

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0588/16, REPARACIÓN BUQUES COMERCIALES CANARIAS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a Maria Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de abril de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/DC/0588/16, REPARACIÓN BUQUES COMERCIALES CANARIAS, tramitado ante la denuncia formulada por parte de HIDRAMAR S.L. contra la FEDERACIÓN CANARIA DE EMPRESAS PORTUARIAS y la ASOCIACIÓN INDUSTRIAL DE REPARADORES NAVALES DE LAS PALMAS y 27 empresas, por supuestas prácticas y conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

1. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de junio de 2016, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de denuncia de Hidramar S.L. (en adelante, HIDRAMAR) (folios 1 a 94), en el que denunciaba a la Federación Canaria de Empresas Portuarias, a la Asociación Industrial de Reparadores Navales de Las Palmas (en adelante, ARN) y a 27 empresas, por la adopción, en el seno de la citada Asociación, de un acuerdo, supuestamente restrictivo de la competencia, que pretendía, en 2014, impedir una ampliación de un título concesional ostentado por la empresa Operaciones Portuarias Canarias S.A. (en adelante, OPCSA) y en 2016, del título concesional de la empresa Gramelcan S.L. (en adelante, GRAMELCAN). En ambos casos, dichas ampliaciones pretendían incluir en

el objeto de dicho título el desarrollo de actividades de mantenimiento y reparaciones navales. Dicho acuerdo estaría prohibido, según la denunciante, por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

Las 27 empresas denunciadas junto a la ARN y la Federación Canaria de Empresas Portuarias fueron las siguientes: ASTILLEROS CANARIOS, S.A.; CARENADOS CANARIOS, S.L.; FEROTHER, S.L.; CARCRUBE, S.L.; ETEL, S.L.; GLOBE CANARIAS, S.L.; RODRITOL, S.L.; TRANSUNAVAL, S.L.; ARMANDO LÓPEZ GONZÁLEZ, S.L.U.; BUQUESTEEL, S.L.; CONTRATAS METALÚRGICAS, S.L.; CONTRATAS TÉCNICAS NAVALES, S.L.; CRISTÓBAL ÁLAMO MIRABAL, S.L.; GUANCHÍA, S.L.; METAL WELDING CANARIAS, S.L.; NAPESCA, S.A.; REPARACIONES NAVALES TIBURÓN, S.L.; REPARACIONES NAVALES CANARIAS, S.A.; SACSÁ, S.L.; TALLERES ANSITE, S.L.; TALLERES SANPER, S.L.; CANARY SHIP SUPPORT, S.L.; H. CHENCHO SERVICIOS SANTIAGO YÁÑEZ LÓPEZ, S.L.; CRISTÓBAL RODRÍGUEZ MARTÍNEZ; EL RELÁMPAGO, S.C.; PMC BLAST, S.L.; y PROYECCIONES Y TRATAMIENTOS SUPERFICIALES, S.L..

2. Con fecha 1 de septiembre de 2017, la Dirección de Competencia (en adelante, DC), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, dictó propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de la denuncia (folios 228 a 238), al considerar que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de infracción de la LDC.
3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, también con fecha 1 de septiembre la DC elevó a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC su propuesta de archivo.
4. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de abril de 2018.

2. LAS PARTES

Son partes en el presente expediente los siguientes operadores:

Denunciante:

- **HIDRAMAR, S.L. (denunciante)**

Hidramar S.L. (en adelante, HIDRAMAR) es una empresa prestadora de servicios de reparación de buques y plataformas. Desarrolla su actividad en el Puerto de Las Palmas (La Luz), bien directamente, bien subcontratada por

terceros para quienes actúa como taller de reparación (en particular, para ASTILLEROS CANARIOS S.A.).

Denunciadas:

- FEDERACIÓN CANARIA DE EMPRESAS PORTUARIAS (FEDEPORT)

Se trata de una entidad creada en 1993 como órgano de representación común de empresas y asociaciones que operan en la Comunidad Autónoma de Canarias, de carácter intersectorial, es decir, responde a las necesidades específicas de las diferentes actividades del ámbito portuario, entre otras, las reparaciones navales¹.

- ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE REPARACIONES NAVALES DEL METAL DE LAS PALMAS (ARN) Y EMPRESAS INTEGRANTES

Se trata de una asociación que representa a empresas prestadoras de servicios de reparación naval, entre ellas la propia denunciante. Según la información aportada por la denunciante, ARN se encuentra integrada por 23 empresas (folios 15 y 16). Tanto la asociación como todas las empresas integrantes de la misma, con la excepción de una, TECNAVIN S.L., han sido objeto de la denuncia presentada por HIDRAMAR.

- OTRAS EMPRESAS

La denuncia se dirige también contra otras 6 empresas: CANARY SHIP SUPPORT, S.L.; H. CHENCHO SERVICIOS SANTIAGO YÁÑEZ LÓPEZ, S.L.; CRISTÓBAL RODRÍGUEZ MARTÍNEZ; EL RELÁMPAGO, S.C.; PMC BLAST, S.L.; PROYECCIONES Y TRATAMIENTOS SUPERFICIALES, S.L. De acuerdo con la información proporcionada por el denunciante (folio 24), se trata de empresas dedicadas a la actividad de reparación de buques comerciales en el Puerto de Las Palmas.

3. MERCADO AFECTADO

3.1 Mercado de producto

En relación con el mercado afectado por la supuesta práctica restrictiva denunciada por HIDRAMAR en su propuesta elevada a la Sala la DC expone que existen escasos precedentes nacionales y comunitarios sobre la reparación de buques comerciales, sector en el que desarrollan su actividad tanto la denunciante como la denunciada.

No obstante, la Comisión Europea ha reconocido la posibilidad de distinción entre las actividades de construcción y la reparación de buques y ha

¹ <http://fedeport.com/>

considerado asimismo que la reparación de buques comerciales constituye un mercado diferenciado del mercado de reparación de buques militares².

3.2 Mercado geográfico

El Comité Económico y Social de la UE, siguiendo estudios previos de la OCDE³, reconoce en un informe de 2013⁴, que existen dos tipos de servicios de reparación de buques: ordinarios y extraordinarios (ocasionados estos últimos por la existencia de averías, accidentes...). Los primeros permitirían una mayor antelación y libertad en la elección del proveedor, mientras los segundos tienden a exigir, por su urgencia, una provisión de los servicios de carácter más cercano y local, por lo que ambos tipos de servicios podrían tener distinta dimensión geográfica.

Por otro lado, de acuerdo con el mismo precedente de la Comisión Europea indicado en las consideraciones sobre el mercado de producto, la dimensión de este mercado podría ser mundial, si bien la definición geográfica sigue abierta.

3.3 Marco normativo

El desarrollo de servicios de reparación de buques exige el acceso de estos a la línea de atraque. De ahí la importancia que supone para los operadores del sector el acceso a la misma. Este acceso se puede garantizar bien contando con una concesión administrativa o solicitando la correspondiente autorización para la ocupación del dominio público portuario.

Sin concesión ni autorización temporal, la única vía para los operadores del puerto es la de obtener una autorización puntual para disfrutar de una línea de atraque, lo que les coloca en situación de desventaja competitiva por el funcionamiento imprevisible de estas autorizaciones, así como por las demoras que pueden producirse en su tramitación, con el consiguiente incremento del coste.

La imposibilidad de que cada operador del mercado de reparaciones de buques cuente con su propia línea de atraque es susceptible de generar situaciones de desventaja competitiva para aquellos que no disfruten de concesión alguna. Este riesgo es reconocido por la propia normativa reguladora.

Así, el artículo 84.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011 (TRLPEMM), de 5 de septiembre, establece que *"No se admitirán aquellas solicitudes [de ocupación del dominio público portuario] [...] cuando como consecuencia de su otorgamiento se pueda originar dentro del puerto*

² Case No COMP/M.2772-HDW/FERROSTAAL/HELLENIC SHIPYARD.

³ *The interaction between the ship repair, ship conversion and shipbuilding industries*, CNMP& (2008)6, 28 de mayo de 2008, párrafos 11-12 (traducción de la dirección de Competencia).

⁴ Comité económico y Social: *The european ship repair and conversion sector*, CCMI/111, 30 de abril de 2013, p.3.

situaciones de dominio del mercado susceptibles de afectar a la libre competencia en la prestación de los servicios portuarios".

4. HECHOS

La denuncia objeto de este expediente ha sido valorada por la Sala de Competencia de la CNMC partiendo de los hechos consignados por la DC en su propuesta de archivo y la documentación recabada en el expediente.

4.1. Solicitud de OPCSА de modificación de título concesional (2013)

En diciembre de 2013, OPCSА, empresa dedicada a la explotación de la terminal de contenedores mediante una concesión de la Autoridad Portuaria de Las Palmas otorgada en el año 2000, solicitó la ampliación del objeto de la concesión de la que era beneficiaria (folio 25).

4.2. Oposición a la modificación del título concesional de OPCSА por parte de ARN y de ASTILLEROS CANARIOS S.A. (2014)

Con ocasión del trámite de información pública iniciado por la Autoridad Portuaria, tanto la Asociación como ASTILLEROS CANARIOS S.A., presentaron un mismo escrito de alegaciones en que manifestaban su oposición a la ampliación solicitada por OPCSА (folios 185 a 187 y 189 a 190). Argumentaban en esa ocasión que *"no es en consecuencia coherente que cada cual vaya organizando la operativa portuaria a su antojo y destinando el uso del dominio público a finalidades distintas a las que fue otorgado, aprovechando la posición de privilegio que le da las características de la concesión para dedicarse de otras actividades que bien podrían realizar otros operadores en igualdad de condiciones".* Y concluían que *"atender la solicitud de referencia quiebra los principios de publicidad y concurrencia que rigen en esta materia y constituye un claro fraude de ley".*

4.3. Solicitud de GRAMELCAN de modificación de título concesional (2016)

GRAMELCAN es una empresa que no forma parte de la ARN, con domicilio en Las Palmas de Gran Canaria, cuyo objeto social es *"la recepción depósito, clasificación, almacenamiento y entrega de todo tipo de mercancías objeto de tráfico marítimo en los buques"*, así como *"la compra, venta, fletamento, administración general de navíos o buques; operaciones de líneas de navegación"*⁵.

Desde el año 2007 fue titular de una concesión demanial que le permitía la prestación del servicio portuario básico de carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo de mercancías en el Puerto de Las Palmas⁶ y en el año 2016 solicitó la modificación del objeto de tal concesión con el objetivo de ampliar el

⁵ <https://www.empresa.es/empresa/gramelcan/>.

⁶ BOE 202 de 23 de agosto de 2007.

objeto de la misma, incluyendo la actividad de *“mantenimiento y reparaciones navales y mecánico eléctricas en general”*.

4.4. Oposición a la modificación del título concesional de GRAMELCAN por parte de ARN, sus asociados y otras empresas no asociadas (2016)

4.4.1 Reunión de ARN de 31 de marzo de 2016

De acuerdo con la información aportada por la empresa denunciante, el 31 de marzo de 2016 la ARN celebró una reunión en la que se debatió sobre la posición a mantener por parte de ARN en cuanto a la presentación de alegaciones a propósito del trámite de información pública abierto por la Autoridad Portuaria con ocasión de la posible ampliación del título concesional solicitada por GRAMELCAN (folios 17 y 18).

A dicha reunión asistieron representantes de ASTILLEROS CANARIOS, S.A., CARCRUBE, S.L., CARENADOS CANARIAS, S.L., ETEL, S.L., FEROTHER, S.L., GLOBE CANARIAS, S.L., RODRITOL, S.L. y TECNAVIN, S.L., así como la propia denunciante (folio 17).

Se reproducen, a continuación, algunos de los comentarios manifestados por distintas empresas asociadas asistentes a la reunión, así como por la propia ARN, a partir de la grabación y la transcripción de la misma aportada por la empresa denunciante, presente en dicha reunión (folios 54 a 85) y que, en opinión de la denunciante, constituirían una infracción del artículo 1 LDC.

- ASTILLEROS CANARIOS, S.A.:
 - *"procede, en coherencia con lo que hicimos en la anterior ocasión [...] oponernos a este tema [...] La autoridad portuaria que decida lo que tenga que decidir pero si esa concesión se dio para un fin determinado y ya por las razones que también apunta que el mercado de la construcción ha ido mal pues que lo ponga a disposición de la autoridad portuaria y que la autoridad portuaria lo saque a concurso y que se presente Gramelcan, Tecnavin, Grove o quien sea pero que se haga en virtud a la concurrencia" (folio 62).*
 - *"...porque cuando ya esto ocurrió con Opcsa y con Boluda nos manifestamos de manera unánime y se pusieron las razones sobre la mesa y fueron aprobadas por unanimidad" (folio 64).*
 - *"Nosotros no estamos en contra de que se dedique ese espacio a reparar y hago un paréntesis al respecto, si ese espacio está disponible para reparar pues cuando los vecinos pidan amarrar o pidan algún tipo de cosa tendríamos que pagar. Hay una vía que tenemos ante la autoridad portuaria poniendo a disposición los espacios cuando los tengas libres de ponerlos a disposición de los que se dedican a reparar. Eso no puede ser cambiando el objeto, perdón coño, ampliando el objeto, me estoy confundiendo, el objeto concesional, eso jurídicamente no puede ser" (folio 64 y 65).*

- *"Ya se pronunciarán la autoridad portuaria al respecto pero lo que sí que queremos como reparadores es que haya más espacio para reparar pero que podamos acceder todos" (folio 65).*
 - *"Si el espacio que actualmente tiene Gramelcan no le es rentable para el objeto social, que lo devuelva, que lo saque a concurso la autoridad portuaria y nos presentamos todos incluyendo Gramelcan" (folio 66).*
 - *"nosotros tenemos que oponernos, esgrimir planteamientos desde la asociación, porque eso ya lo hemos decidido" (folio 72).*
- ARN (Secretario):
 - *"Nosotros nos reunimos el 28 de enero del año 2014 para hacer unas manifestaciones o decidir aquí si nos postulábamos o no en contra o hacíamos algunas declaraciones de un cambio de uso de una parcela que en este caso fue la de Opcsa y en ese caso se decidió por unanimidad la asociación se manifestara en contra, se elaborara un manifiesto de alegaciones y se presentara ante la autoridad portuaria" (folio 60).*
 - CARENADOS CANARIOS, S.L.:
 - *"Una cosa que nosotros hemos estado viendo es que alguien tenga un espacio a que dé pie a que vengan desde fuera a reparar, llámese quien sea, entonces nos van a perjudicar, por supuesto. Esa es nuestra razón y nuestra posición" (folio 63).*
 - *"precisamente ese es el problema. Quiero decir, están aquí llegando cantidad de empresas extranjeras que se están afincando y que nos están perjudicando" (folio 63).*

4.4.2. Presentación de alegaciones en el trámite de información pública

De acuerdo con la información aportada por la denunciante, tanto ARN como varias empresas asociadas a la misma, otras empresas no asociadas y FEDEPORT, presentaron alegaciones durante el trámite de información pública convocado por la Autoridad Portuaria previa decisión sobre la ampliación de la concesión solicitada por GRAMELCAN.

- De hecho, algunas de ellas presentaron el mismo escrito de alegaciones, coincidiendo en su oposición a la ampliación y en los motivos para ello (folios 100 y 101, entre otros), y otras se adhirieron a ese escrito de alegaciones.
 - *"no desnaturalizar el acto de otorgamiento de la originaria concesión que tuvo lugar mediante un procedimiento de concurrencia —concurso"*

- *"la modificación de la concesión durante su vigencia ha de considerarse con especial cautela pues ello supone la modificación de las iniciales previsiones o reglas que existían para todos los licitadores del concurso y que determinaron la adjudicación a favor de uno con exclusión de otros; y en ningún caso podrá suponer una alteración de las reglas de publicidad, igualdad de trato y concurrencia que rigieron la inicial concesión".*
 - *La ampliación no debería utilizarse "para alterar indebidamente las condiciones originarias —principalmente en lo relativo al plazo".*
 - *La concesión "tiene un objeto claro y definido", por lo que "modificar el objeto concesional con la finalidad de ampliar su actividad en otros campos que ya están cubiertos por otros operadores portuarios en los muelles y zonas habilitadas por la Autoridad Portuaria específicamente para tal fin [...] no parece justificación necesaria y suficiente como para acceder a estas solicitudes de ampliación del objeto concesional"*
- ASTILLEROS CANARIOS, S.A., por su parte, añade a los argumentos mencionados que la ampliación no constituye un derecho del concesionario, sino que, como establece el art. 88 del TRLPEMM, tiene carácter facultativo para la Autoridad Portuaria (folios 95 y 96).
 - FEDEPORT remitió un escrito idéntico al de ASTILLEROS CANARIOS, S.A. (folios 173 a 177), añadiendo un argumento adicional en relación con el carácter estratégico de la terminal del Puerto de Las Palmas, explotada por GRAMELCAN, de lo que se derivaría *"la necesidad por parte del Puerto de Las Palmas de Gran Canaria de mantener la actual infraestructura de la terminal de Gramelcan con el uso exclusivo de su origen y como un elemento esencial por el cual el puerto pueda continuar ofreciendo los servicios para este tipo de productos ya que es la única Terminal que puede admitir la descarga, almacenamiento y distribución de estos servido y productos"* (folio 175).
 - NAPESCA, S.A. y REPARACIONES NAVALES CANARIAS, S.A.:
 - *Consideran en su escrito que ese tipo de modificaciones "pueden afectar y suponer una alteración a la libre competencia, una alteración de las reglas de publicidad, igualdad de trato y concurrencia que rigieron la inicial concesión, puesto que, otros licitadores que no fueron adjudicatarios se pueden sentir ahora perjudicados y más estando como está dicho servicio sujeto a unas obligaciones públicas".*
 - *Sostienen que, puesto que la actividad a la que se pretende extender la concesión vigente es la de "mantenimiento y reparaciones navales y mecánico eléctricas en general", la*

beneficiaria "debería tener dentro de su objeto social la reparación naval, o cuanto menos tener experiencia y dedicarse a ello por cuanto sino carece de sustento alguno dicha solicitud [...] Así las cosas y si se le concediere dicha modificación, el actual concesionario, Gramelcan, S.L. no tendría ni título, ni capacitación amparada bajo ningún título profesional, ni conocimiento técnicos, ni experiencia, por lo que la concesión estaría abocada a su caducidad, al no poder realizar actividad alguna, además de generando un perjuicio al resto de operadores incluido esta nuestra Autoridad Portuaria" (folios 136 a 138 y 143 a 145).

4.5. Desestimación de la ampliación por parte de la Autoridad Portuaria (2017)

El procedimiento finalizó con la desestimación de la solicitud de ampliación de GRAMELCAN y con la convocatoria, el 9 de junio de 2017, de un nuevo concurso para otorgar una concesión de dominio público portuario sobre el espacio que hasta entonces había ocupado GRAMELCAN en el Puerto de Las Palmas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia para resolver.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, *"las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]"* y *"Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia"*.

En este sentido el artículo 5.1.c) de la citada Ley 3/2013, de 4 de junio, dispone que a la CNMC compete *"aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia"*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *"resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio"*.

Asimismo, el artículo 14 letra b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *"La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio"*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. - Objeto de la Resolución y propuesta del órgano instructor

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DC, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la DC incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. Sin embargo, en el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la DC, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: *“1. Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado a la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”.*

En su informe de 1 de septiembre de 2017, la DC propuso a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, por cuanto considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

En particular, la DC señala que la actuación de las empresas en el seno de la ARN, consistente en manifestar y formalizar su oposición a las solicitudes de GRAMELCAN y OPCSА tramitadas ante la Autoridad Portuaria con el objetivo de ampliar su título concesional, no constituyen un acuerdo o decisión prohibido por el artículo 1 de la LDC, en la medida en que son declaraciones realizadas en el trámite de alegaciones de un procedimiento administrativo diseñado justamente para decidir sobre tal ampliación y no constituyen un obstáculo real o potencial a la entrada de operadores en el mercado, dado que la decisión de ampliar o no la concesión es una manifestación de poder público que corresponde en última instancia a la Autoridad Portuaria. Por tanto, añade la DC, es esta Autoridad quien está obligada a promocionar y garantizar la libre competencia en el ejercicio de sus funciones.

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia

De acuerdo con la denuncia presentada por HIDRAMAR, las actuaciones coordinadas llevadas a cabo frente a la Autoridad Portuaria del Puerto de Las Palmas de Gran Canaria, algunas de las cuales se llevaron a cabo en el seno de la Asociación ARN, tuvieron como principal objetivo mantener el *statu quo* existente en el mercado de la reparación de buques comerciales y plataformas en dicho puerto y cerrar el mercado de la reparación de buques, impidiendo que terceras empresas no presentes en el mismo, como OPCSA o GRAMELCAN, pudieran entrar.

Sin embargo, esta Sala, tras analizar los hechos descritos en la denuncia, así como la documentación que acompañaba a la misma, considera que ni las manifestaciones realizadas por quienes participaron en la reunión celebrada el 31 de marzo de 2016 en la ARN, ni los escritos de alegaciones presentados por las denunciadas en el trámite de información pública abierto por la Autoridad Portuaria en sendos procedimientos administrativos iniciados para decidir sobre la ampliación o no de la concesión de la que eran titulares OPCSA y GRAMELCAN en 2014 y 2016, respectivamente, tenían un objeto anticompetitivo.

En cuanto al escrito de alegaciones presentado por ARN y Astilleros Canarios en el trámite de información pública abierto por la Autoridad Portuaria para decidir sobre la ampliación de la concesión a OPCSA, aludían, como ha quedado acreditado, a la improcedencia de destinar el dominio público a finalidades distintas a las que fue otorgado; a que la actividad a la que se pretendía ampliar la concesión podía ser desempeñada también por otras empresas distintas a las titulares de la anterior concesión; y a que la ampliación de la concesión sin mediar un concurso quebrantaría los principios de publicidad y concurrencia que deben regir, constituyendo un fraude de ley.

Por lo que respecta a la reunión celebrada en el seno de la ARN en marzo de 2016 (i) se debatió y posteriormente votó favorablemente sobre la pertinencia de que la asociación presentara alegaciones en el procedimiento administrativo abierto por la Autoridad Portuaria, oponiéndose a la ampliación de la concesión de GRAMELCAN y (ii) se expusieron los siguientes motivos para justificar tal oposición:

- No alterar el fin para el que se otorgó la concesión sin que se celebre un nuevo concurso.
- Que todos los operadores, incluido GRAMELCAN, pudiesen acceder y beneficiarse de la existencia de más espacio dedicado a reparaciones, sacándolo a concurso.

Finalmente, las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia, destinadas a rebatir la ampliación de la concesión a GRAMELCAN:

- Insistían en el argumento de no desnaturalizar, mediante una ampliación de objeto concesional, las reglas y condiciones existentes para los licitadores del concurso, sin que se convocase un nuevo concurso.
- Mostraban preocupación por que dicha ampliación, sin la celebración de un nuevo concurso, pudiese alterar las condiciones de publicidad, igualdad y libre concurrencia.
- Hacían hincapié en que la ampliación del objeto sin nuevo concurso supondría que GRAMELCAN pudiera dedicarse a una actividad, la de mantenimiento y reparación, sin que formase parte de su objeto social y sin haber tenido que demostrar capacitación para ello, habilitación, título o experiencia previa en la realización de tales trabajos.
- Recordaban a la Autoridad Portuaria que la ampliación tenía, en todo caso, carácter facultativo.

Pues bien, algunas de estas valoraciones están relacionadas con aspectos de carácter técnico o administrativo del procedimiento en sí (alteración del fin de la concesión, incumplimiento de determinados principios, ausencia de exigencia de requisitos...) y otras los están con el carácter más o menos procompetitivo del procedimiento en cuestión. Sin embargo, ninguna de esas consideraciones revisten, en opinión de esta Sala, un carácter o una finalidad anticompetitiva o de expulsión de un competidor sino más bien, al contrario, contienen una reivindicación tendente a lograr un procedimiento con mayores garantías en términos de concurrencia y que permita a más operadores, aparte de GRAMELCAN, optar por resultar adjudicatarios de esa concreta prestación de servicios. No puede, por tanto, compartirse el planteamiento de la denunciante, cuando afirma que el objetivo de la actuación coordinada de las empresas era mantener el *statu quo* en el mercado de reparación de buques ya que lo que se desprende de las declaraciones que se realizaron tanto en el seno de la Asociación como durante los trámites de información pública es justamente lo contrario, defender que se convocase un concurso lo que, necesariamente, implicaba la posibilidad de que existiese concurrencia entre distintas empresas, incluida Gramelcán y, por tanto, la posibilidad de que se viese alterado el escenario existente, en cuanto a posibles empresas adjudicatarias de esa prestación; y sin saber además quién, eventualmente, se presentaría a un concurso y, sobre todo, qué empresa resultaría adjudicataria del mismo, difícilmente puede afirmarse que el objetivo de tales pretensiones y manifestaciones fuese mantener el *statu quo* existente.

Asimismo, la denunciante se refiere en su escrito al objetivo de mantener el *statu quo* existente, impidiendo que OPCSA o GRAMELCAN pudiesen introducirse en la actividad de mantenimiento y reparación de buques que seguiría desarrollándose por parte de las empresas que venían haciéndolo. Sin embargo, de haber sido ése el resultado de la licitación que las empresas promovían en sus declaraciones –que ni OPCSA ni GRAMELCAN hubiesen resultado adjudicatarias-, nunca lo habría sido como consecuencia de la apertura de un concurso o de la reivindicación de que se celebrase tal concurso

sino de que dichas empresas, bien no habrían reunido los requisitos necesarios para poder presentarse, bien no habrían resultado ser las mejores candidatas para hacerse con la adjudicación, lo cual nada habría tenido que ver con una actuación anticompetitiva. Carece de sentido, por tanto, que la denunciante identifique la celebración de un nuevo concurso para adjudicar la actividad de mantenimiento y reparación de buques, con la exclusión de Gramelcan o de terceras empresas de esa actividad, pues cualquiera de ellas podría presentarse a tal convocatoria en concurrencia con otras empresas. Dicho de otra manera, las actuaciones coordinadas denunciadas no tenían la capacidad de evitar la entrada de terceras empresas como GRAMELCAN u OPCSA en el mercado de mantenimiento y reparación de buques, sino que pretendían evitar que esa entrada se produjese mediante una ampliación concesional, sin pasar por un proceso concurrencial, lo que no puede calificarse, justamente de anticompetitivo.

También debe rechazarse el efecto de cierre de mercado de las prácticas denunciadas al que se refiere HIDRAMAR en su escrito, ya que al margen de valoraciones desde una óptica estrictamente administrativa que no corresponden a este organismo, desde una óptica de defensa de la competencia, el procedimiento que las denunciadas promovieron y reivindicaron en sus declaraciones, es decir, la convocatoria de una licitación para otorgar una concesión que permita explotar o desarrollar una actividad en dominio público, resulta objetivamente más pro-competitivo, tal y como este organismo ha tenido oportunidad de defender en múltiples ocasiones, que un procedimiento de ampliación del objeto de una concesión ya existente, que imposibilitaría que cualquier empresa pudiese concurrir para ser concesionaria de ese servicio, con la única excepción de la previamente beneficiaria de esa concesión. Por tanto, la celebración de un nuevo concurso que las denunciadas defendían en el seno de la Asociación resultaba mucho más acorde con el principio de libre concurrencia, que la ampliación de la concesión ya existente, al favorecer la existencia de competencia por el mercado.

Esto resulta especialmente relevante si se tiene en consideración, tal y como indica la DC en su propuesta, que el desarrollo de la actividad de reparación de buques requiere previamente del acceso a la línea de atraque y dicho acceso sólo es posible contando con la correspondiente concesión administrativa u obteniendo una autorización puntual que permita la ocupación del dominio público; por tanto, la imposibilidad de que cualquier operador del mercado cuente con su propia línea de atraque y el carácter limitado de las concesiones y autorizaciones administrativas que lo permiten, restringe inevitablemente la posibilidad de desarrollar la actividad de reparación de buques en condiciones de libre competencia, pues restringe el número de operadores que pueden acceder a una línea de atraque y, por tanto, de operadores que pueden desarrollar la actividad de reparación, riesgo que reconoce la propia normativa

reguladora⁷. Pues bien, ante un contexto que limita la competencia en el mercado, resulta especialmente relevante la existencia de procesos que garanticen la existencia de competencia por el mercado, que es lo que, en definitiva, han defendido las asociaciones y las empresas denunciadas.

Por último, cabe apuntar que, de las distintas manifestaciones realizadas por las empresas, dos de ellas podrían revestir un matiz diferente a las anteriormente expuestas. Así, una de las empresas comenta la intención de GRAMELCAN de *“modificar el objeto concesional con la finalidad de ampliar su actividad en otros campos que ya están cubiertos por otros operadores portuarios en los muelles y zonas habilitadas por la Autoridad Portuaria”*. Otra de las empresas asociadas señala que *“precisamente ese es el problema. Quiero decir, están aquí llegando cantidad de empresas extranjeras que se están afincando y que nos están perjudicando”*. Se trata de manifestaciones que hacen referencia a cómo GRAMELCAN u otras empresas podrían introducirse en ámbitos en los que están activos otros operadores portuarios, con la consiguiente “molestia” que ello generaría a quienes hacen tales declaraciones. Sin embargo, de tales opiniones o manifestaciones unilaterales, no puede extraerse la existencia de una coordinación con un objeto o finalidad anticompetitiva, pues simplemente expresan un temor de determinadas empresas ante potenciales empresas competidoras y un deseo de que eso no ocurra.

Como consecuencia de todo lo expuesto, esta Sala considera que no existen indicios de que haya existido una coordinación en el seno de la ARN para impedir que empresas no presentes en el mercado de reparación de buques comerciales, como OPCSA o GRAMELCAN, pudieran acceder al mismo, por lo que considera que debe concluirse que no existen indicios de infracción del artículo 1 LDC.

Por todo ello, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por HIDRAMAR S.L., por considerar que no hay indicios de infracción del artículo 1 de la LDC.

⁷ Artículo 84.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado mediante real Decreto Legislativo 2/2011 (TRLPEMM), de 5 de septiembre.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma 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 el día siguiente al de su notificación.