

RESOLUCIÓN (Expte. 323/92)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 1 de junio de 1993.

Reunido el Pleno del Tribunal para deliberar y fallar el expediente 323/92 (745/91 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por denuncia formulada por la Asociación Gremial de Recogedores de Aceites Usados (AGRAU) contra la empresa Ulibarri S.A.; teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 20 de mayo de 1991, D. Antonio de Dios Torres, Secretario General de AGRAU, denunció ante el Tribunal de Defensa de la Competencia a la empresa Ulibarri S.A., dedicada a la regeneración de aceites industriales. Según la denuncia, Ulibarri S.A. detentaba una posición de monopolio y, al amparo de la misma, ha incumplido los contratos firmados con los recogedores de aceites usados al no abonar el precio pactado, incurriendo en prácticas restrictivas de la competencia.
2. Con igual fecha de 20 de mayo, el Tribunal remitió dicha denuncia al Servicio para su tramitación con arreglo al art. 36 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
3. Por Providencia del Director General de Defensa de la Competencia del día 20 de septiembre de 1991 se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente al que se le asignó el número 745/91, se nombró Instructora y se ordenó la notificación de la Providencia a las partes interesadas, lo que se realizó el día 23 de dicho mes.
4. Mediante Providencia de fecha 26 de septiembre de 1991, el Servicio dio traslado de la denuncia formulada por AGRAU a Ulibarri S.A.

5. El Servicio publicó un extracto de la denuncia en el BOE, en el BICE y en el Diario ABC, sin que como consecuencia de ello se haya generado ninguna información procedente de terceros.
6. A partir de la respuesta de Ulibarri S.A. y de las indagaciones complementarias practicadas por la Instructora, el día 27 de enero de 1992 se formuló el pliego de concreción de hechos constitutivos de infracción, imputándose a Ulibarri los siguientes:

a) "La empresa ULIBARRI S.A. es la única en el territorio nacional que se dedica al tratamiento y regeneración de aceites usados. Viene desarrollando esta actividad desde que fue autorizada por Decreto 177/1960, de 28 de Enero (BOE de 8 de febrero) de la Presidencia del Gobierno".

b) "Por Orden de 13 de junio de 1990 del Mº de Obras Públicas se establecen las Normas para la concesión de subvenciones compensatorias para actividades de reutilización de aceites usados. Con fecha 04.12.1990, ULIBARRI S.A. recibió de dicho organismo la cantidad de 405.900.025 ptas".

c) "La empresa ULIBARRI S.A. negoció, para el año 1990, con los recogedores de aceites usados unos contratos en los que se estableció que se pactaría por ambas partes el precio del aceite usado, que posteriormente fue fijado en 9 pts. por Kgr. de aceite entregado a dicha empresa".

d) "La cantidad realmente abonada por ULIBARRI S.A. ha sido de 6,5 pts., quedando por tanto 2,5 pts/Kg pendientes de pago".

En consecuencia, se imputa a Ulibarri S.A. la práctica de conductas prohibidas por el artículo 6.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dado que, ostentando una posición de dominio en el mercado nacional de tratamiento y regeneración de aceites usados y abusando de la misma, Ulibarri S.A. "ha incumplido los contratos de compromiso celebrados con los Recogedores de Aceites Usados en los que se pactó el precio de aceite usado recogido durante 1.990 a razón de 9 pts/Kg., abonando la cantidad de 6,5 pts por kilogramo".

7. Notificado el pliego de concreción de hechos de infracción a Ulibarri S.A. el día 31 de enero de 1992, con fecha 20 de febrero de dicho año tuvo entrada en el Servicio el escrito de alegaciones presentado por Ulibarri S.A.. En el mencionado escrito, Ulibarri S.A. negaba, en primer lugar, que fuera la única empresa dedicada al tratamiento y regeneración de aceites

usados y, en segundo lugar, que ostentara posición de dominio. Ulibarri S.A. añadía que la imprecisión en la valoración jurídica del Pliego de Concreción de Hechos de Infracción, al no concretar de entre los apartados a) a e) del art. 6.2, cuál es imputable a Ulibarri S.A., produce indefensión y, por último, consideraba "que examinadas todas y cada una de las circunstancias que se señalan ha de llegarse a la conclusión de la inexistencia de abuso alguno".

A efectos de su propia defensa, Ulibarri S.A. solicitó la práctica de pruebas documentales. Una vez examinada dicha solicitud, la Instructora acordó la aportación de las pruebas propuestas, salvo la referida al informe del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (MOPU), Dirección General de Política Ambiental (DGPA), Sección de Residuos, sobre la existencia de libertad de precios en las operaciones de compraventa de aceites minerales usados, por considerarse acreditada en el expediente. El acuerdo fue notificado a Ulibarri S.A. mediante Providencia del Instructor de fecha 3 de marzo de 1992.

8. Mediante Providencia de fecha 3 de marzo de 1992, se solicitaron al MOPU, a la Agencia del Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid (AMA-CAM) y a los interventores de la suspensión de pagos de Ulibarri S.A. las pruebas documentales aceptadas. Con fecha 12 de mayo se recibió informe del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT). La AMA-CAM y los Interventores de

la suspensión de pagos de Ulibarri S.A., no respondieron a la solicitud de prueba documental.

9. El día 28 de mayo de 1992, una vez cerrado el período probatorio, se dió traslado del Informe remitido por el MOPT, para su valoración por parte de Ulibarri S.A.
10. A la vista de la información recibida, el Servicio, en su informe fechado el día 29 de septiembre de 1992, mantuvo la misma acusación del pliego y propuso:

"PRIMERO.- Que se declare que de lo actuado en el presente expediente resulta acreditada la comisión por parte de Ulibarri S.A. de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 6.1 de la Ley 16/1.989 de 17 de Julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia, que han sido anteriormente expuestas y examinadas, dándose aquí por reproducido el contenido de las mismas, y la participación de ULIBARRI S.A. en dichas prácticas prohibidas.

SEGUNDO.- Que se adopten los demás pronunciamientos que se preven en el art. 46 y concordantes de la Ley 16/1989, para el supuesto de existencia de prácticas prohibidas, consistente en la imposición de multas a que se refiere el art. 10 del citado texto legal."

11. Nombrado Ponente, por Auto del día 9 de octubre de 1992, el Tribunal admitió el expediente a trámite y lo puso de manifiesto a los interesados para proposición de pruebas y solicitud de celebración de Vista.

AGRAU y Ulibarri S.A. solicitaron la celebración de Vista.

12. La Asociación Gremial AGRAU y la representación de Ulibarri S.A. solicitaron nuevas pruebas documentales. A la vista de las pruebas solicitadas, el Tribunal, mediante Auto de fecha 12 de noviembre de 1992, acordó la admisión de nuevas pruebas documentales y abrió la posibilidad de complementarlas con la aportación de nuevos datos. Con fecha 17 de noviembre de 1992 se notificó el contenido del Auto a los interesados y con fecha 18 de noviembre se ofició al MOPT, AMA-CAM y AGRAU solicitando informes.
13. Habiendo cesado como Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, por renuncia y en virtud del R.D. 1598/1992, de 23 de diciembre, D. Joaquín Martín Canivell, que tenía encomendada la Ponencia de este expediente, se nombró Ponente del mismo a D. Amadeo Petitbò Juan, lo que se puso en conocimiento de los interesados.
14. El día 19 de mayo de 1993, en la sede del Tribunal, se celebró Vista reservada y contradictoria a la que comparecieron todos los interesados en el expediente. En la Vista se reiteraron las posiciones respectivas de AGRAU y Ulibarri S.A., no aportándose nuevos datos relevantes.
15. En la tramitación del expediente se han cumplido todos los requisitos legales.
16. Son interesados AGRAU y Ulibarri S.A..

Ha sido Ponente el Sr. Petitbò Juan.

HECHOS PROBADOS

1. La documentación aportada al expediente pone de manifiesto que, hasta el año 1990, Ulibarri era la única empresa dedicada a la regeneración de aceites usados en España. Este hecho es confirmado por Ulibarri en su escrito de fecha 9 de julio de 1991 al señalar que "actualmente en España solo Ulibarri, S.A. se dedica a la regeneración de aceites usados, pues las existentes con anterioridad (LUDESA y OLIVOL, S.A.) tuvieron que dejar la actividad por no ser rentable".

Según el Informe de la DGPA del MOPT, de fecha 29 de enero de 1993, la cantidad de aceite gestionado por Ulibarri S.A. durante el año 1990, fue de 24 Mkg, lo que suponía un 84,81% del aceite usado gestionado legalmente y el 100% del aceite usado destinado a regeneración. Según dicho Informe, las subvenciones recibidas por Ulibarri S.A. han supuesto el 88,72% (1989), el 81,18% (1990) y el 44,30% (1991) de las subvenciones concedidas por dicho Departamento con destino a las actividades de reutilización de aceites usados.

En consecuencia, se considera suficientemente acreditada la posición de monopolio de Ulibarri S.A. en la actividad de regeneración de aceites usados en España en el año 1990.

2. Las Ordenes Ministeriales de 13 de junio de 1990 y de 22 de febrero de 1991 fijaban las cuantías máximas de la subvención a otorgar, señalando expresamente que se concederán los importes "hasta cubrir el límite de la subvención global reconocida". Por esta razón, dado que las cantidades solicitadas superan a la cantidad presupuestada, el importe de la subvención concedida a Ulibarri S.A. supone una fracción de la cantidad solicitada. Estas circunstancias eran conocidas por Ulibarri S.A.
3. En algunos contratos correspondientes al año 1990, firmados entre Ulibarri S.A. y los gestores-recogedores de aceites usados, se comprueba que dichos gestores-recogedores podrán facturar directamente a Ulibarri S.A. la cantidad de 9,0 PTA/kg por cada entrega de aceites minerales usados. En otros contratos se omite la mención del precio. En escrito de Ulibarri S.A. -sin destinatario- de fecha 27 de septiembre de 1990 se señala que, a partir del día 1 de diciembre de 1989, el aceite usado entregado a las instalaciones de Ulibarri S.A. en Arganda del Rey se abonará a razón de 9,0 PTA/kg admitido. Asimismo, en escrito de Ulibarri S.A. a la Subdirección General de Instrucción y Vigilancia de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de fecha 9 de julio de 1990, se indica que, dado que en el Plan Nacional de Residuos Industriales para la reutilización de aceites usados no se establecía, como en el año anterior, ninguna

cláusula referida al precio que debería pagarse a los recogedores "se negociaron unos contratos de compromiso que establecían que se pactaría por ambas partes el precio del aceite usado, y éste fue para el referido año de 9 pts/kg de acuerdo con indicaciones recibidas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.". Se considera, por tanto, que la cantidad de referencia correspondiente al precio a pagar por la entrega de aceite usado es de 9 PTA/kg.

4. Los contratos que figuran en el expediente, firmados entre Ulibarri S.A. y los distintos recogedores de aceites usados, correspondientes al año 1990, no incluyen entre sus estipulaciones la condición alegada por Ulibarri S.A. de supeditar el pago de aceite usado entregado a la recepción de la subvención. Sin embargo, en escrito de Ulibarri S.A. de fecha 27 de septiembre de 1990 se indica, después de citar el precio de 9 PTA/kg., que "las cantidades resultantes serán abonadas de forma inmediata, una vez que se haya cobrado la subvención pendiente de trámite en la Comunidad de Madrid y MOPU ...".

En diversos escritos, Ulibarri S.A. comunicaba la orden de transferencia por el aceite adquirido en el año 1990 a un precio de 6,50 PTA/kg. En otros escritos, Ulibarri S.A. comunicaba a diversas empresas que habiendo recibido parcialmente la "subvención establecida, se le abonen las cantidades admitidas a razón de 6,50 pts/kg. que supone una cuantía aproximadamente proporcional a la cobrada ... El importe restante, 2,50 pts/kg., para llegar al precio de 9 pts/kg. le serán pagadas de inmediato cuando se reciba el resto de la subvención ...".

Ulibarri S.A. conocía el monto total y las condiciones de distribución de las subvenciones. En consecuencia, queda acreditado, por lo expuesto, que la reducción del precio no obedecía a ninguna cláusula contractual y fue decidida de forma unilateral por Ulibarri S.A.

5. En sendos escritos y recursos, Ulibarri S.A. ha solicitado el abono de las subvenciones correspondientes al año 1990, así como ampliaciones de crédito de las cantidades establecidas. En escrito de fecha 27 de julio de 1992 dirigido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el representante de Ulibarri S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo "contra la desestimación presunta por silencio administrativo de las pretensiones formuladas en los escritos y recursos dirigidos al Ilmo. Sr. Director General de Ordenación y Coordinación Ambiental, Ilmo. Sr. Secretario General del Medio Ambiente y Excmo. Sr. Ministro de Obras Públicas, sobre pago de la subvenciones por la actividad de regeneración de aceites usados ...".

6. Presentada solicitud de suspensión de pagos por Ulibarri S.A., el día 14 de julio de 1992, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid declaró en estado legal de suspensión de pagos e insolvencia provisional a Ulibarri S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. No puede aceptarse la pretensión de indefensión planteada por Ulibarri S.A., fundamentada en la falta de concreción del apartado del art. 6.2. imputable a la conducta denunciada. El art. 6 de la Ley 16/1989, de 12 de julio, de Defensa de la Competencia, se refiere al abuso de posición de dominio. En el apartado 6.1 se tipifica la conducta general prohibida. El apartado 6.2, por su parte, enumera un conjunto de conductas concretas, que no configuran una relación exhaustiva, en las cuales "podrá consistir" el abuso de posición dominante. En todo caso, y en primer lugar, la cuestión de fondo que debe considerarse es el mercado relevante, las características del mercado y si en este mercado Ulibarri S.A. detentaba posición de dominio.
2. La reutilización de aceites usados incluye varias actividades como la regeneración, incineración, reutilización, recogida, transporte, almacenamiento y análisis, entre otras. alguna de dichas actividades muestran un elevado grado de sustituibilidad, por lo que no debe considerarse el mercado de los aceites usados destinados a la regeneración como un mercado perfectamente definido sin incluir otras actividades. De hecho, en los últimos años, el mercado de la reutilización de aceites usados se ha diversificado notablemente. Cabe, incluso, la posibilidad de exportar aceites usados. Por ello, el mercado relevante es el de la transformación y exportación de aceites usados, dado que en dichas actividades las posibilidades de sustitución son suficientemente elevadas como para constituir un solo mercado. En consecuencia, la regeneración de aceites usados constituye un subconjunto de la actividad de transformación y exportación de aceites usados. Las actividades de recogida, transporte, almacenamiento o análisis constituyen actividades complementarias. El conjunto de actividades relacionadas con el tratamiento de los aceites usados quedaría incluido en el amplio mercado de la reutilización de dichos aceites. Además, dadas las peculiaridades del mercado de reutilización de aceites usados, deben considerarse los elementos condicionantes del mismo con el fin de calificarlo adecuadamente.

En primer lugar, el mercado de reutilización de aceites usados es un mercado delimitado, en gran medida, por el alcance de las subvenciones concedidas por las distintas Administraciones. En este mercado, el precio no reflejaba la valoración mercantil del producto y, por lo tanto, no se determinaba a partir de la libre confrontación de la oferta y la demanda. La subvención se justifica por la defensa del medio ambiente y por el hecho de que la regeneración de bases lubricantes a partir de aceites usados suponía unos costes superiores a los correspondientes a la obtención de aceites del petróleo en las refinerías.

En segundo lugar, las barreras a la entrada no eran elevadas. El número de demandantes de aceites usados se ha ampliado en los últimos años. Cuando la estrategia de las distintas administraciones públicas lo ha exigido, se ha registrado la entrada de nuevos operadores. Tal como se puso de manifiesto en la Vista celebrada, actualmente los recogedores de aceites usados entregan dicho producto a nuevos operadores, a un precio inferior al pactado con Ulibarri S.A.

En tercer lugar, se ha demostrado la fragilidad de las empresas dedicadas a la regeneración de aceites usados. Las salidas del mercado de Ludes y Olivol S.A. y la propia suspensión de pagos presentada por Ulibarri S.A. lo ponen de manifiesto. Por esta razón, ante la necesidad de contribuir a preservar el medio ambiente, se registra la presencia de empresas con apoyo público dedicadas a la regeneración o tratamiento de aceites usados con el fin de asegurar la cobertura de las necesidades públicas en un contexto de baja rentabilidad o de rentabilidad condicionada por la magnitud de las subvenciones.

Por último, se estima que la capacidad de tratamiento de aceites usados por parte de Ulibarri S.A. no alcanza el 10% de los aceites usados generados en España. La información disponible no permite conocer la distribución de la reutilización de los aceites usados entre actividades no autorizadas y actividades autorizadas y comercializables.

Ulibarri S.A. ha actuado como empresa monopolista en la actividad de regeneración de aceites usados y, en el momento de los hechos mencionados, con un elevado poder de monopsonio ante los denunciados. Este doble papel podía traducirse en una posición de dominio en el mercado de transformación y exportación de aceites usados. Sin embargo, la información disponible no permite conocer la desagregación de las actividades de transformación y exportación ni la distribución de la utilización de los aceites usados entre actividades autorizadas y no autorizadas. Por esta razón, pese a la posición de dominio de Ulibarri S.A. en el submercado de regeneración de aceites usados, no puede afirmarse

de forma inequívoca que haya ostentado una posición de dominio en el mercado de transformación y exportación, que constituye el mercado relevante, dada su escasa capacidad de influir en su comportamiento y por el papel destacado desempeñado por las Administraciones públicas en la delimitación y alcance del mercado.

En consecuencia, la ausencia de posición de dominio en el mercado relevante impide la posibilidad de abuso de la misma, contemplada en el art. 6 de la Ley 16/1989.

3. Establecida la inexistencia de abuso de posición de dominio es necesario examinar las dos imputaciones efectuadas a Ulibarri S. A., a saber: práctica de conductas prohibidas e incumplimiento de contratos.

Los contratos entre Ulibarri S.A. y AGRAU fueron negociados y aceptados libremente por las partes (una empresa monopolista en las actividades de regeneración vs un oligopolio reducido, que actuaba a través de una asociación), en las actividades de recogida de aceites usados, sin que pueda considerarse la existencia de abuso de posición de dominio en la fijación de las cláusulas contractuales.

Respecto a la subordinación del pago por parte de Ulibarri S. A. a la recepción de la subvención estimada, que se ha traducido en una reducción unilateral (con promesa de pago a la recepción de la totalidad de la subvención estimada) del precio del aceite usado recogido y entregado, se considera una apreciación que no forma parte del contrato por no constar en el mismo y por no haber existido el consentimiento de una de las partes, de acuerdo con lo señalado en los artículos 1258 y 1262 del Código Civil.

Por ello, se considera que Ulibarri S. A. ha incumplido los contratos firmados con las empresas recogedoras de aceites usados sin que ello sea atribuible a su posición de dominio en la actividad de regeneración de aceites usados sino a sus dificultades financieras. A causa de dichas dificultades, el comportamiento de Ulibarri S.A. hubiera sido similar aún ante una forma de mercado distinta.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Declarar que no ha sido acreditada la comisión de abuso de posición dominante prohibida por el art. 6 de la Ley 16/1989.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar del día siguiente al de la recepción de su notificación.