

RESOLUCIÓN (Expte. r 72/94 Contenedores Puerto Tenerife)

Pleno

Excmos. Sres.:
Fernández Ordóñez, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Soriano García, Vocal
Menéndez Rexach, Vocal
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 23 de marzo de 1994

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 72/94 (987/93 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Herrera Estibadora S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 20 de diciembre de 1993, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra Compañía Auxiliar del Puerto 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. y Volsen y Compañía S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de agosto de 1993 tiene entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de D. Carlos F. Rodríguez Pérez, en nombre de Herrera Estibadora S.A., en el que denuncia a la Compañía Auxiliar del Puerto S.A. (CAPSA) y a la Sociedad Canaria de Estiba S.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 Volsen y Compañía S.A..

La denuncia expone que CAPSA explota la única terminal de contenedores de uso público existente en el puerto de Santa Cruz de Tenerife. CAPSA está dominada por las cuatro sociedades antes citadas que disponen del 52% del capital social. Estas cuatro compañías han creado 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 artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

El denunciante solicita la apertura de expediente y que se acuerde lo procedente para restaurar el juego de la libre competencia.

A la denuncia se acompañan diversos documentos y se citan los archivos en que se custodian otros.

2. El Subdirector General de Instrucción, Inspección, Vigilancia y Registro se dirige a las entidades que a continuación se indican, poniendo en su conocimiento la denuncia y manifestando que, con el fin de conocer en lo posible la realidad de los hechos, el Servicio ha acordado llevar a cabo una información reservada, rogándoles que faciliten información sobre determinados extremos de interés:
 - el 10 de septiembre de 1993 se dirige a la Junta del Puerto de Santa Cruz de Tenerife. Contesta el 24 de septiembre de 1993.
 - el 2 de noviembre de 1993 se dirige a D. Pedro A. Meneses Roqué, Presidente de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife. Contesta el 28 de noviembre de 1993.
 - el 2 de noviembre de 1993 se dirige a las denunciadas CAPSA y SOCAESA. El 25 de noviembre de 1993 contesta CAPSA, que niega legitimación en este procedimiento al denunciante porque no se trata de acción pública; y acompaña copia de las bases del concurso de adjudicación de la terminal de contenedores "El Bufadero". En la misma fecha contesta SOCAESA, acompañando copia de un informe del Servicio Jurídico del Estado facilitada por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.
 - el 2 de noviembre de 1993 se dirige a CONTENEMAR S.A., tercero no involucrado en la denuncia. Contesta el 24 de noviembre de 1993 manifestando que uno de los datos pedidos -sus accionistas- es confidencial y no lo facilita y que no entiende la relación que puede haber entre este dato y el objeto de la demanda, la

demandante y los demandados.

3. El 20 de diciembre de 1993 el Director General de Defensa de la Competencia acuerda el archivo de actuaciones.
4. El 10 de enero de 1994 Herrera Estibadora S.A. recurre el Acuerdo. El siguiente día 11 el Tribunal nombre Ponente y da plazo al recurrente para motivar el recurso, lo que éste efectúa el día 26. El mismo día 26 se remite el escrito de Herrera Estibadora S.A. al Servicio, solicitando su informe y el envío del expediente, que se recibe en el Tribunal el 8 de febrero de 1994. El informe afirma que el recurso está interpuesto dentro de plazo y que no aporta ningún dato ni argumento nuevos, por lo que el Servicio se ratifica en la decisión recurrida.

El expediente se pone de manifiesto a los interesados para alegaciones. Recibidas éstas en el período concedido, que fué ampliado, el Pleno del Tribunal resuelve el expediente en su reunión del día 22 de marzo de 1994.

5. Son interesados en este expediente:
 - Herrera Estibadora S.A.
 - Compañía Auxiliar del Puerto 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.
 - Volsen y Compañía S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma por persona legitimada. Su objeto ha de limitarse, exclusivamente, a decidir si resulta acertada la decisión del Servicio de no abrir expediente porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no hay indicios racionales de conductas infractoras de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Las razones que han llevado al Servicio a archivar la denuncia se exponen en los dos últimos considerandos de su acuerdo que dicen:

"CONSIDERANDO que de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo sobre servicio público de estiba y desestiba "Las actividades de estiba y desestiba de

buques en los puertos de interés general constituyen un servicio público de titularidad estatal. Dicho servicio será gestionado por personas naturales o jurídicas...". Añade el artículo 4º "La gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques se realizará de forma indirecta por personas naturales o jurídicas mediante contrato, en los términos previstos en la legislación de contratos del Estado, y de acuerdo con las bases para la gestión del servicio público que se fijarán...". En consecuencia, dicha actividad se encuentra regulada y controlada por la Administración a través de las Autoridades Portuarias (Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), y por ello todo lo referente a las concesiones para la gestión de las Bases de Contenedores en los puertos españoles se efectúa por las mencionadas Autoridades.

CONSIDERANDO que la Ley 16/1989 no prohíbe las situaciones de posición de dominio sino únicamente los abusos de dichas posiciones y aún en el caso de que las dos Bases de Contenedores Públicas del Puerto de Santa Cruz de Tenerife gestionadas por Compañías particulares tuvieran los mismos accionistas, ello no implicaría necesariamente la existencia de posición de dominio, máxime cuando existen otras dos compañías privadas dedicadas a la misma actividad, pero aunque se diera dicha situación, mientras no se acrediten prácticas abusivas desde la misma, no podría hablarse de la existencia de una conducta prohibida de las señaladas en el artículo 6º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

En cuanto al pretendido acuerdo entre las dos empresas concesionarias de las Bases de Contenedores Públicas para actuar de forma complementaria hay que señalar que, según informa la Junta del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, cada una de ellas tiene un calado de muelle distinto -10 y 14 metros- lo que bastaría para poder considerar la actuación independiente de dichas empresas".

2. Los hechos denunciados plantean, a juicio del Tribunal, dos cuestiones: decidir la naturaleza de las relaciones existentes entre las seis sociedades denunciadas y decidir el alcance de las normas administrativas que se refieren a la actividad que desarrollan las bases de contenedores.
3. La naturaleza de las relaciones entre las sociedades denunciadas debe resolverse afirmando o negando que constituyan un grupo
 - 3.1. Si forman un grupo, todos los acuerdos, tanto de constitución como de funcionamiento del grupo, quedarían fuera de las prohibiciones

del artículo 1 para entrar en la órbita de las concentraciones. En un segundo momento, habría que decidir si la concentración era o no controlable por el Ministro de Economía -umbrales del artículo 14-; y, fuera o no controlable, si el grupo se encuentra en una posición de dominio que lo haga caer en las prohibiciones del artículo 6.

Con los datos que tuvo a la vista el Servicio no parece que exista un grupo, si se entiende por tal la existencia de un único poder de decisión personalizado. Los cuatro accionistas comunes dominan las dos sociedades -CAPSA y SOCAESA- pero mantienen su propia independencia y en cualquier momento cada uno puede oponerse a las decisiones de los demás. Habría que investigar sus relaciones y ver si existe algún otro vínculo entre ellos que permita suponer la existencia de un centro decisor único y estable en el tiempo.

Esta investigación supondría abrir expediente dando entrada en él a la sociedad denunciante y a los terceros interesados.

- 3.2. Si no existe grupo, los acuerdos entre los cuatro accionistas comunes y entre CAPSA y SOCAESA habrán de examinarse a la luz del artículo 1.

El acuerdo de constitución de SOCAESA -dedicada al mismo tráfico que CAPSA- no está prohibido por la Ley 16/89; sí lo estarían en cambio los presuntos acuerdos, denunciados, entre CAPSA y SOCAESA para evitar la competencia. Aunque el Servicio no lo entienda así, parece que la relación de competencia entre las concesionarias es indudable respecto de los buques de calado inferior a 9 metros -que son, quizá, la mayoría- que pueden elegir entre una y otra base. Habría pues que incoar expediente para comprobar la veracidad de la existencia de los pactos denunciados. Salvo que sean acuerdos no perseguibles por la naturaleza de la actividad. Esta es la segunda cuestión.

4. La naturaleza de la actividad.

Como recuerda el Servicio, la estiba y desestiba en los puertos de interés general constituyen un servicio público esencial de titularidad estatal que puede ser gestionado directamente por la Autoridad portuaria o por cualquier forma de gestión indirecta. Los contratos para la prestación del Servicio por gestión indirecta están sujetos al ordenamiento privado, excepto en lo que se refiere a los aspectos que garanticen la publicidad y concurrencia en su preparación, que se ajustarán a los criterios que dicte

Puertos del Estado y, en su defecto, a los contenidos en la legislación de contratos del Estado relativos al contrato de gestión de servicios públicos, para los actos preparatorios.

Las concesiones de las bases que tienen CAPSA y SOCAESA cuentan también, al parecer, con un reglamento de explotación.

El examen de hasta dónde resultan cubiertos por estas normas administrativas los presuntos pactos colusorios entre las sociedades explotadoras de las bases, es tarea que aconseja la apertura de un expediente en el que las partes, contradictoriamente, puedan discutir la existencia de los hechos cuestionados -los pretendidos acuerdos colusorios- y su trascendencia para la Ley 16/1989.

Por todo ello el Tribunal

RESUELVE

Estimar el recurso y, en consecuencia, revocar el Acuerdo del Servicio de archivar las actuaciones derivadas de la denuncia formulada por Herrera Estibadora S.A. e interesar la apertura del expediente solicitada por la denunciante

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 contados desde la notificación de esta Resolución.