

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 159/96 Contenedores de Barcelona)**

### **Pleno:**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

Fernández López, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

En Madrid, a 2 de julio de 1996

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 159/96 (1237/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, en nombre y representación de Samuel M. Bull, sucesor de H. Enberg S.A., contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 5 de marzo de 1996, por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de la denuncia de Terminal Catalunya S.A. contra la Autoridad Portuaria del Puerto de Barcelona por prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia por la concesión a Terminal Contenedores de Barcelona S.A. de una terminal pública de contenedores en el muelle Sur 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 Terminal Catalunya S.A. formuló denuncia interesando la declaración de existencia de prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la concesión por la Autoridad Portuaria del Puerto de Barcelona de una terminal pública de contenedores en el muelle Sur a Terminal de Contenedores Barcelona S.A. Se solicita, asimismo, la adopción de medidas cautelares.
2. En concreto, el denunciante manifiesta que Terminal Catalunya S.A. explota una concesión otorgada a la misma con fecha 22 de mayo de 1991 por la Autoridad Portuaria del Puerto Autónomo de Barcelona, para una terminal

polivalente de carga y descarga de buques en los muelles de Poniente Sur y Costa del Puerto de Barcelona, en virtud de la cual ha venido operando la carga y descarga de buques de todo tipo y clases de mercancías, entre los que se encuentran los denominados buques portacontenedores puros de manipulación vertical.

Según se hace constar en la denuncia, otras compañías estibadores realizaban las mismas operaciones en sus respectivas concesiones.

Las empresas Marítima Layetana S.A., Tersaco S.A y Llobregat Docks S.A. formularon una solicitud al Puerto Autónomo de Barcelona para la concesión de una terminal pública de contenedores en el muelle Sur. El Presidente del Puerto Autónomo de Barcelona contestó las solicitudes exponiendo las directrices básicas de la nueva terminal, aprobadas por el Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Barcelona.

Las tres entidades relacionadas procedieron entonces a solicitar en firme la concesión y, previo estudio de la Dirección y Servicios Técnicos del Puerto Autónomo, se introdujeron las salvedades correspondientes, que fueron aceptadas por la solicitante, siguiendo entonces el procedimiento de aprobación por el Consejo de Administración del citado Puerto Autónomo en los términos que se señalaban en el Pliego de Cláusulas de Explotación y Pliego de Condiciones Generales.

La concesión se realiza, finalmente, a favor de Terminal Contenedores Barcelona S.A., en la que se integran las tres citadas empresas, previos los pertinentes acuerdos de fusión.

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".

Como consecuencia de la referida concesión en favor de Terminal Contenedores de Barcelona S.A., la compañía denunciante Terminal Catalunya S.A., que ostentaba una posición en el mercado en relación con el resto de compañías estibadoras del Puerto Autónomo y, concretamente,

en relación con la carga y descarga de buques portacontenedores puros de manipulación vertical, ha quedado fuera del mercado por la exclusiva que se denuncia. Destaca la denunciante que el tráfico portuario de mercancías está dirigido, en su mayoría, al de contenedores, llegando a la conclusión de que la competencia en este campo dentro del ámbito del Puerto Autónomo será inexistente, con independencia de los perjuicios que para la misma y demás compañías estibadoras que venían operando con anterioridad se va a producir.

Solicita, asimismo, la urgente adopción de medidas cautelares, consistentes en que se permita al buque Kirkclareli perteneciente al armador Turkish Cargo Lines que, a través del consignatario en Barcelona Samuel M. Bull, había contratado con la denunciante las operaciones propia de la estiba y a quien le impide la Autoridad Portuaria que le sean prestados por Terminal Catalunya S.A, que sean llevadas a cabo por ésta, encontrándose el buque fondeado a la entrada del Puerto de Barcelona pendiente de su descarga por la entidad denunciante.

3. Con fecha 19 de mayo de 1995 D. Jacindo Gimeno Valentín-Gamazo, en nombre y representación de Terminal Catalunya S.A., amplía la anterior denuncia e interviniendo, asimismo, en representación de Samuel M. Bull Sucesores de H. Enberg S.A, se adhiere a la citada denuncia. En concreto, señala 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 Kirkclareli con la compañía estibadora Terminal Catalunya S.A., lo que impidió la Autoridad del Puerto de Barcelona al manifestar que, necesariamente, debía hacerlo con Terminal Contenedores Barcelona S.A. 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 Terminal Catalunya S.A., hubo de ser desviado al Puerto de Palamós para tales operaciones.

Solicita la inmediata adopción como medida cautelar de la reserva de servicios y, por tanto, de la cláusula 8ª, epígrafe 3º, del Pliego de Explotación de la Terminal Contenedores de Barcelona S.A. para la carga y descarga de los buques de la compañía naviera Turkish Cargo Line que tengan destino en el Puerto de Barcelona y la resolución del expediente en el sentido de que se declare la existencia de prácticas prohibidas de la libre competencia por parte de la Autoridad Portuaria del Puerto Autónomo de

Barcelona y la sociedad Terminal Contenedores de Barcelona S.A y se declare nula de pleno derecho la citada cláusula 8ª, epígrafe 3º.

4. Mediante escrito de fecha 29 de junio de 1995, D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, en nombre de las compañías por él representadas, de las que ya se ha hecho mención, se dirige 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 manifiesta, el 29 de mayo de 1994 la Autoridad Portuaria del Puerto Autónomo de Barcelona, reunida en Consejo de Administración, adoptó nuevos acuerdos de los que son de destacar los siguientes:

*"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.*

*QUINTO: Suspender provisionalmente la eficacia del punto 3 de la cláusula 8ª del Pliego de Condiciones de TCB, en orden a liberalizar la captación de nuevos tráficos exteriores de todo tipo".*

Según manifiesta el denunciante en su citado escrito, el mercado de la carga y descarga de buques en el Puerto de Barcelona estaba distribuido, en principio, entre diversas empresas estibadoras, entre las que se encontraban tanto Terminal Catalunya S.A., como las entidades que luego formaron Terminal Contenedores de Barcelona S.A., no existiendo ningún armador ni naviero que explotase una terminal propia de contenedores para sus buques, ni de manipulación vertical ni por otros medios, ni posteriormente a la concesión a Terminal Contenedores de Barcelona S.A. ha sido solicitada ninguna terminal privada de las descritas en la cláusula 8ª, debido a que no existe ningún armador ni naviero que tenga un tráfico que pueda rentabilizar las inversiones exigidas en el clausulado. Las modificaciones introducidas por los acuerdos de 29 de mayo de 1995 al suspender la aplicabilidad de la prohibición provisional del epígrafe 3º de la cláusula 8ª del Pliego concesional, lo que realiza es un reparto del mercado pues, según el informe de la Dirección del Puerto, *"el fortalecimiento de la competitividad del Puerto de Barcelona requiere trunca cualquier intento de competencia entre la terminal pública y las terminales polivalentes, respecto de los tráficos existentes y liberalizar, sin embargo, la captación de nuevos tráficos exteriores de todo tipo".*

En consecuencia, se propone una nueva redacción para la cláusula 8ª, 3º del actual Pliego de Cláusulas de Explotación de Terminal Contenedores de Barcelona S.A.

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

5. 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 nombra Instructor y Secretario del mismo.
6. Por Providencia del Instructor de 12 de julio de 1995, se acordó oficiar a la Autoridad Portuaria de Barcelona, facilitándole copia del escrito de denuncia a los efectos de lo dispuesto en el art. 37.1 y 37.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
7. Con fecha 14 de julio de 1995, se dicta nueva Providencia acordando publicar en el B.O.E. un aviso a fin de conocer la opinión de posibles interesados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.4 de la citada Ley de Defensa de la Competencia, lo que se llevó a cabo en el B.O.E. de fecha 1 de agosto siguiente.
8. Mediante escrito que tiene entrada el 4 de agosto de 1995, responde D. José Munne Costa, como Presidente de la Autoridad Portuaria de Barcelona, al traslado que le había sido conferido, proponiendo prueba documental consistente en unir al expediente los documentos que acompaña: fotocopia del Boletín Oficial de la provincia de Barcelona de publicación de un edicto para sometimiento a información del pliego de condiciones generales y pliego de cláusulas de explotación de la Terminal Pública de Contenedores del Muelle Sur del Puerto de Barcelona, certificación del Secretario del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona, relativo a la no presentación de alegaciones a la citada anteriormente información pública, así como otro certificado expedido por el mismo Secretario en el que se hace constar que el Acuerdo del Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Barcelona de 24 de febrero de 1992, por el que otorgó la concesión de la repetida Terminal, únicamente fue recurrido por Navispain S.A., Contship España S.L. y Joaquín Dávila y Cia. S.A. en alzada ante el Ministerio de Obras Públicas y Transportes; finalmente, se une fotocopia de la resolución del citado recurso, que fue desestimado.

9. Por Providencia del Instructor de 30 de octubre de 1995, se acordó oficiar a la Autoridad Portuaria de Barcelona solicitando información acerca de si la cláusula 8ª del pliego de condiciones de la concesión administrativa otorgada a la Terminal Pública de Contenedores se está aplicando íntegramente y, en su caso, situación jurídica en que se encuentra.
10. Por escrito de 16 de noviembre de 1995, el que dice ser Director del Puerto de Barcelona, responde con las siguientes precisiones (folios 405-409 del Expediente):
- 10.1. La concesión de la Terminal Pública de Contenedores fue otorgada en 24 de febrero de 1992, elevándose a Escritura Pública el 8 de abril de 1992.
- No obstante la cláusula 8ª del Pliego de la concesión, el Consejo de Administración del entonces Puerto Autónomo de Barcelona había aprobado una excepción referida a los tráficos históricos del denominado Grupo Mestre (empresa SAMMER).
  - El 29 de noviembre de 1993 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona aprobó el Plan de Reordenación de los Espacios Concesionales de las Terminales de Estiba con un informe en el que se constataba como excepción a la aplicación de la cláusula 8ª los tráficos históricos de la empresa SAMMER.
- 10.2. El 29 de mayo de 1995 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona aprobó el siguiente acuerdo:
- "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 terminales, sin perjuicio de facultar ampliamente a la dirección para que pueda adoptar resoluciones puntuales distintas si mediara acuerdo entre las partes directamente interesadas".*
- 10.3. El 26 de junio de 1995 el Consejo de Administración de la Autoridad del Puerto de Barcelona aprobó otro acuerdo:
- "Cuarto: levantar la suspensión de la eficacia del punto 3º de la cláusula 8ª del Pliego de Condiciones de Terminal Contenedores de Barcelona acordada en sesión del pasado 29 de mayo.*

*Sexto: Facultar, no obstante, al Director del Puerto de Barcelona al objeto de que por razones de interés público del Puerto de Barcelona, una vez ponderados adecuadamente los intereses particulares concurrentes, puede adoptar las pertinentes decisiones, aunque éstos, puntualmente, puedan competer excepciones respecto de los dos acuerdos inmediatamente precedentes, dando cuenta a este Consejo en su más próxima sesión".*

Luego se nos dice: *"esta Dirección autorizó puntualmente atraques que implicaban unas excepciones a la citada cláusula 8ª".*

- 10.4. Se afirma que la cláusula 8.3 se encuentra en la actualidad (16 de noviembre de 1995) pendiente de modificación. Así dice que, mediante acuerdos de 26 de junio de 1995, se recaba del Ente Puertos del Estado el preceptivo informe del Consejo de Estado a fin de proceder a la modificación de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas de explotación de la Terminal Pública de Contenedores del Puerto de Barcelona y, en su caso, del Plan de Inversiones.

En la modificación de la cláusula citada, se añade un nuevo apartado tercero: *"La concesión no menoscaba tampoco la libertad de la Autoridad del Puerto de Barcelona en orden a configurar una terminal multipropósito ajustada a las reglas aprobadas por el Consejo de Administración en sesión de 26 de junio de 1995".*

Se modifica el apartado 3 que pasará a ser 4 con la siguiente redacción : *"Todos los buques portacontenedores puros de manipulación vertical y de tráfico exterior que operen en el Puerto de Barcelona, deberán ser operados en esta Terminal pública o en las Terminales privadas a que se refiere el apartado segundo de esta cláusula, o bien, en la terminal multipropósito objeto del apartado tercero de esta cláusula".*

11. Por Providencia del Instructor de 17 de enero de 1996 se propone el sobreseimiento del expediente por las siguientes razones:

- 11.1. 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.

- 11.2. 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.
- 11.3. 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.
- 11.4. Finalmente, el 26 de junio se inició un expediente para modificar la cláusula 8ª.
- 11.5. 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 atribuido por la Ley.

Se comunica a la denunciante a fin de que en el plazo de 10 días manifieste lo que considere oportuno de conformidad con el art. 37.4 de la Ley 16/1989.

12. D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, en la ya citada representación de las dos empresas denunciadas, por escrito que tiene fecha de entrada 30 de enero de 1996, solicita ampliación del plazo para manifestaciones, que le es concedido.  
Por escrito de fecha 9 de febrero de 1996 se opone a la propuesta de sobreseimiento.
13. Por su parte, D. Luis Montero García, que afirma actuar en su calidad de Director Técnico de la Autoridad Portuaria de Barcelona, sin acreditar su identidad ni su cargo ni, en su caso, las facultades que le habilitan para comparecer en representación de la Autoridad Portuaria de Barcelona, presenta el 7 de febrero de 1996 escrito de alegaciones que se concretan en las siguientes:

- 13.1. Precisa que Terminal Catalunya S.A., en cuanto a la manipulación de portacontenedores puros de manipulación vertical y tráfico exterior, se ha proyectado sobre los denominados tráficos históricos y sobre las excepciones decididas por la Autoridad del Puerto de Barcelona en su favor, así como sobre alguna otra línea cuya operatividad no se cuestionó por Terminal Contenedores de Barcelona S.A.
- 13.2. De otro lado, deberá valorarse lo que denomina "hitos procedimentales" acaecidos con posterioridad a su anterior escrito de alegaciones. Así, el Consejo de Administración de la Autoridad del Puerto de Barcelona en sesión de 19 de diciembre de 1995, aprobó el contenido del acta de mutuo acuerdo otorgada por el Presidente del Puerto de Barcelona, por el Presidente de Terminal Contenedores de Barcelona y la conformidad del Presidente de Saport-Mapor S.A. y Autoterminal S.A. Ello supone el pleno consenso en la modificación de la cláusula 8ª y otras de la concesión para la creación de una "Terminal Multipropósito". Esta futura terminal se ha venido ofreciendo con carácter preferente a Terminal Catalunya S.A., sin que haya dado respuesta.
14. Por Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 5 de marzo de 1996 se sobresee el expediente, recogándose en dicha Resolución las argumentaciones contenidas en la propuesta del Instructor, que constan en el Antecedente nº 11.
15. El 29 de marzo de 1996 D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, actuando en representación de Samuel M. Bull, sucesor de H. Enberg S.A., recurre el Acuerdo. Con fecha 17 de abril de 1996, por Providencia del Presidente del Tribunal, se nombra Vocal Ponente a D. Juan Manuel Fernández López y se concede plazo para formular alegaciones y presentación de documentos y justificantes que estimen oportunos las partes interesadas.

Mediante escrito de fecha 30 de abril de 1996 D. Jaime Oliver Aymerich, obrando en su calidad de Presidente del Terminal Contenedores de Barcelona S.A., evacua el traslado conferido y solicita del Tribunal la confirmación del sobreseimiento del Expediente.

Con fecha 16 de mayo de 1996 tiene entrada en el Tribunal escrito de D. Ramón Eguinoa de San Román, en nombre y representación de la Autoridad Portuaria de Barcelona, que acredita con la correspondiente escritura de poder, y por el que se solicita de este Tribunal la desestimación del recurso y la confirmación de sobreseimiento del Expediente.

Por escrito que tiene entrada en este Tribunal el 16 de mayo de 1996, D. Jacinto Gimeno Valentín-Gamazo, en nombre y representación de la mercantil Samuel M. Bull, sucesor de H. Enberg S. A., formula asimismo alegaciones solicitando del Tribunal que tenga por hechas las alegaciones contenidas en el mismo.

16. Son interesados en este recurso:
- Samuel M. Bull, sucesor de H. Enberg S.A.
  - Terminal Contenedores de Barcelona S.A.
  - La Autoridad Portuaria del Puerto de Barcelona.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma y por persona legitimada. Su objeto es la impugnación del acuerdo de sobreseimiento y el que, tras los trámites pertinentes, se ordene la continuación del procedimiento y que las conductas observadas sean calificadas como contrarias a los preceptos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
2. En la legislación anterior a la vigencia de la Ley 27/1992, sobre Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se contemplaban tres regímenes de funcionamiento de los puertos españoles, determinados principalmente por su importancia y nivel económico y se concretan en los siguientes: puertos con estatuto propio de autonomía; puertos administrados por su propia Junta con naturaleza de Organismo Autónomo descentralizado; y puertos administrados por la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos. El Puerto de Barcelona, cuando acontecen los hechos objeto de denuncia, se regía por su propio Estatuto de Autonomía (RD 240/1978, de 25 de agosto). En éste se establece su carácter de entidad pública que actúa en régimen de empresa mercantil y sujeta su actividad al derecho privado. Le resultaban de aplicación el Título II de la Ley de Puertos y Estatuto de Autonomía de 20 de junio de 1968, la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, clasificado conforme a su art. 6.1.b) como sociedad estatal de las recogidas en el mismo y, finalmente, por la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y por el derecho privado.

De otro lado, la hoy Autoridad Portuaria de Barcelona, en la que se transforma el Puerto Autónomo de Barcelona por imperativo legal, es una entidad de Derecho Público de las previstas en el art. 65 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente, que se rige por la Ley 27/1992 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (L.P.), Ley General

Presupuestaria y demás disposiciones que le sean de aplicación (art. 35 Ley 27/1992).

En cuanto a su actuación, deberá hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico privado incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación. Se exceptúa el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuye (art. 35.2 LP). No obstante, aunque en los contratos de la Autoridad Portuaria para la gestión indirecta de servicios portuarios estará sujeta al ordenamiento jurídico privado (art. 67.1 LP), la ocupación de bienes de dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables o plazo superior a 3 años se sujetará a la concesión de la Autoridad Portuaria, de acuerdo con los criterios técnicos que dicte Puertos del Estado (art. 63.1. LP).

Además, según señala el último inciso del mismo art. 35.2 LP, en la contratación las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad concurrencia, salvaguarda del interés de la Entidad y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.

Pero, según establece el art. 35.3 LP, las Autoridades Portuarias desarrollan las funciones que se les asigna en esta Ley bajo el principio general de autonomía de gestión, "sin perjuicio de las facultades atribuidas en la misma a Puertos del Estado".

Hasta aquí queda descrito, brevemente, el complejo marco legislativo en que ha de desenvolverse el Puerto de Autónomo de Barcelona (en la legislación anterior) y la Autoridad del Puerto de Barcelona (en la legislación actual) en las diversas fases en que se desarrolla el presente expediente.

3. El expediente se inicia, según se establece en la relación circunstanciada de hechos, por denuncia de Terminal de Catalunya S.A., a la que posteriormente se adhiere la hoy recurrente Samuel S. Bull Sucesores de H. Enberg S.A. y, en definitiva, solicitan se declare nula la condición 8ª del Pliego de Cláusulas de Explotación (transcrita en el antecedente de hecho 2, párrafo séptimo) por el que se rigió al parecer la concesión otorgada por el Puerto Autónomo de Barcelona a Terminal Contenedores de Barcelona S.A., al considerar que determina una posición de dominio.

Por el Servicio de Defensa de la Competencia no se lleva a cabo actividad investigadora alguna. 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, incoación del oportuno expediente y nombramiento

de instructor y por Providencia del Instructor de la misma fecha, se acuerda oficiar a la Autoridad Portuaria de Barcelona, facilitándole copia del escrito de denuncia a los efectos de lo dispuesto en los arts. 37.1 y 37.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La posterior actuación del Servicio se limita a dos concretas. La que ordena el artº 37.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, respecto de la información pública, y el oficiar a la Autoridad Portuaria de Barcelona, el 30 de octubre de 1995, solicitando información acerca de que si la cláusula 8ª del Pliego de Condiciones de la concesión administrativa otorgada a Terminal Contenedores de Barcelona S.A. se estaba aplicando íntegramente o, en su caso, la situación en que se encontraba.

Las respuestas que da la Autoridad Portuaria de Barcelona, pese a lo confusas que resultan, y en algunos casos contradictorias, se dan por buenas sin que se lleve a cabo la más mínima actuación investigadora.

Así, por el Servicio no se ha investigado si el Puerto Autónomo de Barcelona actuó dentro del marco legal, esto es, si la concesión de la que se denomina "Terminal Pública de Contenedores del Muelle Sur", es una concesión portuaria y su tramitación ha seguido el procedimiento establecido para tales concesiones en la Ley de Puertos de 1928 y en su Reglamento. Tampoco se investiga si el plan que elaboró el Puerto Autónomo de Barcelona para la ordenación del Puerto, fue informado por Puertos del Estado y la Dirección General de Costas y aprobado por el Ministerio de Obras Públicas.

En definitiva, ante la falta de investigación, no puede constatarse si el Puerto Autónomo de Barcelona, posteriormente convertido en Autoridad Portuaria de Barcelona, actuó dentro del marco legal o lo hizo, pero con desviación de poder. Puede pensarse, en principio, que la desviación de poder, si es que la hubo, afectaría a anteriores concesiones de terminales de carga y descarga, entre las que se encuentra la de Terminal Catalunya S.A., y los derechos de estos concesionarios encontrarían, en su caso, reparación por vía administrativa y, en definitiva, por vía jurisdiccional, no correspondiendo a este Tribunal el conocimiento de tales recursos. Pero no puede olvidarse que la actuación de la Autoridad del Puerto de Barcelona al otorgar la concesión, si se realiza sin amparo legal o con desvío de poder, puede afectar a la libre competencia al determinar posible abuso de posición dominante (art. 6 Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia) no sólo de la titular de la concesión sino también de quien, actuando sin amparo legal concreto, hace y deshace de forma arbitraria y continuada, con lo que afirma es una concesión administrativa.

4. Con fundamento en el interés público, la citada Autoridad Portuaria lleva a cabo la concesión de explotación de la terminal para buques portacontenedores puros de manipulación vertical al considerar que en el Puerto de Barcelona es preciso evitar la competencia entre los explotadores de las diversas terminales de estiba y desestiba que venían operando, en beneficio de la mayor competitividad del Puerto de Barcelona respecto del resto de puertos del Mediterráneo.

Con posterioridad a la concesión a Terminal Contenedores de Barcelona S.A. parece ser que los criterios de la Autoridad Portuaria sobre el interés público en la ordenación del Puerto de Barcelona han cambiado. Es de por sí ilustrativa la información que de sus actuaciones posteriores facilita y que aparece resumida en los antecedentes de hecho 10 y 13.

Se ha suspendido en diversas ocasiones -no se concreta en cuántas, ni con fundamento en qué criterios, ni con qué apoyo legal- la eficacia del punto 3º de la cláusula 8ª del Pliego de condiciones de Terminal Contenedores de Barcelona S.A., permitiendo puntuales atraques.

Alguna de estas excepciones lo han sido en favor de Terminal Catalunya S.A.

El 26 de junio de 1995 el Consejo de Administración de la Autoridad del Puerto de Barcelona tomó el acuerdo de levantar la suspensión de la referida cláusula y facultar, no obstante, al Director del Puerto de Barcelona al objeto de que, por razones de interés público del Puerto de Barcelona y ponderando adecuadamente los intereses particulares concurrentes, pueda adoptar algunas excepciones.

También se dice que "*Terminal Catalunya S.A. en cuanto a la manipulación de portacontenedores puros de manipulación vertical, se ha proyectado sobre los denominados tráficos históricos y sobre las excepciones decididas por la Autoridad del Puerto de Barcelona a su favor, ...*".

A pesar de la indeterminación de esta actuación, al menos en la forma en que se manifiesta, se pone de relieve que a algún acuerdo se ha llegado con la denunciante Terminal Catalunya S.A., que bien pudiera satisfacer sus intereses particulares y determinar el que se conforme con el sobreseimiento del expediente por el Servicio y no lo recurra, lo que nada parece tener que ver con razones de interés público.

Finalmente, se está tramitando, al parecer, la concesión de otra terminal para la carga y descarga de buques portacontenedores de manipulación vertical, a la que se denomina "Terminal Multipropósito", después de haberse llegado a determinados acuerdos cuyo contenido no llega a concretarse en el expediente- entre la Autoridad del Puerto de Barcelona, Terminal Contenedores de Barcelona S.A. y las también empresas Saport-Mafor S.A. y Autoterminal S.A. siendo estas últimas, al parecer, las futuras titulares de la nueva concesión.

No parece que todas estas sucesivas actuaciones de la Autoridad del Puerto de Barcelona puedan tener apoyo en el interés público de ordenación de la actividad portuaria ni que las mismas se llevan a cabo con cobertura legal de derecho público. Más bien, parece que se trata de acuerdos que están dentro del ámbito del Derecho privado, y que son los propios de un agente económico que actúa en el mercado y, por tanto, sujeto a la legislación que protege la libre competencia.

Por todo ello, el Tribunal ha acordado estimar el recurso y devolver el expediente al Servicio a fin de que lleve a cabo la correspondiente investigación que permita la calificación de estas prácticas, que deberán ser examinados a la luz, no sólo del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino también, por lo que respecta a las posteriores a la concesión a Terminal Contenedores de Barcelona S.A., a la del art. 1 de la misma Ley, toda vez que pudiera tratarse de prácticas concertadas, restrictivas de la libre competencia.

En cualquier caso, habría de tenerse presente lo dispuesto en el art. 86 del Tratado CEE.

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

### **HA RESUELTO**

**Único:** Estimar el recurso interpuesto por Samuel M. Bull, sucesor de H. Enberg S.A. y, en consecuencia, revocar el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 5 de marzo de 1996, por el que se sobresee el expediente y devolverlo al Servicio de Defensa de la Competencia, a fin de que lleve a cabo las investigaciones a que se hace mención en los Fundamentos de Derecho, así como cualquier otra que con libertad de criterio considere pertinente y a la vista del resultado de las actuaciones proceda a realizar nueva calificación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que no es definitiva por lo que contra la citada Resolución no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su momento, proceda contra la Resolución definitiva de este Tribunal.