

RESOLUCIÓN (Expte. R 308/98, Contenedores Tenerife)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 23 de julio de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 308/98 (987/93 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por la empresa HERRERA ESTIBADORA, S.A. (en adelante, Herrera Estibadora) contra el Acuerdo del Servicio de 24 de marzo de 1998 por el que se sobresee su denuncia contra las entidades COMPAÑÍA AUXILIAR DEL PUERTO, S.A. (CAPSA), SOCIEDAD CANARIA DE ESTIBA, S.A. (SOCAESA) y contra los accionistas comunes de las mismas COMPAÑÍA MERCANTIL HISPANO NORUEGA, S.A., AHLERS Y RAHN CONSIGNATARIA, S.A., HAMILTON Y CIA., S.A. y OLSEN Y CIA., S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos para controlar las Bases de Contenedores del Puerto de Santa Cruz de Tenerife.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de agosto de 1993 Herrera Estibadora denunció a CAPSA y a SOCAESA, así como a los accionistas comunes de ambas sociedades: Compañía Mercantil Hispano Noruega, S.A., Ahlers y Rahn Consignataria, S.A., Hamilton y Compañía, S.A., y Olsen y Compañía, S.A., por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). La denuncia expone que CAPSA explota la única terminal de contenedores de uso público existente en el puerto de Santa Cruz de Tenerife y está dominada por las cuatro sociedades antes citadas, que disponen del 52% del capital social. Estas cuatro compañías crearon otra sociedad -SOCAESA- que ha logrado la concesión de la explotación de la otra

terminal pública de contenedores, llamada "El Bufadero", que existe en el puerto, por lo que ambas terminales están controladas por el mismo grupo. El control se hace efectivo al ser miembros del Consejo de Administración de CAPSA los dos administradores solidarios de SOCAESA. A la unidad de gestión se une la existencia de acuerdos de colaboración entre CAPSA y SOCAESA para evitar toda competencia entre ellas. La oferta del servicio que las terminales prestan resulta así monopolizada. Estos hechos serían subsumibles en el art. 1.1 LDC.

2. Realizada una información reservada, con fecha 20 de diciembre de 1993, el Servicio acordó el Archivo de las actuaciones al no haber observado indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC.
3. Dicho Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal quien, por Resolución de 23 de marzo de 1994 (Expte. r 72/94) estimó el recurso interpuesto y, en consecuencia, resolvió revocar el Acuerdo del Servicio e interesar la instrucción del correspondiente expediente con el fin de analizar la naturaleza de las relaciones existentes entre las seis empresas denunciadas afirmando o negando que constituyan un grupo, así como para conocer el alcance de las normas administrativas que se refieren a la actividad que realizan las bases de contenedores y sus efectos sobre los presuntos pactos colusorios denunciados.
4. En cumplimiento de lo ordenado en la Resolución del Tribunal y de conformidad con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 16/1989, con fecha 1 de junio de 1994, se acordó la admisión a trámite y la incoación del expediente.
5. A la vista de las indagaciones realizadas, el Servicio considera que CAPSA y SOCAESA, aunque hayan sido entidades jurídicas separadas, de hecho han sido controladas por un mismo grupo de intereses y, por tanto, sus acuerdos quedan fuera del control del art. 1 LDC, no pudiendo hablarse de la existencia de reparto de mercado, al tratarse de una misma empresa. Por lo que se refiere a que la actuación de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife (en adelante, la Autoridad Portuaria) en lo referente a la concesión de las Terminales Públicas de Contenedores ha favorecido la existencia de un monopolio, el Servicio estima que, en los procedimientos seguidos para la adjudicación de las Terminales se ha respetado la normativa vigente y que, en todo caso, no corresponde a los Organos de Defensa de la Competencia, sino a los Tribunales de lo contencioso, revisar las actuaciones de la Autoridad Portuaria en el marco de sus funciones públicas.

Por todo ello, con fecha 24 de marzo de 1998 el Servicio acuerda el sobreseimiento del expediente *"no obstante lo cual, y en el caso de que la solución que la Autoridad Portuaria dé a la reestructuración del espacio*

portuario disponible una vez que se terminen las obras del espigón de defensa del muelle El Bufadero II restringiera la competencia posible entre los distintos operadores, el Servicio podría hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 31.d) LDC y proponer a la Autoridad Portuaria la adopción de las medidas que considerase necesarias para remover los obstáculos a la competencia que considere no justificados."

6. El 6 de abril de 1998 se recibió en el Tribunal escrito de Herrera Estibadora por el que interponía recurso contra el anterior Acuerdo alegando que la Autoridad Portuaria ha favorecido la existencia de un monopolio en las Bases Públicas de Contenedores sin respaldo legal alguno, puesto que, dadas las relaciones entre CAPSA y SOCAESA, cuando se adjudicó el concurso a SOCAESA en junio de 1993 se hizo con infracción de lo dispuesto en el art. 64 de la Ley de Contratos del Estado, que prohibía que los servicios fueran contratados en régimen de monopolio, salvo que una ley lo amparase. Considera que se produce una situación en la que una sola empresa controla todas las Terminales Públicas de Contenedores de Santa Cruz de Tenerife.
7. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 48.1 LDC, mediante escrito de 13 de abril, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del expediente, así como su informe sobre el citado recurso.
8. En contestación al requerimiento del Tribunal, el Servicio, mediante escrito de 14 de abril de 1998, informaba que: a) el recurso fue interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el art. 47 LDC; b) constaba en el expediente acreditación relativa a la representación del recurrente; c) las alegaciones expuestas por el recurrente reiteran los argumentos expuestos anteriormente, por lo que no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo de Sobreseimiento, que debe mantenerse.
9. Por Providencia de 21 de abril de 1998 el expediente se puso de manifiesto a los interesados, por término de quince días hábiles, para que formularan alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes. Los interesados evacuaron el trámite.
10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 7 de julio de 1998.
11. Son interesados:
 - Herrera Estibadora, S.A.
 - Compañía Auxiliar de Puertos, S.A.
 - Sociedad Canaria de Estiba, S.A.
 - Compañía Mercantil Hispano Noruega, S.A.

- Ahlers y Rahn Consignataria, S.A.
- Hamilton y Compañía, S.A.
- Olsen y Compañía, S.A.
- Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto del presente expediente de recurso es establecer si el sobreseimiento realizado por el Servicio, mediante Acuerdo de 24 de marzo de 1998, en el expediente nº 987/93, ha sido o no procedente. La empresa denunciante, ahora recurrente, alega, en esencia, que la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife ha favorecido la existencia de un monopolio puesto que adjudicó a SOCAESA la concesión de la explotación de la terminal pública de contenedores del puerto de esa ciudad, denominado "El Bufadero", cuando dicha sociedad había sido creada por las cuatro sociedades que conjuntamente dominan CAPSA, empresa que explota la única terminal de contenedores de uso público existente en dicho puerto, con el resultado de que las dos únicas terminales públicas de contenedores estaban controlados por el mismo grupo de intereses. De hecho, con posterioridad, CAPSA resultó adjudicataria de otra terminal pública de contenedores, llamada "El Bufadero II" (fue la única empresa que acudió al concurso) y adquirió la totalidad de las acciones de SOCAESA, con lo que, bien directa, bien indirectamente, pasó a ostentar la titularidad de la gestión de todas las terminales públicas de contenedores del puerto de Santa Cruz de Tenerife.

2. La primera cuestión que se plantea es si la concesión de explotación de terminales de contenedores por parte de la Autoridad Portuaria 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 la actuación de la Autoridad Portuaria como operador económico encontrándose sujeta a las normas de defensa de la competencia.

3. 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. De todo ello se deduce el carácter administrativo de la concesión, cuya impugnación debe realizarse, como así hizo el demandante, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, como señala la Sentencia de 2 de noviembre de 1995 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, al enjuiciar la adjudicación de este concurso de explotación de la terminal de contenedores es preciso distinguir entre el concurso y el monopolio que se haya podido crear, el examen de cuyo comportamiento, en un momento posterior, cuando se comience a desarrollar la explotación objeto del concurso, es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia.
5. Por todo ello, procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del

Servicio de 24 de marzo de 1998.

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

HA RESUELTO

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por Herrera Estibadora S.A. contra el Acuerdo del Servicio de 24 de marzo de 1998, que se confirma.

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 de su notificación.