

RESOLUCIÓN EXPEDIENTE DE RECURSO r 620/04, Estibadores Cádiz
(2480/03 del Servicio)

Pleno

Excmos. Sres.:

- D. Gonzalo Solana González, Presidente
- D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
- D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
- D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
- D. Miguel Comenge Puig, Vocal
- D. Antonio Del Cacho Frago, Vocal
- D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
- D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
- D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 22 de noviembre de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Sr. Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r620/04 (2480/03 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio, SDC) iniciado por el recurso interpuesto por Estibadores de Puertos, S.L. (EDP) contra el acuerdo de archivo de fecha 7 de julio de 2004 dictado por el Servicio en relación con las supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de julio de 2003, el representante de la empresa EDP presentó denuncia en el SDC contra Estigades y sus socios, por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la adopción el 4 de julio de 2000 de un Acuerdo por la Junta General Extraordinaria de Estigades que modificó parcialmente sus Estatutos, imponiendo a las nuevas empresas admitidas por la Autoridad Portuaria para el servicio público de estiba y desestiba, una prestación accesoria de 12 millones de pesetas; la exigencia a EDP de un aval de 16 millones de pesetas para desarrollar la actividad de estiba y desestiba de pesca fresca, mientras que el exigido a Acopiapesca, S.L. –su directa competidora – fue de 5 millones de pesetas; así como la actitud de boicot por parte de Estigades a EDP durante el proceso para obtener la concesión de dicho servicio público.

La denunciante afirma que con estas actuaciones la sociedad estatal Estigades pretendía favorecer a Acopiapesca, única empresa de estiba y desestiba de pesca integrada en la misma y, por tanto, competidora de la denunciante, y considera que son aplicables:

- El artículo 1.1.d) de la LDC, porque el acuerdo de los socios de Estigades estableciendo una aportación accesorias, impone condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- El artículo 1.1.e) de la LDC, ya que subordina la celebración del contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guardan relación con el objeto del contrato.

Las trabas impuestas por Estigades a la denunciante, durante la tramitación de su solicitud de incorporación, constituyen boicot, al condicionar la libertad de un operador que se ve obligado a adoptar decisiones contra su voluntad para no tener que abandonar el mercado.

- El artículo 6.2 de la LDC en sus apartados a), d) y e), al ser evidente la posición de dominio de los integrantes de Estigades (Autoridad Portuaria y empresas estibadoras) en la actividad de estiba, desestiba, carga y descarga en el puerto de la Bahía de Cádiz, ya que, por imperativo legal, es necesario adquirir acciones de la Sociedad Estatal, para desarrollar esta actividad en la zona portuaria.
2. El 24 de octubre de 2003, con objeto de conocer la realidad de los hechos para determinar la posible existencia de infracción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.3 de la LDC, el SDC acordó llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, en caso de que este procediera.
 3. El 7 de julio de 2004, al no observarse indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, el SDC acordó el archivo de las actuaciones.
 4. El 27 de julio de 2004, EDP interpone recurso contra el acuerdo de archivo del SDC, y en OTROSÍ solicita que en caso de inadmitirse el mismo, "se tenga por interpuesto recurso contra el acto de denegación

de acceso al expediente (2480/03) dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia”.

5. El 28 de julio de 2004 el Tribunal remite fotocopia del escrito de recurso al Servicio y, de conformidad con el artículo 48.1 de la LDC, le reclama su correspondiente informe y las actuaciones seguidas, al mismo tiempo que, no constando en el Tribunal si el recurso ha sido presentado en plazo hábil, solicita del Servicio manifestación al respecto.
6. El 3 de agosto de 2004 tienen entrada en el Tribunal los documentos solicitados al Servicio, indicando éste que el recurso de EDP ha sido interpuesto dentro del plazo de 10 días establecido por el artículo 47 de la LDC, que el recurrente ha acreditado la representación que ostenta y que las alegaciones expuestas por el recurrente no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo recurrido.

No obstante, el SDC realiza una serie de precisiones que, en síntesis, son:

- 1º.- Respecto a las consideraciones del recurrente sobre la negativa del Servicio a facilitarle copia de las actuaciones que solicitaba y la supuesta indefensión que dicha negativa le suponía, señala que se le ha informado reiteradamente de la imposibilidad de facilitarle copia de las actuaciones por tratarse de una información reservada, por lo que, al no haberse incoado expediente sancionador, no se han declarado, por ello, interesados en el mismo.
- 2º.- Por lo que se refiere al recurso contra el Acuerdo de Archivo, se puntualiza lo siguiente:
 - 1) En cuanto a las supuestas valoraciones jurídicas erróneas del SDC:
 - a) sobre el carácter cuestionable de la aplicación del artículo 1 de la LDC a los hechos denunciados consistentes en decisiones de una Sociedad, recoge la doctrina al respecto del TDC.
 - b) aunque el Pliego de bases aprobado por la Autoridad Portuaria para el contrato de concesión no fijase la cuantía de la prestación accesoria prevista en el artículo 12 de los Estatutos de Estigades, establecía

la obligación de realizarla a las empresas que desearan la concesión.

c) en cuanto a la improcedencia de imputar a la vez a Estigades por abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 6 de la LDC y a sus socios por acuerdo prohibido por el artículo 1 de la LDC, por los mismos hechos, de la Resolución del TDC de 12.03.99 se desprende que no es posible imputar a la vez a una entidad social y a los miembros que la integran por los mismo hechos sin vulnerar el principio "*non bis in idem*".

2) Sin perjuicio de lo expuesto en los puntos 3º y 8º de la Valoración jurídica del Acuerdo recurrido, se señala que el establecimiento de una prestación accesoria como condición para el ingreso de los futuros socios no constituye, en principio, trato discriminatorio, respecto a los antiguos que no tuvieron que realizarla.

7. El 9 de agosto de 2004 el Pleno del Tribunal dicta Providencia en la que se designa Ponente y acuerda la puesta de manifiesto del expediente a los interesados, a fin de que en el plazo de 15 días, puedan formular alegaciones y presentar los documentos que estimen pertinentes.

8. El 4 de octubre de 2004, presentó alegaciones EDP que, en resumen, son:

Primera: observa que en el expediente falta por cumplimentar gran parte de la prueba requerida o que ha sido cumplimentada de forma distinta a lo solicitado, exponiendo su detalle.

Segunda: se refiere a las valoraciones del Acuerdo de Archivo, considerando:

a) que el Acuerdo omite hechos determinantes de la existencia tanto de acuerdo que incurre en conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC como de abuso de posición dominante del artículo 6 de dicha Ley;

b) que el SDC incurrió en el Acuerdo de archivo en una serie de yerros valorativos;

- c) se niega que se aportasen por Acopiapesca 12.888.000 pesetas a Estigades derivados de gastos de prejubilaciones de personal, pues no se ha aportado ninguna acreditación bancaria de los desembolsos;
- d) hace referencia al Hecho 24º.5 del Acuerdo de archivo, relativo a la contratación de trabajadores en régimen de Relación Laboral Especial y en Régimen Laboral Común.

Tercera: considera que existen indicios y aun pruebas de prácticas anticompetitivas que exigen un mayor esclarecimiento de los hechos y la total práctica de las pruebas interesadas.

Cuarta: aporta certificación bancaria relativa a Acopiapesca, certificaciones de esta empresa y otras armadoras y un extracto del Convenio Colectivo de Estibadores Portuarios.

Por todo lo anterior solicite se estime el recurso e interesa la instrucción de expediente sancionador.

- 9. Por escrito recibido el 6 de octubre de 2004, Estigades solicita se le remita copia del expediente, o al menos del recurso interpuesto, y que se suspenda el plazo para alegaciones hasta la recepción de uno u otro.
- 10. Por Providencia de 6 de octubre de 2004 se concede a los interesados una prórroga de ocho días en el plazo para alegaciones.
- 11. El 15 de octubre de 2004 se reciben alegaciones de Estigades (anticipadas por fax el día anterior) que, en resumen, expone lo siguiente:
 - que la primera parte de las alegaciones de EDP resultan infundadas e improcedentes y que no se ha producido indefensión por la actuación del Servicio.
 - que se remite a lo expuesto en su escrito de alegaciones y a los pronunciamientos contenidos en la resolución del SDC de 13 de julio de 2004.
 - que considera necesario realizar una serie de precisiones que, en resumen, son:

- que parece que el recurrente impugna tanto el pliego de condiciones de servicio público como el acuerdo de Estigades, lo que se encuentra fuera del ámbito del artículo 1.1 de la LDC (lo apoya en diversas Resoluciones del TDC).

- la LDC considera conductas prohibidas todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, lo cual deja fuera de su ámbito las decisiones adoptadas por una sociedad en ciertas condiciones.

- la actuación de Estigades no supone nada que atente contra la libre competencia y no existe trato discriminatorio a EDP, sino simple aplicación de las normas y reglas inherentes a la condición de concesionario público.

- en relación al punto octavo del recurso, señala que cuando se produce una reestructuración de plantilla por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se está ante un resultado extraordinario que da lugar a unos compromisos de pago futuros (detalla las vicisitudes habidas respecto a Jubilaciones Anticipadas y su financiación, señalando que el coste extraordinario de las indemnizaciones y sus correspondientes gastos financieros, hasta 31 de diciembre de 2000, ascendió a 1.074 millones de pesetas, según figura en la Memoria de las Cuentas Anuales).

- señala que, a diferencia de lo alegado por el denunciante respecto a que esos gastos, de existir, deberían ser repercutidos a las empresas estibadoras según lo dispuesto en el artículo 42 de los Estatutos, esos costes, por su carácter extraordinario, son extracostes que se deben financiar aplicando el artículo 43 (*“en la forma que fije el Consejo de Administración, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en cada momento y con las instrucciones que reciba de la Junta General de la Compañía”*).

- respecto a lo alegado por EDP de que Terminal Polivalente del Puerto de Cádiz, S.A. (TPC) no realizó la aportación accesorio, señala que TPC substituyó a dos empresas que en 1997 causaron baja, y que la primera aportación realizadas por estas dos compañías en la ampliación de capital lo fue por cuenta de TPC (aporta fotocopia del Banco Exterior de España de Cádiz justificativa) y, posteriormente, cuando fueron exigidos el resto de los dividendos pasivos, TPC realizó sus aportaciones hasta alcanzar la cantidad de 23.680.000 pesetas.

- respecto a lo señalado en el punto décimo del recurso, en el que se pone en duda que Acopiapesca aportase 12.888.000 pesetas, se adjuntan fotocopias de los justificantes bancarios.

12. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente de recurso en su reunión del día 4 de noviembre de 2004.

13. Son interesados:

- Estibadores de Puertos, S.L.
- Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de la Bahía de Cádiz, S.A. (Estigades) y sus socios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este expediente de recurso, lo que se debe determinar es si resulta conforme a Derecho el acto del Servicio mediante el que se archivó la denuncia por infracciones de los artículos 1 y 6 de la LDC.

2. El denunciante sostiene que durante la fase de instrucción en el SDC se le ha negado el acceso al expediente para conocer los hechos determinantes del Acuerdo de archivo lo que le ha generado indefensión por tener que recurrir sin su conocimiento, que no se ha cumplimentado gran parte de la prueba requerida o ha sido cumplimentada de forma distinta a lo solicitado y que, el referido Acuerdo del SDC, omite hechos determinantes de la existencia de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la LDC, por lo que estima que procede la incoación de expediente sancionador.

Antes de entrar en el fondo del recurso conviene pronunciarse sobre dos aspectos: lo argumentado en relación a la indefensión y las pruebas. En el caso del primer aspecto, hay que señalar que el artículo 36 de la LDC dispone que ante la noticia de la existencia de una infracción, el SDC podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, así como que cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones. La única obligación del Servicio es notificárselo al denunciante, pero en ningún caso el permitirle el acceso a sus actuaciones, ya que no existe expediente, y en todo caso no se produce indefensión ya que el denunciante tiene la posibilidad de

acceder a todos los documentos si presenta recurso ante el TDC, como en este caso ha hecho.

Es doctrina de este Tribunal que el Servicio no tiene la obligación de realizar todas las indagaciones y buscar todas las pruebas que solicite el denunciante, sino que basta con la indagación de los elementos suficientes para fundar el acuerdo de archivar la denuncia o incoar el expediente. Por otra parte, el Tribunal puede proceder a la práctica de las pruebas que estime oportunas, no apreciando en este caso la necesidad de realización de ninguna, sin que en su decisión al respecto quepa recurso alguno en vía administrativa.

3. El TDC coincide con el Servicio en que los hechos denunciados no suponen vulneración de las normas de la competencia, por las siguientes razones:

1º.- Respecto a la aplicación del artículo 1 de la LDC a los acuerdos adoptados en el seno de una sociedad que configuran la declaración de voluntad de la misma, el TDC ha establecido en diversas resoluciones (entre otras, expediente 445/00, 21.03.01) que ese artículo sólo es aplicable a los acuerdos bilaterales o plurilaterales, no a las decisiones de un solo sujeto, negándose incluso la calificación de acuerdo al pacto suscrito entre empresas de un mismo grupo (expediente r 203/97, 22.05.97), salvo cuando la sociedad encubriendo en realidad un cártel hubiera incurrido en prácticas colusorias. En este caso no existen indicios de que se haya producido tal cosa, por lo que es acertada la conclusión del Servicio.

2º.- En cuanto a la exigencia a EDP de un aval que el denunciante considera discriminatorio en relación al exigido a su competidora Acopiapesca, tampoco se considera que sea contrario a lo establecido en el artículo 1.1e) o el 1.1 d) de la LDC. Así, no es aplicable el artículo 1.1.e), ya que no cabe considerar prestación suplementaria, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarde relación con el objeto del contrato, al aval que precisamente garantiza el cumplimiento de las obligaciones del socio.

Tampoco se considera discriminación en contra del artículo 1.1.d) el que se exigiera a EDP la constitución de un aval por valor de 16 millones de pesetas (al inicio de sus operaciones), mientras que a Acopiapesca sólo se le exigieron 5 millones en el mismo año (en los años 1997 y 1998, 10 millones; en 1999, 13

millones; y, de 2000 en adelante, 5 millones) ya que el importe de los avales no es igual para todas las empresas ni siempre el mismo para cada una de ellas, variando cada año en función de la facturación prevista por la empresa (según la información dada por EDP podría esperarse que facturase el 80% del total) y de otros criterios, tales como la antigüedad en el sector. En realidad a EDP se le exigió una garantía proporcionada a esa facturación, máxime tratándose de una empresa desconocida y sin implantación en el sector. Además se le ofreció la posibilidad de reducir el importe del aval a 10 millones si facturaba semanalmente en lugar de hacerlo quincenalmente, y en todo caso, antes de transcurrir seis meses de la constitución del aval, le fue devuelto por la denunciada al desafectarse el sector.

- 3º.- Respecto de la denuncia por el establecimiento de una prestación accesoria de 12 millones a abonar por los nuevos socios incorporados a Estigades, con independencia de otras consideraciones, hay que señalar que ésta se incluye en el Pliego de condiciones aprobado por la Autoridad Portuaria (cláusula 23) para la adjudicación del contrato de estiba y desestiba y en el documento de formalización del contrato administrativo (cláusula 8), en los que además consta que las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, efectos y resolución del mismo, se someten a la resolución de dicha Autoridad y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que éste es el cauce adecuado para formular reclamaciones, en su caso, contra el establecimiento de dicha prestación.

Además, cuando se adjudicó la concesión al denunciante, ya estaba establecida la cuantía de la prestación accesoria y EDP la conocía. Tampoco resulta aceptable lo alegado por el recurrente respecto a que el Terminal Polivalente del Puerto de Cádiz, S.A. (TPC) no realizase aportaciones, ya que se han recibido documentos que justifican que, en conjunto, TPC, realizó aportaciones hasta la cantidad de 23.680.000 pesetas.

Por otra parte, tampoco puede dudarse que Acopiapesca aportase 12.888.000 pesetas (derivados de gastos de prejubilaciones de personal), pues se han recibido fotocopias de los justificantes bancarios correspondientes.

Finalmente, el establecimiento de una prestación accesoria como condición para el ingreso de los futuros socios no constituye, en

principio, trato discriminatorio respecto a los antiguos que no tuvieron que realizarla. Lo que la LDC prohíbe es el trato discriminatorio entendiendo como tal la desigualdad injustificada; podría ser discriminatoria esa condición, si no todos los nuevos socios estuvieran obligados a su cumplimiento, lo que no es el caso, ya que tras la modificación de los Estatutos, además de la denunciante se incorporó a Estigades la empresa INTERPEC SUR, S.A., que también tuvo que realizar dicha prestación.

Cabe señalar que por aplicación del Plan de Viabilidad aprobado en 1996 (prejubilaciones, etc.), la necesaria aportación de capital privado fue de 121,9 millones de pesetas, con una media por empresa de 12.193.800 y que la prestación accesoria a realizar por los nuevos socios se consideraba el sistema más adecuado para cumplir con el principio de solidaridad en la aportación de fondos al Patrimonio Social de Estigades.

- 4º.- El recurrente alega también que los gastos relativos a trabajadores (incluidas prejubilaciones) debieron subvenirse semestralmente, como máximo, según lo dispuesto en el artículo 42 de los Estatutos de Estigades. Pero no tiene en cuenta que los gastos de prejubilaciones son de carácter extraordinario, por lo que su financiación como extracostes puede hacerse conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de dichos Estatutos (*“en la forma que fije el Consejo de Administración, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en cada momento y con las instrucciones que reciba de la Junta General de la Compañía”*).
- 5º.- Tampoco cabe imputar a la vez a Estigades por abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 6 de la LDC y a sus socios por acuerdo prohibido por el artículo 1 de la LDC, por los mismos hechos. De la Resolución del TDC de 12.03.99 se desprende que no es posible imputar a la vez a una entidad social y a los miembros que la integran por los mismos hechos sin vulnerar el principio *“non bis in idem”*.
- 6º.- Para ejercer la actividad de estiba y desestiba de pesca fresca en el Puerto de la Bahía de Cádiz, una empresa debía, por imperativo legal (Real Decreto Ley 2/86), participar en la sociedad estatal Estigades (con mayoría de capital público), siendo la desafectación de esta actividad en el sector de pesca posterior a los hechos denunciados. Es doctrina de este Tribunal que los Organismos Públicos (al igual que los privados) sólo

cuando actúan como operadores económicos pueden incurrir en conductas anticompetitivas, no existiendo en este caso indicios de que se haya actuado como tal ni, desde luego, de que se haya tratado de obstaculizar la competencia, como puede deducirse por la convocatoria de un concurso público para el acceso a la actividad de estiba y desestiba.

- 7º.- Existe la obligación de que las empresas contraten un número de trabajadores portuarios en Régimen Laboral Común, suficiente para cubrir un porcentaje no inferior al 25% de sus actividades de servicio público, en aplicación de la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de Secretaría del Gobierno, de 15.04.87, de Bases para la gestión del Servicio Público de Estiba y desestiba de Buques en los Puertos de Interés General. Por ello, Estigades acordó que EDP y Acopiapesca incorporasen a sus plantillas un trabajador, lo que no llegó a efectuarse, por la desafectación como servicio público de la estiba y desestiba de pesca. En cualquier caso, tampoco ésta es una materia que afecte a la competencia.
- 8º.- Por último, en relación al supuesto boicot de los socios de Estigades para retrasar al denunciante su acceso a la concesión del servicio público, se coincide con el SDC que no cabe atribuir exclusivamente a Estigades la demora en el acceso de EDP a la actividad, ya que hubo una serie de hechos, como la solicitud de EDP de ampliación de plazo para cumplimentar los requisitos necesarios para obtener la concesión o la modificación en la composición social de la denunciante, que pasó a ser una sociedad unipersonal, que también contribuyeron al retraso denunciado.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general de aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

- Único.-** Desestimar el recurso de la empresa Estibadores de Puertos, S.L. contra el Acuerdo de Archivo del Servicio de fecha 7 de julio de 2004.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, 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 el día siguiente al de su notificación.