



Roj: **SAN 2766/2010** - ECLI: **ES:AN:2010:2766**

Id Cendoj: **28079230062010100247**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **31/05/2010**

Nº de Recurso: **168/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de mayo de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo **168/2008** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional

ha promovido el Procurador de los Tribunales Sr. Aguilar Fernández en nombre y representación de ASOCIACION DE PUERTOS

DEPORTIVOS Y TURISTICOS DE ANDALUCIA frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado

del Estado contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 13 de marzo de 2008, siendo

codemandadas: AGENCIA PUBLICA PUERTOS DE ANDALUCIA representada por la Procuradora Sra. Montes Austí; el

AYUNTAMIENTO DE MARBELLA representado por la Procuradora Sra. Díaz Solano; PUERTO DE SOTOGRANDE S.A.

representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén; y MARINA DEL MEDITERRANEO ESTE S.L. representada por el

Procurador Sr. Palma Crespo, y siendo la cuantía del recurso indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 23 de octubre de 2008 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso, se declare nula la resolución impugnada y "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 para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La representación procesal de la demandada, AGENCIA PUBLICA PUERTOS DE ANDALUCIA contestó a la demanda para oponerse a la misma y solicitar su desestimación.

Las restantes codemandadas contestaron a la demanda no para oponerse a la misma sino para solicitar su estimación, en el caso de PUERTO DE SOTOGRANDE S.A. allanándose expresamente a la misma.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la recurrente y de las codemandadas, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 25 de mayo de 2010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 13 de marzo de 2008 en el expediente R718/07 Puertos de Andalucía desestimando 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-. Con carácter previo es preciso examinar dos cuestiones; la primera es la relativa a la pretensión ejercitada por tres codemandadas, que solicitan la estimación del recurso, incluso allanándose una de ellas. El artículo 21 de la ley jurisdiccional señala que son demandados "las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante" lo que pone de manifiesto que no puede utilizarse la posición procesal de demandado para atacar el acto administrativo impugnado, solicitando su anulación, que es lo que pretende quién impugna el acto administrativo, y frente a esta pretensión se alza por un lado la Administración autora del acto y por otro, como codemandados, aquellos cuyos intereses se verían afectados por la estimación del recurso. No vinculan por tanto a este Tribunal ni el allanamiento de PUERTO DE SOTOGRANDE S.A. ni la solicitud de estimación del recurso del AYUNTAMIENTO DE MARBELLA y de MARINA DEL MEDITERRANEO ESTE S.L.

En segundo lugar el Abogado del Estado plantea la cuestión de la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del demandante, que fue denunciante en vía administrativa.

El Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que del art. 24 de la Constitución deriva para los Jueces y Tribunales "... la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales..." (STC 120/2001) y que en relación con la legitimación activa los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no solo de manera razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, es decir, de conformidad con el principio "pro actione" (STC 7/2001).

En el supuesto enjuiciado se trata de resolver si los denunciante, que no obtuvieron plena satisfacción a sus pretensiones de incriminación (no se declaró cometida una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia) tienen legitimación activa para pretender en un proceso contencioso-administrativo que se declare cometida la infracción y que se imponga la sanción.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 5-XI-99 (recurso 9537/1995) ha establecido las bases de la legitimación del denunciante en una situación equivalente a la de autos:

"Partiendo de que la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente-denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indeferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés, cuya alegación y prueba cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga, estimándose que el referente de tal interés no puede ser sólo un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, ya que únicamente tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva y no meramente formal, y que



en principio ha de ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél, La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada."

Es decir: como igualmente resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001 , la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuístico.

El Alto Tribunal ha razonado que "No es necesario precisar ahora cual ha sido la evolución que en el proceso contencioso- administrativo ha experimentado el concepto y las características o notas definidoras del "título legitimador", discurriendo, como fases más significativas, desde la titularidad de un derecho a la de un interés, y desde el interés directo al interés legítimo; ni es necesario tampoco precisar las líneas que orientan el fenómeno, cierto sin duda, de la ampliación progresiva de la legitimación para recurrir en aquel proceso. Basta con recordar que este Tribunal Supremo ha definido el interés legítimo (así, entre otras, en su sentencia de 1 de julio de 1985) como el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione en concreto un beneficio o un servicio inmediato; o que en la sentencia de 14 de julio de 1988 , al aceptar uno de los fundamentos de la apelada, reconoció que para que exista el interés basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficio o perjuicio se produzcan por vía indirecta o refleja. Siendo oportuno, también, recordar que nuestra jurisprudencia, si bien no reconoce la legitimación fundada en el mero interés por la legalidad, o en motivos extrajurídicos, susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal (S. 12.4.1991), sí ha ido reconociendo como incluibles en el concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales; y, asimismo, además de los personales o individuales, los colectivos y los difusos. Y recordar, en fin, que en relación a estos últimos se acepta como posible la modalidad del ejercicio individual y no sólo colectivo, justificada por el hecho de que el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso está en ocasiones defendiendo su propio círculo vital afectado, al proyectarse aquel interés sobre su esfera personal.

Este breve recordatorio de ideas sobre la evolución del título legitimador, al que cabe unir el conocido principio de interpretación restrictiva de las causas que impiden el examen del fondo de la pretensión, conduce a rechazar que en los actores no concorra la legitimación procesal exigible, pues su esfera personal se ve afectada, cuando menos de manera indirecta o refleja, a través de actuaciones que entienden limitativas de la libre competencia en el ámbito en que desenvuelven su ejercicio profesional, o vulneradoras de la efectividad de un derecho, el de la información, a cuya protección están singularmente llamados por razón, precisamente, de la profesión elegida".

Este Tribunal considera que en la parte actora concurre un interés legítimo, por cuanto su actividad empresarial se ve afectada por la actuación que reputa ilegítima y contraria a la libre competencia en el ámbito en el que se desenvuelve dicha actividad, por lo que la Asociación actora está legitimada activamente en este recurso contencioso-administrativo y si bien esta legitimación no alcanza a la imposición de una sanción, no cabe duda de que se fundamenta en la pretensión de que la conducta se declare prohibida y se ordene su cese.

TERCERO-. La recurrente alega que el Art. 6 de la Ley 16/89 al igual que el Art. 82 del TCEE prohíben la explotación abusiva por una o más empresas de una posición de dominio en el mercado o en parte sustancial del mercado. La empresa pública Puertos de Andalucía "puede ser sujeto del abuso de posición de dominio dado que el punto 3 del artículo 6 de la Ley 16/89 lo prevé expresamente. El legislador establece la posibilidad de que esta posición de dominio proceda de las atribuciones legales asignadas a la empresa, como sucede en el caso aquí planteado" (escrito de demanda).

Continúa razonando que la demandada-denunciada ostenta una clara posición de dominio sobre los concesionarios de puertos deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y que ha ejercido de forma abusivo tal posición: concreta 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 los demás operadores ofertar el precio que estimen libremente.

En cuanto al art. 7 LDC alega que el comportamiento de EPPA desde su posición de dominio, con precios inferiores a los costes es desleal y distorsiona gravemente las condiciones de competencia, afectando al interés público.

Frente a estas alegaciones, el Abogado del Estado señala que si la posición de dominio es posición de poder económico de una empresa en el mercado que le permite eludir la competencia efectiva atendiendo a la estructura del mercado, solo pueden tenerse en consideración dos mercados, el de la costa de Huelva y el de la costa atlántica de Cádiz. Y las tarifas de la concesionaria denunciada solo son superiores en la costa de Almería, no habiéndose acreditado que esta circunstancia haya producido daños a los operadores privados, habiendo entrado nuevos operadores en el mercado. No se aprecia por tanto a su juicio el abuso de posición de dominio denunciado. En cuanto a la infracción del art. 7 LDC considera que no se han constatado efectos restrictivos del mercado de servicios portuarios.

La representación procesal de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía (antes Empresa Pública de Puertos de Andalucía) alega en primer lugar que los precios que cobra son tasas, no son por lo tanto "precios" a los efectos estudiados. Que la fijación de las tarifas no es discrecional, por lo que no es operador económico a los efectos estudiados, solicitando igualmente la desestimación del recurso.

CUARTO-. A los efectos de la resolución de este recurso es relevante recordar lo que recoge la Ley 21/2007 de 18 de diciembre de régimen jurídico y económico de los Puertos de Andalucía en su Exposición de Motivos, describiendo la situación de dichos Puertos, tanto desde el punto de vista físico como jurídico.

"Andalucía es una de las Comunidades Autónomas de España de mayor litoral, con 812 kilómetros de costa. Los puertos andaluces han sido testigos activos de una milenaria historia y en la actualidad constituyen una importante fuente de ingresos, no solo por las actividades que tienen en ellos su base, como la pesca, el tráfico de pasajeros o el de mercancías, sino también por el turismo, que se ve atraído en gran medida por las instalaciones de los numerosos puertos deportivos. Estos puertos conforman un sistema que crea un efecto red, que ha de ser objeto de análisis y tratamiento normativo en su conjunto. Este tratamiento normativo debe regular, en primer lugar, el espacio físico ocupado por los puertos y, en segundo lugar, el elemento funcional constituido por los servicios públicos portuarios que, sobre este soporte físico, se prestan a cuantos particulares y empresas tienen en el puerto la base de sus actividades pesqueras, comerciales y deportivas.

La titularidad autonómica o estatal de los puertos situados en el litoral andaluz responde a la distribución de competencias que en esta materia se hace tanto en la Constitución Española como en el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Así, el artículo 149.1.20. de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, reserva al Estado la competencia exclusiva sobre puertos de interés general. Por otra parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el ejercicio de la competencia exclusiva atribuida por el artículo 13.11 del Estatuto de Autonomía para Andalucía antes de la reforma del Estatuto llevada a cabo en el año 2007, asumió la titularidad de los puertos estatales que no tenían la consideración de interés general, en virtud del Real Decreto 3137/1983, de 25 agosto .

En el ejercicio de dicha competencia se aprobó también una normativa propia articulada en torno a la Ley 6/1986, de 5 de mayo, sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma; a la Ley 8/1988, de 5 de mayo, de Puertos Deportivos de la Comunidad Autónoma, y a la creación de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía mediante la disposición adicional décima de la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1992 .

Este marco competencial, que ha servido para determinar los puertos de titularidad autonómica y el marco normativo aplicable a los mismos, ha sido objeto de una reformulación con ocasión de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, llevada a cabo por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. El nuevo texto del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, con carácter general, un nuevo marco competencial que profundiza en el autogobierno, extrayendo al efecto las posibilidades descentralizadoras que ofrece la Constitución para aproximar la Administración a la ciudadanía.

En el ámbito portuario, los artículos 48, 56 y 64 del vigente Estatuto establecen el nuevo marco competencial en la materia, dentro del cual debe destacarse lo siguiente: en primer lugar, dejando a un lado los puertos pesqueros cuya competencia se recoge en el artículo 48.4, en el artículo 64, no solo se recoge en su apartado 1 la competencia exclusiva en puertos de refugio, puertos deportivos y, en general, puertos que no tengan la calificación legal de interés general del Estado, sino que, en relación con estos últimos, el apartado 2 de este mismo artículo dispone que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencias de ejecución sobre puertos con calificación de interés general, cuando el Estado no se reserve su gestión directa. Esta



última competencia autonómica permitirá a la Comunidad Autónoma asumir, no solo la gestión de un puerto comercial considerado como una sola unidad, sino también la gestión de aquellas instalaciones portuarias existentes en un puerto de interés general respecto de las que el Estado no se reserve su explotación."

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. La fijación del mercado relevante que establece la resolución impugnada es igualmente correcta: "Los puertos deportivos ofrecen un conjunto de servicios a los usuarios que consisten básicamente en la reserva de un espacio determinado donde atracar la embarcación, esto es, el amarre. La modalidad puede ser de venta o alquiler y este último de diversas periodicidades. Además cada instalación portuaria puede ofertar una serie de servicios complementarios de reparación, mantenimiento, así como de otros directamente relacionados con el turismo".

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.

QUINTO-. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos ADMITIR Y DESESTIMAR como DESESTIMAMOS



el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION DE PUERTOS DEPORTIVOS Y TURISTICOS DE ANDALUCIA 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.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ