



Roj: **STS 939/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:939**

Id Cendoj: **28079130032014100068**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/03/2014**

Nº de Recurso: **4858/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2766/2010,**  
**STS 939/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **4858/2010** interpuesto por la ASOCIACIÓN DE PUERTOS DEPORTIVOS Y TURÍSTICOS DE ANDALUCÍA, representada por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, contra la sentencia dictada con fecha 31 de mayo de 2010 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 168/2008, sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y la AGENCIA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA, representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Rosina Montes Agustí.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** La Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Andalucía interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 168/2008 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 13 de marzo de 2008 que en el expediente R 718/07 acordó: "Desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de febrero de 2007 en el expediente 2618/05, por el que se sobresee el expediente incoado por denuncia de la Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Andalucía (APDTA) contra la Empresa Pública de Puertos de Andalucía (EPPA)."

**Segundo.-** En su escrito de demanda, de 23 de octubre de 2008, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que se estime el recurso, anulando la resolución recurrida que debe sancionar las conductas objeto de denuncia y adoptar las medidas necesarias para eliminar la situación de abuso de posición dominante de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía".

**Tercero.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 21 de enero de 2009, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que "inadmita por falta de legitimación activa suficiente o, subsidiariamente, desestime el presente recurso contencioso-administrativo declarando las resoluciones impugnadas conformes a Derecho".

**Cuarto.-** El Ayuntamiento de Marbella contestó a la demanda con fecha 17 de febrero de 2009 y suplicó a la Sala que, "tras el recibimiento a prueba, se dicte sentencia por la que se estime el recurso, anulando las resoluciones recurridas".



**Quinto.-** "Marina del Mediterráneo Este, S.L.", por escrito de 9 de marzo de 2009, contestó a la demanda y suplicó a la Sala sentencia "estimando la misma y declarando haber lugar al recurso interpuesto".

**Sexto.-** La Agencia Pública de Puertos de Andalucía presentó su escrito de contestación a la demanda el 22 de junio de 2009 y suplicó a la Sala "sentencia en la que se desestime la demanda en todos sus pedimentos, confirmando en su integridad el acto recurrido".

**Séptimo.-** "Puerto de Sotogrande, S.A." contestó a la demanda el 22 de junio de 2009 y suplicó a la Sala que la tenga por allanada "en atención a los motivos que se relatan en el cuerpo del presente escrito". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

**Octavo.-** Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 3 de julio de 2009 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos admitir y desestimar como desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Andalucía contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 13 de marzo de 2008 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas."

**Noveno.-** Con fecha 6 de octubre de 2010 la Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Andalucía interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **4858/2010** contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional: "Por infracción de los arts. 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, art. 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, de la jurisprudencia que los interpreta, en relación al abuso de posición dominante y competencia desleal ejercida por la Agencia de Puertos Públicos de Andalucía (antes Empresa Pública de Puertos de Andalucía)".

**Décimo.-** La Agencia Pública de Puertos de Andalucía se opuso al recurso con fecha 14 de abril de 2011 y suplicó a la Sala la confirmación de la sentencia.

**Undécimo.-** Por escrito de 3 de mayo de 2011 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la recurrente.

**Duodécimo.-** Por providencia de 2 de diciembre de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 4 de marzo de 2014, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 31 de mayo de 2010, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Andalucía (APDTA) contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 13 de marzo de 2008 que confirmó el acuerdo de sobreseimiento del expediente sancionador número 2618/05, adoptado por el Director General de Defensa de la Competencia el 14 de febrero de 2007.

El referido expediente sancionador fue incoado tras la denuncia que APDTA presentó ante los órganos de defensa de la competencia contra la Empresa Pública de Puertos de Andalucía, a la que acusaba de llevar a cabo conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. La referida empresa pública se convirtió ulteriormente en la Agencia de Puertos Públicos de Andalucía.

**Segundo.-** La Sala de instancia abordó en el fundamento jurídico segundo de la sentencia dos cuestiones previas, respecto de las cuales no existe debate en casación. Afirmó, en efecto, que la conducta de las codemandadas al interesar la anulación del acto impugnado no era procesalmente correcta y que, por ello, sus alegaciones en defensa de la tesis actora no podían ser tomadas en consideración. Y sostuvo asimismo -frente a lo alegado por la Administración demandada- que la APDTA ostentaba legitimación para recurrir.

Tampoco existe propiamente debate en casación sobre otra de las premisas de las que partió el tribunal de instancia cuando, en el cuarto fundamento jurídico de la sentencia, afirmó que "la aplicación de las normas de Defensa de la Competencia a una entidad como la denunciada, que pese a tratarse de una Agencia Pública actúa en el mercado no ofrece duda alguna".



**Tercero.-** Las razones que llevaron a la Sala de instancia a confirmar el acto impugnado fueron, en concreto, las siguientes:

"[...] Las partes no han impugnado expresamente las características o elementos que la resolución debatida declara esenciales para la delimitación del mercado geográfico y de producto, características que, a juicio de esta Sala, tienen una relevancia fundamental para la resolución del litigio:

- 1º para elegir puerto la razón principal es la proximidad de la residencia,
- 2º el 80% de los usuarios son usuarios permanentes,
- 3º la geografía y amplitud del litoral andaluz hace que la distancia entre puertos por carretera sea un factor clave para delimitar los ámbitos geográficos dentro de los que un consumidor está dispuesto a sustituir un puerto por otro.

Estos datos conllevan una conclusión, alcanzada por la CNC y compartida por esta Sala: el mercado relevante no es uno sino que son cuatro: los puertos deportivos de Huelva, Cádiz costa atlántica, Málaga y Cádiz costa mediterránea, Almería y Granada.

Así delimitado el mercado, resulta que solo en Huelva y costa atlántica de Cádiz la empresa denunciada tiene posición de dominio, y en consecuencia únicamente respecto a tales zonas debe examinarse la denuncia.

La recurrente sostiene que la Empresa Pública de Puertos de Andalucía hace uso de las facultades que le atribuye la legislación por la que se crea y sus propios estatutos para obstaculizar y entorpecer las expectativas de crecimiento de los titulares de las concesiones administrativas. Específicamente denuncia que la empresa ofrece precios más bajos que los demás operadores lo que impide a dichos operadores ofertar el precio que estimen libremente. En los dos mercados en los que ostenta posición de dominio la denunciada tenía establecidos precios más bajos que los demás operadores, e incluso los costes, pero se ha justificado debidamente la razón por la que en un principio, en el año 2001, se adoptó esta decisión de establecer precios bajos: la demanda no estaba habituada a pagar estos servicios, los costes estaban cubiertos por las transferencias públicas, y los servicios ofrecidos eran de una calidad muy inferior a la que ostentaban en otros puertos deportivos de la región.

Igualmente se ha acreditado que a partir de 2005 los precios han subido significativamente hasta acercarse su importe al de los operadores privados. Si a esto se suma el que la denunciada diferencia en los precios no ha sido obstáculo para la entrada de nuevos competidores, resulta que no se aprecian los efectos denunciados por la actora en los mercados relevantes, los dos en los que por las razones expuestas la Empresa (hoy Agencia) Pública ostenta posición de dominio.

En cuanto al art. 7 LDC por las razones expuestas debe desestimarse la existencia siquiera indiciaria de un comportamiento de EPPA desleal desde su posición de dominio, puesto que la actora lo vincula con el establecimiento de precios inferiores a los costes y se ha comprobado en qué circunstancias se establecieron tales precios, y que en todo caso, la aplicación de los mismos no ha distorsionado gravemente las condiciones de competencia, afectando al interés público.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado."

**Cuarto.-** En su motivo único de casación la APDTA denuncia, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, que la sentencia incurre en la "infracción de los arts. 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, art. 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, y de la jurisprudencia que los interpreta".

El desarrollo argumental del motivo se plasma en cuatro apartados, el primero y el segundo de los cuales tienen fundamentalmente carácter descriptivo, en cuanto se limitan a transcribir o bien los preceptos legales o bien el texto de la sentencia de instancia respectivamente. Es cierto, no obstante, que al final del segundo la Asociación recurrente ya avanza, admitiendo el relato de hechos de la sentencia, que a su juicio de él puede deducirse que la empresa pública (después Agencia) había fijado unos precios por debajo de sus costes. En el cuarto apartado, por su parte, la recurrente apela al artículo 83 de la Ley Jurisdiccional para completar el relato de hechos de la sentencia con otros recogidos en los fundamentos jurídicos tercero y noveno de la resolución administrativa y en uno de los escritos de alegaciones que la Empresa Pública de Puertos de Andalucía presentó ante la Comisión Nacional de la Competencia.

Es el tercer apartado del motivo de casación el que contiene realmente el alegato impugnatorio, que -en lo que no tiene de transcripción literal de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 - se reduce en realidad a dos meras y únicas afirmaciones, a saber: "[...] el reconocimiento que el



precio está por debajo de los costes y que solamente podían cubrirse con transferencias públicas, nos lleva al supuesto de calificar esos precios como abusivos y a invocar la presunción *iure et de iure* (sic) de que la intención es eliminar a los competidores"; y que "cada unidad producida y vendida por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, esto es, cada punto de atraque, cada puerto en su conjunto, ha supuesto una pérdida para la empresa." No hay ninguna otra alegación adicional.

**Quinto.** - Expuesto en estos muy limitados términos, ya adelantamos que el motivo de casación no podrá ser acogido. El recurso no contiene una crítica razonada a la identificación del mercado relevante en el que la empresa pública tenía posición de dominio (únicamente los puertos deportivos de Huelva y de la costa atlántica de Cádiz) ni rechaza que la evolución de los "precios" de los puertos andaluces gestionados directamente por aquélla hubiera determinado su progresivo acercamiento a los cobrados por los puertos que gestionaban, en régimen de concesión administrativa, las sociedades mercantiles agrupadas en la Asociación recurrente.

No son precisas demasiadas consideraciones para desestimar el motivo en cuanto a las supuestas infracciones del artículo 7 de la Ley 16/1989 y del (antiguo) artículo 86 del "Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957".

A) Respecto del primero, ni siquiera se llega a exponer razón alguna para considerar que la alegada -e hipotética- conducta desleal de la empresa pública hubiera, además, distorsionado gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Siendo estos dos últimos factores requisitos esenciales exigidos por el artículo 7 de la Ley 16/1989, es obligado, sin más, el rechazo de la censura.

B) En cuanto al segundo precepto, dado que lo cita como apoyo para sostener que existió abuso de posición de dominio, la parte debe haber querido referirse al antiguo artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE), lo que es perceptible cuando invoca el (inexistente) "Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957". Al margen del error (comprensible a la vista de la sucesión de tratados con parecidas denominaciones), lo cierto es que el contenido de dicho artículo 86 se había incorporado en la fecha de la sentencia -y de la resolución administrativa- al artículo 82 del Tratado CE (actual artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que en efecto prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, siempre que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros.

Pues bien, como quiera que el recurso no contiene ninguna indicación sobre estos extremos ineludibles (afectación al comercio intracomunitario, extensión a una parte sustancial del mercado interior), es también obligado el rechazo de la tesis propugnada por la asociación recurrente que, por lo demás, no insiste especialmente en ella.

**Sexto.** - Los problemas que presentaba la aplicación al caso de autos del artículo 6 de la Ley 16/1989 no eran desdeñables. A uno de ellos, sin duda relevante, se había referido la empresa pública demandada -y ahora recurrida- cuando aducía en favor del sobreseimiento del expediente sancionador las normas de la Ley 16/1989 que excluyen del ámbito de prohibición (artículo 1) "los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley".

Aun cuando el "amparo legal" de las conductas al que se refería el artículo 2 de la Ley 16/1989 no era miméticamente trasladable a los abusos de posición de dominio (como se deducía del apartado tercero del artículo 6 de la propia Ley), si el abuso de posición de dominio censurado -en su modalidad de precios predatorios- había consistido en aplicar a los puertos deportivos directamente gestionados por la Agencia Pública las "tasas" establecidas, con carácter imperativo, en normas con rango de ley, el problema se desplazaba en realidad desde la empresa o agencia pública al poder legislativo que imponía la exacción tributaria.

En efecto, las "tasas" (no es este el momento para terciar en el debate doctrinal sobre su verdadera naturaleza) que debían pagar las embarcaciones deportivas y de recreo por la utilización de las instalaciones y servicios portuarios respondían -en principio, con algún margen de reserva o flexibilidad en cuanto a las eventuales bonificaciones- a decisiones aprobadas por el Parlamento Andaluz a través de un complejo normativo constituido por la Ley 6/1986, de Tasas Portuarias, la Ley 8/1988, de Puertos Deportivos (más tarde por la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía) y las leyes anuales de Presupuestos de la Comunidad Autónoma.

La Sala de instancia no fue ajena al planteamiento que -en su contestación a la demanda- había expuesto sobre esta cuestión la Agencia Pública de Puertos de Andalucía. Al final del fundamento jurídico tercero de la sentencia recogió la alegación de esta agencia en el sentido de que "[...] los precios que cobra son tasas, no



son por lo tanto 'precios' a los efectos estudiados [y] la fijación de las tarifas no es discrecional, por lo que no es operador económico a los efectos estudiados". La Sala rechazó estas últimas afirmaciones en cuanto a la condición de operador económico de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía, pero no entró en el análisis del hipotético amparo legal de la conducta. Silencio debido sin duda a que tampoco la Comisión Nacional de la Competencia había acometido ese análisis (con la salvedad que después diremos), tras considerar que, en sí misma, la fijación de las "tarifas" o "precios" no vulneraba el artículo 6 de la Ley 16/1989. Al "amparo legal" de la conducta tampoco hace referencia, en un sentido ni en otro, la Asociación recurrente en casación.

Y es que en realidad el reproche inicial de la APDTA iba más allá de las cuestiones estrictamente tarifarias (léase tasas, o precios, o tarifas) pues ponía en cuestión la coexistencia en una sola persona jurídica de su condición de operador económico que gestionaba por sí mismo unos determinados puertos deportivos (los que no habían sido objeto de concesión) y a la vez regulaba o marcaba las orientaciones aplicables al resto de puertos deportivos, los que gestionaban en régimen privado las empresas competidoras con aquélla. Censuraban estas últimas que la Agencia interviniera, por ejemplo, en la fijación del canon concesional que debían satisfacer sus competidores en el mercado de los atraques de embarcaciones de recreo.

La Comisión Nacional de la Competencia -en la última parte de su acuerdo confirmatorio del sobreseimiento- subrayó esta doble condición al afirmar que "la ampliación de funciones de la EPPA en 2001, y su paso a Agencia de Puertos Públicos de Andalucía (APPA), la configura como una entidad con funciones regulatorias y a la vez de operador económico en el mismo mercado que regula", y se pronunció en unos términos que advertían de los riesgos derivados de esta dualidad de funciones:

"[...] En estas circunstancias, este Consejo considera que, con carácter general, la confluencia en la misma institución, de funciones regulatorias sobre entidades que son a la vez competidoras suyas en el mercado de servicios portuarios deportivos, podría generar graves distorsiones a la competencia en ese mercado. Y ello tanto por los problemas de información asimétrica que estructuralmente se producen, como por la posible distorsión a los incentivos en la regulación y en su aplicación que pueden generarse como consecuencia de mezclar funciones tan distintas como son las regulatorias y las de gestión empresarial.

Es cierto que la decisión última sobre la modificación de cánones y tarifas que afectan a los concesionarios privados, competidores de EPPA, los aprueba la Consejería de Obras Públicas con el visto bueno de Hacienda, pero ha quedado acreditado en el expediente que la propuesta de dicha modificación nace en el organismo regulador, quien cada cinco años puede proponer a la autoridad competente unas modificaciones con incidencia directa sobre la estructura de costes de su competidor. Dicho de otro modo, puede, haciendo uso de su papel regulador, provocar mayores costes a sus competidores y que éstos o bien lo repercutan a tarifas, o bien lo sufran en forma de menores beneficios. Se trata de un riesgo potencial de alteración de las condiciones de competencia que la autoridad competente, en este caso la Autoridad de Defensa de la Competencia andaluza, debería revisar y, en su caso, diseñar y proponer las medidas oportunas para que no quede espacio a estas potenciales disfunciones.

De igual modo, la labor supervisora de la APPA, de cumplimiento de las condiciones concesionales, le otorga una información al regulador que si bien es necesaria para vigilar dicho cumplimiento, resulta ser también información sensible para cualquier competidor, que puede aún sin pretenderlo acabar distorsionando las condiciones de competencia en el mercado. En este mercado nos encontramos con que un operador en el mercado tiene, la APPA, información sensible de sus competidores, pero no a la inversa. De nuevo, se trata de un riesgo potencial de alteración de las condiciones de competencia que debería ser revisado por la autoridad competente, en este caso la Autoridad de Defensa de la Competencia de Andalucía, en orden a elevar, si procediese, las modificaciones pertinentes que impidan ese riesgo."

Ulteriormente, siguiendo esa invitación, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía publicaría (septiembre de 2012) un informe sobre "El papel de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía en el mercado de los puertos deportivos de competencia autonómica". Y precisamente la primera de sus recomendaciones finales era que se debería "[...] configurar una estructura del sistema portuario andaluz en la que los entes competentes en materia de regulación y supervisión difieran orgánicamente de los que se ocupan de gestionar los puertos directamente, con el objetivo de minimizar los riesgos que la actual estructura organizativa presenta para la libre competencia en el sector de los puertos deportivos de Andalucía. En particular, resulta aconsejable que las decisiones con trascendencia económica en este mercado (revisiones de tarifas, cánones de concesión, cuantificación y bonificación de tasas, etc.) sean adoptadas exclusivamente por el regulador, sobre la base de criterios objetivos, claros y no discriminatorios, debiendo quedar excluido de estas funciones el operador económico".

**Séptimo.**- De todo cuanto se deja expuesto cabe deducir una conclusión -ya avanzada en cierto modo- cual es la magnitud de los problemas concurrenciales de todo orden que presentaba y presenta la coexistencia de una



dualidad de regímenes jurídicos (gestión pública frente a gestión privada) sobre una actividad que a la postre no es sino la prestación de servicios portuarios -de naturaleza mercantil- a los titulares de las embarcaciones deportivas. Servicios que se prestan en régimen de derecho privado - además de por sociedades de esta naturaleza- por unas entidades empresariales públicas que al hacerlo en los puertos deportivos de gestión pública ostentan la cualidad de "empresa" o "agencia", a la par que intentan conservar ciertas prerrogativas de poder público (esto es, tratan de calificarse ahora como verdadera "Administración portuaria") respecto de los demás.

Nada impide, cuando la Ley lo establezca, que se encargue a una empresa pública la gestión de aquellos servicios en concurrencia con la gestión privada a cargo de empresas mercantiles pero, si así se decide, han de ser respetadas las normas sobre competencia (a menos de que su aplicación impida el cumplimiento de la misión específica a aquella empresa pública confiada). Más dificultades presenta aun el hecho de que aquellas empresas públicas, o agencias de carácter empresarial, intervengan simultáneamente como "regulador" efectivo del sector de los puertos deportivos, con potestades en la fijación de las condiciones concesionales (cánones, requisitos para obtener los títulos habilitantes) de sus competidores o en la delimitación de las actividades que éstos pueden desarrollar en aquellos puertos.

Cuando -como en este caso era perceptible- las disfunciones desde el punto de vista de la defensa de la competencia proceden directamente de las pautas normativas impuestas por la Ley, y no por meras disposiciones reglamentarias o actos singulares, la Comisión Nacional de la Competencia tiene restringida su facultad de intervenir por la vía sancionadora. Aun cuando puede y debe -por el cauce de los informes y propuestas a los que se refiere el artículo 26 de la Ley 15/2007 - plantear al resto de poderes públicos la modificación correspondiente del marco legal, carece de capacidad para sancionar a los titulares de las potestades normativas por el contenido de las normas legales y reglamentarias (contra estas últimas tiene legitimación para reaccionar jurisdiccionalmente).

Por su parte, los eventuales perjudicados desde el punto de vista de la competencia pueden a su vez solicitar la tutela jurisdiccional frente a actos singulares o a disposiciones reglamentarias que apliquen aquellas restricciones (entre ellas, las correspondientes a la fijación de los cánones concesionales o de las "tasas portuarias") y requerir, si es necesario, el planteamiento de las oportunas cuestiones de inconstitucionalidad respecto de las leyes de que dimanen. Podrían asimismo, en hipótesis, y si se alegase y demostrase la "conexión comunitaria", recabar el contraste directo, o por la vía de la cuestión prejudicial, de cualquiera de las normas nacionales con los preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea aplicables.

**Octavo.-** Ciñéndonos, pues, al estricto contenido del motivo casacional, planteado en los muy limitados términos que ya hemos reflejado, no es posible acogerlo. Frente al enfoque general de los problemas antes apuntados, el objeto del debate queda reducido únicamente -en virtud de las circunstancias de hecho admitidas por la Comisión Nacional de la Competencia y corroboradas por el tribunal de instancia, que no discrepa de ellas- a determinar si existió explotación abusiva de la posición de dominio en tan sólo una parte del litoral andaluz (Huelva y costa atlántica de Cádiz), donde era mayor el porcentaje de puertos deportivos directamente gestionados por la Empresa Pública de Puertos de Andalucía. Abuso que, por lo demás, derivaría de los supuestos "precios predatorios" aplicados por dicha entidad pública a los titulares de embarcaciones deportivas, frente a los que cobraban sus competidores en los puertos de gestión privada, unos y otros debidos a la utilización de las infraestructuras portuarias, de dominio público, y a la prestación en ellas de diferentes servicios portuarios.

Centrada así la controversia en casación, y vistas las apreciaciones de hecho ya incuestionables ante esta Sala, la de instancia bien pudo declarar que el sobreseimiento del expediente sancionador era conforme a derecho. Con independencia de las demás razones anteriormente aludidas -de modo muy especial, el respaldo por normas con rango de ley de las "tasas portuarias" devengadas- si no quedó demostrado que los "precios" cobrados a sus usuarios por la Empresa Pública de Puertos de Andalucía (después Agencia), aun siendo inferiores a los de sus competidores privados, se hubieran fijado con la finalidad de eliminar o excluir a éstos del mercado, no concurre la conducta ilícita censurada. Corroborada esta circunstancia el hecho de que se produjera un incremento significativo de aquellos "precios" desde el año 2001 al año 2005, precisamente para acercar su importe al exigido por los operadores privados. La Comisión Nacional de la Competencia tuvo por acreditado que la "política de tarifas" de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía no había "dañado la posición competitiva de ningún operador privado" y, asimismo, constató "que han entrado operadores privados en los últimos años y se han presentado numerosas solicitudes de nuevas instalaciones por parte de operadores privados", extremos de naturaleza fáctica que acepta el tribunal de instancia.

A la vista de estas circunstancias y dado que fueron consideraciones de otro tipo y no la finalidad de eliminar o excluir del mercado a sus competidores, cuya entrada en él se siguió produciendo (esto es, consideraciones ligadas a la política de implantación de la nueva entidad pública, junto a las derivadas de las disposiciones



tributarias insertas en las leyes de presupuestos anuales de la Comunidad Autónoma) las que resultaron determinantes en la fijación de los "precios" aplicables en los puertos deportivos de gestión pública respecto de los cuales la Empresa Pública de Puertos de Andalucía tenía posición de dominio, la concreta censura casacional que se plasma en el escrito de interposición del recurso no puede ser compartida.

**Noveno.-** Procede, pues, desestimar el presente recurso de casación y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , imponer las costas a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de cuatro mil euros.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

**Primero.-** Desestimar el recurso de casación número **4858/2010** interpuesto por la Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Andalucía contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 31 de mayo de 2010 en el recurso número 168 de 2008 .

**Segundo.-** Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.