



Roj: **SAN 418/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:418**

Id Cendoj: **28079230062017100040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/02/2017**

Nº de Recurso: **51/2013**

Nº de Resolución: **71/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000051 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00659/2013

Demandante: AUTORIDAD PORTUARIA DE BARCELONA

Procurador: DOÑA PALOMA ORTIZ-CAÑAVATE

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a seis de febrero de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso contencioso administrativo nº **51/2013**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Paloma Ortiz-Cañavate, en nombre y en representación de la Autoridad Portuaria de Barcelona, contra la resolución dictada en fecha 10 de enero de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador S/0293/10 TRANSCONT. Ha sido parte la Administración demandada, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Interpuesto el recurso y seguidos los trámites previstos en la ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, dándose cumplimiento a este trámite dentro de plazo, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de la resolución administrativa y se deje sin efecto en lo que afecta a la Autoridad Portuaria de Barcelona.

SEGUNDO: La Abogacía del Estado contesta a la demanda, suplicando se dicte sentencia confirmatoria de la resolución impugnada por considerarla ajustada al ordenamiento jurídico.

TERCERO: Posteriormente se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones, y una vez presentados quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO: En este estado se señala para votación y fallo el día 26 de octubre de 2016, teniendo lugar así.

QUINTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se ha interpuesto por la representación procesal de la Autoridad Portuaria de Barcelona contra la resolución dictada en fecha 10 de enero de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador S/0293/10 TRANSCONT.

Dicha resolución en relación con la recurrente acuerda:

"Primero. Declarar que ALT, COTRAPORT y la Autoridad del Puerto de Barcelona han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por llevar a cabo acuerdos restrictivos de la competencia en el Puerto de Barcelona, según los términos descritos en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo.

Segundo.- Imponer las siguientes sanciones económicas por las infracciones declaradas en el Resuelve Primero de esta Resolución:

....

-CIEN MIL EUROS (100.000 euros) a la Autoridad del Puerto de Barcelona".

La resolución sancionadora impugnada, en lo que afecta a la Autoridad del Puerto de Barcelona, considera que participó en varias reuniones en las que, junto con las mercantiles ALTC (Asociación Logística de Transporte de Contenedores) y TRANSCONT (Asociación de Auto-patronos y empresarios de transporte de contenedores y afines por carretera de la provincia de Barcelona; empresa posteriormente reconvertida en COTRAPORT), se adoptaron acuerdos que fijaban los precios y tarifas, incluyendo la repercusión en los precios de la variación del IPC o de la variación del precio del combustible, en el mercado de transporte terrestre de contenedores con destino y/o origen el Puerto de Barcelona.

Conviene recordar que la CNC en el expediente sancionador S/0291/10 TRANSCONT calificó los acuerdos adoptados por ALTC y por TRANSCONT - mercantiles que también habían sido sancionadas en la misma resolución que ahora se revisa y que igualmente se han impugnado en la vía judicial- como acuerdos restrictivos de la competencia porque su objetivo era: (1) controlar los censos de vehículos de sus asociados; (2) elaborar y distribuir los distintivos que permitiesen la identificación de sus vehículos con fines de permitir la entrada física en el puerto; (3) organizar los respectivos observatorios de costes donde se elaboraban los estudios sobre los que después se acordaba la fijación de los precios anuales de los servicios a prestar, de sus actualizaciones según IPC, del momento en el que se debían aplicar las actualizaciones, de aplicar un canon por incremento del precio de los combustibles, de la cuantía de ese incremento y del día a partir del cual se aplicaría dicha cuantía; el establecimiento de los rappels o descuentos a aplicar sobre las tarifas, los periodos máximos de pago entre la empresa de transporte y el autónomo que ésta contrata; (4) elaborar y someter a discusión los documentos para consensuar el número total de radios kilométricos y su amplitud para fijar una única estructura tarifaria de oferta al cliente final del servicio; (5) distribuir entre sus asociados no solo la información periódica, generalmente de carácter bimensual, del incremento de los precios de los combustibles sino también que cantidad exacta debía ser repercutida sobre el precio final del servicio; (6) consensuar que IPC anuales debían emplearse en la actualización de las tarifas y a partir de qué momento, y (7) transmitir a otras asociaciones de usuarios del servicio la existencia de esa única tarifa consensuada entre competidores, y de instarles insistentemente a que procurasen su aceptación por parte de sus respectivos asociados.



Conducta que se calificó por la CNC como constitutiva de la infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y, además, como infracción única y continua que comprendía el periodo que iba desde enero de 2007 hasta marzo de 2011.

Sin embargo, la resolución sancionadora respecto de la Autoridad del Puerto de Barcelona le imputa su participación y responsabilidad solamente en relación con los acuerdos colusorios relacionados con la fijación de precios. En este sentido se afirma:

"Por lo que respecta a la responsabilidad de la Autoridad del Puerto de Barcelona, consta acreditado que, al menos desde 2007 participaba en la organización y operativa del observatorio de costes, primero subcontratando el servicio al Instituto Cerdá, y después de manera interna, elaboraba los documentos de base para calcular el coste del transporte. Su presencia consta a lo largo del periodo estudiado en gran parte de los contactos entre ALTC y TRANSCONT, relacionados especialmente con el observatorio de costes, aunque en su presencia ocasionalmente se trataran otros temas como el reparto equitativo del trabajo. La responsabilidad de la APB, en especial en materia del observatorio de costes, empleado como instrumento de fijación de precios y actualización de los recargos por los incrementos del precio de los combustibles, no solo está acreditada, a juicio de este Consejo, sino que además ha sido admitida por la propia Autoridad Portuaria de Barcelona. Desde el comienzo ha sido testigo, e incluso ha facilitado con sus estudios, al principio a través del Instituto Cerdá, y luego directamente, el cálculo de los incrementos que se debían aplicar como consecuencia de incremento de costes de inputs como el combustible.

Su actuación es, si cabe, aun mas reprochable por el momento en el aparece, en 2007, precisamente cuando el entonces SDC y ahora DI, ya había puesto en conocimiento de estas asociaciones, mediante el PCH del expediente 623/07, que las conductas desarrolladas hasta el momento estaban prohibidas por la LDC. La aparición de una autoridad pública como la APB en la escena de acuerdos entre empresas en el momento en el que estaban siendo perseguidos por la autoridad de competencia, pudo fácilmente contribuir a una menor efectividad de su actuación sancionadora, dando además ocasión a interpretaciones oportunistas como las alegadas por los imputados, de ser acuerdos amparados por la Administración Pública.

De ello puede deducirse su papel como facilitador en la medida en que permitió a estas asociaciones utilizar a la APB como coartada y "lavarle la cara" a un acuerdo que de sobra sabían era anticompetitivo.

Aun tratándose de una conducta única y continuada, ello no obsta para que este Consejo considere, y tenga en cuenta a efectos de cuantificar la sanción a imponer, que la APB no es responsable de la totalidad de las conductas que integran la infracción sancionada en el presente expediente, sino que dados los hechos acreditados su responsabilidad se limita al papel jugado en facilitar y mantener operativo una parte de los instrumentos empleados por el cartel para la constitución de su objetivo. El hecho de que haya puesto en conocimiento de la CNC determinados hechos no evita esta participación y el papel que ha jugado a la hora de facilitar las conductas, sin perjuicio de que pueda tenerse en cuenta a la hora de graduar el reproche que su conducta merece.

La APB, si bien contribuyó a debilitar el control que ALTC y TRANSCONT habían implementado para el acceso al puerto, también es responsable de facilitar el mantenimiento de la estructura de cartel montada por ALTC y TRANSCONT, prolongando con ello la propia existencia de un cartel que empezaba a mostrar síntomas de inestabilidad, si lo comparamos con la fortaleza que mostraba a lo largo de la investigación realizada en el contexto del expediente 623/07. La APB era plenamente consciente de que los acuerdos de precios, como el que estaba realizándose entre ALTC y TRANSCONT, y al que estaba ayudando a mantener con su participación, son acuerdos anticompetitivos sancionables por la normativa de defensa de la competencia. Ciertamente no puede deducirse que el objetivo de la APB con su comportamiento estuviese alineado con el de ALTC y TRANSCONT, pero ello no le exime de su participación en una conducta contraria al artículo 1 de la LDC y al 101 TFUE, por lo que este Consejo no puede sino considerarle partícipe en la infracción declarada en la presente resolución, en lo que se refiere al acuerdo en precios".

Es decir, la CNC entendió que la Autoridad Portuaria de Barcelona participó en el acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales (plazos de pago, formas de pago) para el control de la producción y de reparto de mercado en el transporte por carretera de contenedores con origen y/o destino en el Puerto de Barcelona junto con la participación de las mercantiles TRASCONT y ALTC. Y ello mediante la realización de los estudios de costes del transporte de contenedores por carretera y por su asistencia a reuniones en las que, junto a ALTC y TRANSCONT, se fijaban precios y condiciones comerciales.

Respecto de cuales han sido los criterios tenidos en cuenta por la CNC para la determinación de la cuantía de la sanción de multa impuesta a la Autoridad Portuaria de Barcelona, la resolución sancionadora refiere que:



"Igualmente considera que APB, por dar apoyo y cobertura a una conducta contraria de fijación de precios, facilitando su implementación, debe ser merecedora de otra multa.

....

En el caso de la Autoridad Portuaria de Barcelona, dado el contexto en el que ha cometido la infracción y la naturaleza de la propia entidad, no resulta procedente la aplicación de una metodología como la que establece la Comunicación de sanciones, y por analogía con las sanciones impuestas en conductas similares a otras entidades con funciones reguladoras en sus mercados, se considera proporcionado una sanción de 100.000 euros".

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la Autoridad del Puerto de Barcelona se solicita la nulidad de la sanción de multa impuesta en la resolución impugnada.

Básicamente, la recurrente justifica su defensa rechazando su imputación en la participación en un cártel de fijación de precios y condiciones comerciales, de limitación o control de producción y de reparto de mercado en el transporte por carretera de contenedores con destino y/o origen el Puerto de Barcelona entre enero de 2007 y marzo de 2011. En este sentido sostiene que, como no compite en el mercado del transporte por carretera de contenedores ni obtiene beneficios económicos de la realización de conductas colusorias en ese mercado, no puede calificarse su conducta como anticompetitiva sino que, por el contrario, debe declararse exenta de responsabilidad porque actuaba en el ejercicio de funciones públicas dada su condición de autoridad administrativa.

Y en apoyo de su defensa sostiene que como autoridad administrativa no puede ser responsable de una infracción de las tipificadas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia . Especialmente porque, tal como refiere la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , cártel es todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

Definición de cártel que no puede aplicarse a la conducta que se imputa a la Autoridad Portuaria de Barcelona por las siguientes razones:

(1) no tiene la consideración de operador económico y, por tanto, no ha podido intervenir en los acuerdos adoptados por las empresas ALTC y TRANSCONT que, como operadores económicos, sí tenían intereses económicos en el control y supervisión del transporte terrestre de contenedores con origen y/o destino en el Puerto de Barcelona.

(2) insiste en la imposibilidad de que la Autoridad Portuaria de Barcelona pueda participar en un cártel por cuanto no opera en el mercado del transporte terrestre de contenedores ni los contrata; no es competidor de quienes sí se dedican a prestar servicios de transporte terrestre, ni de quienes importan o exportan las mercancías que precisan de esos servicios; no es operador en ese mercado ni forma parte de la cadena de distribución del bien o servicio de que se trate; ni tiene interés en relación con las fijaciones de precios o limitaciones de flotas o reparto del mercado del transporte de contenedores por carretera.

(3) y como no tiene la consideración de operador económico, la cuantía de la multa que se le impone no puede, por ello, referirse al volumen de negocios al que se remite el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 y por ello se le impone una sanción de multa cuya cuantía se fija "a tanto alzado".

Asimismo, sostiene que en ningún momento ha compartido ni ha consentido los acuerdos restrictivos de competencia realizados por las empresas ALTC y TRANSCONT. Al contrario, su actuación demuestra interés en evitar y en poner fin a esas conductas contrarias a la competencia. En esta línea destaca que fue la Autoridad Portuaria de Barcelona quien presentó la denuncia ante la CNMC contra ALTC y TRANSCONT por realizar actos dirigidos a dominar el mercado del transporte de contenedores en el Puerto de Barcelona; también presentó denuncia ante la fiscalía contra algunos miembros de la asociación TRANSCONT por extorsión y contra la propia TRANSCONT por asociación ilícita que terminó con sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 17 de diciembre de 2009 , confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 27 de diciembre de 2010 ; y, además, destaca que en el expediente sancionador que determinó la resolución sancionadora de la CNC de 1 de abril de 2008 fue clave el informe elaborado por la Autoridad Portuaria de Barcelona para acreditar las conductas colusorias de TRANSCONT y de ALTC; resolución sancionadora que se confirmó por esta Sección en la sentencia dictada en fecha 19 de enero de 2012 en el P.O. nº 198/2008 .

Subsidiariamente, refiere que la conducta imputada por la CNC debería, en su caso, ser objeto de exención de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la



Ley 15/2007 que dispone que las prohibiciones del presente capítulo no se aplicaran a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. Y la Autoridad del Puerto de Barcelona defiende su participación en las conductas imputadas alegando que entran dentro de las funciones de gestión encomendadas a la Autoridad Portuaria de Barcelona de acuerdo con la regulación de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico de prestación de servicios en los puertos de interés general y de la regulación del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. En defensa de esta tesis, la Autoridad del Puerto de Barcelona destaca que los años 2007 a 2011 fueron una época de especial virulencia y conflictividad que le obligaron a realizar una labor de prevención y de solución de los conflictos para evitar las graves consecuencias que esa conflictividad tenía para el puerto. Por tanto, su participación en los hechos sancionados y su interés en los mismos se debió exclusivamente a su responsabilidad como Administración gestora del puerto que ha de procurar mantener el orden y la plena operatividad de los espacios terrestres, de agua e instalaciones integradas en la zona de servicios portuarios. Y por ello la publicación en la web de la Autoridad Portuaria de Barcelona, desde el mes de septiembre de 2008 a marzo de 2011, de estudios sobre los costes del transporte de contenedores por carretera, perseguía como única finalidad la de proporcionar una referencia pública y transparente adaptada al Puerto de Barcelona de estudios a partir de fuentes públicas del Ministerio de Fomento. En ningún momento pretendió que se utilizase para la fijación de precios obligatorios para los operadores.

Y concluye insistiendo que la Autoridad Portuaria de Barcelona no participó con TRANSCONT y ALTC en la adopción de ningún acuerdo colusorio ni les ayudó en sus objetivos hasta el punto de que fue ella quien denunció los hechos ante la CNC.

TERCERO .- Por su parte el Abogado del Estado interesa la desestimación del presente recurso contencioso administrativo. Y sostiene que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61.1 de la Ley 15/2007, es posible ser responsable de las infracciones tipificadas en esta ley aunque no se tenga la condición de empresario siempre que se haya acreditado su participación en el cártel como acuerdo dirigido a la fijación de precios y condiciones comerciales en el transporte terrestre de contenedores desde o hacia el Puerto de Barcelona. Y resalta que la participación de la recurrente en el cártel se constata desde al menos el año 2007 en que participó en la organización y operativa del observatorio de costes (empleado como instrumento de fijación de precios y actualización de los recargos por los incrementos del precio de los combustibles) subcontratando, primero, el servicio al Instituto Cerdá y, después, de manera interna elaborando los documentos base para calcular el coste del transporte. Además, porque su participación permitió a las asociaciones implicadas en el cártel utilizar a la APB como coartada para dar indicios de legalidad aun acuerdo que se sabía era anticompetitivo.

CUARTO.- Visto así el planteamiento del presente recurso contencioso administrativo corresponde a esta Sala determinar si la actuación de la Autoridad Portuaria de Barcelona puede calificarse como constitutiva de un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En este caso, al abordar la alegación de la recurrente sobre su participación y conocimiento de los acuerdos colusorios referidos, debemos destacar que la Autoridad del Puerto de Barcelona, en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, admitió su participación y conocimiento de los acuerdos colusorios cuando califica que fue un "error" el haber participado en la elaboración de los costes y en reuniones en las que se trataban temas contrarios a la Defensa de la Competencia. En dicho escrito se admite que *"no actuó correctamente al encargar la elaboración de los estudios de costes del transporte de contenedores y publicarlos, al asistir a reuniones con ALT y TRANSCONT sin la prudencia de dejar constancia inequívoca del contenido de las mismas y de manifestar inmediatamente su oposición, en su caso, a planteamientos que, en esas reuniones, fueran contrarios al Derecho de Defensa de la Competencia, se equivocó. La única finalidad que perseguía con esas actuaciones, evitar las terribles consecuencias que los conflictos en el transporte de contenedores por carretera tenían en el puerto, no puede cambiar ese hecho"*.

Ese reconocimiento permite dar por acreditada su participación en la adopción de acuerdos de fijación de precios, incluyendo la repercusión en los precios de la variación del IPC o de la variación del precio del combustible y de las condiciones comerciales. Participación a través del llamado observatorio de costes en el que la APB participó inicialmente subcontratando el servicio al Instituto Cerdá y, después, de manera interna, elaborando los documentos de base para calcular el coste del transporte. En los llamados "Observatorios de Costes" se recogían las tarifas por tramos kilométricos que debían aplicar los transportistas autónomos a las empresas de transporte a las que prestan sus servicios; e igualmente se recogen las tarifas, con el mismo esquema de distancias kilométricas, que las empresas de transportes aplicaban a sus clientes como destinatarios finales de la mercancía a transportar. Además, en el seno de los observatorios se acuerdan los precios anuales de los servicios que prestan las mercantiles ALTC y TRANSCONT; sus actualizaciones según



IPC; el momento en el que debían aplicar las actualizaciones; la aplicación de un canon por incremento del precio de los combustibles, la cuantía de ese incremento y el día a partir del cual se aplicaría dicha cuantía. Con todo ello se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a una variable fundamental, el precio. Se han coordinado sobre si iban a subir tarifas, cuándo y en qué orden de magnitud. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa.

No obstante, a pesar del referido reconocimiento por parte de la APB de su participación en las reuniones relacionadas con el llamado "observatorio de costes", esta Sección destaca diversos documentos obrantes en el expediente administrativo que permiten concluir igualmente que la recurrente sí participó en reuniones en las que, junto con ALTC y TRANSCONT, se adoptaron acuerdos sobre la fijación de precios en el mercado del transporte terrestre de contenedores con destino y/o origen el Puerto de Barcelona. Se destacan los siguientes documentos: (1) correo electrónico de 9 de enero de 2007 enviado por ALTC a la junta directiva en el que se señala: *"...Ayer tarde (entre las 16 y las 20,00horas), se celebro reunión que había sido convocada por la APB la semana pasada entre ALTC, TRANSCONT y la Autoritat Portuaria. Los temas a tratar era la situación del contrato-acuerdo marco y la elaboración de un observatorio de costes. Respecto del primer punto, cuya cuestión fundamental era la forma de pago, el acuerdo que se estableció fue: Se le abonara al autónomo como máximo a los 35 días fecha factura, y se garantizara una facturación mínima de 3.000 euros...En cuanto al segundo punto, la APB presento una variante del observatorio de costes de la Generalitat, mediante un programa informático que tras incluir los diferentes parámetros de costes, elabora un precio por radio...Los servicios jurídicos se ocuparan de incluir este observatorio en los contratos, contando con la ayuda de la APB, que lo remitirá a la Generalitat";* (2) circular que ALTC envía el 7 de marzo de 2007 a sus asociados: *"Circular nº 8/2007. Observatorio de Costes. Volvemos a comunicar a título informativo, que del observatorio de costes se deriva un incremento estimado en un 5% para el año 2007, recordando además que los periodos anuales del citado observatorio se inician el 1 de abril"*; (3) circular enviada por ALTC el 13 de junio de 2008 en la que se indicaba: *"Tras las negociaciones mantenidas en la jornada de ayer en la sede de la APR, previa a la asamblea informativa que se realizó por la mañana, y con el resto del colectivo de la Comunidad Portuaria incluidos los representantes de TRANSCONT, os informamos de los acuerdos adoptados previa aceptación de los mismos por la asamblea de autónomos, para desconvocar el paro.se estableció un incremento de un 10% por canon de combustible, analizado desde el 2-1-08 a 31-5-08";* (4) correo electrónico enviado el 2 de febrero de 2009 por TRANSCONT a ALTC en el que se señala: *"Convocatoria mesa transporte...Según la conservación mantenida en el día de hoy, te ruego convoques la mesa de transporte integrada por ALTC, TRANSCONT y APB para tratar el punto 10 del decálogo relativo al reparto equitativo y equilibrado del trabajo";* (5) correos electrónicos enviado por el Instituto Cerdá a TRANSCONT con copia a la Autoridad Portuaria de Barcelona en fechas 26 de febrero y 30 de abril de 2009 relativos a la "propuesta corrección de la metodología del cálculo del BAF"; (6) correo electrónico de 9 de abril de 2010 enviado por ALT a sus asociados relativo al observatorio de Costes en el que se afirma: *"el observatorio lo realiza la APB...Me alegra saber que se aplica"*; (7) correo electrónico de marzo de 2011 de ALTC a sus asociados, a TRANSCONT en el que se informa: *"...Con relación a la variación del canon de combustible a aplicar a partir de uno de abril comunicaros; Que en la tarde de ayer se mantuvo reunión con el Sr. Adolfo Romagosa (APB) y representación de ALTC y COTRAPORT. En la misma se debatió la cuestión del canon de combustible presentado conforme a los datos que aportamos un porcentaje de incremento en torno al 7%. Tras la revisión efectuada durante la mañana de hoy acabamos de recibir hoja de cálculo del Sr. Romagosa, cuyo resultado es del 5,50. Ante la necesidad de unificar criterios de forma coherente y dentro de la absoluta legalidad de esta medida, así como de la explicación obligada a nuestros clientes de dicha variación, se ha propuesto reunión para el próximo martes día 22...Por tanto esperaremos que el próximo miércoles, tendremos un resultado de esa variación homologado por todas las partes (de cuyo resultado se informara a través de circular) esperando que para el siguiente calculo previsto para uno de junio se haya normalizado la confección y publicación del citado baremo"*.

Lo expuesto demuestra que la recurrente participó en numerosas reuniones y no puede justificar su falta de culpabilidad refiriendo que fue ella quien presentó denuncia ante la CNC. Y ello no solo porque no es cierto-se limitó a remitir ala CNC un burofax del representante de una empresa de transporte que refería prácticas anticompetitivas- sino porque, además, el hecho de que se presente una denuncia en este ámbito no significa falta de culpabilidad.

Las conductas en las que participó la recurrente son restrictivas de la competencia en cuanto que suponen controlar el mercado del transporte por carretera de contenedores con el objeto de que dicho trabajo se reparta entre los miembros del cartel y en las mismas condiciones comerciales, eliminando la competencia por el cliente entre ellos, e impidiendo que terceros competidores pudieran acceder al recinto portuario del Puerto de Barcelona.



Y la CNMC en la resolución sancionadora que se impugna entendiéndose por todo ello que la Autoridad Portuaria de Barcelona desempeñó un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios y de condiciones comerciales en el transporte terrestre de contenedores con destino/origen el Puerto de Barcelona realizado por empresas competidoras, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y, por lo tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en dicho mercado excediendo con creces las competencias que tiene atribuidas sobre el sector. Y en la resolución sancionadora se destaca por la CNMC que:

"Ciertamente no puede deducirse que el objetivo de la APB con su comportamiento estuviese alineado con el de ALTC y TRANSCONT, pero ello no le exime de su participación en una conducta contraria al artículo 1 de la LDC y al 101 TFUE, por lo que este Consejo no puede sino considerarle participe en la infracción declarada en la presente resolución, en lo que se refiere al acuerdo en precios".

QUINTO.- La recurrente que no niega su participación en el observatorio de costes ni tampoco su asistencia a alguna reunión con ALTC y TRANSCONT, no obstante, discrepa de la calificación que la CNC ha atribuido a su participación en las citadas conductas. La CNC ha considerado que esas conductas han supuesto la participación de la Autoridad del Puerto de Barcelona en un cártel de fijación de precios y de condiciones comerciales, y de limitación o control de la producción y del reparto del mercado en el transporte por carretera de contenedores en el puerto de Barcelona. Sin embargo, la recurrente sostiene que no se le puede declarar responsable por su participación en una conducta infractora que se califica como "cártel" por dos razones: primera, porque como no es un operador económico, sino autoridad administrativa, no presta servicios de transporte terrestre de contenedores ni los contrata; no es competidor ni de quienes se dedican a prestar servicios de transporte terrestre, ni de quienes importan o exportan las mercancías que precisan esos servicios; no tiene interés en relación con fijaciones de precios o limitaciones de flotas o reparto de mercado del transporte de contenedores por carretera; y, segunda, porque en su caso, además, esas conductas deberían estar exentas de responsabilidad al haber actuado en el ejercicio de las funciones administrativas encomendadas dirigidas a preservar el orden en la actividad económica del Puerto de Barcelona en una época especialmente conflictiva con paros y huelgas que amenazaban la seguridad en el Puerto de Barcelona.

La cuestión que así se plantea es si la CNC puede declarar responsable a un órgano de una Administración Pública, Autoridad del Puerto de Barcelona, por participar en un cártel cuando no ha actuado ni ha podido actuar como operador económico sino en el ejercicio de funciones públicas e incluso para el caso de que esa actuación supusiera un exceso en el ejercicio de las facultades de ordenación que le otorga el ordenamiento jurídico.

En definitiva, se trata de determinar si la participación de la Autoridad del Puerto de Barcelona en un acuerdo anticompetitivo como facilitador (impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico y sin amparo legal ex art. 4 LDC, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC, incluso si, como mantiene la resolución sancionadora, tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa.

Ciertamente puede ser muy discutible la posibilidad de sancionar a una autoridad administrativa por vulneración de las normas de competencia cuando con su participación en un cártel ello ha supuesto, sin duda, un exceso en el ejercicio de las funciones administrativas. No obstante, esta cuestión ya se ha resuelto en sentido desfavorable para la Autoridad del Puerto de Barcelona por la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 18 de julio de 2016 en el recurso de casación nº 2946/2013 interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por esta misma Sección Sexta de 6 de junio de 2012 en el recurso contencioso-administrativo nº 626/2011 en cuya parte dispositiva se declaraba: *"Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09) productores de Uva y Vinos de Jerez y en consecuencia se anula en la parte que declara a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto durante el período comprendido entre abril de 1991 hasta al menos marzo de 2009"*.

El Tribunal Supremo en la citada sentencia de 18 de julio de 2016 ha declarado que en el ámbito de defensa de la competencia si es posible considerar responsable de la infracción del artículo 1 de la LDC a una autoridad administrativa por cuanto que ello se ajusta a la interpretación sistemática de la propia LDC que en el artículo 61 LDC, al definir las personas que pueden considerarse sujetos infractores de la normativa de defensa de la competencia, alude a las personas físicas y jurídicas y el artículo 1 no menciona a las empresas como



únicos sujetos capaces de desarrollar las conductas colusorias. Y hace referencia a la sentencia del TJUE caso "Treuhand" que centra los requisitos para apreciar la presencia de la figura del facilitador en la forma de intervención y conocimiento de la conducta no en la condición de quien la realiza. Y por ello el Tribunal Supremo declara en dicha sentencia que:

" 1. Ha lugar al recurso de casación nº 2946/2013 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 626/2011) que ahora queda anulada y sin efecto.

2. Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09, productores de uva y vinos de Jerez)".

El Tribunal Supremo en dicha sentencia acepta los argumentos aludidos por el Abogado del Estado que defendía la interposición del recurso de casación refiriendo que, pese a la incuestionable participación de la Junta de Andalucía en los hechos investigados en relación al cártel del vino de Jerez, la sentencia de instancia exime de toda responsabilidad a la Junta sobre la base de considerar que no intervino como operador económico. Y el Tribunal Supremo estima el citado recurso de casación razonando porque en algunas ocasiones una autoridad administrativa sí puede ser responsable de la infracción prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Sentencia que da respuesta a los mismos interrogantes que en el caso analizado plantea la Autoridad Portuaria de Barcelona para justificar su pretensión de que no puede ser responsable de la infracción referida. Doctrina del Tribunal Supremo fijada en dicha sentencia que obliga a esta Sección a acudir a sus fundamentos jurídicos para rechazar las alegaciones de la ahora recurrente, Autoridad del Puerto de Barcelona.

En este sentido, como ya hemos señalado, la Autoridad Portuaria de Barcelona entiende que no puede ser responsable de la infracción que se le imputa - art. 1 de la LDC - puesto que, como no tiene la consideración de operador económico, no ha podido intervenir en los acuerdos adoptados por las empresas ALTC y TRANSCONT que, como operadores económicos, sí tenían intereses económicos en el control y supervisión del transporte terrestre de contenedores con origen y/o destino en el Puerto de Barcelona.

Pues bien, el Tribunal Supremo en la sentencia referida de 18 de julio de 2016 rechaza dicha argumentación y concluye que sí es posible sancionar por las normas de competencia a una autoridad administrativa que, aunque no tenga la consideración de operador económico ni actúe como tal, no obstante realiza actuaciones que suponen una infracción de las normas de competencia cuando actúa incluso como facilitador (impulsando, refrendando o promoviendo la ejecución del acuerdo) y, además, no están exentas de responsabilidad porque dichas actuaciones no pueden ampararse en normas legales de actuación de la autoridad administrativa. Y en este sentido en el fundamento de derecho segundo de la citada sentencia del Tribunal Supremo se afirma:

"SEGUNDO.-...

Por lo pronto debe notarse que, en el plano subjetivo, el artículo 1 de la Ley se refiere a las conductas prohibidas ("... todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...") sin que de ese enunciado se excluyan las conductas llevadas a cabo por entidades de naturaleza jurídico-pública. Y en esa misma línea, cuando el artículo 61.1 de la Ley se refiere a los sujetos infractores incluye en esa categoría, sin excepción, a "...las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley".

Es cierto que más adelante, el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, al enumerar las sanciones según se trate de infracciones leves, graves o muy graves, se refiere a las sanciones que en cada caso pueden imponerse "...a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley". Sin embargo, esta alusión a los agentes económicos y empresas guarda relación directa con el hecho de que las sanciones que el mismo artículo 63.1 delimita se cuantifican como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, criterio que, ciertamente, no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una administración o entidad jurídico pública; lo que no excluye, sin embargo, que ésta pueda haber incurrido en una conducta prohibida de las definidas en el artículo 1 de la propia Ley.

La Sala de instancia invoca diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -STJU de 12 de julio de 2012, caso Compass-Datenbank, y STJUE de 28 de febrero de 2013 (asunto C-1/12), caso Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas- para señalar que, a pesar de la distinta terminología que utilizan la normativa española y la comunitaria europea para definir el ámbito subjetivo de aplicación de las normas, en realidad



coinciden en el sentido de que "...la conducta puede ser realizada por cualquier agente económico (incluida por tanto la Administración Pública), cualquiera que sea su forma jurídica siempre que ejerza una actividad económica" (F.Jº tercero de la sentencia recurrida).

Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia que se citan en la sentencia recurrida no conducen a la conclusión a que llega la Sala de instancia. Baste señalar que, si bien la fundamentación de la STJUE de 28 de febrero de 2013 (asunto C-1/12) contiene los párrafos 35 y 36 que se transcriben en la sentencia recurrida, en los que se indica que "...en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación" y que "...constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado", debe notarse que esas indicaciones en modo alguno constituyen la ratio decidendi de la sentencia. Muy al contrario, en esa sentencia el Tribunal de Justicia termina concluyendo que el Reglamento adoptado por el colegio profesional al que se refería la cuestión prejudicial debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1; que la circunstancia de que las normas aprobadas no tengan influencia directa en la actividad económica de los miembros de dicho colegio profesional no afecta a la aplicación del artículo 101 TFUE cuando la infracción imputada al colegio profesional se refiere a un mercado en el que el propio colegio profesional desarrolle una actividad económica; y, en fin, que un reglamento que establece un sistema de formación obligatoria de los expertos contables para garantizar la calidad de los servicios prestados por éstos -como el adoptado por el colegio profesional en cuestión- "...constituye una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE, en la medida en que, como corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, elimine la competencia en una parte sustancial del mercado pertinente en beneficio de dicho colegio profesional e imponga en la otra parte de este mercado condiciones discriminatorias en detrimento de sus competidores".

Quiere decirse con ello que la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia".

Y en el fundamento de derecho tercero, el Tribunal Supremo refiere que la autoridad administrativa puede incluso ser responsable a título de cooperador necesario o de facilitador afirmando en esta línea que:

" A diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado desde antiguo diversas formas y grados de participación del sujeto en la conducta delictiva-actor material, inductor, cómplice, etc-, con el consiguiente reflejo en la individualización y graduación del reproche punitivo, en el derecho administrativo sancionador no existe una catalogación general en función del grado de protagonismo de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta infractora, de manera que la individualización y graduación de la sanción -inexcusable en aras del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)- se realiza atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin excluir las subjetivas de los distintos infractores y su posición relativa con respecto al hecho infractor.

No obstante, pese a no existir en el Derecho administrativo sancionador la mencionada categorización dogmática en función del grado de protagonismo de los partícipes en la conducta infractora (tampoco se encuentra una sistematización de esa índole en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ambas de próxima entrada en vigor), sí hay manifestaciones parciales de esa forma de graduación en determinadas leyes sectoriales. En concreto, en el ámbito de la defensa de la competencia, tras enunciar el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 los "criterios para la determinación del importe de las sanciones", el artículo 64.2.b/ incluye entre las circunstancias agravantes la que se refiere a " la posición de responsable o instigador de la infracción ", lo que constituye una clara referencia, siquiera parcial o incompleta, al diferente grado de participación en la conducta infractora.

Con todo ello queremos poner de manifiesto la necesidad de cuando menos matizar la afirmación que hace la sentencia recurrida en el sentido de que para que una Administración pública pueda ser declarada responsable de la conducta infractora es necesario que aquélla ejerza una actividad económica. Aceptando que constituye "actividad económica" la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, lo que llevamos razonado conduce a concluir que la participación en esa actividad económica, y, por tanto, en la conducta infractora definida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc".

Asimismo, el Tribunal Supremo analiza en la citada sentencia de 18 de julio de 2016 la posibilidad de que la actuación desarrollada por la autoridad administrativa pueda declararse exenta de responsabilidad



sancionadora cuando se está ante la realización de actos restrictivos de competencia por las autoridades administrativas pero en el ejercicio de funciones administrativas que están amparadas en una Ley. Y sobre esa cuestión, el Tribunal Supremo expuso:

"CUARTO.- La sentencia recurrida afirma que una Administración puede ser considerada responsable de una conducta contraria al derecho de la competencia cuando actúa como operador económico pero no cuando lo hace ejerciendo potestades públicas -aunque sea excediéndose de ellas- pues en este caso el órgano regulador de la competencia no tiene otra vía que la de la impugnación del acto o disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo que está expresamente legitimado en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley 15/2007 . Pero esta afirmación merece algunas puntualizaciones.

Por lo pronto, no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas. Sobre todo si, como sucede en el caso que examinamos, su actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas, cuya impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en el citado artículo 12.3 de la Ley 15/2007 resultaría escasamente viable, dado que el precepto confiere legitimación <<... para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados>>.

Buena muestra de que no siempre existe una nitida entre el ejercicio de potestades públicas y las actuaciones con incidencia en el mercado nos la ofrece la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2015 (casación 294/2013) . En aquella ocasión la Sala de la Audiencia Nacional había desestimado el recurso contencioso-administrativo que habían interpuesto la Comunidad de Castilla La Mancha y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declaró la existencia de una conducta restrictiva de la competencia consistente en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha establecieran, entre las oficinas de farmacia que lo desearan, turnos rotatorios para el suministro directo a los centros socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud.

En dicha sentencia decíamos compartir la apreciación de la resolución administrativa sancionadora, y de la sentencia de la Audiencia Nacional que la había confirmado, en el sentido de que el convenio suscrito entre el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de esa Comunidad Autónoma albergaba una restricción del mercado y vulneraba, en definitiva, el derecho de la competencia. Y a partir de esta apreciación, hacíamos en el fundamento jurídico segundo, citando un pronunciamiento anterior de esta misma Sala del Tribunal Supremo, las siguientes consideraciones:

<< (...) Afirmada así la existencia de la conducta infractora, frente a tal conclusión no cabe pretender -aunque así lo pretenda el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos- que la conducta examinada se encuentra amparada en el artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , que excluye de su ámbito de aplicación "...las conductas que resulten de la aplicación de una ley".

El referido artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , tiene su antecedente inmediato en el artículo 2.1 de la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , en el que se establecía: << Las prohibiciones del artículo 1º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley>>. Pues bien, en nuestra sentencia de 27 de octubre de 2005 (casación 8093/2002) ya tuvimos ocasión de precisar significado y alcance de ese artículo 2.1 de la Ley 16/1989 , sustancialmente coincidente con el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 que aquí se invoca.

Trasladando las consideraciones que expusimos en aquella sentencia al caso que ahora nos ocupa, comenzaremos señalando que no existe una norma legal que determine que sólo las farmacias más cercanas dispensen medicamentos a las residencias sanitarias, y, menos aún, que deban hacerlo en régimen de turnos rotatorios. Por tanto, no es en una norma legal sino en el acuerdo al que se refiere la controversia donde se establece ese régimen de dispensación y de turnos rotatorios. Pues bien, el hecho de que el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el Servicio de Salud de Castilla La Mancha alcanzasen ese acuerdo no implica que, por el mero hecho de haber actuado una y otra entidad en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, el acuerdo alcanzado sea sin más conforme con el derecho de la competencia. Dicho de otro modo, las normas que regulan las atribuciones Servicio de Salud de Castilla La Mancha y el ámbito de actuación Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos pueden amparar que dichas entidades alcancen y formalicen acuerdos; pero el contenido de tales acuerdos no debe considerarse necesariamente ajustado a derecho, desde la perspectiva del derecho de la competencia, por la sola invocación del artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (antes, artículo 2.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia). Este precepto tiene un alcance



mucho más circunscrito, pues se refiere a conductas que por sí mismas estarían incursas en el artículo 1 de la propia Ley pero que, por estar contempladas en una Ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en su ejecución, quedarían amparadas frente a las prohibiciones que enumera el citado artículo 1.

En definitiva, el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 -como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989 - no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquéllas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007 . Y tal cosa no sucede en el caso que estamos examinando>>.

Vemos así que el reconocimiento de que tanto el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos como el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha habían actuado en el ejercicio de sus respectivas competencias al suscribir el acuerdo no impedía declarar que el referido acuerdo era contrario al derecho de la competencia.

Y frente al argumento que en aquel caso esgrimía la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha de que la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas no podía ser objeto de control por parte de otra Administración -en este caso, la Comisión Nacional de la Competencia-, dábamos en el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia de 9 de marzo de 2015 (casación 294/2013) la siguiente respuesta:

<< (...) Ante todo es obligado recordar -ya lo señala la sentencia recurrida- que según establece el artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia << (...) 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal>>.

El tenor de ese precepto pone de manifiesto que, como también señala la sentencia de instancia -que cita, a su vez, a la resolución administrativa impugnada- en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.

La sentencia recurrida -lo mismo que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que en ella se confirma- no ignora, ni desde luego cuestiona, las competencias de la Administración autonómica de Castilla y La Mancha en relación con la regulación y gestión del servicio público sanitario. Lo que hacen la resolución administrativa y la sentencia es, sencillamente, salir al paso de una conducta que, aunque se dice llevada a cabo en el ejercicio de aquellas competencias, resulta vulneradora del derecho de la competencia. En fin, como hemos visto al examinar el motivo de casación formulado por el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha, el hecho de que la conducta infractora se haya realizado invocando el ejercicio de una competencia legalmente atribuida no determina por sí mismo que se deba operar una cláusula de exclusión del artículo 4.1 de la Ley 15/2007 >>.

Tales consideraciones son enteramente trasladables al caso que nos ocupa. En particular el punto en el que afirmábamos -y ahora lo reiteramos- que en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.

Siendo ello así, es indudable -la propia sentencia recurrida lo admite y no ha sido cuestionado en casación- que en el caso que nos ocupa la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica "...un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros...". Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia ".

*En el caso analizado, la Autoridad Portuaria de Barcelona afirma que, en su caso, su participación en las conductas que se le imputan tiene justificación porque se realizaron en el ejercicio de sus funciones administrativas recogidas en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general. Y ello determina la exención de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia tal como establece el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 al referir que *las prohibiciones del presente capítulo no se aplicaran a las conductas que resulten de aplicación de una ley.**



Esta Sección no comparte, en este caso, la aplicación de la exención que solicita la recurrente. Y ello porque entre las funciones administrativas otorgadas a la Autoridad del Puerto de Barcelona no se encuentra la de cooperar con las empresas competidoras en el transporte terrestre de contenedores para la fijación de precios, tarifas y sus actualizaciones. Al contrario, entre sus funciones se encuentra precisamente la de velar por el respeto a la competencia en el ámbito en que actúa. Así se deduce del artículo 56 de la Ley 33/2010 cuando dispone que:

"1. La actividad portuaria se desarrollará en un marco de libre y leal competencia entre los operadores de servicios en los puertos de interés general.

A tal efecto, corresponde a Puertos del Estado promover la competencia en el conjunto del sistema portuario y a las Autoridades Portuarias en sus propios ámbitos territorial y funcional.

2. Se reconoce la libertad de acceso a la prestación de servicios en los puertos de interés general, en los términos establecidos en esta ley".

Y en el artículo 59 de la misma Ley 33/2010 se regula que se entiende por servicios portuarios y entre ellos no se encuentra la relativa a la determinación de los precios del transporte terrestre de contenedores. Dicho precepto dispone:

"1. Son servicios portuarios las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias".

Tampoco puede justificar la actuación de la recurrente la situación de conflictividad que se afirma existía en el sector con huelgas y paros. Es incierta la afirmación de la recurrente de que ante esa situación conflictiva la única opción que tenía la Autoridad del Puerto de Barcelona era la de "facilitar" la adopción de acuerdos colutorios a las empresas competidoras y que prestaban servicios de transporte de contenedores en el citado puerto. En este sentido, se destaca el artículo 60.3 de la Ley 33/2010 que regula las atribuciones de la Autoridad del Puerto al disponer que:

"Los servicios portuarios serán prestados de acuerdo con lo dispuesto en las prescripciones particulares del servicio, y estarán sujetos a las obligaciones de servicio público previstas en esta Ley, las cuales se aplicarán de forma que sus efectos sean neutrales en relación con la competencia entre prestadores de servicios portuarios.

Son obligaciones de servicio público, de necesaria aceptación por todos los prestadores de servicios en los términos en que se concreten en sus respectivos títulos habilitantes, las siguientes:

a) Cobertura universal, con obligación de atender a toda demanda razonable, en condiciones no discriminatorias, salvo las excepciones previstas en esta Ley para los casos de terminales de pasajeros y mercancías de uso particular.

b) Continuidad y regularidad de los servicios en función de las características de la demanda, salvo fuerza mayor. Para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, las Autoridades Portuarias podrán establecer servicios mínimos de carácter obligatorio".

Y en el apartado 4, del mismo artículo 60, se añade:

"Las Autoridades Portuarias deberán adoptar las medidas precisas para garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de servicios portuarios en el puerto. A tal fin, podrán excepcionalmente asumir, previo informe favorable de Puertos del Estado, la prestación directa o indirecta de un servicio portuario cuando por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada sea necesario garantizar una adecuada cobertura de las necesidades del servicio".

SEXTO.- La recurrente asimismo entiende que la sanción de multa impuesta - 100.000 euros- le ha causado indefensión por cuanto desconoce cuál ha sido el tipo infractor que ha tenido en cuenta la CNC para fijar el importe de la multa porque al no ser la Autoridad del Puerto de Barcelona un operador económico no dispone la CNC de volumen de negocios como referencia para determinar el importe de la sanción de multa.

No se comparte la afirmación de que en este caso se ha causado indefensión ni tampoco que se haya vulnerado el principio de proporcionalidad por cuanto la multa se le ha impuesto en la cuantía mínima posible a pesar de que la conducta calificada como de cártel se tipifica como infracción muy grave (art. 62.4.a LDC) y era posible imponer una multa por importe de más de 10 millones de euros (art 63.3LDC) cuando, como es el caso, no es posible delimitar el volumen de negocios total de la empresa infractora.



La resolución sancionadora justifica la multa impuesta así como su importe afirmando que: *"En el caso de la Autoridad Portuaria de Barcelona, dado el contexto en el que ha cometido la infracción y la naturaleza de la propia entidad, no resulta procedente la aplicación de una metodología como la que establece la Comunicación de sanciones, y por analogía con las sanciones impuestas en conductas similares a otras entidades con funciones reguladoras en sus mercados, se considera proporcionada una sanción de 100.000 euros"*.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia al haberse desestimado el recurso contencioso administrativo interpuesto.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo nº **51/2013**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Paloma Ortiz-Cañavate, en nombre y en representación de la Autoridad Portuaria de Barcelona, contra la resolución dictada en fecha 10 de enero de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador S/0293/10 TRANSCONT y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

que formula el magistrado Ilmo. Sr. D. Santiago Soldevila Fragoso a la sentencia de seis de febrero de 2017, recaída en el recurso número **51/2013**, de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo nacional.

Las razones de mi discrepancia se centran principalmente en su FJ 5º y en la parte dispositiva y pueden sistematizarse de la siguiente manera:

I. La Administración activa no puede ser sancionada por una infracción del Derecho de la Competencia por extralimitación en el ejercicio de sus potestades públicas:

1. La ya lejana STJUE de 4 de mayo de 1988, asunto 30/87, Corinne Bodson, señala, en el apartado 18, lo siguiente: "Como acertadamente ha señalado la Comisión, el artículo 85 del Tratado se aplica, según sus propios términos, a los acuerdos «entre empresas»; dicha disposición no se refiere a los contratos de concesión celebrados entre los municipios, cuando actúan en calidad de Administraciones públicas, y las empresas encargadas de la gestión de un servicio público", precisando la STJUE de 18 de marzo de 1997, asunto C-343/95 Cali e Figli, apartado 23, que se entiende que la Administración ejerce poderes públicos cuando la actividad en cuestión se vincula a prerrogativas típicas del poder público.

2. En esta misma línea puede citarse un pronunciamiento clásico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se trata de la Sentencia de 1 de julio de 2008, recaída en el asunto Motoe C-49/07, que a este respecto señala a partir de su apartado 20, lo siguiente:

- El Derecho comunitario de la competencia tiene por objeto las actividades de las empresas.
- El Tratado no define el concepto de empresa, pero el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que debe calificarse como tal cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación.
- Constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.
- Con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público no tienen carácter económico.



- Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de sus actividades, no impide calificarla de empresa a efectos del Derecho comunitario de la competencia en lo que respecta al resto de sus actividades económicas.

- La calificación de actividad vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público o de actividad económica debe hacerse de manera separada para cada actividad ejercida por una determinada entidad.

3. Esta doctrina jurisprudencial es constante y pueden citarse como reiteración de la misma las SSTJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto 327/12, SOA Nazionale Costruttori, apartado 27 y la de 12 de julio de 2012, asunto C- 138/11 , asunto Compass-Datenbank GmbH, apartado 36.

4. Por su parte, el Tribunal General mediante la sentencia de 28 de junio de 2016 asunto Telefónica T-216/13 , reitera su alineamiento en la posición descrita. El Tribunal, en los apartados 116 a 118 de la sentencia referida, sin realizar un solo reproche a la actuación de la Comisión Europea por la no exigencia de responsabilidades a la Administración interviniente que facilitó una práctica colusoria, señala que la exención de responsabilidad de los cartelistas sancionados con base en el principio de confianza legítima al haber seguido las instrucciones de la Administración, sólo sería posible si la autoridad pública nacional les hubiera coaccionado de manera irresistible a realizar dicha conducta.

5. La Comisión Europea impulsó desde el inicio esta doctrina y lógicamente la sigue de forma unánime y permanente. Un buen ejemplo de ello lo constituye la Decisión de 2 de abril de 2003 (Asunto COMP/C.38.279/F3 - Carnes de vacuno francesas).

En la crisis de las vacas locas, el Ministro francés de Agricultura tuvo una destacada actuación de mediación y concertación entre los agentes económicos afectados. Tal y como se indica en el apartado 151 de dicha resolución, existen manifestaciones explícitas de su implicación en el acuerdo declarado anticompetitivo que firmaron los implicados. A pesar de ello, la Comisión no se dirigió contra del Estado francés, pues el acuerdo anticompetitivo se había suscrito entre partes privadas, limitándose el ministro a convocar las reuniones y fomentar el acuerdo. Los apartados 33 y 42 de dicha Decisión ponen de manifiesto la influencia del Ministro en la adopción del acuerdo, pues, según dijo, trataba de "engrasar los engranajes" y también su satisfacción posterior por el acuerdo logrado entre las partes, consistente en concertarse para dejar de realizar importaciones de carne durante un período de tiempo determinado

La razón de esta no imputación al ministro, según puede deducirse de la jurisprudencia citada, radica en el hecho de que la autoridad pública actuó en ese caso el ejercicio de sus funciones propias de soberanía.

6. El Tribunal de Primera Instancia validó esta concreta forma de proceder señalando en la sentencia de 13 de diciembre de 2006, asunto FNCBV T-217/03 , apartado 92, que aunque el ministro francés hubiera fomentado el acuerdo en cuestión, ello no reduce la responsabilidad de los cartelistas que fueron los únicos sancionados, y llega a esta conclusión, sin plantearse una eventual responsabilidad del ministro.

7. En el presente caso, resulta indiscutido que la Autoridad Portuaria de Barcelona ha desarrollado una conducta contraria a la libre competencia, extremo que expresamente admite, cuando señala en sus alegaciones que "no actuó correctamente al encargar la elaboración de los estudios de costes del transporte de contenedores y publicarlos, al asistir a reuniones con ALT y TRANSCONT sin la prudencia de dejar constancia inequívoca del contenido de las mismas y de manifestar inmediatamente su oposición, en su caso, a planteamientos que, en esas reuniones, fueran contrarios al Derecho de Defensa de la Competencia, se equivocó. La única finalidad que perseguía con esas actuaciones, evitar las terribles consecuencias que los conflictos en el transporte de contenedores por carretera tenían en el puerto, no puede cambiar por este hecho".

8. No obstante, el problema jurídico que se plantea es previo a dicha calificación, pues se trata de decidir si dicha Autoridad portuaria es un sujeto al que pueda imputarse la comisión de ese ilícito.

9. En estas circunstancias y de acuerdo con una unánime y consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la que la sentencia Motoe citada en el anterior apartado 2 es un ejemplo, deberá realizarse por los tribunales nacionales una labor de disección de la actividad material realizada por la Administración, para determinar si ésta ha actuado en el ejercicio de sus funciones públicas, incluso extralimitándose, o bien como operador económico solicitando u ofreciendo servicios y bienes en el mercado. En este último caso, como se indica en la jurisprudencia citada, la Administración sí podrá ser imputada.

10. La naturaleza jurídica de las autoridades portuarias se define en el artículo 24.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de acuerdo con las notas siguientes:

- Son organismos públicos de los previstos en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria , con personalidad jurídica y patrimonio propios así como plena capacidad de obrar; dependen



del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado; y se rigen por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

- Las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya.

Procede pues, realizar el análisis de la actividad por la que fue sancionada.

11. La sentencia de la que discrepo señala que no figura entre las competencias de las autoridades portuarias la de actuar como un agente distorsionador de la libre competencia, afirmación que lógicamente comparto pero que, en mi opinión, no permite deducir, como así se hace, que en ese caso, la referida Administración actuó como un operador de mercado al facilitar la adopción de medidas anticompetitivas.

12. La autoridad portuaria, en el ejercicio de sus competencias para garantizar los objetivos antes definidos, convocó reuniones con los agentes del sector para evitar los conflictos del transporte de contenedores por carretera en el puerto. Al fijar directamente los precios y realizar seguimientos de cumplimiento, no realizó ninguna prestación de servicios ni oferta o demanda de bienes en el mercado en condición operador económico, aunque, sin duda, facilitó y alentó determinadas prácticas anticompetitivas.

13. La Autoridad portuaria claramente se extralimitó en el ejercicio de sus competencias, establecidas en los ya derogados artículos 56.1 y 60 de la Ley 48/2003 de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, modificada por la Ley 33/2010, normativa refundida en el Real Decreto-Legislativo antes citado y reconducida a sus artículos 25 y 26 vigentes en la actualidad.

Toda esta normativa está encaminada a apoderar a la autoridad portuaria de competencias para garantizar la prestación de los servicios portuarios, en un marco de libre competencia y gestión eficiente. Esa es su misión de servicio público y esa ha sido la actividad desplegada.

14. La Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia no permite desvirtuar el hecho de que la Administración activa en el ejercicio de sus funciones públicas, no puede ser sujeto de una infracción de Derecho de la Competencia, contrariamente a lo que se afirma en la sentencia de la que discrepo y la del TS de 18 de julio de 2016 que cita.

Aunque el artículo 61.1 de la Ley citada no se refiera al concepto "empresa", el mismo se repite de forma sistemática en toda la ley y en su reglamento para identificar al sujeto infractor de estos ilícitos, como señala la Exposición de Motivos de la Ley en sus párrafos iniciales. En coherencia con lo anterior, el artículo 63.1 establece las pautas para cuantificar las multas refiriéndose a las empresas, único infractor posible junto con sus directivos y empresarios individuales.

Por otra parte, el artículo 2 de la Ley tipifica el abuso de posición de dominio referido a empresas como sujetos infractores. Carecería de toda lógica que esta infracción sólo pudiera ser cometida por empresas y las fórmulas de concertación previstas en el artículo 1, no.

En todo caso, en el supuesto enjuiciado la resolución impugnada aplica el artículo 101 TFUE, norma de rango constitucional y sujeta al principio de primacía, que sí se refiere a las empresas en sus distintas modalidades como único sujeto infractor, extremo al que no alude la sentencia de la que discrepo, como tampoco a la reiterada obligación de los jueces nacionales de interpretar el derecho interno conforme con las exigencias del Derecho de la Unión (STJUE de 22 de junio de 2010 asunto C-189/10 Aziz Melki).

15. Además, debe tenerse en cuenta las consecuencias económicas que una declaración de este tipo puede tener, pues en el caso de que se califique, como ocurre frecuentemente en los asuntos de cárteles, la infracción como continua o continuada, la Administración sería responsable civil solidaria ante una eventual reclamación por daños y perjuicios, consecuencia inaceptable desde los presupuestos del Derecho de la Competencia.

II. Sobre la preferente aplicación de la jurisprudencia del TJUE en materia de Derecho de la Unión.

1. La sentencia de la que discrepo indica que la doctrina establecida en la STS de 18 de julio de 2016, que reproduce, obliga a esta Sección a seguir su fundamentación jurídica y de este modo desestimar las alegaciones de la autoridad portuaria de Barcelona.

2. Sin perjuicio de destacar la alta función que corresponde al Tribunal Supremo en la formación de la doctrina legal y la absoluta conveniencia de seguir sus pronunciamientos, aunque en el sistema español no rija la regla "stare decisis" y la jurisprudencia no sea vinculante, debo manifestar que en los dos supuestos que se analizan a continuación, la legislación de rango constitucional obliga a una solución diferente.



3. El artículo 164 de la Constitución indica que las sentencias del Tribunal Constitucional tendrán efectos frente a todos y el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea atribuye exclusivamente al Tribunal de Justicia de la Europea, constituido por sus dos órganos jurisdiccionales el Tribunal General y el Tribunal de Justicia, la misión de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

4. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es clara y contundente cuando señala que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar el derecho de la Unión según la interpretación que del mismo realiza el TJUE. A este respecto son ilustrativas las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2010, asunto C- 189/10 Aziz Melki, apartados 40 y ss, y la STJUE de 5 de julio de 2016, asunto C- 614/14 Gran Sala, Atanas Ognyanov apartado 35.

5. Después de 65 años de jurisprudencia europea en materia de Derecho de la Competencia, iniciada con los pronunciamientos del Tribunal de la CECA, en absolutamente ninguna resolución se ha establecido la responsabilidad de la Administración activa por realizar prácticas anticompetitivas como consecuencia de un exceso en el ejercicio de sus funciones públicas. Antes al contrario, hasta el presente expresamente se ha excluido esta posibilidad, como se recoge en la jurisprudencia anotada.

III. Particular análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12 Orden dos Técnicos Oficiais de Contas.

1. La sentencia de que discrepo, asumiendo los razonamientos de la STS de 18 de julio de 2016 , se apoya en la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, para concluir que la adopción por una Administración pública (en ese caso un Colegio Profesional), de una práctica anticompetitiva es sancionable por el artículo 101 TFUE .

En el caso en cuestión, el Colegio Profesional aprobó un Reglamento que regulaba la impartición de cursos de formación obligatoria a los colegiados que podían ser prestados por centros de formación en régimen de libre competencia. En este contexto, el Colegio decidió también impartir los cursos, estableciendo para sí en el Reglamento un régimen más favorable que el establecido para sus competidores.

2. La lectura de la sentencia del Tribunal de Justicia citada, pone de manifiesto que: "La circunstancia de que estas normas (el Reglamento), no tengan influencia directa en la actividad económica de los miembros de dicho colegio profesional no afecta a la aplicación del artículo 101 TFUE , *cuando la infracción imputada al mismo colegio profesional se refiere a un mercado en el que el propio colegio profesional desarrolle una actividad económica*". (apartado 59).

3. Esta sentencia no hace sino reproducir la doctrina clásica del Tribunal de Justicia que permite imputar a la Administración por infracciones del Derecho de la Competencia, cuando al margen de su condición de autoridad pública, opera en el mercado, lo que ocurría en dicho caso.

4. La situación descrita en la sentencia analizada nada tiene que ver con la que motiva estas actuaciones, en la que la autoridad portuaria de Barcelona actúa como Administración pública y en modo alguno aparece como operador de mercado ofreciendo bienes y servicios propios.

IV. La imposibilidad de considerar a la autoridad portuaria como facilitador de la conducta anticompetitiva.

1. La sentencia de la que discrepo, asumiendo la doctrina de la STS de 18 de julio de 2016 , considera que la autoridad portuaria, además de ser potencialmente un sujeto infractor del artículo 101 TFUE , puede ser imputada en concreto como responsable de la conducta, por ser una facilitadora de la conducta anticompetitiva.

2. En primer lugar, dado que con arreglo al razonamiento antes expuesto concluyo que la Administración activa en el ejercicio de funciones públicas no puede ser imputada por una infracción del artículo 101 del TFUE , estimo que no cabe plantearse su responsabilidad tampoco como facilitadora de la conducta.

3. La cuestión respecto de la posibilidad de sancionar a una empresa a título de facilitador de la conducta, actividad no prevista expresamente en la letra del artículo 101 TFUE , no está exenta de polémica, pues el artículo 101 TFUE no contempla distintos grados de participación en la conducta infractora, ni tampoco se contempla este tipo de conductas como infracción autónoma.

4. El Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04 , que no fue recurrida, validó por primera vez esta posibilidad. El Tribunal de Justicia, mediante la sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, en un asunto distinto pero en el que la parte recurrente era la misma que en el caso anterior, la empresa Treuhand, asumió los razonamientos de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

Un buen análisis de esta problemática lo encontramos en las conclusiones del Abogado General Nils Wahl, de fecha 21 de mayo de 2015 respecto del asunto C- 194/14 P, en las que, mostrando su adhesión a la necesidad



de sancionar este tipo de prácticas, sin embargo discrepa de la doctrina seguida por el Tribunal de Primera Instancia y señala la necesidad de tipificar esta conducta, como se ha hecho en el Reino Unido con la Enterprise Act de 2002, artículo 188.

Ninguna de estas resoluciones es citada en las sentencias de las que discrepo.

5. En estas circunstancias, debe estarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la sentencia referida, para lo que emplea un razonamiento distinto al seguido por el Tribunal Supremo, y considerar que el facilitador de una conducta anticompetitiva puede ser considerado autor de una infracción del artículo 101 TFUE.

6. Sin perjuicio de lo anterior debe precisarse que dicha doctrina sólo es aplicable, como así se ha aplicado, a empresas y no a la Administración activa en el ejercicio de funciones públicas, por lo que dicha jurisprudencia, es inaplicable al presente caso.

Puede citarse, como hace el Abogado General Whal en la nota 29 de sus conclusiones, que la autoridad neerlandesa de la Competencia en dos ocasiones ha sancionado al facilitador de una conducta anticompetitiva, con apoyo en la sentencia Treuhand de 2008, pero en ambos casos, los sujetos infractores eran empresas y no Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones públicas.

V. La conveniencia de plantear una cuestión prejudicial.

1. Personalmente no creo que proceda plantear una cuestión prejudicial en este caso, pues tras 65 años de jurisprudencia en materia de Derecho de la Competencia, nunca el Tribunal de Justicia ha manifestado que procede sancionar por prácticas anticompetitivas a una autoridad pública por actos realizados en el ejercicio de sus funciones públicas. La jurisprudencia recaída y antes expuesta, muestra lo contrario.

2. No obstante, la jurisprudencia no es estática y puede evolucionar, por lo que es perfectamente legítimo preguntar al Tribunal de Justicia mediante una cuestión prejudicial, si considera que se dan los presupuestos para proceder a ese cambio, incluyendo en el artículo 101 TFUE como sujeto infractor a la Administración activa en el ejercicio de sus funciones públicas

3. En caso de que la respuesta del Tribunal de Justicia fuera positiva a dicha tesis y declarase que una Administración activa puede ser un sujeto infractor del artículo 101 TFUE, estaríamos en presencia de una auténtica novedad, que debería ser aplicada en todos los Estados de la Unión de manera uniforme.

Fdo

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 16/02/2017 doy fe.