

RESOLUCIÓN (Expte. r 352/99 Autoridad Portuaria Tenerife)

PLENO

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 18 de octubre de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 352/99 (1907/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por LA CANDELARIA TERMINAL DE CONTENEDORES S.A. (en adelante, La Candelaria) contra el Acuerdo del Servicio, de 17 de diciembre de 1998, por el que se archivaron las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia presentada por aquélla contra la AUTORIDAD PORTUARIA DE TENERIFE por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en una limitación a la producción contenida en la cláusula segunda del Pliego de Bases que rige la concesión otorgada el 5 de julio de 1995 a dicha empresa, para instalar una base de contenedores en la Dársena de los Llanos del puerto de Santa Cruz de Tenerife, manteniendo la Autoridad Portuaria un monopolio a favor del grupo empresarial CAPSA SOCAESA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 3 de noviembre de 1998 La Candelaria formuló denuncia contra la Autoridad Portuaria de Tenerife por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en una limitación a la producción y a las inversiones contenida en la cláusula segunda del Pliego de Bases que rige la concesión otorgada el 5 de julio de 1995 a dicha empresa, para instalar una base de contenedores en la Dársena de los Llanos del puerto de Santa Cruz de Tenerife, manteniendo la Autoridad Portuaria un monopolio a favor del grupo empresarial CAPSA SOCAESA que se ha venido oponiendo a cualquier

actividad en el sector de la estiba para el tráfico exterior que no fuera la suya.

2. El Servicio, después de realizar una información reservada, dictó Acuerdo, de 17 de diciembre de 1998, por el que decretaba el archivo de las actuaciones que tuvieron origen en la denuncia, como consecuencia de considerar que los hechos contenidos en la misma no pueden calificarse de conductas prohibidas por la LDC y que se trata de una concesión administrativa formalizada en un contrato de tal carácter, según la Resolución del Tribunal de 15 de julio de 1998 (Expte. R 297/98, Contenedores de Barcelona 2).
3. La denunciante recurrió dicho Acuerdo de archivo ante el Tribunal mediante escrito, con fecha de entrada 14 de enero de 1999 (certificado en Correos el día 11 anterior), en el que básicamente muestra su disconformidad con el análisis del Servicio y solicita la anulación del acto impugnado, reiterando los argumentos de la denuncia y añadiendo que la Autoridad Portuaria había resuelto negativamente la solicitud de La Candelaria de modificación de la concesión, lo que demuestra la situación de monopolio.
4. Por escrito de la misma fecha, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas, según lo dispuesto en el art. 48.1 LDC. El Servicio, mediante escrito de 15 de enero, comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el art. 47 LDC. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones, considerando que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo de archivo, dado que la negativa de la Autoridad Portuaria a modificar el Pliego de Bases de la concesión otorgada a La Candelaria es un hecho que se ha producido con posterioridad a la resolución del expediente que terminó con dicho Acuerdo.
5. Por Providencia de 26 de enero de 1999 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones.
6. En el trámite de alegaciones comparecieron ambas partes. La denunciante mediante los escritos que tuvieron entrada en el Tribunal el 22 y 26 de febrero de 1999 y la denunciada mediante escrito con entrada el día 23 de dicho mes y año.
7. El Pleno del Tribunal en su reunión del 5 de octubre de 1999 deliberó y falló sobre el expediente, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

8. Son interesados:

- La Candelaria Terminal de Contenedores S.A.
- Autoridad Portuaria de Tenerife.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los recursos contra los acuerdos del Servicio de archivo de las actuaciones realizadas al amparo del art. 36.2 LDC han de resolverse limitándose a decidir si resulta acertada la decisión del Servicio de no abrir expediente porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no había indicios racionales de conductas que vulnerasen alguna de las prohibiciones incluidas en la LDC.

En el presente caso, la empresa denunciante, ahora recurrente, alega que la Autoridad Portuaria de Tenerife está creando una situación de monopolio en la manipulación de contenedores al adjudicar las concesiones para explotar las terminales públicas del puerto de Santa Cruz de Tenerife al grupo empresarial CAPSA SOCAESA, al disponer de la mayoría del capital de estas dos empresas los mismos cuatro socios.

El Servicio, tanto en su Acuerdo de archivo como en su Informe al Tribunal, llega a la conclusión de la inexistencia de infracción alguna de la LDC por parte de la denunciada.

Por lo tanto, la cuestión que se plantea en este expediente es si la concesión de la explotación de las terminales públicas de contenedores por parte de la Autoridad Portuaria de Tenerife -como la otorgada a SOCAESA en junio de 1993 que hubiera podido condicionar el servicio de La Candelaria- es una concesión administrativa cuya impugnación debe realizarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, quedando excluida la intervención de los Órganos de defensa de la competencia, o si se trata de una actuación de dicha Autoridad Portuaria como operador económico, encontrándose, entonces, sujeta a las normas de defensa de la competencia.

2. La Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su artículo 35, establece que *"Las Autoridades Portuarias son Entidades de derecho Público de las previstas en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios independientes de los del Estado, y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines"*.

Precisamente, entre sus funciones (artículo 37) se encuentra la de *"otorgar las concesiones y autorizaciones, suscribir los contratos de prestación de*

servicios portuarios en la zona de servicio del puerto de conformidad con los criterios generales que pueda determinar Puertos del Estado, ..."

3. El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en diversos expedientes, habiéndolo hecho recientemente en las Resoluciones de 15 y 23 de julio de 1998 (el mencionado Expte. R 297/98 y el Expte. R 308/98, Contenedores Tenerife).

En la primera de estas Resoluciones el Tribunal se pronunciaba de la siguiente forma:

"Debe tenerse en cuenta que el artículo 1º del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, configura las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general ... como un servicio público esencial de titularidad estatal, si bien contemplando la posibilidad de que su gestión pueda realizarse directa o indirectamente.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre Régimen Financiero de Puertos Españoles a la que se remite como norma especial el artículo 21.10 de la Ley 27/1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía -en concordancia con el artículo 50 de la Ley de Puertos de 1928-, prevé en su artículo 14 que la ocupación de superficie de dominio público en las zonas portuarias y la prestación de servicios públicos serán objeto de concesión administrativa."

En la segunda de dichas Resoluciones, sobre una cuestión enteramente similar y referente al mismo puerto que el presente expediente, planteada entonces por la otra empresa existente con una base privada de contenedores -Herrera Estibadora S.A.- el Tribunal se pronunció por el carácter administrativo de la concesión a SOCAESA de la explotación de la terminal pública de contenedores denominada "El Bufadero" por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho 3 que se transcribe seguidamente por resultar decisivo para resolver este expediente:

"Teniendo en cuenta que la adjudicación a SOCAESA de la concesión de la terminal objeto de denuncia data de junio de 1993, la normativa portuaria vigente en aquel momento, como se indica en el propio Pliego de Bases para el concurso, era la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Por otra parte, dicho Pliego establece en su art. 1 que "es objeto del contrato la prestación de un servicio público de carga, descarga, remoción, transporte a o desde zona de almacenamiento y entrega o recepción de contenedores, así como el suministro de agua a los buques que utilicen la Base de Contenedores en el régimen de gestión interesada o participación en el capital social, sin perjuicio del pago de los cánones que

correspondan, a desarrollar en una parcela de 79.737 m² mediante la instalación de una Base Mixta de Contenedores y de Tráfico de Roll-On, Roll-Off, en el Muelle de El Bufadero del Puerto de Santa Cruz de Tenerife."

Existe, pues, por una parte, ocupación de dominio público y el art. 63 de la Ley 27/1992 prevé que la ocupación de bienes de dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables o por plazo superior a tres años, estará sujeto a previa concesión otorgada por la Autoridad Portuaria; en aquel momento, antes de la aprobación de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, modificadora de la Ley 27/1992, de acuerdo con los criterios técnicos que, con carácter general, determinase Puertos del Estado.

Por otra parte, en relación con la actividad a realizar, el art. 66.2 de la Ley 27/1992 establece que las labores de carga, descarga, estiba y desestiba se regulan de acuerdo con su normativa específica, siendo de aplicación el Real Decreto-Ley 2/1986, cuyo art. 1 establece que dichas actividades en los puertos de interés general -como, de acuerdo con el Anexo de la Ley 27/1992, es el caso del puerto de Santa Cruz de Tenerife- constituyen un servicio público esencial de titularidad estatal. El art. 4 posibilita que la gestión de dicho servicio público se realice de forma indirecta mediante contrato, en los términos previstos en la legislación de contratos del Estado.

El Pliego de Bases para el concurso indicaba (cláusula decimotercera) "la sumisión absoluta a la jurisdicción contencioso-administrativa, con exclusión de cualquier otra". De hecho, cuando el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria acordó adjudicar a SOCAESA la prestación del servicio, Herrera Estibadora presentó recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en los que se dictaron sentencias (Sentencia de 4 de febrero de 1994 en el recurso 953/93 y Sentencia de 2 de noviembre de 1995 en el recurso 1042/93) que desestimaron las pretensiones de la recurrente."

4. Por los mismos argumentos expuestos en ambas Resoluciones, el Tribunal se ratifica ahora en su pronunciamiento sobre el carácter de actividad administrativa de las concesiones de explotación de las terminales públicas de contenedores en el puerto de Santa Cruz de Tenerife, al amparo de una especial habilitación legal debida al servicio público que prestan, por lo que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa decidir sobre la impugnación, en su caso, de dichos actos administrativos, como acertadamente aprecia el Servicio al fundamentar el Acuerdo ahora recurrido.

Tiene razón, por tanto, la Autoridad Portuaria cuando alega que la modificación de la cláusula pretendida por la denunciante no puede admitirse porque supondría transformar su concesión en la de servicio de terminal

pública eludiendo el imprescindible concurso, según establece el artículo 160 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con el artículo 67 de la Ley 27/1992.

5. Este pronunciamiento no significa que la Autoridad Portuaria de Tenerife pueda hacer un uso abusivo en el monopolio del servicio de las bases públicas de contenedores que se haya podido crear, tras la celebración de los concursos para su adjudicación, por el especial marco normativo existente. Ahora bien, esta apreciación del Tribunal tampoco significa que tenga razón la denunciante cuando alega en el escrito de recurso que la situación de monopolio supone la existencia de una conducta prohibida por la LDC. En efecto, ostentar una posición dominante no supone infracción alguna de la LDC, en el sentido de su art. 6, que se limita a prohibir la explotación abusiva de la misma.

En consecuencia, el Tribunal comparte el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la antes citada Sentencia de 2 de noviembre de 1995, cuando señala que el examen del comportamiento de la explotación de la terminal pública de contenedores de "El Bufadero" es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En este mismo sentido ha de entenderse la nueva redacción que da al artículo 40 de la Ley 27/1992 la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, al incluir entre las funciones que corresponden al Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias una nueva del siguiente tenor literal:

"q) Favorecer la libre competencia y velar para que no se produzcan situaciones de monopolio en la prestación de los distintos servicios portuarios".

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Servicio de 17 de diciembre de 1998 por el que se archivó la denuncia de La Candelaria.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por La Candelaria Terminal de Contenedores S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 17 de diciembre de 1998 por el que se archivó su denuncia contra la Autoridad

Portuaria de Tenerife, confirmando dicho Acuerdo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.