

RESOLUCIÓN (Expte. r 395/99, Puerto Santander)

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
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 4 de julio de 2000

El Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 395/99 (2012/99 del Servicio del Servicio de Defensa de la Competencia), de recurso interpuesto por INTERMONTE S.A. contra el Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 29 de septiembre de 1999, por el que se declaró el archivo de una denuncia presentada por aquélla contra el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- El día 28 de mayo de 1999, la Sociedad recurrente formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander por supuestas prácticas anticompetitivas sancionadas por los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la CE.
- 2.- El Servicio acordó el 13 de julio siguiente, al amparo del artículo 36.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, la práctica de una información reservada, como diligencia previa a la decisión sobre la posible incoación de expediente.
- 3.- Una vez recabados del denunciante y denunciado los datos que estimó oportunos, el Director del Servicio de Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo el 29 de septiembre de 1999 decretando el archivo de la

denuncia, por entender que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander actuó en el marco de sus competencias administrativas y no como un operador económico, expresando que las infracciones denunciadas han de ser objeto de reclamación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

- 4.- Contra este Acuerdo recurre la empresa denunciante, alegando básicamente que la Autoridad Portuaria es un operador o agente económico y que la circunstancia de que el hecho denunciado se refiera a una concesión administrativa no impide un pronunciamiento sobre una posible infracción de la Ley 16/1989. A su vez, la parte denunciada se ha opuesto al recurso apoyando el Acuerdo de archivo impugnado.
- 5.- El recurso tuvo entrada en este Tribunal el 4 de noviembre de 1999, habiendo presentado alegaciones las partes interesadas.
- 6.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 21 de junio de 2000
- 7.- Son interesados:
 - INTERMONTE S.A.
 - La Autoridad Portuaria de Santander.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero: La Sociedad recurrente impugna el Acuerdo de 29 de septiembre de 1999, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia formulada por aquélla, argumentando, en síntesis, que la Autoridad Portuaria de Santander vulneró el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al adoptar una decisión tendente a restringir la competencia en el mercado del cemento en Cantabria y comunidades autónomas adyacentes.

El objeto de la denuncia archivada por el Servicio de Defensa de la Competencia es el Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander, de 8 de octubre de 1996, por el que se denegó la concesión solicitada por INTERMONTE S.A. para ocupar una parcela en el Espigón Norte de Raos, para la construcción de una terminal de descarga, ensacado y

distribución de cemento. El Acuerdo impugnado expresaba las razones de la denegación, haciendo referencia en sus Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero al escaso volumen de operaciones alcanzado por INTERMONTE S.A. en el vecino Puerto de Gijón, a las expectativas de tráfico previstas por la solicitante, muy inferiores a los tráficos exigidos por la Autoridad Portuaria de Santander, a las dificultades de penetración en las obras públicas de los cementos de importación no homologados y, finalmente, a la escasez de espacio portuario y a la conveniencia de destinarlo a actividades que entrañen menor riesgo para la explotación portuaria.

Segundo: La empresa recurrente alega en su escrito que la naturaleza administrativa de la concesión para la ocupación del dominio portuario no veda la posibilidad de conocimiento por el Tribunal de Defensa de la Competencia para examinar si la conducta administrativa vulnera la Ley 16/1989. Añade, en apoyo de su tesis, que la Autoridad Portuaria de Santander actuó como un operador o agente económico de primer orden y que, cualquiera que sea su forma jurídica o modo de financiación, ha de ser considerada como empresa, a los efectos de aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia. Finalmente, después de argumentar que la referencia en el Acuerdo denunciado a la falta del sello de calidad AENOR o similar en los cementos importados por la denunciante, constituye una restricción a la Ley 16/1989, concluye señalando que los hechos denunciados vulneran asimismo los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la CE, estableciendo barreras y trabas al comercio intracomunitario y poniendo en peligro los fines del tratado.

La Autoridad Portuaria de Santander, en trámite de alegaciones, apoya el archivo de la denuncia, basándose en el carácter administrativo del acto impugnado y, tras revisar la legislación que entiende aplicable al caso, argumenta que el sistema portuario y las prestaciones que se desarrollan en el mismo constituyen un servicio público, de titularidad estatal, cuyas competencias son ejercidas por el Ministerio de Fomento a través de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, que no son operadores económicos, mediante actos administrativos de carácter discrecional.

Tercero: Del examen de las alegaciones de las partes y del conjunto de la documentación unida al expediente, debemos llegar a la

conclusión de que las pretensiones deducidas por la recurrente han de ser desestimadas, al no ser aplicable a la conducta denunciada ninguno de los preceptos sancionadores invocados por la parte recurrente.

La sociedad recurrente, como hemos visto, parte de dos premisas básicas para desvirtuar la fundamentación del Acuerdo impugnado, afirmando, por un lado, que la Autoridad Portuaria de Santander debe conceptuarse como empresa a los efectos de aplicación de las reglas de competencia y, por otro lado, que la naturaleza administrativa del acto denunciado no impide la actuación sancionadora de los órganos de Defensa de la Competencia.

Por lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, la Ley de Defensa de la Competencia no limita a las empresas del sector privado la aplicación de las prohibiciones del artículo 1, que también extiende su eficacia a las situaciones de restricción de la competencia causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos y las empresas públicas, siempre que actúen sin el amparo legal previsto por el apartado primero del artículo 2 de la propia Ley.

En el ámbito comunitario, los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la CE (81 y 82 del vigente Tratado de Amsterdam) parecen más restrictivos, haciendo expresa referencia a las empresas, como sujetos pasivos de su aplicación y subordinando, en su artículo 90, la obligatoriedad de las normas de competencia para las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, al preferente cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. Es destacable, por otra parte, la circunstancia de que la aplicación de los preceptos comunitarios exige que las conductas de que se trate tengan una especial afectación comunitaria, siendo necesario que afecten o puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, lo que no sucede en el supuesto que examinamos, en el que sólo se hace referencia a importaciones de terceros países.

De lo expuesto se desprende que, ya se atribuya o no la consideración de empresa al Ente Público denunciado, la aplicación de las normas sancionadoras invocadas por el recurrente, tanto nacionales como comunitarias, está sujeta a importantes limitaciones, derivadas respectivamente de una

eventual cobertura legal de los actos realizados o de la prevalencia del interés económico general.

En este contexto, el organismo denunciado, la Autoridad Portuaria de Santander, es por disposición legal una Entidad de Derecho Público (artículo 35 de la Ley de Puertos del Estado de 24 de noviembre de 1992, vigente al tiempo de los hechos denunciados) que, para el ejercicio de sus funciones de gestión del sistema portuario, tiene competencias para administrar los bienes de dominio público adscritos al puerto, pudiendo otorgar concesiones y autorizaciones para su utilización (arts. 37 y 63 LPE). El procedimiento para la adjudicación de dichas concesiones se sujetará a lo establecido por la legislación de costas (art. 63.3 LPE), estableciendo el artículo 67 de la Ley de Costas que la resolución que se adopte al respecto será dictada discrecionalmente por la Autoridad que corresponda. Por otra parte, la Autoridad Portuaria debe realizar sus funciones de gestión atendiendo a los objetivos de optimización de la gestión económica y rentabilización de los recursos que tiene asignados (art. 36 LPE), por lo que estos criterios deben ser valorados a la hora de aplicar sus facultades de discrecionalidad en el otorgamiento de las concesiones.

En relación con el Acuerdo denunciado, la Autoridad Portuaria de Santander adoptó su decisión discrecional de forma motivada, analizándola desde el punto de vista de sus objetivos legales de optimización de la gestión económica y rentabilización de los recursos que tiene asignados y fundando su decisión denegatoria en el escaso volumen de operaciones alcanzado por INTERMONTE S.A. en el vecino Puerto de Gijón, las expectativas de tráfico previstas por la solicitante, muy inferiores a los tráficos exigidos por la Autoridad Portuaria de Santander, las dificultades de penetración en las obras públicas de los cementos de importación no homologados y, finalmente, en la escasez de espacio portuario y en la conveniencia de destinarlo a actividades que entrañen menor riesgo para la explotación portuaria. De esta manera, la Entidad Pública denunciada actuó con la cobertura legal proporcionada por el artículo 2 LDC, al hacer un uso racional y no arbitrario de sus facultades discrecionales, y con la que le proporciona el artículo 90.2 del Tratado CE (actual 86.2), al estar amparada su actuación por el cumplimiento de la misión de interés económico general a ella confiada, por lo que, con independencia de su concepción

como empresa en el sentido invocado por la recurrente, no procede su sanción por la vía de los preceptos señalados.

Cuarto: De lo expresado en el apartado anterior se desprende, asimismo, la respuesta que ha de darse a la alegación de la sociedad recurrente acerca de la cuestión que plantea sobre la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia revise los actos administrativos a los efectos de comprobar que los mismos son conformes a las exigencias de la Ley 16/1989, pues, si bien es cierto que no corresponde a este Tribunal el control de legalidad de esta clase de actos, que está atribuido con carácter excluyente a la Jurisdicción contencioso-administrativa, nada se opone a que puedan examinarse en esta sede sus posibles efectos anticompetitivos, siempre y cuando dichos actos reúnan los requisitos previstos por la Ley de Defensa de la Competencia y no se encuentren amparados por la exención del artículo 2 de la propia Ley, como sucede en el supuesto examinado.

Quinto: Las anteriores conclusiones sobre la inaplicabilidad a la Entidad denunciada de las disposiciones sancionadoras de las normas de defensa de la competencia deben completarse, al hacer referencia a los artículos 1 LDC y 85 del Tratado CE, con la consideración del principio básico conforme al cual dichos preceptos son aplicables exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales, pero no a las decisiones que, cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptados por un solo sujeto, debiendo exigirse en todo caso que dichos acuerdos procedan de un concierto de voluntades plurales e independientes entre sí. En este sentido, este Tribunal ha mantenido reiteradamente los expresados criterios de pluralidad e independencia, negando incluso la calificación de acuerdo al pacto suscrito entre empresas de un mismo grupo económico (Resoluciones de 19-11-90, 8-7-92 y 22-5-97, entre otras).

De esta manera, las prohibiciones de los artículos 1 y 85 citados no son aplicables en supuestos que, como el Acuerdo denunciado de la Autoridad Portuaria de Santander, son fruto exclusivo de la voluntad unilateral de dicha Entidad.

Sexto: Por último, en cuanto a la denuncia de haber incurrido la Autoridad Portuaria de Santander en abuso de posición dominante, debemos llegar a la misma conclusión negativa adoptada en los Fundamentos anteriores de esta Resolución ya que, sin perjuicio de las dificultades que supondría aplicar dicho

precepto a una Entidad de Derecho Público, que para la atribución del uso del dominio público portuario actúa como Administración y no como empresa, su actuación se encuentra en todo caso subordinada al cumplimiento de la misión pública de gestión de servicios de interés económico que, como hemos visto anteriormente, le impone la Ley, actuando esta circunstancia, prevista en el artículo 90.2 del Tratado CE, a modo de causa de justificación de una conducta eventualmente anticompetitiva.

En todo caso, los terrenos de dominio público portuario aptos para la ubicación de instalaciones de carga o descarga de mercancías son bienes necesariamente limitados, generalmente insuficientes para satisfacer la totalidad de las demandas, por lo que la denegación a una empresa solicitante de una concesión por la Autoridad administrativa, sobre la base de criterios fundados y razonables de rentabilidad y viabilidad económica, no constituye una actuación anticompetitiva ni abusiva, sino la aplicación de criterios de gestión que permitirán otorgar la concesión a otros competidores o a otras empresas del mismo o diferente ramo, que permitan un mejor cumplimiento de esos criterios de gestión legalmente establecidos.

En su virtud, este Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por INTERMONTE S.A. contra el Acuerdo de archivo de 29 de septiembre de 1999, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la sociedad recurrente y a la entidad denunciada, 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 contados desde su notificación.