

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 730/07, Graciosamar)**

### **CONSEJO**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Consejero  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
D. Miguel Cuervo Mir , Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 26 de febrero de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada y siendo ponente D<sup>a</sup>. María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 730/07 (2780/07 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC), de un recurso presentado al amparo del Art. 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) por la mercantil GRACIOSAMAR, S.L., contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de fecha 20 de julio de 2007, por el que archivaba la denuncia presentada por GRACIOSAMAR, S.L., contra la “Jefatura del Área de Puertos del Gobierno de Canarias” por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la LDC.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 4 de mayo de 2007 la empresa GRACIOSAMAR presentó denuncia contra la “Jefatura del Área de Puertos del Gobierno de Canarias” por haberle denegado autorización para el atraque comercial en el puerto de Órzola (Lanzarote) para realizar transporte marítimo de pasajeros, basándose para ello en que las condiciones del puerto, tanto de acceso como de maniobrabilidad, junto con el hecho de que se iban a realizar obras en el dique, impedía otorgar nuevas autorizaciones.

El denunciante considera que la línea Lanzarote (Puerto Órzola) y La Graciosa (Puerto de Caleta del Sebo) no es cabotaje interinsular y que por tanto no necesita autorización para la prestación del servicio, pero necesita tener permiso de atraque en ambos puertos. La negativa de atraque en

Órzola le impide realizarlo perpetuando la situación actual con un único operador (Líneas Marítimas Romero, S.L.) que tiene asignados cuatro atraques.

Argumenta el denunciante que la decisión del Área de Puertos es contraria al artículo 1 de la LDC al restringir la competencia en el transporte marítimo de pasajeros entre las dos islas, y al artículo 6 por constituir una barrera de entrada al mercado a nuevos operadores.

**2.** El denunciante se define como una empresa dedicada a la explotación de buques pesqueros interesada en ampliar su actividad al transporte de viajeros y a la realización de excursiones marítimas entre las Islas de Lanzarote (Puerto Órzola) y La Graciosa (Puerto de Caleta del Sebo).

**3.** El 5 de junio de 2007, el Director del SDC acuerda el archivo de la denuncia por considerar que no existen indicios de conductas prohibidas por la LDC. Concluye el Acuerdo de archivo que, *“aunque parecería más favorable para el estímulo de la competencia la existencia de más de un operador”*, la Autoridad Portuaria ha actuado como Administración Pública, en su función reguladora de espacios públicos y que la denegación ha sido motivada en uso de sus facultades discrecionales por lo que no se le aplica la LDC sino que sus actos están sometidos al derecho público y son recurribles ante el contencioso-administrativo, como por otra parte ya ha hecho el denunciante.

**4.** Con fecha 6 de agosto de 2007, tuvo entrada en el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, ahora Comisión Nacional de la Competencia (CNC), recurso de la mercantil GRACIOSAMAR, S.L., contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de fecha 5 de junio de 2007, que le fue notificado el 20 de julio de 2007, por el que se archivaba la denuncia presentada por GRACIOSAMAR, S.L., contra la “Jefatura del Área de Puertos del Gobierno de Canarias” por denegación de atraque comercial en el puerto de Órzola (Lanzarote) para realizar transporte marítimo de pasajeros.

**5.** El 7 de agosto de 2007, el entonces TDC solicita al Servicio el informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas hasta ese momento.

6. Con fecha 14 de agosto de 2007 tiene entrada en el Tribunal escrito del Servicio en el que señala que el recurso ha sido presentado en plazo, que la representación de la recurrente está acreditada y que las razones expuestas por la recurrente no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo de archivo.

7. Por Acuerdo de 25 de septiembre de 2007, el Consejo de la CNC, de acuerdo con el artículo 48.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, pone de manifiesto el Expediente a los interesados y da plazo para que formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

8. El denunciante tomó vista del expediente el 5 de noviembre de 2007 y el 6 del mismo mes tuvo entrada en la CNC el escrito de alegaciones acompañado de un informe pericial de un ingeniero de Caminos Canales y Puertos en apoyo de las mismas, bajo el título "Informe técnico sobre condiciones de acceso y capacidad de atraque en el puerto de Orzola".

9. El denunciado no ha tomado vista del expediente ni presentado alegaciones.

10. Con fecha 21 de febrero de 2008, el Consejo de la CNC resuelve el presente recurso.

11. Son interesados:

- Graciosamar, S.L.
- Dirección General de Puertos del Gobierno de Canarias.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Lo que se ventila en esta Resolución del recurso presentado por Graciosamar, S.L. es si el Acuerdo de archivo del Servicio de fecha 5 de junio de 2007 se ajusta a derecho, teniendo en cuenta el escrito de recurso y las alegaciones presentadas por el denunciante o si por el contrario existen indicios de infracción de las normas de competencia que deben ser objeto de una investigación por el órgano de instrucción de esta Comisión Nacional de Competencia (CNC).

El Servicio fundamenta el Acuerdo de archivo objeto del recurso en el hecho de que la conducta denunciada queda excluida del ámbito de intervención de los órganos de competencia por tratarse de la actuación de una entidad de derecho público, actuando en su calidad de Administración y no como operador privado, y que por tanto no está sujeta a la LDC sino al Derecho Público, siendo sus actos recurribles exclusivamente ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. Añade el Servicio que en este caso *“la autoridad portuaria ha adoptado su decisión de forma motivada y dentro del ámbito de sus competencias...”*

**SEGUNDO.-** El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 2 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.

En el supuesto que nos ocupa, al haberse archivado las actuaciones llevadas a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia bajo la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, debe tramitarse el recurso al amparo de dicha Ley.

El artículo 36 de la citada Ley 16/1989, facultaba al Servicio para no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la misma, sin necesidad de proceder a la incoación de un expediente sancionador. Por tanto, este recurso contra el Acuerdo de archivo de 5 de junio de 2007, debe ser resuelto por el Consejo de la CNC, en base al artículo 47 de la citada Ley, analizando si el archivo está debidamente fundamentado o si por el contrario en los hechos denunciados existe base que aconseje una instrucción adicional.

**TERCERO.-** El recurrente en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2007 ante la ahora Comisión Nacional de Competencia, se ratifica en las razones para la impugnación del Acuerdo de Archivo que había desarrollado en el escrito de recurso presentado el 6 de agosto de 2007, por lo que nos referiremos a las mismas.

Alega en primer lugar ausencia de indagación por parte del Servicio sobre la motivación de la negativa a otorgar nuevas autorizaciones de atraque comercial en el puerto de Órzola por parte del Jefe de Área de Puertos. Considera el denunciante, que el Servicio debería haber investigado si las razones técnicas aducidas sobre condiciones de acceso, líneas de atraque, maniobrabilidad y la realización de obras en el puerto, están fundadas o, por el contrario, son un mero pretexto para poner barreras de entrada a nuevos operadores en beneficio del actual tenedor de la única autorización para atraque para transporte marítimo de pasajeros regular y/o servicios de excursiones marítimas entre los puertos de Órzola y La Isla Graciosa (Caleta del Sebo).

Considera asimismo que la decisión del Área de puertos no cumple los requisitos para beneficiarse de la exención por amparo legal del artículo 2 de la LDC (Ley 16/1989, de 17 de julio), sino que por el contrario dicha actuación caería bajo el supuesto previsto en el apartado segundo del artículo 2.1 de dicha Ley, *“es decir una situación de restricción de la competencia causada por la actuación de los poderes públicos o de las empresas públicas sin dicho amparo legal”*. Y apoya su razonamiento en el hecho de que la actual situación de monopolio no se deriva del libre juego de las leyes del mercado sino de la actuación administrativa de no otorgar nuevas autorizaciones.

Niega además el amparo legal argumentando que las potestades del organismo Puertos Canarios provienen de una norma autonómica, la Ley 14/2003 de Puertos de Canarias de 8 de abril, que dice *“no pueden dejar sin efecto una prohibición contenida en una norma de ámbito estatal (Ley de Defensa de la Competencia) pues invadiría competencias exclusivas del Estado expresamente reservadas en el artículo 149.1.13ª (Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica)...”*

Se refiere por último a la diferencia de los ámbitos de actuación de la vía contencioso-administrativa, a la que dice ha recurrido para que dirima sobre la legalidad del acto, y el recurso a los órganos de competencia, que dice, son a los que corresponde determinar si la actuación denunciada ha creado o no una situación de restricción de la competencia y si existe en definitiva una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

**CUARTO.-** Del examen de las alegaciones presentadas y del conjunto de información que consta en el expediente, debemos concluir que las pretensiones del recurrente deben ser desestimadas por no concurrir en los hechos denunciados los requisitos para que les sea de aplicación las

disposiciones de la Ley 16/1989, vigente en el momento de la denuncia y del acuerdo de archivo por parte del SDC.

El argumento principal del recurrente para solicitar la continuación del expediente de infracción de las normas de competencia parte de una premisa fundamental y es que existe un único operador, por tanto un monopolio, en el transporte de personas entre Órzola y La Graciosa, y que esa situación se deriva de la actuación del Área de Puertos de Canarias que niega la autorización de atraque a otros operadores, escudándose en razones técnicas de falta de espacio en atraque y condiciones de maniobrabilidad peligrosas, pero que no es más que la creación de una barrera de entrada que impide a otros operadores competir en el mercado, en concreto a él mismo. Considera que la actuación descrita aunque esté realizada por una autoridad pública no goza del amparo legal del artículo 2.1 de la Ley 16/1989 y que por tanto debe entenderse comprendida en el apartado dos del mismo artículo.

A diferencia del escrito de denuncia, en el que se remitía a los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, en el escrito de recurso no se hace mención a los mismos. De la argumentación desarrollada y de la mención al artículo 2.1 párrafo segundo de la Ley 16/1989 parece deducirse que el denunciante considera abusiva la conducta del Área de Puertos de Canarias al negarle el atraque pero no niega que haya sido realizada por una autoridad pública en el ejercicio de sus potestades.

**QUINTO.-** La primera y fundamental cuestión a dilucidar es si estamos ante la actuación de una Administración en el ejercicio de sus potestades o ante la de un operador económico. Y como bien recoge el Servicio en su archivo y en el informe al recurso presentado, la Jefatura de Área de Puertos de Canarias al decidir sobre la concesión de uso de atraques no está actuando como operador económico sino que lo hace “revestida de imperio” por las potestades administrativas que le otorga la Ley, para la ordenación del uso de dominio público portuario.

En efecto, la Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias en su artículo 21, por el que se crea la entidad “Puertos Canarios”, dice de dicha entidad que “...ajustará sus actividades y régimen de funcionamiento al ordenamiento jurídico-privado salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya, en especial las relativas a concesiones y régimen de utilización del dominio público portuario, procedimiento sancionador.....”

Y de acuerdo con el artículo 22 de la citada Ley 14/2003, es misión de la entidad “Puertos Canarios” *“la gestión del dominio público portuario que se le adscriba y el que pudiera afectar la Comunidad Autónoma de Canarias”*, dentro de cuya gestión de dominio público se encuentra la utilización de los atraques a que se refiere el artículo 38 de la misma Ley.

La propia Ley en sus anexos recoge los puertos de Interés General de la Comunidad Autónoma de Canarias entre los que se encuentran los de Órzola y Caleta del Sebo, ambos en Lanzarote.

Por tanto, por la Ley 14/2003 la entidad “Puertos Canarios”, y en las funciones de gestión del dominio público portuario que le encarga la Ley, está revestida de poder público, con amparo legal, y bajo ese prisma y no otro debe analizarse la actuación denunciada.

Y frente a lo alegado por GRACIOSAMAR en nada impide que esa “potestas” de poder público le haya sido concedido por una ley autonómica y no estatal, puesto que la regulación debe ser autonómica y no estatal, porque en el reparto de competencias Estado/Comunidades Autónomas la materia que nos ocupa corresponde a las Comunidades Autónomas y en concreto en este caso a la Autonomía de Canarias de acuerdo con su Estatuto de Autonomía, Ley Orgánica 10/1982, modificada por la LO 4/1996, de 30 de diciembre. Además, a estos efectos no existe una tal primacía de leyes estatales y autonómicas como la que presume el recurrente.

No parece necesario por tanto en este caso profundizar en el análisis de la actuación de la Jefatura de Área del Puerto de Canarias para dilucidar si la misma ha sido realizada en su potestad de Administración o como operador privado, pues como acertadamente afirma el Servicio en su archivo, y no rebate el denunciante, la autorización de atraque es un acto de una Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones encomendadas por Ley, que como tal queda excluido del ámbito de aplicación de las normas de competencia, sin que pueda incardinarse en la disposición del apartado dos del artículo 2.1 de la Ley 16/1989.

**SEXTO.-** Alega el denunciante que el Servicio no ha analizado la motivación recogida en la denegación de atraque del Jefe de Área de Puertos. Sin perjuicio de que el Servicio afirma, como se ha recogido más arriba, que *“la autoridad portuaria ha adoptado su decisión de forma motivada”*, es necesario responder a la alegación de la denunciante que el control de legalidad de los

actos administrativos está atribuido con carácter excluyente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De lo que se deduce que, una vez que el Servicio ha constatado que la decisión de no autorizar el atraque ha sido tomada por la Administración competente, la autoridad portuaria canaria, y en las funciones que la Ley le encomienda, de gestión pública del dominio público portuario, no compete a los órganos de defensa de la competencia el análisis de la decisión administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Y serán éstos quienes deban apreciar si las razones que motivaron la negativa a la autorización para el atraque son consistentes y están justificadas en aras de la defensa del interés general que tiene encomendado el órgano administrativo o si por el contrario no existe justificación a la negativa ni por tanto a la limitación por ella impuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, este Consejo coincide con el Servicio en su apreciación de que desde un punto de vista de competencia podría resultar más deseable la existencia de más de un operador en la prestación del servicio, pero ello no obsta para reiterar que no compete a los órganos de competencia entrar a apreciar la actuación de la Junta del Área de Puertos de Canarias, en su calidad de administración, con amparo legal, y en cumplimiento de la misión pública de gestión de servicios de interés general.

**SEPTIMO.-** Finalmente respecto a la compatibilidad argumentada por la recurrente entre el recurso a la jurisdicción contenciosa, para que se pronuncie sobre legalidad del acto, y la denuncia ante los órganos de competencia, para que se pronuncien sobre las posibles restricciones de la competencia, consecuencia de la denegación de nuevas autorizaciones de atraque en Órzola, que mantiene un único operador en el transporte de personas entre Órzola y Caleta del Sebo, sólo queda reiterar lo dicho anteriormente, es decir que en la medida que no se trata de un operador privado, sino de la decisión de una Autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades públicas, los órganos de competencia no pueden entender de la misma y la revocación de la denegación sólo puede ser requerida ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, tal como ha hecho la recurrente al interponer el correspondiente recurso.

En consecuencia con lo anterior, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia



## HA RESUELTO

**Único.** Desestimar el recurso de la mercantil GRACIOSAMAR, S.L., contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de fecha 5 de junio de 2007, por el que archivaba la denuncia presentada por la recurrente contra la Jefatura del Área de Puertos del Gobierno de Canarias por denegar la autorización para atraque comercial en el Puerto de Órzola para realizar transporte marítimo de personas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en 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 su notificación.