

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 297/98 Contenedores de Barcelona 2)**

### **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 15 de julio de 1998

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 297/98 (1237/95 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Albert Carrillo Carrillo, en nombre y representación de TERMINAL DE CATALUNYA S.A. (TC) y SAMUEL M. BULL, SUCESOR DE H. ENBERG S.A., contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 13 de febrero de 1998, por el que se sobreseyeron las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por los recurrentes contra la AUTORIDAD PORTUARIA DE BARCELONA S.A. (APB) y TERMINAL DE CONTENEDORES DE BARCELONA (TCB) por presuntas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la concesión a TCB de una terminal pública de contenedores en el muelle Sur del puerto y abuso de posición de dominio al excluir a otras empresas de la explotación del servicio de contenedores.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Mediante escrito de fecha 8 de mayo de 1995 D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, en nombre y representación de TC formuló denuncia interesando la declaración de existencia de prácticas prohibidas por la LDC en relación con la concesión por la Autoridad Portuaria del Puerto de Barcelona de una terminal pública de contenedores en el muelle Sur a TCB.

Especialmente se denuncia el contenido de la cláusula 8ª de las normas

generales de la concesión, del siguiente tenor literal:

*"Octava.- Operaciones en la terminal de contenedores.-*

*1.- La terminal cuya explotación se concede tiene carácter público, siendo sus características y finalidad específica tales que aglutinen y concentren las operaciones de tráfico exterior de contenedores, esto es, las de carga y descarga de los contenedores de los buques, camiones y remolques, el llenado y vaciado de los mismos en el tinglado, su manipulación, lavado, desinfección y conservación y, en general, cuantas operaciones de manipulación de cargas y servicios adicionales a ésta sean requeridos por los usuarios y clientes de la Terminal. Estos mismos servicios podrán prestarse al tráfico de cabotaje dentro de la terminal.*

*2.- La concesión así especificada no menoscaba la libertad del P.A.B. en orden a conceder Terminales privadas que necesariamente deberán reunir las siguientes condiciones:*

*A) Ser personas físicas o jurídicas, que de acuerdo con lo establecido en la Sección primera del Título II del libro III del Código de Comercio, tengan la condición de propietarios de buques, navieros o armadores, fuere cual fuere su nacionalidad, y puedan demostrar títulos de propiedad o al menos contratos de arrendamiento de los buques que deban operar en la Terminal. Quedan expresamente excluidos los consorcios y asociaciones que incluyan más de un armador o línea y que, en consecuencia, no queden incluidos dentro del término "un armador".*

*B) Comprometer la operativa de un mínimo equivalente a 35.000 TEU's/año de tráfico exterior, en buque "Portacontenedor puro, de manipulación vertical". No se computará a estos efectos el tráfico entre puertos españoles de la península e islas.*

*C) Que de dicho tráfico, más del 50% sea transportado bajo su directa responsabilidad como armador y sobre sus propios buques o arrendados, pudiendo el resto corresponder a otro u otros armadores con los que explote la línea en riesgo compartido, que deberá ser documentalmente acreditado.*

*D) Adquirir dos grúas pórtico y otros medios necesarios para su adecuada explotación, con una inversión mínima de ochocientos millones de pesetas.*

*3.- Todos los buques portacontenedores puros de manipulación vertical y de tráfico exterior que operen en el P.A.B. deberán ser manipulados en esta Terminal pública o en las Terminales privadas, a las que se refiere el apartado SEGUNDO de esta cláusula.*

*4. La Dirección del Puerto designará los atraques de los buques citados, teniendo en cuenta las especificaciones del articulado del Capítulo VI - ATRAQUES, del "Reglamento de Servicios, Policía y Régimen del Puerto de Barcelona", con sujeción a lo dispuesto en el apartado TERCERO de esta cláusula".*

2. Con fecha 19 de mayo de 1995 D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, en nombre y representación de TC, amplió la anterior denuncia e interviniendo, asimismo, en representación de SAMUEL M. BULL SUCESORES DE H. ENBERG S.A, se adhirió a la misma. En concreto, señalaba que SAMUEL M. BULL SUCESORES DE H. ENBERG S.A., que ejerce las funciones de agente consignatario de buques propiedad de terceros, suscribió con la compañía armadora Turkish Cargo Lines el 23 de marzo de 1995 un contrato de representación y agencia consignataria de dicha empresa naviera, para representarla en el Puerto Autónomo de Barcelona. Como consecuencia de la anterior relación se habían contratado los servicios de carga y descarga del buque Kirkarelli con la compañía estibadora TC, lo que impidió la Autoridad del Puerto de Barcelona al manifestar que, necesariamente, debía hacerlo con TCB. Como consecuencia de tal situación, el citado buque tuvo que fondear en el Puerto Autónomo de Barcelona durante los días 7, 8 y 9 de mayo de 1995 y, ante la negativa de la Autoridad Portuaria a que la descarga se realizara por TC, hubo de ser desviado al Puerto de Palamós para tales operaciones.

3. Mediante escrito de fecha 29 de junio de 1995, D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, en nombre de las compañías por él representadas, se dirigió nuevamente al Servicio de Defensa de la Competencia formulando nuevas alegaciones, consecuencia de la modificación habida "de facto" con posterioridad a su denuncia.

Así, según manifestó, el 29 de mayo de 1995 la Autoridad Portuaria del Puerto Autónomo de Barcelona, reunida en Consejo de Administración, adoptó nuevos acuerdos de los que son de destacar los siguientes:

*"PRIMERO: Aprobar por acertados y bien razonados, tanto la propuesta como el contenido del informe adjunto a aquélla, en relación con el desarrollo de los acuerdos adoptados en sesión de 15 de febrero del año en curso, que aprobó el dictamen sobre la problemática de las terminales de estiba".*

*"CUARTO: Mantener la eficacia de la recomendación quinta del Dictamen*

*aprobado el 15 de febrero pasado en relación con el censo elaborado hasta la aprobación, en su caso, con carácter provisional o definitivo, de las medidas desincentivadoras de la competencia entre las terminales, sin perjuicio de facultar ampliamente a la dirección para que pueda adoptar resoluciones puntuales distintas si mediare acuerdo entre las partes directamente interesadas.*

En el anexo nº 1 que forma parte del informe adjunto de fecha 15 de febrero de 1995 aprobado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, se plasma el reparto del mercado realizado por la Autoridad Portuaria de Barcelona, estableciendo los clientes de cada una de las empresas estibadoras y prohibiendo expresamente a las mismas contratar con clientes asignados al otro estibador.

Por todo lo anterior, solicitó que se declarasen nulos también los acuerdos tomados por el Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Barcelona, en su sesión de 29 de mayo de 1995.

4. Por Providencia del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 12 de julio de 1995, se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente, al tiempo que se nombró Instructor y Secretario del mismo.
5. Por Providencia del Instructor de 17 de enero de 1996 se propuso el sobreseimiento del expediente por las siguientes razones:
  - La cláusula 8ª del pliego de explotación objeto de la denuncia es inherente a la concesión administrativa y debe ser aprobado por la Autoridad Portuaria.
  - No cabe hablar de acuerdos ni pactos colusorios entre la Autoridad Portuaria y Terminal Contenedores de Catalunya S.A. (debe referirse a Terminal Contenedores de Barcelona S.A.), ya que se realizó un concurso público, pudiendo cualquiera optar a la concesión. La relación es la propia de un acto administrativo y, por tanto, regido por las normas que regulan las concesiones administrativas que han sido cumplidas.
  - No puede hablarse de que la concesión otorgada a la Terminal Pública de Contenedores (debe referirse a Terminal Contenedores Barcelona S.A.) crea situación de monopolio ya que, a juicio del Instructor, la cláusula 8.3 prevé la existencia de terminales privadas con los requisitos que la Autoridad Portuaria considere necesarios para conseguir una mayor eficacia y competitividad en la distribución de sus espacios

concesionales. De otro lado, la Autoridad Portuaria aprobó una excepción respecto de los tráficos históricos de la empresa SAMMER y, mediante autorizaciones puntuales y por razones de interés público, ha mantenido excepciones en la aplicación de la citada cláusula.

- Finalmente, el 26 de junio se inició un expediente para modificar la cláusula 8ª .
- La Autoridad Portuaria de Barcelona es un monopolio legal en cuanto a la distribución de sus espacios concesionales y ostenta una posición de dominio que le viene atribuida por la Ley.

Por Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 5 de marzo de 1996 se sobreseyó el expediente, recogándose en dicha Resolución las argumentaciones contenidas en la propuesta del Instructor.

6. El 29 de marzo de 1996 el Acuerdo de sobreseimiento fue recurrido por D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo. Por Resolución de 2 de julio de 1996 (Expte. R 159/96) el Acuerdo de sobreseimiento del Director General de Defensa de la Competencia, de 5 de marzo de 1996, fue revocado por el TDC.

La revocación se fundó en las siguientes consideraciones:

- El Servicio no había investigado si en la concesión de la "Terminal Pública de Contenedores del Muelle Sur" a TCB se ajustó el procedimiento establecido en la Ley de Puertos de 1928 y en su Reglamento; así como si el Plan elaborado por el Puerto Autónomo de Barcelona (PAB) para la ordenación del mismo fue informado por Puertos del Estado y la Dirección General de Costas y aprobado por el Ministerio de Obras Públicas.
- Algunas actuaciones del Consejo de Administración de la Autoridad del Puerto de Barcelona, relativas a las concesiones de TCB y TC y a la concesión de otra terminal de carga y descarga (Terminal Multipropósito) podrían no tener apoyo en el interés público de ordenación de la actividad portuaria, ni cobertura legal, pareciendo más bien acuerdos de un agente económico en el ámbito del Derecho privado y sujetos a la legislación de defensa de la competencia.

7. En cumplimiento de la citada Resolución del Tribunal de 2 de julio de 1996, el Servicio solicitó información al respecto concluyendo que el expediente debía ser sobreseído en base a las siguientes razones:

- El Plan Director del Puerto de Barcelona fue aprobado por el Ministerio

de Obras Públicas cumpliendo las prescripciones legales vigentes en aquel momento y dando a los afectados la posibilidad de denunciarlo, cosa que no hicieron los denunciantes.

- La concesión de la Terminal Pública de Contenedores del Muelle Sur se otorgó de acuerdo con las previsiones de la Ley de Puertos de 1928, previa información pública y Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Transportes desestimatoria de los recursos presentados contra el acuerdo del Consejo de Administración de P.A.B., resolución que es firme por no haber sido recurrida.
- La Terminal Multipropósito no ha entrado en funcionamiento ni se ha acreditado que se hayan iniciado los trámites para el otorgamiento de su concesión.
- La negativa a autorizar que un buque de Turkish Cargo Line pudiera obtener los servicios de estiba y desestiba de TC estaba justificada por ser conforme con la concesión a TCB y no formar parte de los tráficos históricos de SAMMER. Adicionalmente, la Autoridad Portuaria ha dado muestras de flexibilidad al permitir a TC manipular buques contenedores de dicha compañía.
- La ocupación del Muelle Príncipe de España por TC era ilegal al carecer de concesión y contar únicamente con una autorización sujeta al cumplimiento de condiciones que la citada empresa había incumplido.
- La Autoridad Portuaria tiene competencia para distribuir sus espacios portuarios que le viene atribuida por la Ley 27/1992 de 24 de Noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. El espacio portuario es limitado, la A.P.B. es beneficiaria de un monopolio para la distribución de sus espacios concesionales que le viene atribuida por Ley.
- Aunque sus actuaciones puedan contener restricciones a la competencia, cuentan con el amparo legal del art. 2 de la LDC a no ser que constituyan un abuso de posición de dominio prohibido por el art. 6.3 de la LDC. Pero solamente abusará si establece restricciones de la competencia que vayan más allá de lo necesario para cumplir su misión de interés público consistente en gestionar un espacio limitado asegurando el servicio a todos los usuarios.
- Ninguna de las actuaciones de la A.P.B. denunciadas y acreditadas han supuesto restricciones a la competencia que vayan más allá de las

necesarias para gestionar el espacio portuario limitado. Por el contrario, la A.P.B. ha dado muestras de flexibilidad hacia los denunciantes al permitir la manipulación de contenedores que no formasen parte de los "tráficos históricos".

- El nuevo párrafo del artículo 2.1 LDC no es aplicable por ser los hechos enjuiciados anteriores a su entrada en vigor.

8. La denunciante recurrió en plazo y, tras subsanar los defectos apreciados en su escrito de recurso, ha alegado, sintéticamente, lo siguiente:

- La Autoridad del Puerto de Barcelona otorgó a TC la concesión de una Terminal Polivalente el 13 de mayo de 1991 para la estiba y desestiba de buques incluyendo las mercancías embaladas en contenedores.
- En noviembre del mismo año concedió la Terminal Pública a TCB con la finalidad específica de que aglutinara y concentrara las operaciones de tráfico exterior de contenedores. Incluía en su cláusula octava que los buques portacontenedores puros de manipulación vertical y de tráfico exterior debían operar en la Terminal Pública o en Terminales privadas que cumplieran determinados requisitos (ser propietario o arrendatario del buque, comprometer la operativa de un número equivalente de 35.000 TEU,s/año de tráfico exterior en la citada modalidad, siendo más del 50% transportado bajo su directa responsabilidad como armador). Las citadas condiciones son totalmente discriminatorias y abusivas y el otorgamiento de la concesión se realizó con desviación de poder.
- La Autoridad Portuaria ha abusado, además, de su posición de dominio en los siguientes supuestos:
  - Al no permitir el atraque del buque "KIRKARELLI", del armador TURKISH CARGO, por haber contratado el servicio con TC y no con TCB.
  - Al obligar al armador DELMAS a que la empresa estibadora fuera TCB.
  - Al aprobarse por el Consejo de Administración un reparto de mercado consistente en la asignación a TC y TCB de determinados armadores y empresas navieras.

A su juicio, el otorgamiento de la concesión contraviene los artículos 6 LDC y 86 del Tratado de Roma, el reparto de mercado es contrario a los artículos 1

LDC y 86 del Tratado de Roma, la negativa injustificada de prestación de servicios al artículo 6.2.c) LDC y la imposición de prestaciones vinculadas al artículo 6.2.e). Asimismo es de aplicación el artículo 90 del Tratado en relación con el artículo 86.

9. Por su parte, la Autoridad del P.A.B ha formulado básicamente las siguientes alegaciones:

- La concesión de TCB se ajustó estrictamente a la legalidad vigente en 1991 (Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, Ley 27/1968 de Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía y Real Decreto 2407/1978 que aprobó el Estatuto de Autonomía del Puerto Autónomo de Barcelona). La decisión del Consejo de Administración del PAB fue confirmada por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y es plenamente firme.
- La cláusula octava de la concesión no contenía una exclusiva en favor de TCB, al admitirse que operaran terminales privadas y excepcionarse la Terminal de la empresa SAMMER (que formaba parte del mismo grupo de TC), para los tráficos que venía operando antes del otorgamiento de la concesión a TCB.
- A principios de 1995, la Autoridad Portuaria de Barcelona, a la vista de varios incidentes protagonizados por buques que dejaban la Terminal Pública de Contenedores, decidió reconsiderar el esquema establecido para las Terminales especializadas en buques portacontenedores e inició, por acuerdo de 15 de Febrero de 1995, expediente para modificar la concesión de TCB, de forma que se hiciera compatible con otras Terminales en las que se pudiera operar ese tráfico.

En ese momento se trató de obtener la total participación de todos los posibles interesados en la obtención de Terminales de Contenedores. Así, la Autoridad Portuaria de Barcelona hizo partícipe a TC, que formaba parte del mismo grupo empresarial que la empresa SAMMER, con la que compartía mercado, de su propósito de modificar la concesión de TCB y le invitó a solicitar una nueva concesión, la concesión de una Terminal Multipropósito, en la que se podría operar, además de otros, el tráfico de buques portacontenedores.

La Autoridad Portuaria de Barcelona partía de la realidad de los hechos de aquel momento y esos hechos eran que el tráfico de contenedores en el Puerto de Barcelona era operado mayoritariamente por TCB y en menor medida, pero con perspectivas de crecimiento, por SAMMER/TC. Por este motivo, intentando alcanzar una solución que



fuera aceptable tanto para el titular de la concesión que se modificaba (TCB) como para los aspirantes a obtener la concesión de la Terminal Multipropósito, fue formulando una serie de propuestas, como la contenida en el acuerdo de 29 de Mayo de 1995, que no tenían carácter definitivo sino que eran meros trámites para llegar a una modificación de la concesión de TCB y el otorgamiento de la Multipropósito.

Ese acuerdo era un mero acto de trámite, una RECOMENDACION, como claramente se dice en el mismo.

En este punto señala que, a diferencia de TCB, que sí impugnó el citado acuerdo, TC no se opuso al mismo, antes al contrario, manifestó su gran interés en obtener la concesión de la Terminal Multipropósito.

A finales de 1995, la Autoridad Portuaria de Barcelona llegó a un principio de acuerdo con TCB para modificar su concesión, de manera que fuera compatible con la concesión de una Terminal Multipropósito de unas características determinadas.

- La evolución del tráfico de contenedores a nivel mundial y las necesidades del P.A.B han llevado a la Autoridad Portuaria a iniciar expediente de modificación de la cláusula 8ª , suprimiendo totalmente el compromiso de no otorgar otras terminales que no fueran las privadas. Esta modificación se inició por acuerdo del Consejo de Administración de 18 de julio de 1997 y se encuentra en tramitación.

Asimismo está en tramitación la solicitud de TC de una concesión de Terminal Multipropósito en el Muelle Príncipe de España, en la que pueda operar el tráfico de contenedores.

- Con excepción de la incidencia relativa al buque "KIRKARELLI", TC ha podido operar libremente el tráfico de contenedores en el Muelle Príncipe de España desde 1995, inclusive cuando la ocupación de dicho Muelle no ha sido regular. Y hasta que dejó de operar, lo mismo pudo hacer SAMMER. TC ha operado sin concesión administrativa pero ocupando el dominio público en régimen de autorización a precario, como servicio portuario sujeto a la tarifa T-7.
- El asunto del Buque KIRKARELLI que es el único incidente real en el que TC basa sus imputaciones contra la Autoridad Portuaria de Barcelona obedeció, sin embargo, a una razón que no tiene que ver con la libre competencia.

En el año 1995, TC empezó a operar buques en el Muelle Príncipe de España, ocupando una superficie de cerca de 114.000 m<sup>2</sup> amén de tinglados y oficinas, sin pedir la oportuna autorización. Por ese motivo, la Autoridad Portuaria de Barcelona le requirió en tres ocasiones que regularizara su situación en ese muelle y en fecha 26 de junio de 1995, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona acordó, al tiempo que hacer un nuevo requerimiento, incoar expediente sancionador a esa empresa por ocupación irregular de dominio público portuario.

El buque KIRKARELLI sólo podía ir o al Muelle Príncipe de España o a la Terminal Polivalente de Poniente Sur y Costa, de TC. En esta última, en principio, no podría ser operado porque la Autoridad Portuaria de Barcelona entendía que no era ése el objeto de la concesión; en el Muelle Príncipe de España, estando TC en situación irregular, con requerimientos de regularización, con un expediente sancionador abierto por esa situación, evidentemente no podría operar. En definitiva, el buque KIRKARELLI no podía ser operado en el Muelle Príncipe de España, por la sencilla razón de que TC estaba allí sin título alguno.

Debe señalarse, además, que, sin embargo, muchos otros buques sí fueron operados en dicho Muelle por TC que, posteriormente, TC ha regularizado su situación en ese Muelle.

10. Fuera del plazo concedido para alegaciones, la Autoridad Portuaria ha presentado un escrito complementario de las formuladas.

En dicho escrito reitera su apuesta decidida por liberalizar la competencia en el seno de los espacios portuarios, cuando sea posible o el derecho lo exija, entendiendo que, en las circunstancias actuales, en materia de tráfico de contenedores, el adecuado funcionamiento del puerto de Barcelona y, por tanto, el interés público, desaconseja el otorgamiento de concesiones con cláusulas de exclusividad.

En dicho marco solicita del Tribunal un pronunciamiento sobre la compatibilidad de la cláusula 8<sup>a</sup> de la concesión de TCB, por sí misma, con el derecho de la competencia y a la luz de la nueva función atribuida por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre al Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias de "favorecer la libre competencia y velar para que no se produzcan situaciones de monopolio en la prestación de los distintos servicios portuarios". (art. 40.5.q.) de la Ley 27/1992.

11. El Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló sobre el presente expediente en su reunión de fecha 23 de junio de 1998.

12. Son interesados:
- TERMINAL CATALUNYA S.A.
  - AUTORIDAD PORTUARIA DEL PUERTO DE BARCELONA.
  - SAMUEL M. BULL, SUCESOR DE H. ENBERG S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La diversidad de cuestiones de hecho planteadas en el presente recurso, así como su calificación jurídica, aconsejan una sistematización de las mismas para poder abordarlas adecuadamente. Se discute, en primer lugar, la concesión de una terminal pública de contenedores en favor de TCB que incluye una cláusula de exclusividad en los términos antes señalados (cláusula 8ª reproducida en el antecedente de hecho nº 1) y que, a juicio del recurrente, constituye un abuso de posición de dominio por parte de la A.P.B contraria a los artículos 6 LDC y 86 del Tratado de Roma (folios 19 y 21 de sus alegaciones).

A continuación, se suscitan presuntas prácticas prohibidas autónomas e incardinables en tipos específicos de la LDC o del artículo 86 del Tratado de Roma como son, por una parte, el acuerdo del Consejo de Administración del PAB, de 29 de mayo de 1995, que sería constitutivo de un reparto arbitrario del mercado contrario a los artículos 1 LDC (folio 16 de sus alegaciones) y 86 del Tratado de Roma (folios 16 y 21 de sus alegaciones); por otra, la negativa injustificada a TC para la prestación de servicios a sus clientes contraviniendo el artículo 6.2. c) LDC y, finalmente la imposición de la subordinación del contrato de atraque a la contratación con una determinada empresa estibadora infringiendo el artículo 6.2 e) de la misma norma. A ello se añade la alegación de infracción del artículo 90 del Tratado de Roma en relación con las infracciones de su artículo 86 imputadas.

2. Es preciso abordar, por tanto, y en primer lugar, la concesión de la terminal a TCB juicio que, atendiendo a la fecha en que se produjo -24 de febrero de 1992- debe realizarse teniendo en cuenta la normativa portuaria vigente en aquel momento, sin contemplar las previsiones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que en aquel momento no había sido promulgada.

La cuestión básica que se plantea acerca de la citada concesión es la de si se trata o no de una concesión administrativa formalizada mediante un contrato de tal carácter. Ello es así porque, en el primer caso, su impugnación debía formalizarse ante los órganos administrativos competentes y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, quedando excluida la

intervención de los Organos de Defensa de la Competencia; y, en el segundo, sujeta a las normas que velan por la defensa de la libre competencia.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 1º del Real Decreto-Ley 2/86, de 23 de mayo, configura las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general -circunstancia que concurre en el puerto de Barcelona- 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. Este mismo carácter, que alcanza no sólo a la ocupación del dominio público sino también al servicio que se presta, consta expresamente tanto en el pliego de cláusulas de explotación de la terminal concedida a TC (cláusula trigesimoctava: folio 56) como en el correspondiente a la concesión de TCB (idéntica cláusula: folio 99), que fueron aportados como documentación aneja a la denuncia por el hoy recurrente. En ellas, además del carácter administrativo de la concesión, se contemplan "expresamente los órganos competentes para la resolución de los litigios que puedan surgir" y su atribución, en último término, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

De la investigación realizada por el Servicio se desprende que el otorgamiento de la concesión se realizó de conformidad con la normativa vigente en aquel momento, habiendo sido recurrido ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte por algunas de las empresas que presentaron alegaciones en el trámite de información pública, y devenido firme al no haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Ministerio desestimatoria del recurso de alzada.

La apelación en el presente expediente a la LDC para tratar de obtener una declaración de nulidad del otorgamiento de una concesión que, en virtud de la firmeza de la resolución citada resulta jurídicamente inatacable, y que pudo ser recurrida en su momento ante la jurisdicción competente, debe ser rechazada. No puede, por tanto, apreciarse la existencia de un abuso de posición de dominio prohibidos por los artículos 6 LDC y 86 del Tratado de Roma.

3. En segundo lugar, es objeto de recurso la licitud, desde la perspectiva de la

libre competencia, del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 29 de mayo de 1995 por aprobar un reparto arbitrario del mercado en el sector de estiba y desestiba de buques portacontenedores.

El análisis de esta cuestión exige tener en cuenta una doble perspectiva a fin de determinar si el acuerdo de la Autoridad Portuaria de 29 de mayo de 1995 se enmarca en el ámbito de las actividades sujetas al Derecho privado, en cuyo caso actuaría como un operador económico sujeto a la LDC, o si, por el contrario, se produce en el entorno de la interpretación de cuestiones litigiosas relacionadas con las concesiones administrativas impugnables conforme al procedimiento específicamente previsto para ellas.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que los pliegos de cláusulas de explotación de ambas concesiones contemplan expresamente su carácter administrativo, prevén el procedimiento para la resolución de los litigios relativos a su interpretación o cumplimiento (cláusula trigesimoctava) y establecen las normas aplicables supletoriamente en lo no previsto en los Pliegos de Condiciones Generales, que no son otras que la Ley de Contratos del Estado, su Reglamento y el conjunto de la normativa portuaria vigente en el momento de otorgamiento de la concesión (cláusula trigesimonona).

De los datos que obran en el expediente se desprende que el acuerdo de 29 de mayo de 1995 aparece vinculado a la segunda de las perspectivas citadas.

En efecto, como se ha relatado en los Antecedentes de Hecho, TC era concesionaria de una Terminal Polivalente en la que podía "manipular todo tipo de mercancía general, cualquiera que fuere su forma de presentación" (cláusula octava), desde 1991. Con posterioridad, en 1992, TCB obtuvo una concesión en la que se incluía una cláusula de exclusividad para los buques portacontenedores puros de manipulación vertical y de tráfico exterior (cláusula octava. 3).

La contradicción entre las cláusulas de ambas concesiones pretendió resolverse exceptuando los tráficos operados por SAMMER (empresa del mismo grupo que TC) de acudir a la terminal de TCB; es decir, respetando los denominados "tráficos históricos" de la hoy recurrente.

Resulta así que la delimitación de cuáles fueran esos tráficos constituyó un conflicto vinculado a la interpretación de las cláusulas concesionales. En dicho conflicto se vio implicado el Consejo de Administración del PAB que, según las propias cláusulas concesionales, era el órgano que debía resolver las cuestiones litigiosas relacionadas con la interpretación y cumplimiento de la respectivas concesiones.

Sin necesidad de relatar la totalidad de las incidencias producidas y

atendiendo a los antecedentes próximos del acuerdo de 29 de mayo de 1995, obra en el expediente la propuesta de acuerdos que se elevaron a la decisión del Consejo de Administración del PAB de dicha fecha (folios 223 y ss.), adjuntando a las mismas un "informe anexo a la propuesta de acuerdos sobre terminales" (folios 230 y ss.).

En dicho documento se recoge un censo de las empresas armadoras que operaban en cada terminal (folio 238), elaborado en cumplimiento de un acuerdo del Consejo de Administración del PAB de 15 de febrero de 1995, vinculado a la necesidad de resolver definitivamente la concreción de los "tráficos históricos" antes mencionados (folios 231 y 232).

Queda, por tanto, acreditado que la imputación sobre un reparto arbitrario del mercado debe ser rechazada por cuanto que, de las dos alternativas posibles, -actuación del Consejo de Administración como operador privado o intérprete de los litigios surgidos en relación a las concesiones administrativas- la actuación del Consejo de Administración del PAB aparece vinculada al ejercicio de las funciones de interpretación de los litigios relativos a las concesiones administrativas que le atribuían los propios pliegos de condiciones generales. Incidentalmente cabe recordar que TC tuvo como alternativa en defensa de sus derechos la de impugnar el acuerdo, pero no lo hizo.

4. La tercera de las cuestiones suscitadas es la que hace referencia a la negativa injustificada a TC para que preste servicios a sus clientes y la imposición de la subordinación del contrato de atraque a la contratación con una determinada empresa estibadora.

Ambas cuestiones pueden resolverse conjuntamente pues no constituyen sino variantes de actuaciones puntuales de la Autoridad Portuaria relacionadas con los incidentes -CROATIA LINES, BUQUE "KIRKARELLI" y naviera DELMAS- que fueron produciéndose en el marco del conflicto sobre la determinación de los "tráficos históricos" de TC.

Su análisis debe realizarse también desde la doble perspectiva que se ha explicitado en el Fundamento de Derecho anterior la cual, en aras de la brevedad, debe darse por reiterada.

La solución debe ser, asimismo, contraria a los argumentos de la recurrente, pues se trata de actuaciones de la Autoridad Portuaria dirigidas al cumplimiento de los términos de las concesiones administrativas otorgadas a TC y TCB. (folios 255, 260 y 262).

Particularmente significativa resulta, a este respecto, la información recogida en los folios 119 a 122 del expediente en el que las incidencias relacionadas

con CROATIA LINES aparecen explícita y exhaustivamente analizadas en el ámbito de un "informe sobre la interpretación de la cláusula octava apartado 3º del Pliego de Cláusulas de Explotación de la Terminal Pública de Contenedores del Puerto de Barcelona (TCB)", en el que se funda la propuesta de Resolución.

En el caso del buque "Kirkarelli" concurrió, adicionalmente, la circunstancia de que TC estaba operando en bienes de dominio público -Muelle Príncipe de España- en los que, a juicio de la autoridad Portuaria, carecía de autorización administrativa al no haber cumplido las condiciones que permitían su traslado al mismo.

5. La recurrente alega la infracción del artículo 90 del Tratado de Roma en relación con el artículo 86 del mismo.

Ahora bien, como señala la recurrente, la hipotética aplicación del artículo exigiría previamente, en el presente caso, la infracción del artículo 86 del mismo, circunstancia que no ha resultado acreditada; por lo que la alegación debe ser desestimada.

6. Finalmente, la Autoridad Portuaria del Puerto de Barcelona ha solicitado un pronunciamiento del Tribunal sobre la compatibilidad de la Cláusula 8ª con las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, dicho pronunciamiento se requiere a la luz de las nuevas funciones atribuidas al Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias por el artículo 40.5.q) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Dado que el presente expediente se refiere a concesiones administrativas otorgadas antes de la entrada en vigor de esta última norma, no es posible, en el marco del mismo, realizar dicho pronunciamiento, debiendo ser considerada la solicitud como una petición de informe de las contempladas en el artículo 26 LDC que, por otra parte, ya ha sido requerida del Tribunal por la antedicha Autoridad Portuaria. Será en el expediente iniciado en relación con dicha solicitud en el que se recoja el criterio del Tribunal.

Por ello, el Tribunal

## **RESUELVE**

- Unico.** Desestimar el recurso interpuesto por D. Albert Carrillo Carrillo, en nombre y representación de TERMINAL DE CATALUNYA S.A. y SAMUEL M. BULL, SUCESOR DE H. ENBERG S.A., contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la

Competencia de 13 de febrero de 1998, por el que se decretó el sobreseimiento de las actuaciones derivadas de la denuncia presentada contra la AUTORIDAD PORTUARIA DE BARCELONA.

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 la notificación de esta Resolución.