

## **RESOLUCIÓN (R 718/07, PUERTOS DE ANDALUCIA)**

### **CONSEJO**

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha y García Sáenz, Vicepresidente  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
Dña. María Jesús González López, Consejera  
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 13 de marzo de 2008.

El Pleno de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante la Comisión), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Consejera Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso R 718/07 PUERTOS DE ANDALUCÍA, interpuesto contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante el Servicio y actualmente Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia) de 14 de febrero de 2007, por el que se acordó el sobreseimiento del expediente incoado sobre la base de la denuncia formulada por D. (...), Presidente de la ASOCIACIÓN DE PUERTOS DEPORTIVOS Y TURÍSTICOS DE ANDALUCÍA contra la EMPRESA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la *Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia* (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 27 de mayo de 2005, D. (...), Presidente de la ASOCIACIÓN DE PUERTOS DEPORTIVOS Y TURÍSTICOS DE ANDALUCÍA (en adelante APDTA) presentó escrito de denuncia ante el Servicio contra la EMPRESA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA (en adelante EPPA) por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la *Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia* (LDC). Estas prácticas habrían consistido en aplicar unas tarifas por el servicio de amarre en los puertos deportivos inferiores a sus costes, impidiendo así que los puertos gestionados por la iniciativa privada puedan aplicar los precios necesarios para rentabilizar sus inversiones, y a la vez la situación de ventaja que

ostenta como entidad reguladora le permite crecer a tal ritmo que condena a los titulares de las concesiones administrativas a funcionar con pérdidas, haciendo peligrar incluso su viabilidad. Además, dadas las competencias que tiene atribuidas de control, revisión de cánones concesionales, establecimiento de tarifas a los usuarios y funciones de inspección, goza de una clara *posición de dominio jurídico* sobre los concesionarios de puertos deportivos.

2. Con fecha 20 de febrero de 2006 el Servicio dicta Providencia incoando expediente sancionador por posibles conductas contrarias a la LDC.
3. El SDC requirió información a la EPPA y a la APDTA en diversas ocasiones, siendo cumplimentadas a lo largo del procedimiento de instrucción.
4. El día 12 de diciembre de 2006 la EPPA remite un escrito adjuntando la sentencia nº 341/06 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Sevilla.
5. El 9 de enero de 2007 el Servicio, realizada la investigación que consideró necesaria, propone Acuerdo de Sobreseimiento.
6. El 25 de enero de 2007 se recibe escrito de alegaciones a la Propuesta de Sobreseimiento de EPPA.
7. El 5 de febrero de 2007 se recibe escrito de alegaciones a la Propuesta de Sobreseimiento de APDTA.
8. El 14 de febrero de 2007 el Director General de Defensa de la Competencia dicta ACUERDO DE SOBRESEIMIENTO del expediente.
9. El 2 de marzo de 2007 tiene entrada en el TDC un escrito de recurso contra el Acuerdo adoptado por la Dirección General de Defensa de la Competencia. En dicho escrito APDTA alega que los motivos y razones de la impugnación son:
  - a. Incorrecta valoración de los hechos y pruebas existentes en el expediente.
  - b. Vulneración de lo dispuesto en los arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

10. Con fecha 2 de marzo de 2007 el TDC acusa recibo de la interposición de recurso a APDTA y le comunica que dicho escrito tiene el defecto de no expresar, como exigen los artículos 70.1b) y 110.1b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las razones de la impugnación del Acuerdo y le concede un plazo de diez días para subsanar el mencionado defecto.
11. Con fecha 15 de marzo de 2007 se recibe en el TDC escrito de Alegaciones de APDTA subsanando el defecto.
12. El día 15 de marzo de 2007 el TDC remite al SDC fotocopia del escrito de la APDTA de interposición de recurso comunicándole además, que dicho escrito tenía un defecto por el que no expresaba las razones de impugnación del Acuerdo. El TDC solicita al SDC el informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas. Asimismo, el TDC solicita la fecha de la notificación del Acuerdo y la acreditación de la representación del recurrente, ya que ante el TDC no la ha acreditado.
13. El día 21 de marzo se recibe en el TDC la contestación del SDC haciendo constar que:
  - a. El recurso ha sido interpuesto en el plazo de diez días establecido en el art. 47 de la Ley 16/1989.
  - b. La representación con la que actúa el recurrente se encuentra en el folio 404 del expediente SDC.
  - c. Que las alegaciones expuestas por el recurrente no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo.
14. El día 30 de marzo de 2007 el TDC dicta Providencia para Alegaciones y se designa ponente a la Vocal D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez.
15. Con fecha 26 de abril de 2007, se recibe en este Tribunal escrito de Alegaciones de EPPA.
16. Con fecha 27 de abril se recibe en este Tribunal escrito de alegaciones de APDTA.
17. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, deliberó y fallo el presente recurso en su sesión del día 6 de marzo de 2008.

18. La Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía creó la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía pero todavía no se ha puesto en funcionamiento.

19. Son interesados:

- ASOCIACIÓN DE PUERTOS DEPORTIVOS Y TURÍSTICOS DE ANDALUCÍA.
- EMPRESA PÚBLICA PUERTOS DE ANDALUCÍA.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

**Segundo.-** La presente Resolución tiene por objeto dar respuesta al recurso planteado por la Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Andalucía (APDTA), a través de su presidente, contra el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia dictado el 14 de febrero de 2007 en el expediente 2618/05. APDTA denunció a la Empresa Pública de Puertos de Andalucía (en adelante, EPPA) por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), dando así lugar a la incoación del expediente sancionador cuyo sobreseimiento es objeto del presente recurso.

**Tercero.-** El SDC incoa procedimiento sancionador y tras recabar la información que estimó oportuna concluye con un Acuerdo de Sobreseimiento, fundamentado en los siguientes argumentos:

El mercado relevante de producto considera que podría ser el de “Puertos Deportivos situados en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, mercado de servicios portuarios en el que coexisten entidades públicas y operadores privados sujetos a contratos de concesión administrativa. Su estructura la

forman 42 puertos deportivos: 11 gestionados directamente por EPPA, 7 por Autoridades Portuarias Estatales y 19 por concesiones administrativas con plazo de 30 años (13 están asociadas en la entidad denunciante), por lo que EPPA controla el 25% del mercado, las Autoridades Portuarias el 16.5% y del resto ninguna concesión supera el 9%.

La EPPA obtiene sus ingresos de los conceptos de Cánones por concesiones, Tarifas a usuarios, Subvenciones con cargo a los presupuestos generales de la Junta de Andalucía y Fondos FEDER.

Sobre la base de un informe de septiembre de 2001, aportado por EPPA al expediente, el SDC constata los siguientes hechos: que el incremento de tarifas aplicado por EPPA en el período 1995-2000 ha sido inferior al IPC en 4,7 puntos; que las tarifas de amarre están entre el 30% y el 37% por debajo de la media del conjunto de puertos andaluces; que las mismas cubren el 72% de los costes generados por la prestación del servicio; que sólo el 2.6% de los usuarios tiene en cuenta el factor precio a la hora de elegir puerto; que existe margen para subir el precio un 30%; que la propia EPPA reconoce que debe actualizar sus tarifas; que las tarifas EPPA son idénticas para todas sus instalaciones; y que las tarifas se aprueban anualmente en el parlamento andaluz mediante la ley de presupuestos. De la información solicitada a las empresas portuarias asociadas a la entidad que realiza la denuncia constata que las Tarifas de puertos con concesión administrativa deben respetar los límites máximos establecidos por la EPPA y que estos puertos aplican tarifas muy diferentes, y no siempre superiores a las de EPPA, como es el caso del Puerto de Almerimar.

La información obtenida le permite al SDC elaborar los dos cuadros siguientes, que muestran tanto la evolución de las tarifas experimentadas por los puertos de EPPA como una comparación entre éstas y las tarifas de otros puertos con concesión administrativa y gestión privada.

**Cuadro 1. Incrementos anuales de la tarifa anual de la EPPA.**

<b>Eslora (m)</b>	<b>Manga (m)</b>	<b>2003 €</b>	<b>03/02 %</b>	<b>2004 €</b>	<b>04/03 %</b>	<b>2005 €</b>	<b>05/04 %</b>	<b>2006 €</b>	<b>06/05 %</b>
6	2,5	1.001,9	2,00	1.021,9	2,00	1.029,6	0,75	1.058,1	2,77
7	2,75	1.162,4	2,00	1.185,6	2,00	1.255,1	3,32	1.291,1	5,39
8	3	1.322,9	2,00	1.349,4	2,00	1.426,4	5,71	1.538,0	7,82
9	3,25	1.569,8	2,00	1.601,2	2,00	1.703,9	6,42	1.849,6	8,55
10	3,5	1.816,7	2,00	1.853,0	2,00	4.988,4	7,31	2.176,4	9,46
11	3,75	2.061,7	2,00	12.103,0	2,00	2.278,1	8,33	2.517,2	10,50
12	4	2.306,8	2,00	2.353,0	2,00	2.574,0	9,39	2.872,0	11,58
13	4,2	2.565,4	2,00	2.616,7	2,00	2.878,7	10,01	3.230,2	12,21
14	4,4	2.823,9	2,00	2.880,4	2,00	3.188,4	10,69	3.599,8	12,90

15	4,5	3.082,5	2,00	3.144,1	2,00	3.483,6	10,80	3.937,1	13,02
16	4,7	3.329,3	2,00	3.395,9	2,00	3.791,9	11,66	4.318,7	13,89
17	4,9	3.576,1	2,00	3.647,6	2,00	4.104,4	12,52	4.710,7	14,77
18	5,1	3.822,9	2,00	3.899,4	2,00	4.421,2	13,38	5.113,0	15,65
19	5,3	4.096,7	2,00	4.151,1	2,00	4.742,0	14,24	5.525,7	16,52
18	5,1	3.822,9	2,00	3.899,4	2,00	4.421,2	13,38	5.113,0	15,65
19	5,3	4.096,7	2,00	4.151,1	2,00	4.742,0	14,24	5.525,7	16,52
18	5,1	3.822,9	2,00	3.899,4	2,00	4.421,2	13,38	5.113,0	15,65
19	5,3	4.096,7	2,00	4.151,1	2,00	4.742,0	14,24	5.525,7	16,52
20	5,5	4.316,5	2,00	4.402,9	2,00	5.066,8	48,08	5.947,5	17,38
21	5,7	4.563,3	2,00	4.654,6	2,00	5.395,4	15,91	6.378,8	18,23
22	5,9	4.810,2	2,00	4.906,4	2,00	5.727,6	16,74	6.820,1	19,07
23	6,1	5.057,0	2,00	5.158,1	2,00	6.063,4	17,55	7.270,1	19,90
24	6,3	5.303,8	2,00	5.409,9	2,00	6.402,7	18,35	7.729,1	20,72
25	6,5	5.550,6	2,00	5.661,6	2,00	6.745,3	19,14	8.197,1	21,52
26	6,7	5.797,4	2,00	5.913,4	2,00	7.091,2	19,92	8.673,9	22,32
27	6,9	6.044,2	2,00	6.165,1	2,00	7.440,3	20,68	9.158,6	23,09
28	7,1	6.91,0	2,00	6.416,9	2,00	7.792,6	21,44	9.652,5	23,87
29	7,3	6.537,8	2,00	6.668,6	2,00	8.147,8	22,18	10.154,1	24,62
30	7,5	6.784,7	2,00	6.920,4	2,00	8.506,0	22,91	10.663,8	25,37

*Fuente: Elaboración SDC sobre información del expediente.*

**Cuadro 5. Comparación tarifas EPPA con otros puertos de gestión privada**

Medida max	ALMERIMAR		MARBELLA		SOTOGRADE		BANUS		EL CANDADO		ISLA CANELA	
	€/Año	%EPPA	€/Año	€/Año	%EPPA	€/Año	€/Año	%EPPA	€/Año	%EPPA		
6x2,50	1.168	+10	1.922	--	--	--	1.294	+22	1.457	+38		
8x3	1.168	-24	3.039	1.533	+0,3	4.650	1.732	+13	1.872	+22		
10x3,50	1.460	-33	--	2.555	+17	--	2.175	0	2.702	+24		
12x4	1.752	-39	5.363	3.322	+16	7.360	2.491	-13	3.535	+23		
15x4,50	2.336	-41	7.955	6.643	+69	17.290	--	--	4.639	+18		
18x5	2.628	-49	--	--	--	22.830	--	--	5.849	+14		
20x5,50	3.212	-46	10.951	9.454	+59	--	--	--	5.849	+12		
25x6	4.088	-99	--	16.352	+99	39.780	--	--	6.655	+1		
30x6,50	5.840	-45	--	20.440	+92	42.130	--	--	8.269	--		
35x7	7.300	--	--	31.171	--	62.390	--	--	--	--		
40x8	9.052	--	--	--	--	--	--	--	--	--		
50x9	12.848	--	--	80.994	--	157.500	--	--	--	--		
60x10	16.644	--	--	--	--	--	--	--	--	--		

*Fuente: elaboración SDC sobre información del expediente.*

Con esta información valora el SDC que “podría considerarse que EPPA tiene posición de dominio en el mercado definido”, y “para concluir que una empresa con posición de dominio está aplicando precios predatorios es

*necesario que concurren los siguientes requisitos: precios por debajo de los costes e intención de excluir a los competidores.*

*En el presente caso, si bien los precios ofertados por la EPPA,... son -salvo en el caso del Puerto de Almerimar- sustancialmente inferiores a los ofertados por los concesionarios analizados (si bien con una clara tendencia al alza) y posiblemente inferiores a sus costes (a juzgar por las pérdidas que año tras año registra la EPPA), no hay razones que demuestren la voluntad de expulsar del mercado a las empresas a las que la propia EPPA otorga las concesiones.*

*En este caso concreto, ..., existe una clara tendencia al alza de precios en las tarifas de amarre, según se desprende del Cuadro: "Incrementos Anuales en la Tarifa anual".*

*En cuanto a la intención de la EPPA de excluir del mercado a sus competidores, cabe destacar dos factores:*

- Por un lado, que de acuerdo con el estudio realizado por la propia EPPA en el año 2001 (punto 7 de los Hechos Acreditados), tan sólo el 2,6% de los usuarios de los puertos deportivos tienen en cuenta el factor precio para seleccionar un determinado puerto. Ello implica una alta inelasticidad demanda-precio en el mercado objeto de estudio.*

- Por otro lado, que una de las funciones de la EPPA, según el artículo 8 de sus estatutos, es la de, literalmente: 'la tramitación de los expedientes relativos al otorgamiento, modificación, rescate y caducidad de las concesiones de puertos'.*

*Ambos aspectos restan credibilidad a la voluntad de la EPPA de expulsar competidores vía precios dado que no es un factor determinante, por lo que no estaría acreditada la intencionalidad en la exclusión de otros operadores en el mercado".*

*Con respecto a la posible infracción del art. 7 LDC el SDC considera que la conducta denunciada no cumpliría los tres requisitos necesarios para la aplicación de este artículo, puesto que "con los hechos denunciados no existe una conducta que pueda catalogarse de desleal, ya que los precios de amarre ofertados por la EPPA no tienen como finalidad expulsar del mercado*

*a los concesionarios de puertos deportivos por dos hechos: El precio no es determinante en la elección de un determinado puerto deportivo, y la EPPA tiene atribuidas diversas funciones entre las que destacan las de otorgar, modificar, rescatar o tramitar la caducidad de las concesiones de puertos otorgadas (artículo 8.a. Estatutos)”.*

**Cuarto.-** La recurrente alega ante el TDC que en el sobreseimiento hay una incorrecta valoración de los hechos por parte del SDC, puesto que APDTA considera acreditada la intención de EPPA de excluir del mercado a los competidores, desde una posición de dominio y en un mercado significativo. Por ello, en su opinión, se produce vulneración de los artículos 6 y 7 de la LDC.

El punto de partida de las alegaciones se centra en la situación del mercado portuario andaluz, donde la EPPA gestiona directamente unos puertos que compiten con los de la APDTA, mientras que recibe cuantiosas subvenciones y aportaciones de los presupuestos públicos, además de obtener ingresos por otros conceptos ajenos a la explotación de los puertos deportivos<sup>1</sup>, lo que le da una clara situación ventajosa frente a los puertos que han de amortizar las inversiones realizadas y pagar el canon a la administración, y además las inversiones se han financiado con fondos FEDER y por ello las tarifas no tienen que tener en cuenta la financiación de las inversiones. La EPPA no tiene por ello que establecer precios competitivos a los usuarios. El recurrente alega que esto ha permitido a EPPA ofertar sus servicios portuarios a un precio más bajo, impidiendo que sus competidores puedan rentabilizar sus concesiones, e incrementado su cuota de mercado. Como resultado, en diez años una empresa pública financiada con aportes públicos y comunitarios se ha convertido en el principal operador, controlando en algunas zonas la totalidad de amarres y en otras un alto porcentaje. Sus instalaciones son más recientes y modernas, pero oferta precios menores por no tener que rentabilizar sus inversiones (un 30% inferiores a la mayoría de las concesiones, lo que constituye una clara manifestación de abuso de posición dominante, al no guardar sus precios la debida conexión con los costes de los servicios).

---

<sup>1</sup> Ingresos por: Los productos de las tarifas por servicios y de los cánones por concesión administrativa y por autorización de gestión en los puertos, sujetos o no a concesión; el producto de los ingresos de derecho privado generados por el desarrollo de su actividad y la prestación de servicios no incluidos en el apartado anterior; los asignados en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía o en los de otras Administraciones Públicas, así como las subvenciones y auxilios cualesquiera que sea su procedencia; y el importe de las multas por infracciones relativas al uso de los puertos y sus instalaciones, así como el ejercicio de las actividades que en ellos se desarrollan.

Adicionalmente, la EPPA tiene encomendada la gestión directa de unos puertos y la gestión indirecta de los puertos con concesión administrativa a entidades privadas, sobre los que ostenta, según el recurrente, amplias funciones<sup>2</sup> lo que permite apreciar claramente su *posición de dominio jurídico* sobre los puertos de gestión indirecta. En virtud de estas funciones la EPPA ostenta clara *posición de dominio jurídico* sobre los concesionarios puesto que tienen atribuidas funciones de control, policía y amplias facultades en la revisión de los cánones y las tarifas que cobran a los usuarios.

Por todo lo anterior, sostiene el recurrente, la EPPA puede ejercer de forma abusiva una posición de dominio económico y jurídico, lo que hace de la forma siguiente: (i) Hace uso de sus facultades legales y sus estatutos para obstaculizar y entorpecer las expectativas de crecimiento de los titulares de las concesiones administrativas, expedientando además aquellas conductas, que considera contrarias a los acuerdos de concesión; (ii) La EPPA nunca podría ofertar sus servicios a los precios que lo hace y construir nuevas instalaciones portuarias sin llegar a la quiebra de no ser porque cuenta con el respaldo y la financiación pública; (iii) La EPPA amplía su oferta impidiendo la ampliación de la oferta portuaria a los titulares de concesiones administrativas que no pueden hacer frente a estos precios; (iv) La presencia de la EPPA no debería plantear ningún problema como entidad que tiene encomendada la misión de ordenar y controlar el sistema portuario andaluz, pero en la medida que compatibiliza sus funciones con la gestión de puertos propios se crea un claro conflicto de intereses con los titulares de puertos gestionados de forma indirecta por los distintos concesionarios; (v) El hecho de que la EPPA pueda ofertar los precios que estime oportuno, impide a los demás operadores ofertar el precio que estimen libremente. Además hay que añadir la subida desmedida de cánones que pretende la Administración; (vi) Se considera por todo lo anterior que se ha de limitar la capacidad de esta empresa pública, impidiendo que opere como un competidor más; y (vii) Se solicita la sanción por considerar infringida la LDC.

**Quinto.-** Las competencias en materia de puertos que no tengan la calificación legal de interés general del Estado fueron transferidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía en virtud del Estatuto de Autonomía, en

---

<sup>2</sup> Estas funciones son: La tramitación de los expedientes relativos al otorgamiento, modificación, rescate y caducidad de las concesiones de puertos cuya resolución corresponde a los órganos de la Junta de Andalucía; tramitar la revisión de las tarifas y cánones, fijados en la respectiva concesión, elevando la correspondiente propuesta al órgano competente; la inspección de la ejecución de las instalaciones y obras de construcción en los puertos gestionados mediante concesión, así como las de mantenimiento y conservación de las mismas; y velar por el cumplimiento del Reglamento de explicación de cada puerto, ejecutar las funciones de control, inspección, vigilancia y policía que corresponden a la Administración conciente, en función de las disposiciones legales y los títulos concesionales así como resolver las reclamaciones que sobre el funcionamiento de los servicios portuarios concedidos efectúen los concesionarios.

su art.13.11. La Ley 8/1988 de 2 de noviembre del Parlamento andaluz sobre Puertos deportivos, en su art. 4 establece que la Junta de Andalucía podrá construir y explotar obras e instalaciones para la flota deportiva, así como otorgar concesiones administrativas con el mismo fin, de donde nace la dualidad de gestión, directa e indirecta que en la actualidad EPPA tiene sobre los puertos deportivos andaluces. En 1992 se crea la empresa denunciada, la Empresa Pública de Puertos de Andalucía (EPPA) para prestar servicios públicos vinculados a los puertos que no desarrollan actividades comerciales. Se le transfieren los puertos que desde 1991 la Junta de Andalucía había construido en la vertiente atlántica de la costa andaluza, para que gestione directamente su explotación. En 1996 y 1997 EPPA se hace cargo también de tres puertos deportivos ubicados en el Mediterráneo. En total gestiona 12 instalaciones portuarias deportivas en Huelva (4), Cádiz-Atlántico (5), Málaga (2) y Almería (1). Por lo tanto EPPA tiene, a través de las funciones y competencias que la Junta de Andalucía le ha asignado, una doble condición: regulador y operador económico en el mismo sector, en el que coexisten tres modalidades de gestión de Puertos Deportivos en la C.A. de Andalucía: (a) los puertos deportivos dentro de las instalaciones de puertos comerciales, que dependen en este caso de la Autoridad Portuaria, (b) los gestionados en régimen de concesión administrativa, cuyo control indirecto está a cargo de la EPPA y (c) los gestionados directamente por EPPA.

La denuncia presentada se basa en los artículos 6 y 7, por lo que es necesario delimitar el mercado relevante afectado, como paso previo al análisis del abuso de posición de dominio. 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 éste 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.

Para delimitar el mercado geográfico y de producto hemos contado en el presente expediente con los siguientes elementos: encuesta a consumidores sobre las variables relevantes para elegir puerto, en la que se revela que la proximidad de su residencia, primera o segunda, es la razón principal; la estructura de consumidores en cada puerto, siendo más del 80% los usuarios de base o permanentes; y la geografía y amplitud del litoral andaluz que 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. Con esta información el Consejo considera que el análisis de sustituibilidad de la demanda de puertos deportivos llevaría a delimitar como mercados relevantes de producto y geográficos diferenciados al menos los cuatros siguientes: los servicios portuarios ofrecidos por los

puertos deportivos ubicados en la costa de Huelva, los servicios portuarios ofrecidos por los puertos deportivos ubicados en la costa atlántica de Cádiz, los servicios portuarios ofrecidos por los puertos deportivos ubicados en la costa Mediterránea de las provincias de Cádiz y Málaga, aunque éste podría incluso dividirse en dos zonas con solapamiento entre ellas, y los servicios portuarios ofrecidos por los puertos deportivos ubicados en la costa Almeriense, en el que cabría incluir a las de la costa de Granada que cuenta con sólo dos instalaciones portuario deportivas, pero entendiendo que sería producto de dos mercados con solapamientos. Se ha tenido en cuenta la escasa sustituibilidad de la oferta a corto plazo, dado que al tratarse de un servicio que requiere la ocupación de suelo público de zonas sensibles como son las costas, el otorgamiento de permisos para nuevas instalaciones lleva un proceso intensivo en tiempo. Por tanto, la entrada de nuevos oferentes en cada mercado no resulta viable a corto plazo.

**Sexto.-** La posible existencia de posición de dominio se ha evaluado estudiando la estructura de mercado en los mercados anteriormente delimitados, y que se muestra en el cuadro 3. Partiendo de la definición clásica de la posición de dominio como la posición de poder económico que una empresa ostenta en un mercado que le permite eludir la competencia efectiva al poder actuar de forma independiente de sus competidores, de sus clientes y en último caso de los consumidores, y a la vista de la estructura del mercado en cada uno de los mercados relevantes delimitados en el presente expediente, ésta sólo podría ser considerada en dos de ellos: en el de la costa de Huelva y en el de la costa atlántica de Cádiz, donde la cuota de mercado que detenta la EPPA es de 70.79% y 56.82% respectivamente, y la presencia de empresas de gestión privada es muy reducida, como el caso de Huelva, o inexistente como el caso del atlántico gaditano. La reducida presencia de EPPA en los mercados de la costa mediterránea, revelada por su cuota de mercado, 8.2% y 7.6%, les coloca en la quinta posición, lo que muestra su falta de posición de dominio en esos mercados.

Por todo ello este Consejo considera que sólo procedería evaluar la conducta de abuso de posición de dominio en los mercados geográfico de Huelva y de la costa atlántica gaditana.

<b>Cuadro 7.</b>				
<b>MERCADO RELEVANTE</b>				
<b>PUERTOS</b>	<b>TIPO</b>	<b>Nº AMARRES</b>	<b>%</b>	<b>CUOTA EPPA</b>
<b>HUELVA</b>	<b>TOTAL</b>	<b>1920</b>	<b>100</b>	<b>70,79</b>
Ayamonte	EPPA	317	16,51	
Isla Canela	DARSENA CONCESION	231	12,03	
Isla Cristina	EPPA	204	10,63	
El Terrón	ZONA RECREATIVA			
Marina El Rompido	DARSENA CONCESION	330	17,19	
Punta Umbría	EPPA	197	10,26	
Punta Umbría	ZONA RECREATIVA			
Mazagón	EPPA	641	33,39	
<b>CADIZ ATLÁNTICO</b>		<b>2768</b>	<b>100</b>	<b>56,82</b>
Chipiona	EPPA	412	14,88	
Rota	EPPA	509	18,39	
Puerto Sherry	AUTORIDAD PORTUARIA	788	28,47	
Real CN Pto Santa María	AUTORIDAD PORTUARIA	164	5,92	
Cadiz	AUTORIDAD PORTUARIA	243	8,78	
Puerto América	EPPA	251	9,07	
Sancti-Petri	EPPA	87	3,14	
Sancti-Petri	ZONA RECREATIVA			
Conill	ZONA RECREATIVA			
Barbate	EPPA	314	11,34	
<b>MALAGA-CADIZ MEDITERRANO</b>		<b>6840</b>	<b>100</b>	<b>8,19</b>
El Saladillo	AUTORIDAD PORTUARIA	800	11,70	
La Línea	AUTORIDAD PORTUARIA			
Sotogrande	PTOS DEP CONCESION	1177	17,21	
La Duquesa	PTOS DEP CONCESION	328	4,80	
Estepota	DARSENA CONCESION	443	6,48	
Puerto Banús	PTOS DEP CONCESION	915	13,38	
Deportivo Marbella	PTOS DEP CONCESION	268	3,92	
Marbella "La Bajadilla"	EPPA	268	3,92	
Cabopino	PTOS DEP CONCESION	169	2,47	
Fuengirola	DARSENA CONCESION	226	3,30	
Benalmádena	PTOS DEP CONCESION	1100	16,08	
RC Med de Málaga	AUTORIDAD PORTUARIA	83	1,21	
El Candado	PTOS DEP CONCESION	281	4,11	
Caleta de Vélez	EPPA	292	4,27	
Punta de la Mona	PTOS DEP CONCESION	227	3,32	
CN Motril	AUTORIDAD PORTUARIA	193	2,82	
Algeciras		70	1,02	
<b>ALMERIA</b>		<b>3286</b>	<b>100</b>	<b>7,64</b>
Adra	DARSENA CONCESION	261	7,94	

Almerimar	PTOS DEP CONCESION	997	30,34
Roquetas de Mar	DARSENA CONCESION	243	7,40
Aguadulce	CONCESION	764	23,25
Club Mar Almería	AUTORIDAD PORTUARIA	277	8,43
San José	PTOS DEP CONCESION	244	7,43
Carboneras	ZONA RECREATIVA		
Garrucha	DARSENA CONCESION	249	7,58
Villaricos	EPPA	251	7,64

Fuente: Elaboración propia según datos de [www.buscoamarre.com](http://www.buscoamarre.com); [www.eppa.es](http://www.eppa.es); [www.andalucia.org](http://www.andalucia.org)

**Séptimo.-** La tipificación de abuso de posición de dominio en un caso como el presente de precios predatorios requeriría constatar que los precios son inferiores a los costes, que éstos se estarían fijando con la intención de excluir a los competidores y que es plausible que la conducta obtenga los efectos esperados, esto es la expulsión del mercado o el cierre del mismo a nuevos entrantes.

La información aportada por EPPA al expediente permite a este Consejo apreciar las siguientes circunstancias: Que la inversión pública realizada se concentró en la zona de la costa atlántica, y que se destinaron fondos FEDER y otros recursos públicos a la construcción de estas instalaciones; que en el año 2001, la EPPA, consciente de la necesidad de adecuar sus tarifas a la realidad del sector y al coste de las instalaciones y servicios, encarga un informe que ha sido aportado al expediente, señalando la necesidad de que la actividad pueda ser sostenida por sus usuarios; que de dicho informe se desprende que los precios son inferiores a los costes, y que ello respondía a la imposibilidad de poner tarifas más altas dado que (1) la demanda existente “no estaba habituada a abonar importes significativos por los servicios”, (2) no se necesitaban cubrir a corto plazo los costes directos de la explotación, por estar compensados contablemente con la aplicación de subvenciones, y (3) la calidad de los servicios inicialmente ofertados era sensiblemente inferior a la de otros puertos deportivos de la región (*“oferta precaria de servicios a las tripulaciones y una ausencia casi total de servicios complementarios en el puerto”*); que los precios de EPPA son entre un 30 y un 37% inferiores a los de los puertos deportivos de la región, y que hay margen para subir los precios.

La instrucción realizada por el SDC, cuyos resultados se han incluido en el Fundamento de Derecho Tercero, permiten ver que EPPA está incrementando sus tarifas en los últimos años, de forma que desde el año 2005 los incrementos anuales para barcos de más de 8 metros de eslora son muy superiores al IPC, en concreto el incremento acumulado del 2005 y 2006 se sitúa entre el 15% para los barcos más pequeños (excluidos los de 6 y 7 metros) y superiores al 30% para los barcos que superan los 19 metros.

La comparación de tarifas del año 2006 entre los puertos de EPPA y uno de los puertos de cada mercado definido, excepto de la costa atlántica gaditana que carece de puertos de concesión con gestión indirecta, incorporado en el Fundamento derecho Tercero muestra que: en el mercado de Huelva, las tarifas de Isla Canela son un 22% superiores a las de EPPA para los barcos de 8 metros de eslora y un 14% superiores para los barcos de 18 metros; en la costa de Almería se encuentra Almerimar, puerto con 997 amarres, con sus tarifas hasta un 24% más bajas que las de EPPA; y en Málaga, las tarifas comparadas son con EPPA (Caleta de Vélez) y El Candado, donde éste tiene unas tarifas un 13% superiores a EPPA para los barcos de 8 metros, iguales para barcos de 10 m y un 13 % más bajas para barcos de 12 metros. Se da la circunstancia de ser dos puertos muy próximos, entre los que sí puede haber una clara competencia en precios.

Analizadas las entradas y salidas de nuevos operadores en los últimos años, encontramos que en Huelva la iniciativa privada más reciente es de 2005, “Marina el Rompido” con 320 atraques en la Ría del Piedras, mientras que la de “Isla Canela” con 319 atraques es de 1998. En Cádiz Atlántico sólo existen dos zonas recreativas privadas en Conil y Sancti Petri, sin información básica sobre ellas.

Existen en la actualidad, según la EPPA, 25 nuevas solicitudes de construcción y/o ampliación en fase de estudio, proyecto y ejecución (de 65 solicitudes en total). De nuevos puertos son 2, uno de iniciativa privada y otro de EPPA, 8 ampliaciones y 7 instalaciones ligeras (todas de iniciativa privada asignadas en concesión a asociaciones y clubes náuticos).

Por último, estudiando los posibles efectos que la conducta mantenida por EPPA encontramos acreditado en el expediente que las tarifas marcadas por los concesionarios son superiores a las de EPPA en Huelva y Málaga, pero inferiores en la costa de Almería; no se ha acreditado que esta política de tarifas haya dañado la posición competitiva de ningún operador privado; y se constata que han entrado operadores privados en los últimos años y se han presentado numerosas solicitudes de nuevas instalaciones por parte de operadores privados, por lo que todo indica que en el futuro aumentará la presencia de los mismos en los mercados analizados.

Por todas las circunstancias anteriormente expuestas, este Consejo no encuentra indicios que pudieran fundamentar la estimación del presente recurso y llevar a una valoración jurídica en el sentido de considerar acreditada la conducta denunciada de abuso de posición de dominio ni en el mercado de Huelva ni en el mercado de la costa atlántica gaditana, únicos mercados donde puede considerarse la posición de dominio de EPPA, dado

que no queda acreditada la intencionalidad de expulsión de la conducta ni los efectos anticompetitivos de la misma.

**Octavo.-** En cuanto a la posible infracción del artículo 7 LDC por competencia desleal argumentada por el recurrente, la falta de efectos constatados en el mercado, derivados de las tarifas de EPPA, junto al resto de elementos reveladores de la actitud de EPPA, tampoco permitirían a este Consejo estimar el presente recurso sobre la presunción de que la conducta denunciada estaría afectando a la competencia en el mercado de los servicios portuarios deportivos en detrimento del interés público, por lo que este Consejo considera que no hay razones en el expediente que sustenten la estimación del recurso en base al art. 7 LDC.

**Noveno.-** En el presente expediente el Consejo considera que no ha resultado acreditado que la conducta desarrollada por la EPPA, en su faceta de operador económico, constituya una posible infracción de la LDC. No obstante, este Consejo considera 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. 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.

Por todo lo cual, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

### **HA RESUELTO**

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).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a los interesados haciéndole 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 contados desde su notificación.