninguna de las administraciones competentes que han sido consultadas tienen constancia de que se hayan presentado otras solicitudes de autorización para distribución y depósito comercial de explosivos en las Islas Canarias (folios 324 y 333 del expediente del Servicio).

3. Las actividades mercantiles de CESA se desarrollan en los sectores agropecuario, minero y de obras de infraestructura e incluyen desde el año 2004 las transacciones inmobiliarias. La actividad de distribución de explosivos representa alrededor de un 20% del importe neto de la cifra de negocios de CESA (folio 25 expediente del Tribunal).

4. Los explosivos civiles tienen dos grandes campos de aplicación:
 - a) La minería y dentro de ésta, tanto las minas a cielo abierto o de interior, como las canteras, ya sean para fabricación de áridos, minerales industriales o rocas ornamentales.

 - b) La obra civil: construcción de carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos.

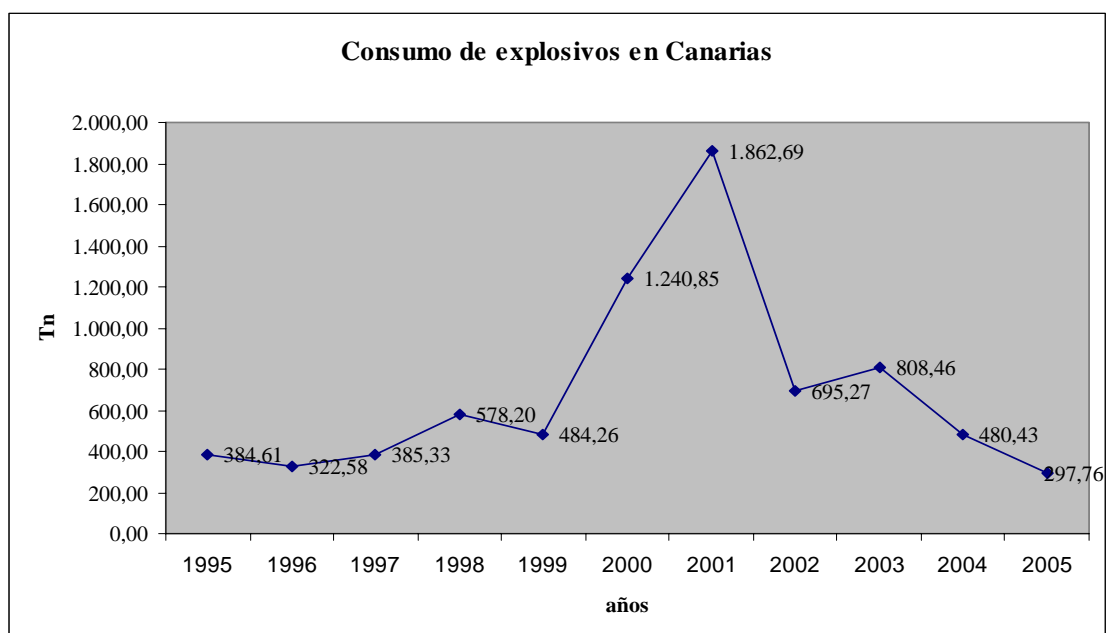
La Dirección General de Minas manifiesta que el consumo de explosivos se reparte en términos aproximados un 61.5% en minería y el resto en obra civil.

5. Al hablar de materiales explosivos las partes en el expediente se refieren a diferentes productos:

<i>PRODUCTO</i>	<i>MARCA (UEE)</i>	<i>USO</i>
ANFO	NAGOLITA	Carga de columna
Dinamita o explosivo gelatinoso	GOMA 2	Carga de fondo
Cordón detonante	Riocord	Iniciar la voladura
Detonador eléctrico	Riodet	Iniciar la voladura
Detonador no eléctrico	Primadet	Iniciar la voladura

Nagolita y Goma 2 suman el 90% del material explosivo utilizado en la voladura y a ellos se refiere fundamentalmente el expediente.

6. El consumo de explosivos en las Islas Canarias ha presentado en los últimos años oscilaciones muy significativas ligadas al desarrollo de la obra pública. En el periodo 1999-2001 se registró una fuerte subida del consumo y desde entonces un descenso significativo. De acuerdo con la información proporcionada por la demandante, la aprobación del Nuevo Plan de Mejora de la Red Viaria, suscrito por el Ministerio de Fomento y el Gobierno canario, supondrá una elevación de la obra pública que previsiblemente repercutirá sobre el consumo de explosivos al alza en los próximos años.



Fuente: datos proporcionados por CESA (folio 214 del expediente del Servicio).

7. Gran Canaria y en menor medida Tenerife protagonizan la mayor parte del consumo de explosivos. Según los datos que obran en el expediente, el producto procedente de la Península suele llegar a Gran Canaria y, fundamentalmente, a Tenerife y de allí redistribuirse al resto de las islas.

GOMAS (Kg)	2000	%	2001	%	2002	%	2003	%	2004	%	2005	%
G. CANARIA	288.355,00	70,85%	201.087,50	61,27%	45.776,00	32,42%	85.207,50	56,42%	31.837,50	34,02%	19.950,00	30,29%
TENERIFE	40.765,30	10,02%	34.518,90	10,52%	29.535,00	20,92%	26.780,00	17,73%	24.335,00	26,00%	20.530,00	31,17%
LA PALMA	40.209,30	9,88%	39.627,50	12,07%	13.027,50	9,23%	8.850,00	5,86%	9.592,50	10,25%	7.480,00	11,36%
GOMERA	402,00	0,10%	248,00	0,08%	75,00	0,05%	1.575,00	1,04%	4.375,00	4,68%	2.500,00	3,80%
LANZAROTE	26.830,00	6,59%	18.495,00	5,64%	10.250,00	7,26%	12.332,50	8,17%	6.425,00	6,87%	5.050,00	7,67%
EL HIERRO	200,00	0,05%	7.800,00	2,38%	25.008,40	17,71%	1.650,00	1,09%	1.000,00	1,07%	2.775,00	4,21%
FUERTEVEN.	10.213,50	2,51%	26.414,00	8,05%	17.520,80	12,41%	14.635,00	9,69%	16.015,00	17,11%	7.575,00	11,50%
TOTAL	406.975,10	100,00%	328.190,90	100,00%	141.192,70	100,00%	151.030,00	100,00%	93.580,00	100,00%	65.860,00	100,00%

NAGOLITA (Kg)	2000	%	2001	%	2002	%	2003	%	2004	%	2005	%
G. CANARIA	571.075,00	68,48%	1.150.225,00	74,96%	351.225,00	63,39%	433.650,00	65,96%	190.925,00	49,35%	112.075,00	48,33%
TENERIFE	81.300,00	9,75%	119.700,00	7,80%	62.575,00	11,29%	24.775,00	3,77%	11.800,00	3,05%	13.525,00	5,83%
LA PALMA	16.025,00	1,92%	0,00	0,00%	0,00	0,00%	0,00	0,00%	0,00	0,00%	0,00	0,00%
GOMERA	4.600,00	0,55%	1.425,00	0,09%	1.075,00	0,19%	2.150,00	0,33%	4.500,00	1,16%	0,00	0,00%
LANZAROTE	101.675,00	12,19%	64.375,00	4,20%	64.575,00	11,65%	88.725,00	13,50%	63.450,00	16,40%	47.275,00	20,39%
EL HIERRO	600,00	0,07%	0,00	0,00%	0,00	0,00%	47.550,00	7,23%	50.675,00	13,10%	27.075,00	11,68%
FUERTEVEN.	58.600,00	7,03%	198.775,00	12,95%	74.525,00	13,45%	60.575,00	9,21%	65.500,00	16,93%	31.950,00	13,78%
TOTAL	833.875,00	100,00%	1.534.500,00	100,00%	554.075,09	100,00%	657.425,00	100,00%	386.850,00	100,00%	231.900,09	100,00%

Fuente: Información facilitada por CESA (folio 214 del expediente del Servicio)

8. CESA vende a los consumidores habituales mediante precios tarifados, diferentes para cada depósito comercial ubicados en cada una de las islas. En el expediente constan las siguientes tarifas:

Nagolita (€/kg)	2000	2001	2002	2003	2004	2005
G. Canaria	4,1	4,1	4,6-5,1	5,3	7,5	8,2
Lanzarote	3,9	3,9	4,5-5,2	5,4-6	7,3	9,9
Fuerteventura	3,9	3,9	4,5-5,2	5,4-6	7,3	9,9
Tenerife	3,4	3,4	3,7-4,3	4,5-4,9	6,3	7,3
La Palma	4,5	4,5	5,7-6,6	6,9-7,9	--	--

Goma 2 (€/kg)	2000	2001	2002	2003	2004	2005
G. Canaria	9,6	9,6	11,2-12,3	12,8	18,2	20
Lanzarote	11,7	11,7	13,4-15,4	16-17,6	21,8	26,8
Fuerteventura	11,7	11,7	13,4-15,4	16-17,6	21,2	26,1
Tenerife	13,6	13,6	14,9-17,1	17,8-20,5	25,4	30,4
La Palma	14,1	14,1	17,6-20,3	21,1-24,3	--	--

Fuente: Información facilitada por CESA (folios 187 y 693 del expediente del Servicio)

Los precios para todas las obras de consumo masivo y duración determinadas generalmente de largo plazo, son negociables con las empresas adjudicatarias. Según la propia CESA, “*todos los precios tarifados son bonificados por rappel de consumo anual cuando se superan compras de 158.000€ y 240.000€ anuales*” (folio 187 del expediente del Servicio).

9. Los precios medios de venta que grupo MAXAM ha aplicado a clientes finales en Bilbao y Santander en los ejercicios 2004 y 2005 son los siguientes:

BILBAO

PRODUCTO	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Nagolita (€/Kg)	0,62	0,64	0,66	0,70	0,73	0,80
Goma 2 (€/Kg)	2,08	2,08	2,24	2,36	2,45	2,58

SANTANDER

PRODUCTO	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Nagolita (€/kg)	0,76	0,80	0,82	0,85	0,89	0,93
Goma 2 (€/Kg)	2,70	2,77	2,86	2,95	3,04	3,20

Fuente: Grupo MAXAM (Folio 660 del expediente del Servicio)

10. CESA aporta a requerimiento del Servicio como justificación de sus precios durante los años 2004 y 2005 los costes derivados de la adquisición del producto a MAXAM así como del transporte interinsular de éstos, durante los dos años citados. Dichos costes incluyen los precios FOB, el flete de la mercancía, la vigilancia en el transporte, los seguros, aduanas, acarreos y apilados y transporte en tierra. En definitiva, la puesta del producto en el polvorín (folio 778-1137 del expediente del Servicio). De la información aportada y tras incluir ciertas correcciones señaladas por CESA en sus alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, el Servicio concluye que los costes medios anuales de poner el producto en el polvorín (obtenidos directamente de la información aportada por CESA) están muy por encima de los precios medios según tarifa de la nagolita y la goma 2 en Canarias durante los años 2004 y 2005. En el caso de la nagolita el precio es un 270% en 2004 y un 352% en 2005 del coste medio y de un 434% en 2004 y un 330% en 2005 del coste medio de la goma 2.

11. En términos generales, según declara CESA, no existen suministros de explosivos regulares en las Islas, siendo preciso dejar inactivos y por lo tanto vacíos, algunos de los depósitos por falta de consumo durante largos periodos (folio 181 del expediente del Servicio). CESA manifiesta que en diciembre de 2005 se cerró el polvorín de Fuerteventura por falta de ventas en 5 meses y que el polvorín de La Gomera ha permanecido cerrado durante los años 2004 y 2005 largos periodos por falta de actividad.

12. El 11 de marzo de 2005 el Gobierno aprobó el Real Decreto 277/2005 por el que se modifica el Reglamento de Explosivos que refuerza las medidas de seguridad, en particular, en el transporte. No obstante, en el expediente consta aclaración por la autoridad competente en Canarias respecto a que hasta que no se elabore una nueva orden ministerial en la que se determinaran las especificaciones que deben cumplir los vehículos será de aplicación la Orden Ministerial anterior del año 1997 (folio 254 del expediente del Servicio).

13. El 25 de noviembre de 2005 CESA anuncia a sus clientes el ajuste de los precios de algunas especialidades, que supone una bajada de al menos el 20% del precio de los productos hasta terminar el stock (folio 136 del expediente del Servicio, folio 29 del expediente del Tribunal). Existen en el expediente algunos elementos que llevan a concluir que la tendencia a la bajada o al mantenimiento de los precios ha tenido continuidad en el ejercicio siguiente, a pesar de la caída del consumo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

SEGUNDO.- El Servicio imputa a CESA en su Informe-Propuesta una conducta prohibida por el artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989. Dicho artículo prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio consistente en la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

El Servicio define como mercado relevante de la comercialización y distribución de explosivos para voladuras en Canarias. Considera que CESA tiene en el mismo una posición de dominio puesto que es la única empresa que comercializa explosivos en las Islas y porque existen fuertes barreras de entrada.

El Servicio recuerda que el Tribunal ha establecido que *“la calificación de unos precios excesivos o abusivos presupone dos circunstancias:*

- *La capacidad de una empresa de imponer precios diferentes, normalmente superiores, a los que se dan en un a situación de competencia, y*
- *La necesidad de un término de comparación para establecer la diferencia entre los precios en cuestión y los que rigen o debería regir en competencia”.*

El Servicio entiende que el primer requisito se cumple porque la posición de monopolio de la denunciada le otorga una capacidad para imponer precios que no tendría de competir en el mercado con otras empresas. Respecto al término de comparación, observa que las tarifas de CESA para la nagolita y la goma 2 resultan entre 9 y 10 veces superiores a los precios que MAXAM, su proveedor, ha declarado cobrar a los consumidores finales en Santander y

Bilbao, lugares éstos desde donde se fletan los explosivos hacia las Islas Canarias.

No obstante, el Servicio entiende que los precios finales en Canarias pueden ser superiores a los de la Península por una serie de factores, en particular, debido al coste de transporte. Por ello, solicita a CESA que aporte información al respecto. Con la información aportada por CESA sobre costes soportados durante los ejercicios 2004 y 2005 para colocar el producto en polvorín en cada una de las islas, el Servicio obtiene la media del coste soportado por CESA por situar la nagolita y la goma 2 en las diferentes islas en los años 2004 y 2005. Tal y como se expone en el Hecho Acreditado 10, los precios medios multiplican incluso por cuatro esos costes medios. El Servicio observa además en el Informe Propuesta que la diferencia de precios entre la Península y Canarias se ha incrementado en 2004 y 2005, pese a que ya era significativa en ejercicios anteriores.

Ante las alegaciones realizadas por la denunciada con anterioridad al Pliego de Concreción de Hechos, el Servicio considera que:

- A los costes imputados sólo cabría añadir los de arrendamiento y vigilancia de polvorines, que no considera significativos.
- No cabe añadir costes generales porque no están directamente relacionados con la actividad y porque hay que tener en cuenta que la distribución de explosivos no es la única actividad empresarial de CESA.
- Para valorar si un precio es excesivo o no parece más correcto aplicar el precio tarifado que el precio con descuentos, entre otras razones porque el descuento no se aplica por igual a todos los clientes.
- La subvención por transporte marítimo entre islas cuyo importe sitúa la denunciada en 60.000-90.000€ no puede tener una repercusión muy significativa. El cierre en 2004 de la fábrica de Nagolita que CESA tenía situada en Tenerife tampoco parece haber tenido una repercusión significativa.

En definitiva, el Servicio concluye que existe una gran diferencia en los precios de los mismos explosivos entre la Península y Canarias, sin que los costes derivados de transporte al Archipiélago, ni los demás motivos aducidos

por la denunciada puedan justificar tal disparidad. Por ello estima que CESA habría incurrido en conducta tipificada por el artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989 consistente en fijar precios no equitativos para sus productos desde la posición de dominio que detenta en el mercado de distribución de explosivos para voladuras en Canarias.

TERCERO.- La denunciante se muestra conforme con el Informe Propuesta. Considera de sobra acreditado que el mercado relevante lo constituye la comercialización y distribución de explosivos para voladuras en las islas Canarias sobre la base de los documentos que obran en el expediente. Considera acreditado que el mercado geográfico es el canario por la imposibilidad de recurrir a fuentes alternativas de suministro diferentes a CESA, que desde su posición de monopolio ha impuesto precios abusivos. Considera que en este caso existen agravantes, como el hecho de que se trate de una práctica reiterada y que afecte a una región ultraperiférica, para la que el Consejo de la Unión Europea ha considerado necesario una especial protección. Ello supone además que la empresa denunciada, por el hecho de desarrollar su actividad en Canarias, se beneficia de las ventajas del Régimen Económico y Fiscal (REF) como la reserva de inversiones de Canarias (RIC), obteniendo así importantes beneficios y ahorros fiscales. La denunciante solicita que se declare que CESA ha infringido el artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989 y que se le imponga una sanción de 601.012€.

La AECP advierte sobre la importancia de que cese la práctica, puesto que se prevé un incremento del consumo de explosivos derivado del aumento de la obra pública en Canarias como consecuencia del Convenio de Carreteras suscrito entre el Gobierno canario y la Administración Central de Estado. Por ello, en su escrito de conclusiones solicita al Consejo que se imponga a CESA la obligación de ceder la mitad del aprovechamiento de cada uno de los polvorines existentes en cada una de las islas a otros distribuidores o fabricantes, con derecho a obtener en compensación en concepto de alquiler. La AECP argumenta que con ello se rompería el monopolio de hecho actualmente existente en las Islas Canarias, habida cuenta de que la introducción de competencia en el mercado es la única manera de que no se falsee la misma. También solicita que hasta que pueda introducirse competencia en el mercado se fije un precio máximo al que deba vender CESA los explosivos en cada una de las islas durante un plazo de cinco años.

CUARTO.- CESA alega respecto a la inadmisibilidad de ciertos documentos y manifestaciones de la denunciante. En efecto, tal como se describe en el Antecedente de Hecho 14, CESA solicitó la inadmisión de determinada documentación presentada en el trámite de valoración de prueba por AECP

por considerar que se había vulnerado el plazo de proposición de prueba. Sin embargo, esta alegación debe rechazarse porque, como se dijo en el acuerdo de 20 de diciembre de 2007, se trata en este caso del ejercicio del derecho de los ciudadanos que con carácter general establece el artículo 35. e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de formular alegaciones y presentar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia. Este derecho sólo podría haber sido denegado si no hubiese sido posible su contestación por la parte contraria, pero éste no es el caso al haberse hecho la aportación documental en el trámite de valoración de prueba cuando todavía quedaba el trámite de conclusiones.

Por otro lado, no se puede aceptar que ese precepto de la Ley 30/1992 no sea aplicable al procedimiento regulado en la Ley de Defensa de la Competencia por ser aquélla supletoria de ésta, ya que, como se ha dicho, lo que regula son derechos de los ciudadanos ejercitables en sus relaciones con las Administraciones Públicas en general y, por tanto, en cualquier expediente administrativo.

Además, debe considerarse que los documentos controvertidos tampoco han sido esenciales en la decisión adoptada en el expediente, con lo que en cualquier caso su admisión no ha podido tener ningún efecto en el derecho a la defensa de CESA.

QUINTO.- En lo que respecta a los aspectos sustantivos, la denunciada discrepa de la definición de mercado que emplea el Servicio y argumenta que el mercado relevante es el del conjunto de medios que sirven para la destrucción de roca, ya sean explosivos o maquinaria. Argumenta que existe sustituibilidad entre ambos medios, como el Servicio reconoció en el expediente de control de concentraciones N-06020 Ejecutivos/Ibersuizas/Vista/UEE. En su opinión, la respuesta al oficio enviado a la DG de Minas también admite esta sustituibilidad puesto que se dice que los usos civiles de explosivos pueden llevarse a cabo con máquinas. Por otro lado, considera que existe evidencia de la misma puesto que a) los explosivos vendidos en Canarias son claramente insuficientes para volar los volúmenes de roca que anualmente se destruyen en Canarias y b) los planes de los productores de áridos reflejan que su consumo de explosivos es finalmente mucho menor que el previsto.

CESA critica el argumento del Servicio de que a los precios que ha vendido CESA el producto, si los clientes hubieran tenido sustitutos hubieran recurrido a ellos. CESA manifiesta que este argumento es erróneo porque

parte de la premisa de que los precios son excesivos (puede que los clientes no hayan sustituido porque no consideren excesivos los precios) y porque es tanto como exigir que la sustituibilidad entre dos productos para incluirlos en un mismo mercado sea total, cosa también incorrecta.

CESA considera erróneo sostener, como hace la denunciante, que el hecho de que el basalto abunde en Canarias lleve a definir un mercado de explosivos. Primero, porque no es verdad que el basalto sólo se pueda destruir con explosivos. Segundo, porque es minoritario en la producción de áridos.

En cuanto al ámbito geográfico del mercado, la denunciada también discrepa del Servicio y sostiene que el mercado es superior a las Islas. La lejanía y los elevados costes de transporte no necesariamente implican una segmentación de mercados y la normativa es homogénea a escala nacional. Esa conclusión es todavía más clara si se tiene en cuenta que maquinaria y explosivos están en el mismo mercado. Argumenta que en dicho mercado CESA carece de posición de dominio. Si se considera que explosivos y medios mecánicos son sustitutivos, CESA estima que su cuota es del 68,5% atendiendo al volumen total de áridos que se producen y a los que se obtienen mediante voladura, incluso menor si se incluyen las extracciones no controladas.

Recuerda que además de la cuota hay que tener en cuenta otros factores. En concreto, hay que tener en cuenta el poder compensatorio de la demanda, porque CESA se enfrenta a pocos clientes en Canarias que podrían, en su opinión, agrupar sus compras para abastecerse de explosivos conjuntamente. Además, estos clientes pueden sustituir los explosivos por maquinaria o importaciones de áridos. La demanda además viene dada en muchos casos por grandes constructoras con un elevado poder de negociación.

CESA mantiene además que no hay barreras a la entrada en el mercado canario. Las normas son iguales en todo el territorio nacional y el hecho de tener depósitos no constituye una barrera. Manifiesta que se pueden comercializar explosivos en Canarias sin disponer de depósitos y, en todo caso, hay territorio para construir uno: *“En cualquier caso, el hecho de que el territorio canario sea fragmentario y protegido en gran parte no excluye de manera absoluta la posibilidad de que se pueda construir un polvorín más en alguna de las islas, particularmente en las de mayor extensión. Y decimos un polvorín porque, dado el reducido tamaño del mercado, podría ser suficiente con uno para distribuir explosivos en Canarias, si es que realmente fuese necesario disponer de depósitos allí para esta actividad”* (folio 1349 del

expediente del Servicio). CESA considera además que MAXAM, para quien CESA distribuye los productos en Canarias, es su principal competidor potencial. Si CESA impusiera precios excesivos MAXAM tendría un problema de doble marginalización que solventaría integrándose verticalmente, imponiendo precios de reventa o siendo ella misma la que comercializara explosivos en Canarias. CESA parece deducir que sus márgenes no deben ser desorbitados cuando no se han dado ninguno de estos hechos.

En todo caso, considera que la comparación de precios y costes realizada por el Servicio es incorrecta, a pesar de las correcciones introducidas por el propio Servicio a la vista de las alegaciones de CESA al Pliego de Concreción de Hechos. CESA recuerda las dificultades intrínsecas a la calificación de un precio como excesivo y a su sanción. Más allá de las cuestiones de principio, critica el método de análisis utilizado por el Servicio por no cumplir en su opinión con lo exigido por la jurisprudencia comunitaria en *United Brands* y considera que el estudio de costes del servicio es erróneo e incompleto porque omite determinados costes relevantes como son gastos de personal, los servicios externos, reparación y conservación de sedes, polvorines y medios de transporte; seguros; gastos generales y gastos de seguridad. Este último es especialmente significativo porque, según CESA, calculado a grosso modo incrementa el coste de los explosivos en 2005 en 2.46€/kg. Además, el Servicio tiene sólo en cuenta los precios de tarifa de CESA y utiliza en su análisis para la comparación con los costes estimados una suerte de precio de tarifa medio. Con ello ignora los descuentos que CESA ofrece a sus clientes en función de su consumo.

CESA argumenta que en todo caso la comparación entre costes y precios no es suficiente para establecer si un precio es excesivo en el sentido del artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989. Requiere demostrar además que dichos precios son injustos o inequitativos. CESA justifica que el valor económico del bien es mayor y por lo tanto los clientes están dispuestos a pagar más por la comodidad del suministro en pequeñas cantidades, así como por el valor intangible del bien suministrado. Además el riesgo empresarial de esta actividad es muy alto, lo que justifica un mayor margen.

Critica la comparación de los precios de Canarias con los de clientes finales en Bilbao y Santander porque supone comparar precios generales de tarifa con precios a grandes clientes finales (los que MAXAM se reserva para sí) que incluyen descuentos. Además no pueden compararse precios en Canarias con precios de la Península porque el volumen en ésta es mucho mayor, lo que supone unos costes medios más reducidos.

En sus alegaciones de 21 de enero de 2007 ante el Servicio, CESA presentó un estudio elaborado por una consultora que tiene como finalidad estimar los márgenes del negocio de explosivos de la empresa. CESA presentó una segunda versión de este estudio el 20 de marzo de 2007. Según CESA, el estudio constata que no ha vendido a precios excesivos, que sus márgenes no son elevados y que además han decrecido en el periodo 2004-2006.

Además, CESA considera que la evolución de sus precios en el periodo analizado por el Servicio viene justificada por una serie de factores:

- La caída de la demanda, que se traduce en una elevación de sus costes medios. Ello se debe a que en la estructura de costes priman los costes fijos, por lo que ante reducciones en la demanda la imposibilidad de aprovechar las economías de escala eleva los costes medios.
- La exacerbación de las medidas de seguridad que desincentivan el uso de explosivos y cita la modificación del Reglamento de Explosivos, especialmente en lo que se refiere a su transporte por carretera y la custodia estática en las obras.
- La negativa de las navieras regulares para transportar estos productos y la necesidad de acudir a buques charter, normalmente de gran capacidad, para llevar sólo unos cuantos contenedores de explosivo.
- La denegación de la subvención del transporte interinsular de mercancías en el año 2004 que CESA venía recibiendo desde 1982 (60.000-90.000€).
- El cierre de la fábrica de Nagolita situada en Santa Cruz de Tenerife a mediados de 2004, por lo que desde entonces se transporta desde la Península, con importantes incrementos de los costes y la problemática logística del trasiego a través de un depósito y no desde fábrica.

SEXTO.- La denunciada discrepa del Servicio en lo que se refiere a la definición del mercado de producto y del mercado geográfico. Plantea que tanto en la minería como en la obra civil, se puede sustituir perfectamente el uso de explosivos por el uso de maquinaria y que no es obligatorio usar un medio determinado.

La cuestión que aquí se dirime es si en aquellas obras o explotaciones mineras en las que se utiliza el explosivo, los clientes pueden sustituir el mismo desde un punto de vista técnico y económico. No se discuten los diferentes métodos existentes para la destrucción de roca. Tampoco se trata, como pretende la denunciada, de identificar todos los métodos posibles para producir áridos. Que los consumidores de áridos en Canarias pueden abrir nuevas canteras y explotaras con maquinaria o importar arena de otros países, como plantea la denunciada, sin duda es relevante para definir el mercado de áridos, pero no para determinar si los usuarios de explosivos pueden sustituirlos con facilidad por maquinaria.

Lo que se debe valorar por tanto es si en aquellos usos y funciones en que se emplea la voladura es posible que los clientes la sustituyan por otros medios con inmediatez, de manera rentable y alcanzando un resultado satisfactorio técnicamente.

De la información que obra en el expediente se deduce que existen limitaciones técnicas que condicionan el tipo de sistema de excavación a emplear. Existen diferentes tipos de terreno y dependiendo de las características geológicas del mismo y de la obra a realizar habrá una técnica o técnicas que resulten más eficientes. Como manifiesta la D.G. de Minas en el escrito aportado al expediente a requerimiento de este Consejo, existen factores que condicionan la elección del método a emplear: resistencia de las rocas, discontinuidades, velocidad de propagación de las ondas, heterogeneidad de los macizos rocosos, problemas de distancia para el uso de explosivos. De hecho, en el sector se manejan criterios técnicos en función del terreno y de las características de la obra que orientan sobre cuando es preferible uno u otro método. Así, los suelos se pueden clasificar como blandos, ripables o de voladura. El primero se excava con métodos mecánicos convencionales, el segundo hay que riparlo primero con una especie de uñas que se coloca atrás al bulldozer, finalmente con el de voladura se usan explosivos. En ocasiones puede ser técnicamente aconsejable utilizar una combinación de los métodos: realizar una prevoladura antes de ripar el terreno.

Además de las características del terreno, otros factores de índole económica y administrativa pueden influir en la decisión del método emplear a la hora de excavar o desmontar un terreno. Los explosivos constituyen un método mucho más rápido, lo que tiene sin duda un impacto sobre la planificación de los trabajos y el coste total de la obra a realizar. Al mismo tiempo, el uso de una u otra técnica puede verse limitado o incluso imposibilitado por

regulaciones administrativas o por la peligrosidad o molestia que entrañen dependiendo de la localización de la obra.

En definitiva, los condicionantes geológicos, técnicos, económicos y administrativos determinan cuál es el método o combinación de métodos preferible y hacen que la sustituibilidad entre métodos sea imperfecta o, incluso, imposible, como sucede en el caso de los acuíferos. Recordemos a este respecto que el concepto de sustituibilidad en el marco de la definición de mercados tiene siempre un enfoque económico: los clientes deben estar dispuestos a cambiar de producto en respuesta a un ligero incremento de precios. Si la alternativa resulta más desventajosa en términos económicos, aunque sea técnicamente factible, no cabe hablar de sustituibilidad suficiente como para considerar ambos productos en un mismo mercado.

Según consta en el expediente (folio 444 y 447 del expediente del Servicio) en Canarias predomina la roca de origen basáltico, que tiende a tener una mayor dureza, lo que aumenta la posibilidad de que para determinadas obras públicas o canteras el uso de explosivos sea una alternativa económicamente superior. De hecho la propia denunciada manifiesta que, de las extracciones controladas, un 68% de los áridos en Canarias provienen de yacimientos que emplean explosivos.

La denunciante sugiere que las cifras de consumo apuntan a que se está produciendo una sustitución entre explosivo y medios mecánicos. Puede ocurrir que exista cierta sustituibilidad a largo plazo promovida por el cambio técnico en la maquinaria y por el endurecimiento de las condiciones regulatorias. Sin embargo, de ello no puede deducirse que una parte significativa de la demanda tenga capacidad de recurrir a productos sustitutivos con la suficiente inmediatez en el sentido del apartado 17 de la Comunicación de la Comisión Europea sobre definición de mercados relevantes. En todo caso, no cabe defender que el descenso del consumo de explosivos desde el año 2001 se deba a la sustitución de explosivos por maquinaria. Tal descenso, que no es sostenido, como la propia denunciada reconoce, se debe en gran parte a la caída de la obra pública.

Los hechos nos son consistentes con que la maquinaria haya ejercido una restricción competitiva sobre los explosivos. Nos encontramos en las Islas Canarias con un solo oferente, CESA, que ha elevado precios cada año más de 5-10% y tales incrementos de precios han sido sostenibles. Como manifiesta la denunciante (folio 1301 del expediente del Servicio) y cita la propia denunciada (folio 1436 del expediente del Servicio) “... *las empresas*

consumidoras habituales han disminuido el consumo hasta donde han podido, pero siguen manteniendo alto el mismo por la pura necesidad de atender a sus compromisos con las obras.” Sin duda, ante las elevaciones de precios que se han producido quienes hayan tenido la posibilidad han podido cambiar de método de producción o de fuente de suministro. Pero la supuesta restricción competitiva que ejerce la maquinaria no ha sido suficiente para desincentivar los incrementos de precios de los explosivos. Además, técnicamente no pueden considerarse como parte de un mismo mercado dos conjuntos de productos cuando su sustituibilidad se produce como reacción ante circunstancias extremas. En este sentido, si parte de los clientes ha sustituido, también podría interpretarse que las continuadas subidas de precios han situado los mismos más allá de su disponibilidad a pagar. En todo caso, ello no evita que buena parte de la demanda tenga serias dificultades para sustituir los explosivos por otros métodos de manera económicamente rentable.

De hecho, un documento aportado por CESA con el fin de ayudar a definir el mercado relevante corrobora esta idea. En el mismo se recoge la estrategia de negociación de un determinado cliente que, ante los precios ofertados por CESA, hace una comparativa con el coste de los medios mecánicos para un obra en particular al objeto de conseguir de CESA ulteriores rebajas (el llamado precio óptimo). Se desconoce el contexto que condiciona dicha negociación pero, desde un punto de vista económico, llama la atención que, de acuerdo con el documento, pese a ser significativamente más alto su coste y las cargas administrativas que genera, el cliente sigue interesado en el uso de los explosivos. Este hecho sólo se explica porque desde un punto de vista técnico o de coste en términos de tiempo ambas alternativas no le son en absoluto indiferentes. Dicho en otras palabras, corrobora el hecho de que la sustituibilidad entre ambos métodos es altamente imperfecta, lo que condiciona el poder de negociación de los clientes y reduce la restricción competitiva sobre CESA. En el contexto de un caso de abuso de posición de dominio como el presente cabría incluso pensar si este documento no refleja un supuesto de la llamada “falacia del celofán”, puesto que a los precios practicados el cliente se estaría planteando como sustitutivos productos que puede que no lo fueran a precios competitivos.

La denunciada alega que el Servicio en la operación de concentración N-06020 EJECUTIVOS/IBERSUIZAS/VISTA/UEE se refirió a que explosivos y maquinaria son perfectamente sustitutivos. En primer lugar, debe recordarse aquí el párrafo 12 de la Comunicación sobre definición de mercados relevantes, que nos recuerda que *“esta metodología puede llevar a resultados diferentes en función de la naturaleza de la cuestión de competencia examinada”*. Pero además, la denunciada soslaya que pese a esa afirmación

el Servicio en ese expediente definió y analizó el mercado como el de los explosivos de uso civil, como ya lo hiciera anteriormente el Tribunal en el Expte. 450/99 Polvorines, seguido contra UEE.

En lo que se refiere al ámbito geográfico del mercado, hay fundadas razones para pensar que el mismo no es superior a las Islas Canarias. Según la información suministrada por la Delegación del Gobierno en las Islas Canarias, una vez que el consumidor ha adquirido y mantiene vigente la autorización para la utilización habitual de explosivos con ámbito provincial, de acuerdo con el art. 208.2 del Reglamento de Explosivos (RD 230/1998, de 16 de febrero, modificado por el RD 277/2005, de 11 de marzo), tiene libertad según la legislación vigente para adquirir los explosivos que necesita para efectuar voladuras en esa provincia a cualquier empresa fabricante o distribuidora de la Península que cumpla el requisito prescrito en el artículo 195 de ser titular de un depósito comercial o de un depósito industrial con función comercial o cuenta con una autorización expresa para la distribución de los mismos. Esto supone que un consumidor autorizado en una de las provincias canarias podría comprar los explosivos no sólo a CESA, sino a cualquier distribuidor autorizado de la Península.

Sin embargo, según la propia Delegación del Gobierno en las islas, esta posibilidad se encuentra restringida por el condicionante de que el explosivo adquirido en la Península sólo podría almacenarse en las islas en depósitos autorizados o a pie de de voladura (folio 1328 del expediente del Servicio). El artículo 197 del Reglamento de Explosivos señala: *“En razón al obligado control de la tenencia de los explosivos, éstos deben siempre ser almacenados, con carácter previo a su comercialización o utilización, en un depósito debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en este Reglamento.”* En cuanto al almacenaje a pie de voladura, el Reglamento autoriza a los consumidores a disponer de polvorines auxiliares de distribución (art. 190 del Reglamento de Explosivos), pero su fin es exclusivamente el autoconsumo de cantidades limitadas: sólo se puede almacenar la cantidad de explosivo prevista para consumir en el día, con la obligación de destruir el sobrante del día o devolverlo a depósito autorizado. Dada esta dimensión y estos requerimientos, no resulta factible que los consumidores los utilicen para adquirir directamente el producto a fabricantes o distribuidores de la Península, prescindiendo del distribuidor local, en este caso de CESA. Además, el Real Decreto 277/2005 ha aumentado las exigencias técnicas de estos polvorines auxiliares, lo que encarece y desincentiva su uso. De hecho, las obras con voladuras puntuales suelen evitar instalarlos.

En vista de estas restricciones, la demanda insular se abastece de los oferentes establecidos en territorio insular, en concreto de CESA, sin que parezca plausible, dada la experiencia de décadas y la opinión de la autoridad que tutela la actividad, que distribuidores de la Península o de terceros países puedan abastecerles directamente con la suficiente inmediatez como para considerar un mercado geográfico relevante superior al insular.

En este sentido, tiene razón el Servicio cuando manifiesta que *“La definición de las Islas Canarias como mercado geográfico de distribución para voladuras cumple los parámetros establecidos en el punto 8º de la Comunicación de la Comisión relativa a la Definición de Mercado Relevante, pues sus condiciones se distinguen de las otras zonas próximas, como la España Peninsular, con la que, compartiendo idéntica regulación, presenta diferencias como la existencia de un solo distribuidor y el considerable encarecimiento de sus precios.”*

El producto habitualmente llega a Tenerife o a Gran Canaria y de allí en su caso se distribuye al resto de islas. En vista de ello y de la presencia de CESA en todo el territorio canario, con polvorines en las siete Islas, se considera que el conjunto de todas ellas constituyen un solo mercado geográfico relevante a los efectos de la actividad de distribución y comercialización de explosivos para voladuras en el archipiélago canario.

En definitiva, este Consejo ratifica la definición de mercado relevante realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe Propuesta.

SÉPTIMO.- Los depósitos o polvorines constituyen un activo necesario para realizar la actividad de distribución en el mercado insular canario y sólo CESA, gracias a su contrato con MAXAM, dispone de este activo en todas y cada una de las islas del archipiélago.

La construcción de nuevos polvorines resulta improbable por varios motivos. Primero, porque el emplazamiento de un polvorín requiere de una serie de factores que no se conjugan con facilidad: hace falta un determinado espacio, acceso a vías de comunicación, lejanía de las poblaciones, que sea un terreno donde se permita su ubicación... En el caso de Canarias, el mercado geográfico relevante afectado, el problema de la localización se ve agravado por una serie de factores: i) El propio hecho insular conlleva una limitación y fragmentación del territorio que lleva a que sea especialmente difícil encontrar

suelo disponible. ii) La orografía del terreno, debido a su origen volcánico presenta numerosos accidentes geográficos que dificultan el encontrar un emplazamiento adecuado. iii) En Canarias gran parte del territorio está legalmente protegido por la existencia de parques naturales y, por tanto, no resulta posible el emplazamiento de un polvorín. iv) El desarrollo urbanístico derivado del turismo dificulta aún más la instalación de polvorines, puesto que de acuerdo con la normativa tienen que guardar unas distancias mínimas con los núcleos poblados. En las islas de mayor consumo de explosivos, como Gran Canaria, donde sería más lógico desde un punto de vista económico emplazar el polvorín, es precisamente donde mayor es la densidad de población. La parte alta, más deshabitada, tiene una gran cantidad de espacios protegidos.

Segundo, porque dada la naturaleza del producto hay que cumplir una serie de trámites y requisitos y lograr una serie de autorizaciones que alargan y dificultan enormemente la posibilidad de entrada. Según la Delegación del Gobierno (folio 1335 del expediente ante el Servicio) una vez localizada la posible ubicación, empezaría un procedimiento de declaración de utilidad pública e interés social y cambio de calificación de uso de suelo para almacenamiento de explosivo y Proyecto de Actuación Territorial (PAT) según lo previsto en el Decreto-Ley 1/2000 del Gobierno de Canarias, de Ordenación del Territorio. Estos procedimientos tendrían una duración de unos 5 ó 6 años y requerirían incluso la aprobación del Consejo de Gobierno de Canarias, además de vencer una cierta resistencia social. Como ilustra CESA, *“las asociaciones vecinales y ecologistas son escasamente tolerantes ante la presencia de los depósitos actualmente construidos en las Islas cerca de determinadas áreas y ello se traduce en innumerables barreras administrativas en el nivel local que dificultan la gestión diaria de los depósitos y su contenido”* (folio 1447 del expediente del Servicio). En vista de ello, es lógico pensar que ante la posible apertura de un nuevo depósito hubiera un fuerte rechazo social que influiría en el ámbito político a la hora de autorizar la instalación.

Por último, las condiciones del mercado pueden disuadir a los potenciales entrantes a incurrir en los costes hundidos y vencer los obstáculos descritos necesarios para operar. Por un parte, el tamaño del mercado –en número de clientes y en volumen de ventas- es reducido. Por otra, CESA mantiene una fuerte capacidad excedentaria de almacenamiento lo que hace más improbable que la entrada sea lo suficientemente atractiva para nuevos operadores.

Por todo ello, la entrada de nuevos distribuidores de explosivos en el mercado canario es improbable y, por tanto, debe concluirse que el mercado canario de distribución de explosivos para voladuras presenta elevadas barreras de entrada. De hecho, de acuerdo con las áreas de industria y energía de las correspondientes Subdelegaciones del Gobierno en las Islas Canarias, en los últimos años no se ha presentado ninguna solicitud de autorización para distribución y depósito comercial en las Islas.

En este contexto, cabe plantearse si los acuerdos comerciales que unen a MAXAM con CESA y que se vienen renovando en el tiempo desde hace décadas se traducen en un refuerzo de las barreras de entrada al mercado canario, lo cual debería ser objeto de análisis a la luz del artículo 1 de la Ley 15/2007 dada la posición que tienen ambos operadores en sus respectivos mercados. No obstante, esta es una cuestión que excede al presente expediente.

OCTAVO.- CESA es la única empresa que comercializa y distribuye productos explosivos en las dos provincias Canarias desde hace décadas y la única que cuenta con polvorines comerciales para almacenarlos. A CESA le suministra el operador de mayor implantación en la Península: UEE, actualmente MAXAM, con el que mantiene una relación comercial estrecha.

Pese a lo que sugiere la denunciada, que el número de consumidores sea escaso no quiere decir necesariamente que tengan poder negociador frente a un monopolista. Ello depende de las alternativas a su alcance, que en este caso se muestran limitadas. Hay que tener en cuenta además la desigual composición de esa demanda. Parte de ella son canteras o empresas de obras y constructores de carácter local. En periodos de menor consumo por caída de la obra pública, como el analizado por el Servicio, la demanda está compuesta precisamente por este tipo de clientes.

En vista de ello y de las fuertes barreras de entrada al mercado, se concluye que CESA es un operador claramente dominante, que ha disfrutado en las últimas décadas de una posición de monopolio que nadie ha tratado de rebatir.

El argumento de que MAXAM representa una competencia potencial para CESA no varía las conclusiones en este caso. El hecho de que MAXAM decidiera en un futuro no renovar su contrato con CESA no evitaría la situación de monopolio, sólo cambiaría su titularidad y, lo que es más

relevante al caso, no cambiaría el hecho de que durante décadas y, en particular, para los años en que se analiza la práctica, CESA ha gozado de esa situación de monopolio en la distribución y comercialización de explosivos en las Islas Canarias.

NOVENO.- La denunciada argumenta que la prohibición de precios excesivos es un tipo que presenta numerosos problemas prácticos y conceptuales y que, de hecho, se han instruido pocos casos de esta índole.

Doctrinalmente los precios abusivos se consideran dentro de los abusos explotativos, aquéllos que reducen directamente el bienestar de los consumidores.

El análisis económico nos dice que no se deben considerar abusivos *per se* los precios por ser altos. Las empresas tratan de hacer beneficio ofertando los productos a precios superiores a costes, que los consumidores estén dispuestos a pagar. Si hay consumidores dispuestos a pagar esos precios, habrá más empresas dispuestas a incrementar su output, a invertir y a innovar y el resultado incrementará el bienestar económico. Se trata de la esencia del funcionamiento del mecanismo de asignación de recursos del mercado. Si los precios son elevados pero hay o puede haber alternativas al alcance de los consumidores, el propio mercado moderará esos precios. La intervención en estos casos –prohibiendo un determinado nivel de precios o regulándolo- puede distorsionar la eficiencia dinámica y ser dañina.

No obstante, el legislador considera que en ciertos casos los operadores pueden tener un poder de mercado tal que les permita cobrar unos precios que no cumplan esta función de orientar una solución eficiente en el mecanismo de asignación de recursos. Estaremos entonces ante precios abusivos, porque distorsionan la asignación de recursos o extraen rentas de los consumidores sin promover la expansión del output, la entrada de nuevos operadores, la mejora de la relación calidad precio, el desarrollo de nuevos productos o evitando ajustes de capacidad. En este sentido, precios abusivos suelen ir acompañados de elevados beneficios, pero ello no es condición necesaria. En determinadas circunstancias los precios pueden cubrir unos costes ineficientes por elevados, que el operador dominante tenga interés en no reducir porque supongan, directa o indirectamente, un refuerzo de las barreras de entrada.

Desde el punto de vista de aplicación de la normativa de competencia, el interés reside en diferenciar aquellos precios que son abusivos de los que no

lo son. Con este fin, el análisis económico y la doctrina ayudan a identificar una serie de criterios para el análisis:

1. Criterios estructurales. Hay una serie de criterios estructurales que caracterizan las situaciones en las que unos precios elevados tienen una mayor probabilidad de ser abusivos:

a) Operador en situación de monopolio o de cuasi monopolio. En definitiva, ha de tratarse de un operador con un elevado poder de mercado, capaz de imponer precios. La literatura económica recomienda que esta posición no sea fruto de una competencia *on the merits*. Si el operador ostenta un monopolio como consecuencia, por ejemplo, de una determinada invención para la que ha invertido considerablemente, la identificación de precios excesivos será más cuestionable.

b) Elevadas barreras a la entrada, que impiden que los precios elevados provoquen la entrada de nuevos operadores en un plazo de tiempo razonable.

c) Presencia de factores que determinan una demanda relativamente inelástica. Puede deberse a la falta de alternativas efectivas, compatibles con las preferencias de los consumidores, técnicamente válidas y económicamente rentables. Puede ser también el caso cuando el valor de un *input* necesario es pequeño sobre un producto total que, de lo contrario, se pierde.

2. Criterios de comparación. La doctrina nos dice que estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente (Parágrafo 249, *United Brands Company vs Commission*). La forma de determinar que un precio es abusivo por excesivo ha de ser por tanto por comparación con una referencia válida. Pueden identificarse con carácter no exhaustivo varias alternativas posibles para la comparación:

a) Comparación con costes. Si el precio excede con mucho los costes el operador estará obteniendo un margen muy elevado. Esto plantea varias cuestiones, fundamentalmente qué costes emplear para la comparación o qué se entiende por un margen elevado. Además, que

el margen sea elevado no necesariamente supone que sea abusivo, por eso el TJCE exige como requisito adicional que el precio sea inequitativo (*unfair*) comparado consigo mismo o con otros productos, como recuerda la denunciante (Parágrafo 251 *United Brands Company vs Commission*) y reza el propio artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989. En definitiva, esta comparación de precios con costes, además de encerrar en sí misma ciertas dificultades, puede no ser concluyente. Razón por la cual el TJCE deja abierta la posibilidad de otros criterios de comparación (Parágrafo 253 *United Brands Company vs Commission*).

- b) Comparación con otros precios. Se puede establecer la comparación con otros precios que se consideren fijados en un entorno más competitivo, ya sea con otros productos, con otros mercados geográficos o con el propio producto desde una perspectiva intertemporal, observando si las variaciones de precios han sido desproporcionadas. La norma española al hablar de precios no equitativos incorpora este elemento de comparación.

Ningún criterio está exento de posibles críticas. Pero ello no necesariamente conduce a descartar todos los criterios. Se debe elegir en cada caso aquéllos que resulten más válidos, observar si de la comparación se deducen diferencias significativas y emplear el conjunto de criterios de manera complementaria para verificar si apuntan en la misma dirección de manera que las conclusiones resulten más consistentes.

- 3. Constatación del carácter abusivo. El conjunto de criterios establecido en los puntos 1 y 2 anteriores minimiza la posibilidad de cometer errores a la hora de calificar unos precios como abusivos. No obstante, procede constatar su carácter abusivo analizando si existe una justificación objetiva para los precios observados. La justificación objetiva no puede tener exclusivamente como fundamento el excedente del productor. En toda conducta abusiva el operador dominante pretende obtener un mayor beneficio. La cuestión es que si lo hace valiéndose de su posición y con ello deteriora el bienestar de los consumidores y distorsiona el funcionamiento eficiente del mercado, estaremos ante un abuso. El mero beneficio de la empresa en ese caso no puede interpretarse como una justificación objetiva, sino como el abuso en sí mismo. En cambio, cuando ese mayor beneficio esté en el orden competitivo y no perjudique significativamente a los consumidores, la conducta podrá considerarse justificada y los precios no abusivos. Así, los precios inequitativos pueden justificarse por razones de demanda, como retribución a un esfuerzo

inversor e innovación o desarrollo del producto, por razones de riesgo empresarial, porque el operador haya tenido que incurrir en unos elevados costes fijos que no se encuentren amortizados, por algún tipo de desventaja comparativa no imputable al operador o por la existencia de externalidades significativas.

DÉCIMO.- El Consejo coincide con el Servicio en que en el presente caso se encuentra de sobra acreditado el cumplimiento por parte de CESA de los criterios estructurales citados en el Fundamento de Derecho anterior, tal y como se deduce de los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo. La cuestión por tanto reside en analizar los precios de CESA al objeto de establecer si han tenido un carácter abusivo. A este respecto, el Servicio observa que los precios de CESA en Canarias son mucho más altos que los que aplica MAXAM en la Península, tal y como se deduce de los Hechos Acreditados 8 y 9. El propio Servicio argumenta que dichos precios no son directamente comparables con las tarifas de CESA, puesto que hay que tener en cuenta los costes del desplazamiento del producto a Canarias. Por ello, recurre a la comparación de los precios de tarifa con los costes en que CESA incurre para adquirir los explosivos y colocarlos en polvorín. Dicho cálculo de costes lo realiza la propia CESA y los respalda aportando sus facturas. La comparación de los costes medios con los precios medios tarifados lleva al Servicio a concluir el carácter abusivo de los precios, porque triplican y en algunos casos más que cuadriplican los costes, sin que el Servicio considere que haya una justificación válida.

CESA realiza dos grandes críticas a este cálculo: a) advierte que se han dejado de incluir importantes costes directos e indirectos de la actividad y b) considera que no es correcto realizar un análisis de precios excesivos con precios de tarifa, sin tener en cuenta los descuentos practicados a los clientes.

Con respecto al primer argumento, CESA observa que los costes medios calculados por el Servicio no incluyen mantenimiento de polvorines, vigilancia en polvorines, gastos de entrega al cliente y gastos generales. La denunciada manifiesta, sin acreditarlo mediante factura, que el pago anual por la vigilancia de los 7 polvorines asciende a 1.267.000€ (folio 179 del expediente del Servicio), lo que eleva el coste medio calculado por el Servicio y reduce los márgenes.

El Servicio mantiene que a estos costes sólo cabría añadir los de arrendamiento y vigilancia de polvorines, que no considera significativos. Los

costes de arrendamiento, que se conocen, no son elevados. Los de vigilancia no han sido acreditados y la estimación que se presenta puede estar sobrevalorada habida cuenta de que la propia CESA manifiesta que los polvorines pueden permanecer y de hecho permanecen cerrados por inactividad largas temporadas. De hecho, en el estudio presentado por CESA se dice que los costes de vigilancia se incluyen entre los costes indirectos. El total de esos costes –no sólo vigilancia- por kilo de producto que consta en el estudio es en general muy inferior a lo que correspondería al coste de imputar la cantidad declarada como costes de vigilancia.

La afirmación del Servicio de que no deben tenerse en cuenta los gastos generales debe matizarse. A la hora de valorar si unos precios son excesivos hay que tener en cuenta un criterio de costes que reduzca la probabilidad de error. Se suele argumentar que procede usar un concepto de costes aislados (*stand-alone cost*), que incluye todos aquellos costes en que debe incurrir un operador eficiente para comercializar sólo ese producto. Esto supone que cabe incluir ciertos costes generales, aunque no es equivalente a decir que hay que considerar todos los costes generales de una empresa multiproducto, sean cuáles fueren éstos. En sentido opuesto, no se está teniendo en cuenta que CESA es una empresa multiproducto que distribuye otros bienes, en particular, fertilizantes. Es más que probable que algunos costes que se imputan a los explosivos estén siendo compartidos entre diversos productos. La denunciante lo ha puesto de manifiesto reiteradamente, aunque no ha quedado acreditado.

Respecto a la alegación de que no es correcto realizar un análisis de precios excesivos con precios de tarifa, el Consejo coincide en que para valorar el carácter excesivo de unos precios procede tener en cuenta los precios efectivos. No obstante, en el presente caso la consideración de los precios de tarifa no distorsiona el análisis. Los precios tarifados son bonificados por rappel de consumo anual cuando superan compras de 158.000€ y 240.000€ anuales. Dada la distribución de los ingresos por venta de explosivos por isla (folio 28 del expediente del Tribunal) y el número de clientes en cada isla, cabe inferir que estos descuentos sólo operan para niveles muy altos de consumo y muy pocos clientes. De hecho, durante los años 2004 y 2005 no existieron clientes por obras de infraestructura con precios especiales (folio 19 del expediente del Tribunal).

El Consejo además considera que se debe tener en cuenta la afirmación de la denunciante de que los explosivos comercializados en Canarias soportan unos impuestos indirectos (IGIC) con un tipo mucho más reducido que en la Península, política tributaria que precisamente busca compensar las

desventajas en costes derivadas del carácter ultraperiférico de las Islas Canarias.

En definitiva, aunque la comparación de precios y costes realizada por el Servicio pueda resultar matizable, dichas matizaciones no invalidarían la conclusión de que los precios en Canarias se han mostrado desproporcionadamente altos en relación a la Península, incluso si se toman en consideración los mayores costes derivados de la condición ultraperiférica del territorio canario.

UNDÉCIMO.- CESA presentó ante el Servicio y después ante el entonces Tribunal un estudio en el que se calculan sus precios efectivos y sus costes de comercialización de los explosivos y a partir de ello, sus márgenes netos para los años 2004, 2005 y 2006.

El estudio aportado por CESA resulta cuestionable por una serie de motivos:

- La información ofrecida es absolutamente opaca. No se ha aportado desglose ni contrastación alguna de los costes calculados, a diferencia de cómo se hizo en el estudio de costes inicialmente presentado por la propia CESA. Tampoco se aporta una descripción clara de lo que incluye cada concepto de coste y su relación con la actividad, ni de los criterios de imputación de los costes indirectos dentro de la empresa multiproducto ni a los diferentes centros de coste.
- Se deduce que el estudio tiene en cuenta todos los costes comunes y generales de la empresa (costes totalmente distribuidos) y los asigna de acuerdo con ciertas ponderaciones basadas en ingresos a la actividad. Este método sobrevalora los costes al alza. Primero, el enfoque de costes totalmente distribuidos puede tender a exagerar los costes de la actividad, especialmente si la empresa no es eficiente. Si bien procede tener en cuenta ciertos costes comunes (aquellos costes en que incurriría la empresa para poner el producto en el mercado), esto no equivale a imputar al producto todos los costes directos e indirectos, conjuntos y comunes de la empresa multiproducto, como se ha hecho. Segundo, la teoría económica también nos dice que imputar costes indirectos conforme al ingreso de cada actividad resulta poco adecuado en casos en que se evalúa el carácter excesivo o inequitativo de los precios. Si los precios son realmente excesivos el ingreso estará inflado, con lo que se tenderá a

imputar a la actividad una mayor proporción de los costes, viciando el análisis.

- Se incluyen algunas partidas de coste, como los de servicio de transporte y vigilancia a destino en obra, que a lo largo del expediente se ha reiterado que salvo en el caso de Gran Canaria no se incluyen en el precio y que corren a cargo del cliente. A pesar de ello, se incluyen y se señala que *“los efectos de esta partida sobre el coste total son muy significativos, y en ocasiones pueden llegar a ser superiores al precio pagado por los explosivos.”*
- Llama la atención sobre el hecho de que se imputa como coste al negocio de explosivos un 30% de las cantidades devengadas por la concesión administrativa en donde se encuentra la sede central de la compañía, cuando el negocio de explosivos pesó un 22,45% sobre el total del negocio de CESA en 2005.
- La asignación de costes que produce el método aplicado resulta arbitraria. Las islas a las que llega el producto procedente de la Península y, a su vez, donde es mayor el consumo, presentan en muchos casos mayores costes directos y totales que las islas menores.
- Las dos versiones del Informe aportadas con una diferencia de apenas dos meses presentan diferentes estimaciones de costes, sin que medie explicación alguna al respecto. En concreto, en la segunda versión algunas de las partidas de coste han sufrido elevaciones significativas sin que se exponga motivo alguno. La denunciante ha subrayado este hecho en la valoración de prueba sin que CESA haya dado contestación alguna al respecto.

Por todo lo expuesto, el Consejo considera que no puede basarse en el estudio presentado por CESA para valorar sus precios y sus márgenes. Con todo, sorprenden algunas cuestiones que el estudio pone de manifiesto. Los precios de los explosivos se obtienen supuestamente de la contabilidad financiera a partir de datos de ingresos y las unidades vendidas. En algunos años y para algunas islas se observa que los precios son muy superiores a los precios de tarifa comunicados por CESA, cuando en teoría deberían ser inferiores al restarse los descuentos y el IGIC. En particular, el precio efectivo de la goma 2 en 2005 según el estudio fue de 34€/kg en Tenerife y de más de 48,5 €/kg en La Palma y El Hierro. Por otro lado, a pesar de la fuerte caída de

la demanda, la empresa mantiene márgenes netos de dos dígitos en los años 2004 y 2005 que además, en el caso de algunas de las islas, crecen.

DUODÉCIMO.- Tal y como se ha manifestado en el Fundamento de Derecho Noveno, para determinar el carácter abusivo de unos precios procede emplear un conjunto de criterios de manera complementaria para verificar si conducen a la misma conclusión. En este sentido, la información que consta en el expediente permite establecer otras comparaciones relevantes.

Primero, los precios a los que CESA oferta la nagolita y la goma 2 en Canarias han crecido a tasas muy elevadas en el periodo objeto de análisis. La tabla siguiente muestra las tasas de crecimiento de los precios de tarifa de estos productos en las islas de Tenerife, Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura, que representan más del 80% del consumo.

Tasa variación precios Nagolita				
Nagolita (€/kg)	2002/2001	2003/2002	2004/2003	2005/2004
G. Canaria	24%	4%	42%	9%
Lanzarote	33%	15%	22%	36%
Fuerteventura	33%	15%	22%	36%
Tenerife	26%	14%	29%	16%
Precio medio	33%	14%	18%	24%

Tasa variación de precios de la Goma 2				
Goma 2 (€/kg)	2002/2001	2003/2002	2004/2003	2005/2004
G. Canaria	28%	4%	42%	10%
Lanzarote	32%	14%	24%	23%
Fuerteventura	32%	14%	20%	23%
Tenerife	26%	20%	24%	20%
Precio medio	33%	15%	17%	19%

Fuente: calculado a partir de la información facilitada por CESA

Este crecimiento resulta más llamativo cuando se pone en comparación con otros factores. Primero, que los precios a los que CESA compra el explosivo a MAXAM han crecido a tasas muy inferiores, de un solo dígito. Segundo, el crecimiento de los precios en Canarias es muy superior al crecimiento que han experimentado los precios de los explosivos que MAXAM vende a clientes finales en la Península. De esta forma, se observa que si el precio de la Nagolita en Canarias era entre cuatro y cinco veces superior al de la Península en 2000, en 2005 es entre ocho y diez veces superior. Algo similar sucede con la goma 2.

NAGOLITA	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Canarias	4,0	4,0	5,3	6,0	7,1	8,8
Bilbao	0,62	0,64	0,66	0,7	0,73	0,8
Canarias/Bilbao	539%	519%	700%	760%	873%	1003%
Santander	0,76	0,8	0,82	0,85	0,89	0,93
Canarias/Santander	421%	395%	544%	608%	698%	849%

GOMA 2	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Canarias	12,1	12,1	16,1	18,6	21,7	25,8
Bilbao	2,08	2,15	2,24	2,36	2,45	2,58
Canarias/Bilbao	484%	465%	619%	686%	784%	901%
Santander	2,7	2,77	2,86	2,95	3,04	3,2
Canarias/Santander	350%	338%	463%	529%	612%	707%

CESA argumenta en sus alegaciones que MAXAM distribuye en la Península a través de distribuidores, luego aquellos clientes a los que aprovisione deben ser grandes clientes que pueden obtener precios más bajos. Las facturas de MAXAM a clientes finales que constan en el expediente no apoyan este argumento porque se trata de pedidos relativamente reducidos. Debe tenerse en cuenta además que los impuestos indirectos son más elevados en la Península. Pero, en todo caso, lo que aquí se subraya no es la diferencia de precios, sino la diferente evolución que ha llevado a que la diferencia de precios entre Canarias y la Península en pocos años se amplifique significativamente.

Este diferencial de tasa de crecimiento de los precios en Canarias podría deberse a un mayor incremento de los precios de la vigilancia en ese territorio o un mayor incremento de los precios del transporte. Con respecto a lo primero, es cierto como dice la denunciada que se ha producido una modificación de la normativa de seguridad sobre explosivos. Pero este cambio normativo se ha introducido en 2005 y no se trata de un hecho exclusivo de Canarias. Por tanto, no explica el aumento del diferencial de precios en esa proporción. Por otro lado, de la información que consta en el expediente se deduce que la revisión salarial de los vigilantes en el sector de explosivos ha estado en torno al IPC.

En cuanto al segundo argumento, es cierto que el transporte tiene un mayor peso en el coste final del producto en Canarias. Sin embargo, no parece que este tipo de servicios haya sido especialmente inflacionario. De acuerdo con el Instituto de Estadística Canario el IPC Transporte en Canarias en el periodo 2001-2006 fue de 17,10%, similar al 17.6% que ofrece el INE a escala nacional (una media de 3,5 al año en el periodo). El IPC para el transporte de mercancías peligrosas ha podido ser mayor en el periodo, pero tanto como para justificar el diferencial de crecimiento de precios con la Península resulta improbable. De hecho, de las facturas que obran en el expediente correspondientes a fletes pagados por CESA no se deduce un anormal incremento de precios. En todo caso, el análisis de costes realizado

por CESA recoge el importe de los fletes, con lo que el aumento del coste del transporte marítimo estará recogido en el análisis del Servicio.

A una conclusión similar nos llevaría analizar el posible impacto en precios del cierre de la fábrica de nagolita de Tenerife en 2004. Pese a dicho cierre, el precio de la nagolita no se ha incrementado sustancialmente más que el de la goma 2. Tampoco las subidas en Tenerife han sido sustancialmente mayores que en otras islas.

En definitiva, las diferentes comparaciones que se pueden realizar con base en la información que consta en el expediente ratifican la conclusión de que los precios en Canarias se han mostrado desproporcionadamente altos en relación a la Península, incluso si se toman en consideración los mayores costes derivados de la condición ultraperiférica del territorio canario.

DÉCIMOTERCERO.- La comparación de los precios tarifados para cada isla y de las cantidades que en cada una de ellas se venden también permite concluir el carácter inequitativo de los precios. De acuerdo con los datos que obran en el expediente para 2004 y 2005, el producto suele llegar procedente de la Península a Gran Canaria y, fundamentalmente, a Tenerife y de allí redistribuirse al resto de las islas. Además, Gran Canaria y Tenerife son las islas con mayor volumen de consumo, en especial Gran Canaria. Todo ello sugeriría que los precios deben ser menores en estas Islas.

En el caso de la Nagolita, Gran Canaria presenta precios más elevados que Tenerife, e incluso que Fuerteventura y Lanzarote, pese a que estas islas presentan un menor consumo y mayores costes derivados del transporte interinsular.

Algo similar sucede en el caso de la Goma 2 en Tenerife. Pese a que el consumo de Goma 2 en esta isla es muy superior al que se consume en Lanzarote o Fuerteventura, el producto es en Tenerife significativamente más caro (del orden de un 16%).

Esta relación de precios y costes entre islas ratificaría la conclusión de que CESA ha impuesto precios inequitativos. No quiere decirse con esto que se considere abusiva necesariamente una posible subvención cruzada entre productos o territorios. El elemento abusivo reside en que en el presente caso CESA ha empleado su posición de dominio para imponer precios

inequitativos e incrementarlos de manera desproporcionada, algo que no hubiera podido hacer en un escenario más competitivo.

DÉCIMO CUARTO.- CESA argumenta que la caída en la demanda supone un incremento del coste medio del producto que tiene que compensar con incremento del precio unitario para que la actividad sea viable.

Ciertamente, la actividad de distribución de explosivos en Canarias comporta ciertos costes que a priori tienen un carácter fijo. También es cierto que en el periodo analizado la demanda ha caído considerablemente, lo que habrá supuesto que los costes medios de CESA tienden a sufrir un cierto incremento.

Sin embargo, este argumento debe ponerse en contexto, tanto en lo que se refiere al impacto de la caída de la demanda en los costes medios como en el comportamiento de los precios ante variaciones de la demanda.

Con respecto al impacto de la caída de la demanda en los costes medios, debe relativizarse el mismo. Primero, las economías de escala derivadas de la producción no dejan de aprovecharse, puesto que es MAXAM quien concentra toda la producción. Segundo, las economías de escala en el transporte, si bien existen, son limitadas, puesto que se reducen al tamaño de la carga del barco. En este caso, el que se reduzca la demanda conllevará menos fletes al año, pero no necesariamente una reducción del tamaño de los fletes – o al menos no en la misma proporción. De hecho, independientemente del volumen de demanda hay restricciones al aprovechamiento de las economías de escala porque el Reglamento de Explosivos (ITC 25) impone límites a las cantidades que se pueden descargar en los puertos (F1363).

Tercero, también el carácter fijo de los costes de vigilancia debe matizarse, porque ante caídas de la demanda los polvorines pueden pasar inactivos largos periodos según CESA, lo que debe conllevar reducciones de los costes.

Cuarto, el coste que realmente es fijo, el de arrendamiento de los polvorines, es como ya se ha puesto, relativamente reducido.

De esta forma, cuando bajan las ventas el coste unitario al que debe hacer frente CESA es, seguramente, algo mayor, pero no cabe pensar que se incremente de manera proporcional a la caída de la demanda.

Con carácter adicional, en aquellos periodos en que la demanda se ha elevado no se ha trasladado a precios la caída de costes medios. Así, durante el periodo 1997 a 2001 el consumo experimentó un fuerte crecimiento como consecuencia de la obra pública que, sin duda, debió suponer una reducción de los costes unitarios. No obstante, CESA manifiesta varias veces en el expediente que las tarifas se mantuvieron inalteradas en todo ese periodo. Incluso en el periodo analizado, el crecimiento de la demanda en ciertas islas (Gran Canaria y Lanzarote en 2003, Fuerteventura en 2004, Tenerife en 2005) no ha evitado aumentos de precios significativos.

Gracias a su posición de dominio, CESA ha podido cobrar unos precios y preservar unos márgenes que no habría podido mantener en un entorno competitivo. En una situación competitiva, la presión de terceros oferentes impediría a CESA elevar sus precios o hacerlo a tasas tan significativas como las que se han registrado. De hecho, en el informe del Servicio citado por CESA en sus alegaciones (N- 06020 EJECUTIVOS/IBERSUIZAS/VISTA/UEE) cuando se describe la política de precios en el mercado de los explosivos civiles en la Península se manifiesta: *“Los niveles de precios de UEE en los mercados de explosivos civiles, cartuchos no metálicos y material de defensa se han mantenido estables en los tres últimos ejercicios, practicándose unas subidas inferiores al incremento del IPC. La presión ejercida por la competencia impide en la mayoría de los casos repercutir las subidas de costes al cliente final”* (sección V.3.).

De hecho, CESA no ha realizado un esfuerzo de reducción de los costes fijos, cuando ello aparentemente es posible. De acuerdo con lo alegado por CESA, no es necesario disponer de un polvorín en cada isla para distribuir el producto: *“Y decimos un polvorín porque, dado el reducido tamaño del mercado, podría ser suficiente con uno para distribuir explosivos en Canarias, si es que realmente fuese necesario disponer de depósitos allí para esta actividad”*; (F1349) De ser así, no se explica por qué ante reducciones significativas y sostenidas de la demanda no se reajusta de manera eficiente la capacidad productiva, reduciendo con ello los costes. Bien parece que al tener la capacidad de elevar precios, CESA opta por elevar los mismos para preservar sus márgenes a costa de la eficiencia productiva y del interés de los clientes. Con ello consigue además mantener una capacidad de

almacenamiento excedentaria, que actúa como barrera a la entrada de terceros operadores.

En definitiva, CESA, amparada en el contrato que mantiene con MAXAM, ha explotado abusivamente su poder de mercado, en especial respecto a aquellos clientes con menor poder de negociación, imponiendo incrementos desproporcionados de precios con respecto a los que se darían en una situación más competitiva y preservando las barreras a la entrada, lo que refuerza su posición de dominio.

DECIMOQUINTO.- El 25 de noviembre de 2005, con posterioridad a la presentación de la denuncia, CESA anuncia un ajuste de precios con efectos 1 de noviembre de entre un 20% y un 40% dependiendo de productos hasta la rendición de existencias y, en todo caso, hasta el 31 de diciembre de 2005. Existen en el expediente elementos que llevan a concluir que esta tendencia se ha mantenido en ejercicios posteriores. Por un lado, las tarifas que se presentan como oficiales con respecto a 2007 en el documento elaborado por un cliente de CESA (folio 173 del expediente del Tribunal) son más bajas que las tarifas oficiales registradas en 2005 (8 €/kg la Nagolita y 22 €/kg la Goma 2). Por otro lado, de acuerdo con el estudio presentado por CESA, aunque en 2006 persiste la caída de demanda, los precios se mantienen en el caso de la nagolita y se reducen un 21% en el caso de la goma 2.

DÉCIMOSEXTO.- El Consejo no considera procedentes las peticiones de la denunciante de regular unos precios máximos a los que CESA deba vender los explosivos y obligarle a ceder la mitad del espacio a terceros en los polvorines. Respecto a la primera, la regulación de los precios no es acorde al principio de libre mercado y sólo se debe aplicar con carácter excepcional, sin que sea la Comisión Nacional de la Competencia en el marco de un expediente sancionador el órgano más adecuado para ello. Además, como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, la información que obra en el expediente no permite afirmar que la práctica haya tenido continuación en el año 2006 y siguientes.

Respecto a la obligación de acceso a los polvorines, la misma resulta improcedente puesto que supone imponerle una obligación a un tercero, MAXAM, que no es ni siquiera parte interesada en este expediente. Por otra parte, su aplicación resulta un tanto difícil de orquestar, puesto que habría que determinar quién podría acceder, lo que además podría colisionar con la regulación del acceso a esta actividad que, por razones obvias de seguridad, exige determinados requisitos y cautelas.

Ello sin perjuicio de que se considere por el Consejo que, efectivamente, la remoción de barreras a la entrada es la mejor manera de prevenir posibles problemas de precios abusivos y que, en este caso, el contrato entre MAXAM y CESA contribuya sin duda a reforzarlas.

DECIMOSÉPTIMO.- El artículo 10 LDC faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 901.518 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas. La cuantía ha de ponderarse atendiendo la importancia de la infracción. El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

Visto lo anterior, en el presente caso el Consejo entiende que la infracción tiene un carácter muy grave, por cuanto se trata de una conducta de abuso de posición de dominio desarrollada por una empresa en posición de monopolio. Asimismo, el Consejo considera que el cálculo de la sanción debe atender al tamaño del mercado en el que se produce la conducta. Por ello, para el cálculo de la sanción el Consejo toma en cuenta el volumen de negocios de CESA en el negocio de explosivos en las Islas Canarias en el ejercicio 2005, último año para el que se encuentra acreditada la práctica en el expediente y aplica un porcentaje del 10%, lo que se traduce en una sanción de CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL EUROS.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA ACORDADO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6.2.a) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en imponer precios inequitativos desde una posición de dominio.

SEGUNDO.- Imponer a CANARIAS DE EXPLOSIVOS S.A. una sanción de CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL EUROS.

TERCERO.- Ordenar a CANARIAS DE EXPLOSIVOS S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de CANARIAS DE EXPLOSIVOS S.A., se le impondrá una multa coercitiva de seiscientos Euros por cada día de retraso.

CUARTO.- En todo caso, CANARIAS DE EXPLOSIVOS S.A. acreditará y justificará ante la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado y dispuesto en los apartados anteriores.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.