

ELOY FERNÁNDEZ PÉREZ-ARADROS, SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN,

CERTIFICA: Que en la reunión del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante TDCA), celebrada el día 29 de mayo de 2013, adoptó por unanimidad el siguiente

“ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN. EXPEDIENTE 7/2010, ASUNTO “TURISMO DE ALBARRACIN”.

Pleno

Presidente

D. Javier Oroz Elfau,

Vocales

D. Ignacio Moralejo Menéndez

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas

D. Carlos Corral Martínez

D. Javier Nieto Avellaned

Zaragoza, a 22 de mayo de 2013

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN, con la composición expresada y actuando como ponente el vocal D. Carlos Corral Martínez, examinado el expediente tramitado por el Servicio de la Competencia de Aragón bajo el número 7/2010, en virtud de la denuncia presentada por D^a. Pilar Lázaro Martínez, D^a. Eva Rivas y D. Aben-Razin contra la empresa de guías denominada “El Andador” sobre una posible vulneración de las normas de defensa de la competencia, en relación con la propuesta de resolución realizada por dicho Servicio y elevada al Tribunal de archivo de la denuncia, dicta esta RESOLUCION, con apoyo en los antecedentes y fundamentos jurídicos que a continuación se exponen:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de noviembre de 2010 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón, denuncia presentada por D^a. Pilar Lázaro Martínez, D. Aben-Razin y D^a. Eva Rivas contra la empresa de guías denominada “El Andador” con sede en Albarracín (Teruel) por presuntas prácticas contrarias a la competencia.

En dicho escrito denuncian la realización por parte de la empresa de visitas guiadas EL ANDADOR de determinadas actuaciones en el ámbito turístico de Albarracín (Teruel) que estiman contraria a la buena práctica de la competencia, consistentes en captar turistas en la calle, cobrar las visitas que realizan por la ciudad, programar itinerarios a favor de comercios afines, descalificar al resto del comercio y servicios turísticos existentes en el municipio, derivar intencionadamente a establecimientos hosteleros y de restauración a cambio de promoción de la empresa.

Por último se hace constar que los firmantes presentaron ante la Comarca Sierra de Albarracín sendos escritos donde ponían en conocimiento de dichas instituciones que desde la oficina de turismo de la Comarca, donde se encontraba una

persona afín a la empresa “el Andador”, se ofrecía información sesgada y partidista de la villa de Albarracín, de sus comercios y de sus servicios turísticos.

SEGUNDO.- Mediante requerimiento de 25 de noviembre de 2010 se solicita a dos de los denunciantes (D^a. Pilar Lázaro Martínez y D. Aben-Razin) que aclaren de manera detallada los hechos que exponen en la denuncia, con descripción de las prácticas concretas de la empresa denunciada y sus efectos en la competencia dentro del mercado relevante y en los intereses de los denunciantes y de todas aquellas acciones iniciadas con anterioridad a la denuncia con el fin de hacer cesar la presunta infracción.

Asimismo se solicita la presentación de todo tipo de documentación que obre en poder de los denunciantes y que pudiera resultar acreditativa de lo expuesto en la denuncia. Se les requiere también para que identifiquen a la tercera persona que firma la denuncia puesto que no aparece su nombre y apellidos (y que posteriormente identifican como D^a. Eva Rivas). Y se les solicita que detallen la denominación social completa de la empresa “El Andador”, con indicación del NIF y el domicilio social completo, así como una descripción sucinta de la misma.

TERCERO.- Con fechas 15 de diciembre de 2010 y 3 de enero de 2011, tienen entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón sendas respuestas a los requerimientos efectuados presentadas por D^a. Pilar Lázaro.

Identifica, como se ha dicho en el antecedente anterior, la identidad de la tercera denunciante y expone que desconoce la denominación social completa de la empresa “El Andador”, pero sí facilita el domicilio social de la misma.

Con respecto a los hechos denunciados, se reitera el contenido del escrito de denuncia, se aporta documentación y se hace constar la presentación, por parte de los comerciantes de la localidad de Albarracín, de sendos escritos ante la Comarca y el Ayuntamiento de Albarracín, así como la comunicación verbal de los hechos denunciados ante la Cámara de Comercio de Teruel y el órgano autonómico provincial competente en materia de turismo.

Se denuncia igualmente la posición de dominio que la empresa ejerce sobre el sector turístico y comercial del municipio, materializado en un ofrecimiento continuado a los visitantes del servicio de guía que la empresa presta a la ciudad y en la vinculación de dicha actividad a la acción comercial que ésta desarrolla, en claro detrimento de los demás establecimientos de la localidad. Y aporta determinada documentación gráfica para apoyar su denuncia.

Por último, se hace constar que han tenido conocimiento de que la “Fundación Santa María de Albarracín” ha presentado diversas pruebas ante la Comarca de Albarracín denunciando diversas prácticas irregulares que, según indican, se venían realizando desde la Oficina de Turismo

CUARTO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se comunicó la denuncia a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia mediante oficio de fecha 3 de febrero de 2011, en el que se expresaba que la competencia para resolver sobre la conducta denunciada corresponde a los órganos de defensa de la competencia de Aragón al no producir afección a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma.

Mediante escrito de la Dirección de Investigación, de 22 de febrero de 2011 (recibido en el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón el 24 de febrero), se

reconoce que al cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, los órganos competentes para conocer de la denuncia son los correspondientes a la Comunidad Autónoma de Aragón.

QUINTO. En cumplimiento de lo dispuesto en el protocolo de colaboración nº 2 entre el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, se comunica con fecha 4 de febrero de 2011 al Tribunal la denuncia objeto del presente expediente, haciéndose igualmente indicación de las actuaciones practicadas hasta la fecha.

SEXTO. Con fecha 22 de marzo de 2011 se requiere a la Dirección General de Turismo del Gobierno de Aragón, al Ayuntamiento de Albarracín, a la Comarca de la Sierra de Albarracín, a la Cámara de Comercio e Industria de Teruel y a la “Fundación Santa María de Albarracín” para que faciliten la información solicitada, y que en síntesis es la siguiente:

A la Dirección General de Turismo: Posibles denuncias presentadas sobre la existencia de prácticas irregulares que pudieran afectar a la competencia presuntamente realizadas por “El Andador” y actuaciones, en su caso, realizadas. Así como cualquier otra documentación o información de que la que pudiera disponer relacionada con el asunto.

Al Ayuntamiento de Albarracín: Existencia de prácticas irregulares que afecten a la competencia presuntamente realizadas por “El Andador”, así como información facilitada por particulares o empresas sobre este extremo. Relación de las actuaciones que hayan sido realizadas por parte del Ayuntamiento y documentación acreditativa y cualquier otra documentación o información de la que pudiera disponer relacionada con el asunto.

A la Comarca de la Sierra de Albarracín: Se le solicita el expediente completo en el que se incorporen los documentos y pruebas presentados por la “Fundación Santa María de Albarracín” sobre la existencia de prácticas irregulares presuntamente realizadas por “El Andador” o por la Oficina de Turismo del municipio. Relación de las actuaciones que hayan sido realizadas por parte de la Comarca y documentación acreditativa, así como cualquier otra documentación o información de que la que pudiera disponer relacionada con el asunto.

A la Fundación Santa María de Albarracín: Documentación y pruebas presentadas ante la Comarca de la Sierra de Albarracín para denunciar las prácticas irregulares presuntamente realizadas por “El Andador” y por la Oficina de Turismo del municipio que puedan afectar a la competencia del sector turístico, así como cualquier otra documentación o información de que disponga y que esté relacionada con el asunto.

A la Cámara de Comercio e Industria de Teruel: Denuncias presentadas o información facilitada sobre la existencia de prácticas irregulares presuntamente realizadas por “El Andador”, que pudiesen afectar a la competencia del sector turístico en Albarracín y relación de las actuaciones que, en su caso, hubiesen sido realizadas por parte de la Cámara, junto con la documentación o información de que disponga y esté relacionada con el asunto.

SÉPTIMO. El día 5 de abril de 2011 tiene entrada en la Dirección General de Política Económica (actualmente Dirección General de Economía), respuesta de la Dirección General de Turismo al requerimiento efectuado. Aporta la documentación que obra en su poder sobre las cuestiones expuestas en dicho requerimiento.

Con fecha 8 de abril de 2011 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón, escrito presentado por el Ayuntamiento de Albarracín en respuesta al

requerimiento efectuado al que acompaña dos escritos presentados por D^a. María Pilar Lázaro y por la Cámara de Comercio e Industria de Teruel respectivamente. El primero de ellos denuncia irregularidades acerca del uso de vías públicas y el segundo, se refiere al funcionamiento del servicio de la Oficina de Turismo de la Comarca de la Sierra de Albarracín. El Ayuntamiento entiende en el primero de los casos que puesto que las calles y plazas son bienes demaniales de uso público que pueden ser usados directamente por los particulares y difícilmente se puede prohibir el uso de los mismos; en el segundo considera que carece de potestad de dirección o de sanción puesto que la Oficina de Turismo pertenece a la Comarca y no al Ayuntamiento.

El día 12 de abril de 2011 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón, escrito presentado por la Comarca de la Sierra de Albarracín en el que solicita conocer la identidad de la persona o entidad denunciante para realizar cualquier manifestación.

En la misma fecha tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón, escrito remitido por la Fundación Santa María al que se adjunta copia de la correspondencia mantenida con la Comarca Sierra de Albarracín y de los informes de un detective privado. A través de dicha documentación se pretendía poner de manifiesto frente a la Comarca las posibles irregularidades cometidas por “El Andador” y por la Oficina de Turismo del municipio.

Con fecha 27 de abril de 2011 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón, escrito remitido por la Cámara de Comercio e Industria de Aragón comunicando que han tenido conocimiento de las posibles prácticas irregulares cometidas por “El Andador” y las medidas adoptadas en relación al caso que se concretan la solicitud al Presidente de la Comarca, al Alcalde de Albarracín y al Viceconsejero de Turismo para que resolvieran cuanto antes el malestar existente.

OCTAVO. Con fecha 3 de agosto de 2011 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón, escrito presentado por D. Héctor Jarreta Lázaro, donde pone de manifiesto que el Ayuntamiento de Albarracín ha permitido la colocación de un nuevo cartel indicativo de “El Andador” con la expresión “*info-guías*” que puede llevar a confusión con la Oficina de Turismo oficial y que además la empresa persiste en la difusión y venta de visitas guiadas en la Plaza Mayor, acosando sistemáticamente a los turistas que pasean por el lugar.

Tras la recepción de dicho escrito, se solicita al remitente mediante requerimiento de 20 de septiembre de 2011 que manifieste si su escrito ha de calificarse como una denuncia y si ha presentado alguna otra denuncia contra “El Andador” en la Dirección General de Economía, que determine en qué medida las prácticas que denuncia afectan a la competencia y si con su escrito pretende adherirse a la denuncia objeto del expediente. Finalmente, se le requiere para que aporte el documento justificativo de lo que manifiesta sobre el nuevo cartel y cualquier otro tipo de documentación que obre en su poder y pueda acreditar las prácticas denunciadas.

NOVENO.- El día 21 de noviembre de 2011 se recibe en el Registro General del Gobierno de Aragón, escrito presentado por la Fundación Santa María de Albarracín al que se adjunta un nuevo informe del detective privado sobre las irregularidades detectadas, con el objeto de que se incorpore al expediente.

DÉCIMO.- Con fecha 12 de diciembre de 2011, se presenta en el Registro General del Gobierno de Aragón, escrito de D. Héctor Jarreta Lázaro en el que informa que el cartel al que se refirió en su escrito del mes de agosto no llegó a ser instalado

en la fachada pero sí es usado mediante un atril móvil. No se pronuncia sobre la calificación de su escrito como una denuncia.

UNDÉCIMO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Director General de Economía, elevó al Tribunal la propuesta de resolución en el sentido de no acordar la incoación de un procedimiento sancionador por no existir indicios racionales para iniciar un procedimiento sancionador por infracción de la conducta prohibida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra la empresa turística “El Andador”, y por tanto proceder al archivo de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de los órganos de defensa de la competencia de Aragón.

El presente expediente se inicia en virtud de denuncia presentada por D^a. Pilar Lázaro Martínez, D^a. Eva Rivas y D. Aben-Razin contra la empresa de guías denominada “El Andador”, conforme se ha indicado en el antecedente primero, y solventado el trámite de asignación del expediente, exigido en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la competencia para conocer de la denuncia corresponde a los órganos de la Comunidad Autónoma de Aragón, puesto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.3 de la misma ley, las conductas que pueden ser constitutivas de infracción de las normas de defensa de la competencia no afectan a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Aragón ni al mercado nacional.

SEGUNDO.- Objeto.

El objeto del presente expediente se concreta en analizar, desde la concreta perspectiva de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la actuación realizada por parte de la empresa de visitas guiadas “El Andador” en el ámbito turístico de Albarracín (Teruel) y en especial, la existencia de una posible conducta prohibida por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia realizada por la citada empresa.

TERCERO.- Marco normativo y competencial de las empresas de guías turísticos.

La actividad de visitas guiadas constituye una actividad turística empresarial cuyo marco normativo está constituido por el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón.

Esta norma contiene el régimen jurídico general de la actividad turística en el ámbito territorial de Aragón y fue aprobada en el ejercicio de la competencia exclusiva

que en materia de promoción y ordenación del turismo atribuye a la Comunidad Autónoma nuestro Estatuto de Autonomía.

El artículo 25 consagra el principio general de libertad de empresa al indicar que *“El ejercicio de la actividad turística empresarial es libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, bajo la forma de empresario individual o colectivo, de acuerdo con la legislación civil y mercantil”*.

Por otra parte, el artículo 34 establece una clasificación de las empresas turísticas, señalando que las empresas turísticas pueden ser: a) *Empresas de alojamiento turístico*, b) *Empresas de intermediación*, c) *Complejos turísticos*, d) *Empresas de restauración*, e) *Empresas de turismo activo*, f) *Cualesquiera otras que presten servicios turísticos y que se clasifiquen reglamentariamente como tales*.

Distinto del concepto de empresa turística es el de “profesión turística”, que se define en el artículo 57: *“Se consideran profesiones turísticas las relativas a la prestación, de forma habitual y retribuida, de servicios específicos de la actividad turística de las empresas de esta naturaleza, así como las actividades turístico-informativas”*.

En el ámbito de tal definición, el artículo 60 hace una referencia a la profesión de guía de turismo indicando que *“Todos los aspectos relativos a las modalidades, derechos y deberes de los guías de turismo, así como a los procedimientos de acreditación de las cualificaciones exigibles para el ejercicio de la profesión, serán objeto de regulación reglamentaria conforme a lo dispuesto en esta Ley y en la normativa relativa al libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios y de reconocimiento de cualificaciones profesionales”*.

Dicho precepto, que en su redacción original exigía para el ejercicio de la profesión de guía de turismo la posesión de un carné de guía habilitador, fue objeto de modificación por la Ley 3/2010, de 7 de junio, por la que se modificó parcialmente la ley 6/2003, de 27 de febrero, de Turismo de Aragón, señalando que para el ejercicio de dicha profesión tan solo es necesaria la comunicación previa acompañada de documentación (artículo 26 bis).

Recientemente, con la finalidad de profundizar en la simplificación administrativa y la reducción de cargas a las empresas derivadas de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, la Ley de Turismo aragonesa experimentó una nueva modificación a través de la ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, sustituyendo el régimen de comunicación previa por el de declaración responsable.

Por otra parte, de acuerdo con la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales y las disposiciones del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre - norma de transposición de la citada Directiva -, y de los numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la actividad propia de los guías de turismo tiene la consideración de *“profesión regulada”*.

En la misma línea, la doctrina del Tribunal Constitucional considera la actividad realizada por los guías de turismo como *“profesión regulada no titulada”* (STC 330/1994, de 15 de diciembre, entre otras), para cuyo ejercicio se exige, en virtud de disposición legal, reglamentaria o administrativa la acreditación de un determinado nivel de cualificación profesional mediante la obtención de un autorización o licencia administrativa y, en su caso, la superación de determinadas pruebas de aptitud.

En este contexto normativo, hay que subrayar que en la actualidad la regulación y procedimiento de acreditación de la profesión de guía de turismo al que se remite el citado artículo 60 se halla pendiente de desarrollo reglamentario, existiendo, por lo tanto, un vacío normativo en la materia que permite el ejercicio de la referida actividad sin más restricción que la exigencia de una cualificación profesional.

No obstante, continua vigente, en todo aquello que no se oponga a su contenido (Disposición Derogatoria única), el Decreto 264/2007, de 23 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de guías de turismo, en el que se contiene la regulación de la actividad de Guía de turismo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Según se dispone en el artículo 2 del citado reglamento, la actividad de Guía de turismo *“tiene por finalidad la prestación, de manera habitual y retribuida, de los servicios de información y asistencia a los turistas, en materia cultural, artística, histórica y geográfica, en sus visitas a los lugares comprendidos en los siguientes apartados: a) Museos integrados en el Sistema de Museos de Aragón, b) Bienes inscritos en el Registro Aragonés de Bienes de Interés Cultural y c) Bienes inscritos en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Aragón”*.

Independientemente de la modificación introducida en la Ley de Turismo, ya el artículo 4.1 d) excluía de la obligación de habilitación para ejercer la actividad de guía a *“Quienes presten servicios de información, asesoramiento y asistencia a turistas, fuera de los lugares comprendidos en el artículo 2 del presente reglamento”*.

En virtud de la normativa expuesta, hay que concluir que la actividad de visitas guiadas que realiza la empresa “El Andador” no está sujeta en la actualidad a permisos o licencias turísticas y que la actividad o profesión de guía de turismo se halla pendiente de regulación, si bien cabe entender que quedaría delimitada por la prestación de los servicios en los lugares comprendidos en el citado artículo 2 del Reglamento. Así se ha manifestado por la Viceconsejería de Turismo en el informe relativo a la petición de información formulada por el Justicia de Aragón que obra en el expediente (folio 77 y 78 del expediente).

CUARTO.- Análisis de la existencia de una conducta prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Las facultades de los órganos autonómicos de defensa de la competencia, según el Decreto 29/2006, de 24 de enero, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón, se ciñen a las conductas que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia prohíbe y que están tipificadas por el acuerdo de voluntades entre entidades independientes (acuerdos o pactos colusorios, del artículo 1), por el abuso de empresas que tienen una posición de dominio en el mercado (artículo 2) y por determinados actos de competencia desleal en los que concurren los requisitos señalados en el artículo 3. Y únicamente podrán conocer de dichas conductas cuando alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón sin afectar a un ámbito superior o al mercado nacional.

La conducta denunciada y objeto de la presente resolución viene delimitada por la actuación desarrollada por la empresa “El Andador”, dedicada a realizar visitas guiadas en el municipio de Albarracín y Teruel según consta en la página web de la empresa (www.elandadoralbarracin.es/) y por la realización en el ámbito de dicha actividad de presuntas prácticas contrarias a la competencia, consistentes en la captación de turistas en la calle y remuneración recibida por las visitas que realizan en la ciudad, en la programación de itinerarios a favor de comercios afines en contra de los comercios de los que son titulares los denunciantes, en la descalificación del resto

del comercio y servicios turísticos existentes en el municipio, en la derivación intencionada a establecimientos hosteleros y de restauración a cambio de promoción de la empresa.

Al margen de los hechos denunciados por los titulares de tres comercios existentes en el municipio, la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto las quejas presentadas por la Fundación Santa María de Albarracín ante diversas instituciones, en especial, la Comarca de la Sierra de Albarracín y el Departamento competente en materia de turismo, sobre la realización de prácticas presuntamente irregulares por la empresa El Andador en los términos anteriormente expuestos, en perjuicio tanto del municipio como de la actividad de visitas guiadas también realizada por la Fundación. No obstante, la mencionada Fundación no ha presentado ningún escrito de denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia ni ha solicitado su personación como interesado en una futura incoación del expediente.

La conducta descrita es calificada por los denunciantes como contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que resulta necesario examinar la cuestión planteada a fin de determinar si efectivamente se ha producido una vulneración de la citada norma.

a) Conducta prohibida en el artículo 1 LDC.

Con respecto a la infracción del artículo 1 de la LDC, hay que señalar por una parte que, dado que la conducta denunciada que ha sido descrita (consistente en captar turistas en la calle y cobrar por las visitas realizadas, descalificar el comercio y servicios turísticos existentes en el municipio) implica la actuación unilateral del denunciado frente a los denunciantes, no cabe apreciar la existencia de bilateralidad y por lo tanto, no cabe la aplicación del artículo 1 de la LDC, precepto que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en los mercados.

Y por otra parte, no existen indicios en la documentación obrante en el expediente de que la citada empresa haya realizado ningún acuerdo o práctica concertada con determinados establecimientos y comercios de la localidad para eliminar del mercado a otros comercios competidores.

Únicamente existe en el expediente una referencia en el informe del detective de 31 de marzo a 2 de julio de 2010 (26 de junio de 2010 según se indica, por error, en dicho informe) correspondiente al día 11 de abril en el que consta que algunos establecimientos y vecinos consideran que pudiera haber algún tipo de comisión por la promoción del Andador. Sin embargo, el informe concluye lo siguiente: *“Tras diferentes gestiones, no se nos ha facilitado información concreta acerca de esto, aunque según algunos, sí parece que “puede haber algo”, pero “nadie sabe nada en concreto”.*

Asimismo, el Servicio Provincial del Departamento de Industria, Comercio y Turismo (folios 49 y 50) ya manifestó, tras una visita girada el 22 de julio de 2009, la corrección de la actuación desarrollada por la empresa El Andador que se ciñó *“exclusivamente al tema cultural de la localidad”*, sin facilitar información sobre cualquier establecimiento de la localidad.

En todo caso, hay que indicar que la programación de itinerarios y la promoción de ciertos establecimientos que presuntamente realiza la empresa denunciada – hechos afirmados por los denunciantes pero de los que no existe ningún indicio – pueden calificarse como prácticas inherentes al funcionamiento interno de la empresa

en los que no se observa la aptitud para restringir o impedir la competencia en el mercado que exige el artículo 1 de la LDC.

Y en este sentido se ha pronunciado el extinto TDC (Resolución de 4 de diciembre de 1998, Expte. 324/92 *Comerciantes de Toledo*, entendiendo que “con independencia del número de turistas que las agencias llevan a Toledo en los viajes aquí considerados, la elección tanto de una cafetería para efectuar una parada al final del viaje y antes de entrar en la ciudad, como de un taller de artesanía para visitarlo en el recorrido turístico, entran en el campo de la libertad empresarial de la agencia. El operador turístico, en ejercicio de su libertad de organización, elige aquellos establecimientos que tiene por conveniente, atendiendo a todas las condiciones que ofrezcan. Es difícil ver en la elección de uno u otro un pacto de reparto del mercado. Ni siquiera, aunque la elección fuera retribuida, se pacta la exclusividad: el no visitar otros establecimientos semejantes es consecuencia, no de una obligación asumida contractualmente con el elegido, sino de que estas excursiones son viajes turísticos, no comerciales, en los que la parada en la cafetería y la visita al taller de artesanía son sólo una parte de las actividades programadas y se producen una sola vez en cada viaje. La pretensión de la Asociación denunciante de que se prohíba a las agencias de viajes organizar visitas a los establecimientos de artesanía de Toledo y se les obligue a conceder dos horas libres a los turistas para que puedan hacer compras en los establecimientos que ellos elijan, no puede ser aceptada. El Tribunal, en aplicación de la Ley 16/1989, así como reprime las conductas atentatorias a la competencia, también protege las que son lícitas manifestaciones de la libertad empresarial; y la competencia entre establecimientos para conseguir la visita de los autobuses de las agencias que efectúan viajes organizados, incluso mediante la oferta de retribuciones –lo que, por otra parte, no se ha probado en el expediente- es una manifestación de competencia lícita.”

Por ello, y pese a las alegaciones realizadas por los denunciantes, no cabe apreciar en la conducta de la empresa denunciada la existencia de indicio alguno que pudiera ser constitutivo de una infracción del citado artículo 1 de la LDC.

b) Abuso de posición de dominio. Artículo 2 LDC

Respecto a la posible infracción del artículo 2 de la LDC, precepto que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición dominante, el elemento imprescindible del tipo infractor de este artículo consiste en la existencia de una posición de dominio de la empresa denunciada en el mercado afectado en el que se desarrolla la conducta.

Hay que tener en cuenta que la legislación española no sanciona la mera posición dominante, puesto que ésta puede ser resultado de un buen desempeño empresarial, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores.

Los presupuestos fácticos necesarios para la aplicación del citado artículo son los siguientes: a) que concorra un operador económico que ostente la posición de dominio; b) que tal operador abuse de esa posición de dominio; c) que tal abuso produzca efectos anticompetitivos y d) que tales efectos anticompetitivos no puedan contrarrestarse con las posibles eficiencias que la conducta también pueda producir. Es necesario, por lo tanto, determinar si concurren dichos requisitos en los hechos denunciados.

Para determinar la posición de dominio es necesario, en primer lugar, delimitar el mercado relevante en el que se llevan a cabo las prácticas anticompetitivas

denunciadas, que debe realizarse desde la óptica del producto o del servicio prestado y en relación con el ámbito geográfico.

Desde la óptica del producto, la actividad está incluida en el mercado de prestación de servicios de guías turísticos. De acuerdo con la Clasificación Nacional de las Actividades Económicas (CNAE -2009), podría situarse en el ámbito de las actividades de las agencias de viajes, operadores turísticos y otras actividades de apoyo turístico (6330)

La prestación de estos servicios de guías turísticos constituye una *actividad turística* en los términos del artículo 2 de la Ley aragonesa de Turismo, que entiende por tal *“la destinada a proporcionar a los turistas los servicios de alojamiento, intermediación, restauración, información, acompañamiento o cualquier otro servicio relacionado directamente con el turismo”* y por empresa turística aquella que, *“mediante precio y de forma profesional y habitual, bien sea de modo permanente o por temporadas, presta servicios en el ámbito de la actividad turística”*.

Según dispone el artículo 26 de la Ley 6/2003 estas empresas no necesitan autorización turística para su apertura y la prestación de actividades o servicios turísticos, sino presentar una declaración responsable ante el órgano competente del cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa turística en los supuestos regulados en dicho precepto.

En cuanto a los guías turísticos que se contratan por las empresas que desarrollan esta actividad, ya se ha expresado que su regulación se halla pendiente del desarrollo reglamentario, por lo que, en la actualidad y hasta que este se produzca, hay que entender que en aplicación de la normativa comunitaria anteriormente expresada y las modificaciones de la ley de Turismo aragonesa, los guías turísticos habilitados por otras Comunidades Autónomas podrán desarrollar libremente su actividad en Aragón sin necesidad de presentar ningún tipo de documentación ni someterse al cumplimiento de requisitos adicionales, y que cualquier persona, con una titulación o cualificación adecuados, podrá ejercer la actividad sin necesidad de habilitación ni comunicación a la Administración. En consecuencia, cualquier guía puede ejercer en la ciudad de Albarracín, con independencia de que resida o no en la localidad o en el territorio de Aragón.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el guía turístico debe ser calificado como operador económico desde el punto de vista de la legislación de defensa de la competencia, pues conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC se entiende por empresas *“cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*.

En cuanto al mercado geográfico afectado por las prácticas analizadas, hay que tener en cuenta que la nueva regulación normativa ha supuesto una supresión de la limitación geográfica de la habilitación o autorización administrativa correspondiente (autonómica o comarcal) para las empresas turísticas y los guías de turismo.

No obstante, en aras a delimitar el mercado geográfico del expediente, se considera necesario tener en cuenta la especial relevancia de la Ciudad de Albarracín, Monumento Nacional desde junio de 1961, que constituye un destino turístico de primera línea con entidad propia suficiente y que en la mayoría de los casos no va unido al turismo de la comarca, de la provincia o de la Comunidad Autónoma en su conjunto.

Por ello, y pese a que de conformidad con la Ley de Turismo, la comarca ostentaba la competencia para otorgar la autorización correspondiente en relación con estas empresas turísticas y en la actualidad, para recibir la declaración responsable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 bis de dicha Ley, se considera

procedente limitar el mercado geográfico al municipio de Albarracín, dada la singularidad del mismo y ser este el ámbito geográfico en el que están ubicados los establecimientos de los que son titulares los denunciantes y en el que presta sus servicios la empresa denunciada.

Una vez delimitado en mercado relevante en el que se llevan a cabo las prácticas anticompetitivas denunciadas, hay que señalar que son dos las empresas o entidades que desarrollan la actividad de visitas guiadas en el municipio, tal como se desprende de lo dispuesto en el portal web oficial de la comarca (www.comarcadelasierradealbarracin.es). Son las siguientes:

- A. *El Andador*, con sede en la calle La Catedral, 4 de Albarracín (www.elandador.es). Según consta en su página web y en la correspondiente a la Cámara de Comercio de Teruel, la empresa El Andador S.C. es una empresa dedicada al sector turístico desde 1999 que realiza visitas guiadas en Teruel capital, Patrimonio de la Humanidad desde 1986; la Ciudad Medieval de Albarracín, declarada Monumento Nacional desde 1961; así como en el conjunto de “abrigos” con Pinturas de Arte Rupestre Levantino, declaradas Patrimonio de la Humanidad desde 1998; y toda la Sierra de Albarracín.
- B. *Fundación Santa María de Albarracín*, ubicada en c/Plaza del Palacio, s/n de Albarracín (www.albarracinespaciosytesoros.com). La Fundación es una organización sin ánimo de lucro creada en el año 1996, promovida por las instituciones constitutivas de su Patronato en la que destacan, entre sus fines estatutarios, los siguientes objetivos:
 - El desarrollo sociocultural y económico de la zona.
 - La restauración, conservación y gestión del patrimonio cultural.
 - La dinamización y proyección del legado cultural e histórico.
 - La promoción de actividades culturales y formativas diversas.
 - El establecimiento de vías de colaboración entre entidades diferentes.

Sin perjuicio de señalar que una de las áreas más importantes de actuación de la Fundación es la restauración arquitectónica, desde *el Centro de Información Albarracín, Espacios y Tesoros* la Fundación también ofrece la posibilidad de conocer el patrimonio de la ciudad de Albarracín, organizando visitas guiadas por la ciudad y la catedral, con el objeto de dar a conocer aquellos aspectos más destacados de este singular patrimonio histórico artístico.

Una vez delimitado el mercado relevante hay que analizar si concurren los requisitos para apreciar la existencia de una conducta prohibida en el artículo 2 de la LDC.

Es necesario comenzar indicando que la doctrina y jurisprudencia comunitaria ha señalado que la posición de dominio es, en esencia, la capacidad de influencia que tiene una o varias empresas sobre la voluntad de los otros agentes y, con ello, sobre el funcionamiento mismo del mercado, cuando llega al punto en que dicha influencia les da la posibilidad de desarrollar su propia estrategia de forma tan independiente que no necesita tener en cuenta realmente las otras unidades económicas del mercado (competidores actuales y potenciales, proveedores y consumidores), lo que significa que puede obstaculizar una competencia sustancial.

La cuota de mercado de las empresas constituye uno de los elementos esenciales para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado. Sin embargo, en este expediente no se ha considerado necesario disponer de dicha información para determinar inexistencia de un abuso de posición de dominio por parte de la empresa denunciada.

Así, en el presente caso son dos las empresas que desarrollan una actividad (visitas guiadas) en un mercado –el de la prestación de servicios de guías turísticos–

que se halla abierto a todos los operadores económicos sin restricción alguna. Es un mercado en el que si bien puede hablarse de que existe un bajo grado de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, al tratarse de un producto turístico único, no cabe realizar la misma afirmación desde la perspectiva de la oferta ya que existe una importante sustituibilidad, por cuanto además de las dos oferentes actuales que desarrollan esta actividad en la Ciudad de Albarracín, pueden existir otras empresas que ofrezcan los mismos servicios al no existir ninguna barrera a la entrada. Es más, los viajes colectivos organizados por las agencias de viajes pueden incluir la prestación de los mencionados servicios, sin perjuicio de que dichas agencias contraten con la empresa denunciada o la Fundación Santa María de Albarracín la prestación de dichos servicios de guía.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la visitas guiadas organizadas tanto por la empresa denunciada El Andador como por la Fundación comprenden un recorrido por las calles de la ciudad de Albarracín, para el puede resultar recomendable la contratación de un guía turístico para que la visita sea de calidad, pero no tiene carácter obligado.

Todo ello resulta especialmente relevante para limitar los posibles efectos lesivos y restrictivos que la actividad de la empresa pudiera ocasionar en un mercado distinto del señalado como relevante, como es el de la actividad comercial en el municipio en el que estarían afectados los denunciantes, ya que el turista que visita Albarracín no tiene la obligación de contratar estos servicios de visitas guiadas y es libre para recorrer la ciudad y acceder a los comercios que considere oportunos.

Al margen de lo expuesto, hay que resaltar que aunque hubiere una posición de dominio de la empresa denunciada, los hechos que constan en el expediente no revelan, en ningún caso, que pudiera existir un abuso de esa supuesta posición de poder y menos que pudiera producir con ello efectos anticompetitivos en el mercado. No existe ningún indicio de prácticas abusivas en la documentación que se ha obtenido de las instituciones y entidades a las que se ha pedido información.

Respecto a la actividad de captar turistas en la calle y cobrar por las visitas realizadas. A tal respecto el Ayuntamiento ya archivó una denuncia indicando que *“tanto el artículo 170.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril de la Administración Local de Aragón como el artículo 3.2 del Decreto 347/2002, de 119 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, actividades, servicios y obras de las Entidades Locales de Aragón define las calles y plazas como bienes demaniales de uso público destinado a ser utilizado directamente por los particulares y de utilización general con lo cual, difícilmente se podría prohibir la utilización de las mismas”*.

Respecto a la derivación intencionada a establecimientos hosteleros y de restauración a cambio de promoción de la empresa. No existe ningún indicio en el expediente de que se realice dicha actividad, tal como se constata en los informes del detective privado que serán analizados en el apartado siguiente.

Finalmente respecto a la descalificación del comercio y servicios turísticos existentes en el municipio y ofrecimiento de información sesgada sobre la ciudad, sus comercios y sus servicios turísticos, hay que señalar que no solo no existen indicios de tal afirmación, sino que la misma aparece desvirtuada por los datos que constan en el expediente, tanto en los distintos informes del detective contratado por la Fundación Santa María de Albarracín (que se analizarán de forma más extensa en el apartado siguiente) como, en especial, en el informe elaborado por el inspector de turismo en el que se indica que *“tanto la información facilitada en la Oficina de Turismo en la que en ningún momento se aconsejó a una determinada empresa así como las explicaciones facilitadas por el guía (de la empresa El Andador) ciñéndose exclusivamente al tema cultural de la localidad son las correctas en el trato al turista”* y que en todo el trayecto

realizado el guía de la empresa El Andador “no menciona en ningún momento a la Fundación Santa María y se limita a facilitar al grupo información sobre los edificios que se van viendo y a sus características de construcción, decoración, ornato e históricas, siendo en todo caso muy correcto en sus explicaciones”, e indicó “que tienen prohibido facilitar información sobre cualquier establecimiento de la localidad”.

En conclusión, cabe afirmar que no existen indicios sobre la existencia de las conductas denunciadas y que, en todo caso, dichas prácticas se incardinan sin dificultad en la capacidad de la empresa para determinar sus propias estrategias de mercado y no puede considerarse que sobrepasen los límites normales del ejercicio de su derecho para obtener un beneficio o ventaja económica.

Con mayor motivo hay que indicar que no se observan indicios de la existencia de posibles efectos anticompetitivos en un mercado distinto al señalado como relevante, esto es, en el mercado de la actividad comercial en Albarracín, en el que la empresa denunciada no tendría una posición dominante.

Por todo ello hay que concluir que no existen indicios en el presente expediente para apreciar la realización de una conducta prohibida en el artículo 2 de la LDC ya que, a pesar de que no consta en el expediente información para determinar si existe un operador económico que ostente la posición de dominio en el mercado de referencia, lo cierto es que los hechos revelan que no se ha realizado una posible conducta abusiva por parte de la empresa denunciada.

c. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Artículo 3 LDC

El artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe “los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”. Por tanto, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales constituye una de las prácticas prohibidas por la Ley.

No obstante, resulta necesario resaltar que las conductas desleales a las que se refiere el artículo 3 de la Ley no son un acuerdo colusorio ni un abuso de la posición de dominio que se regulan en los artículos 1 y 2, sino que constituyen prácticas prohibidas cuya ilicitud descansa no tanto en su misma deslealtad concurrencial o en su condición de acto de competencia desleal, sino en el impacto que sus efectos tienen o pueden tener sobre el funcionamiento del mercado (falseamiento de la libre competencia en el mercado) y, por esta razón, sobre el interés público (afectación del interés público).

Para que los órganos de defensa de la competencia puedan actuar contra dichos actos es necesario que constituyan actos de competencia desleal, falseen la libre competencia y que dicho falseamiento afecte al interés público, siendo estas condiciones cumulativas e independientes entre sí que deben concurrir en la práctica enjuiciada correspondiente.

La primera condición exige que el acto denunciado encaje en alguno de los tipos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dado que la legislación de defensa de la competencia no establece un concepto propio y diferenciado de competencia desleal, ni asume ni dispone una noción de deslealtad concurrencial, ni unos criterios sustantivos distintos de los establecidos en la legislación contra la competencia desleal.

Conforme ha señalado la doctrina y el Tribunal de Defensa de la Competencia en diversas resoluciones, el falseamiento de la competencia debiera resultar de la comisión de alguno de los llamados actos de deslealtad contra el mercado y, en especial, de los que incluyen en el juicio de deslealtad la amenaza para la

competitividad de los sujetos pasivos, si bien puede fundarse igualmente en cualquiera de los actos de competencia desleal, incluidos aquellos en los que se encarna la deslealtad contra los consumidores, así como en su cláusula general.

El segundo elemento de la estructura del ilícito del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia es el falseamiento de la competencia, y más concretamente, el que resulta de la conducta desleal. Este es el elemento que resume y expresa el especial efecto anticompetitivo sobre el que, en un plano sustantivo, se asienta el ilícito del mencionado artículo, al encarnar el singular efecto real o potencial a que ha lugar o puede dar lugar un acto de competencia desleal para que constituya, asimismo, un ilícito de defensa de la competencia y, como tal, pueda ser enjuiciado y sancionado por los órganos de defensa de la competencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Y en este sentido, hay que señalar que sólo el falseamiento que afecta o pueda afectar a la implantación o mantenimiento de la libre competencia y del proceso competitivo es relevante a los efectos del artículo 3 de la Ley. Además, hay que tener en cuenta que una interpretación conjunta de dicho precepto con el artículo 5 del mismo cuerpo legal, permite concluir que la conducta, para que sea calificada de desleal a efectos de la Ley, deberá ser capaz, por su importancia, de afectar de manera significativa a la libre competencia.

Finalmente, la tercera condición que el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia exige para su aplicación es que se produzca una afectación del interés público y, más en particular, que el acto de competencia desleal afecte al interés público como consecuencia del riesgo de falseamiento de la libre competencia que comporta. En estos casos el interés público tutelado es el mantenimiento y, en su caso, la potenciación de la competencia económica como principio regulador de los procesos de mercado, ya sea en sus aspectos estructurales o funcionales.

Todos estos elementos integran, en una relación de interdependencia, la estructura de la conducta ilícita regulada en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que será preciso determinar, en el presente expediente, si dichos elementos concurren en la práctica denunciada al objeto de apreciar la existencia de una conducta desleal que falsea la libre competencia en los términos del citado artículo 3.

En el expediente, los denunciantes alegan que la empresa El Andador realiza determinadas actuaciones en el desempeño de su actividad que pudieran calificarse de acuerdo con la LCD como prácticas desleales (actos de denigración, engaño y confusión) o comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

Además de lo expresado por los denunciantes, la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto la realización de prácticas presuntamente irregulares por la empresa El Andador en perjuicio de la actividad de visitas guiadas también realizada por la Fundación Santa María de Albarracín, que pudieran ser calificadas como actos de competencia desleal y más concretamente como actos de denigración, consistentes en la difusión por la empresa denunciada de manifestaciones susceptibles de menoscabar el crédito en el mercado de la actividad desarrollada por la Fundación. No obstante, hay que señalar que la mencionada Fundación no presentó escrito de denuncia alguno ante el Servicio de Defensa de la Competencia ni solicitó su personación como interesado en una futura incoación del expediente.

En relación con los actos de competencia desleal constituye criterio jurisprudencial que en un sistema económico que parte del principio de libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial en el mercado para que el consumidor pueda elegir el producto que más le interese confrontando

calidades y precios (STS de 5 de Junio de 1997 (RJ 1997, 4608)), la deslealtad no viene determinada por la simple oferta para contratar, por el mero contacto con los clientes del competidor o por la captación de éstos. Es necesaria la concurrencia de circunstancias reveladoras de una acción contraria a la exigencia de competencia basada en la eficiencia de las prestaciones propias y en la que está presente el ánimo de expoliación u obstaculización de la actividad de otro agente económico.

Por ello, no es de extrañar que la Ley de Competencia Desleal formule tipificaciones muy restrictivas, precisamente para evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales, razón por la cual deben calificarse los ilícitos concurrenciales conforme a las normas que los tipifican y no otras, y todavía menos con interpretaciones extensivas.

De ahí que, no todo acto concurrencial debe ser reputado de ilícito, teniendo en cuenta que ya el libre ejercicio de la competencia y el libre mercado comportan de por sí daño al competidor, de tal forma que sólo los abusos a la libre competencia habrán de ser corregidos en interés del propio mercado y del orden socioeconómico propugnado en el artículo 38 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) . En este sentido, ya recuerda la STS de 6 de Junio de 1997 (RJ 1997, 4611) que *"nuestra Constitución hace gravitar el sistema económico en la libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial del mercado, sin que las prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas simplemente por ello como desleales"*. Dicha doctrina se expresa, entre otras, en la SAP. de Barcelona, de 6 de Abril de 2005 (AC 2005, 856) , recogida en la sentencia de esta Sección de la AP de Pontevedra de 23 de Octubre de 2008 (JUR 2009, 122055) y en la Sentencia de 19 de marzo de 2012 de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª).

Como ya ha hemos tenido ocasión de señalar la CNC señala que bajo la redacción del artículo 3 resultaría necesaria la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un acto de competencia desleal de acuerdo con la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y la afectación del interés público (RCNC de 3 de abril de 2008, S/0049/08 LIDL Supermercados RCNC de 10 de junio de 2009, expediente 2741/06 Signus Ecovalor), y ha matizado este criterio en materia de aplicación del artículo 3 LDC reiterando en sus resoluciones que *« (...) En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal »*. (RCNC de 15 de diciembre de 2011 ASISTENCIA EN CARRETERA, expediente S/0350/11 y RCNC de 16 de enero de 2011 S/0353/11, CESPAS Gestión de Residuos).

En este sentido también se ha pronunciado en anteriores expedientes el extinto TDC (Resolución de 4 de diciembre de 1998, Expte. 332/98, Porvasal) y el Consejo que, entre otros, en la Resolución de 11 de marzo de 2008, dijo: *"Por consiguiente, estando el Consejo de acuerdo con la Dirección de Investigación en que de la denuncia no se desprende que existan indicios de una afectación sensible de la competencia ni, por tanto, del interés público relevante a efectos del artículo 3 LDC,*

tampoco procede ningún análisis de la conducta denunciada desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal, que sería estéril a efectos de la prohibición contenida en el artículo 3 LDC cualquiera que fuese el resultado de esa calificación jurídica." (Expte. S/0041/08, Tu Billeto).

Como también la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otras, en la Sentencia de 11 de septiembre de 2008 (Recurso nº 488/2006): *"En el supuesto enjuiciado, con independencia de la calificación que tanto en el ámbito de la ley 9/1992 de Mediación de Seguros Privados como en de la ley 3/1991 de Competencia Desleal, (en el primer caso es competencia de la Dirección General de Seguros y en el segundo de la jurisdicción civil) debe examinarse si concurre esa dimensión pública relevante. Tanto de la lectura de los escritos de la actora, como de las actuaciones no resulta esa dimensión pública relevante, porque a juicio de esta Sala no (...) se aprecia con base en el número de empresas afectadas, en el volumen de su negocio, o la trascendencia de sus actividades.".* Véase también la SAN de 3 de junio de 2011 (Recurso nº 144/2008, FD 4º).

En el caso que nos ocupa y desde este enfoque no es posible apreciar la existencia de una conducta desleal por parte de la empresa de visitas guiadas El Andador, tal y como se desprende de la documentación obrante en el expediente, que puede resumirse en los siguientes términos:

En cuanto a la documentación remitida por el departamento competente en materia de Turismo:

En dicha documentación consta un informe del inspector de turismo del Servicio Provincial del Departamento de Industria, Comercio y Turismo de Zaragoza (folios 49 y 50) en el que se pone de manifiesto, tras una visita girada el 22 de julio de 2009, que *"tanto la información facilitada en la Oficina de Turismo, en la que en ningún momento se aconsejó a una determinada empresa, así como las explicaciones facilitadas por el guía de la empresa El Andador, ciñéndose exclusivamente al tema cultural de la localidad, son las correctas en el trato al turista"*.

El citado informe señala que desde la Oficina de Turismo se indica *"que en la localidad existen dos empresas dedicadas a realizar visitas guiadas, sin mencionar en ningún momento el nombre de ninguna de ellas"* y que en todo el trayecto realizado el guía de la empresa El Andador *"no menciona en ningún momento a la Fundación Santa María y se limita a facilitar al grupo información sobre los edificios que se van viendo y a sus características de construcción, decoración, ornato e históricas, siendo en todo caso muy correcto en sus explicaciones"*. Asimismo se hace constar en el informe que requerido de información sobre algún hotel o restaurante, el guía indica *"que tienen prohibido facilitar información sobre cualquier establecimiento de la localidad"*.

En la documentación presentada consta, igualmente, un escrito del Director General de Turismo en el que se da contestación a la solicitud de autorización formulada por la empresa el Andador para instalar el logotipo y pictograma de *información turística i visitas guiadas*, en la señalización ya existente y que sería diferente al logotipo de oficina de turismo. En dicho escrito, se indica que *"desde la Dirección General de Turismo no puede autorizarse ni denegarse la instalación de la señal propuesta (...) debiendo ser autorizada su colocación, a nuestro entender, por el Ayuntamiento de Albarracín"*. Se añade que solo están sometidas a autorización la instalación de los carteles y paneles incluidos en el Manual de Señalización Turística de Aragón.

En todo caso, consta en el expediente un escrito presentado por D. Héctor Jarreta Lázaro el 12 de diciembre de 2011 en el que informa que el cartel al que se refirió en su escrito del mes de agosto no llegó a ser instalado en la fachada, aunque es usado mediante un atril móvil.

En cuanto a la documentación remitida por el Ayuntamiento de Albarracín_(folios 99 y 100):

Se hace constar por el Ayuntamiento que la denunciante D^a Pilar Lázaro presentó en febrero de 2011 una denuncia relativa a las irregularidades cometidas por la empresa El Andador por la exclusiva utilización de la calle por parte de la empresa para captar turistas en la plaza Mayor y sus inmediaciones, obstaculizando la libre elección de cualquier establecimiento por parte dichos turistas.

En contestación a dicha denuncia se comunica por el Ayuntamiento que *“tanto el artículo 170.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril de la Administración Local de Aragón como el artículo 3.2 del Decreto 347/2002, de 119 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, actividades, servicios y obras de las Entidades Locales de Aragón define las calles y plazas como bienes demaniales de uso público destinado a ser utilizado directamente por los particulares y de utilización general con lo cual, difícilmente se podría prohibir la utilización de las mismas”*.

Como bien señala el Ayuntamiento de Albarracín, las vías y espacios públicos son de uso general y corresponde al Ayuntamiento, a través de la aprobación de la correspondiente ordenanza, establecer la regulación en la que establezcan las restricciones, limitaciones y uso privativo de dichos espacios públicos.

Al margen de lo dispuesto no existe ningún indicio en el expediente de que se realice un “uso exclusivo” de la calle o de la plaza por parte de la empresa denunciada y que con ello se obstaculice el acceso a los comercios de la zona, debiendo calificarse, en cualquier caso, de desproporcionadas dichas afirmaciones atendiendo a la conducta que se describe.

En cuanto a la documentación remitida por la Fundación Santa María de Albarracín (folios 103 a 170; 181 a 191)):

Dicha documentación está constituida fundamentalmente por los informes elaborados por el detective D. José María Fresneda, a tenor de las investigaciones realizadas por encargo de la Fundación Santa Maria de Albarracín.

Si analizamos dichos informes, que comprenden cinco periodos temporales distintos (17 de mayo a 21 de junio de 2009, 31 de marzo a 2 de julio de 2010, 17 de agosto a 31 de agosto de 2010, 24 de octubre a 16 de febrero de 2011 y 1 de octubre a 22 de octubre de 2011), cabe concluir lo siguiente:

- La Oficina Comarcal de Turismo de Albarracín ofrece una información correcta sobre la existencia de dos empresas de visitas guiadas en Albarracín. Según el informe, solo en tres ocasiones (27 de mayo y 21 de junio de 2009 y 17 de junio de 2010) se informa de la empresa El Andador y se omite la referencia a las visitas de la Fundación. Dicha omisión no es significativa ya que las consultas realizadas en la Oficina de Turismo por el detective contratado por la Fundación son 19 y en todas ellas se ha informado de ambas empresas. Por otra parte, no consta en el informe ninguna manifestación denigrante y despectiva de los servicios prestados por la Fundación realizada por los empleados de la citada oficina.
- La Oficina de Turismo de Teruel y la guía que realiza la visita guiada en Teruel informa correctamente sobre las empresas de visitas guiadas existentes en Albarracín (30 de junio de 2010). La única información incompleta que consta es la facilitada por la oficina de información de Dinópolis (26 de junio de 2010), ya que únicamente hace referencia a la empresa El Andador.

- Los hoteles ubicados en Albarracín ofrecen, con carácter general, información sobre la existencia de ambas empresas, si bien en algunos casos se recomienda y ofrece información únicamente de El Andador (Hotel Montes Universales) o bien de La Fundación Santa María (Hotel Albarracín).
- En cuanto a la empresa El Andador, el informe revela que los guías contratados por la empresa desarrollan su labor con corrección, sin perjuicio de constatar la existencia de algunas afirmaciones, realizadas por la misma persona, que si bien pueden resultar innecesarias no son susceptibles de calificarse de despectivas, denigratorias o desleales. En efecto, en el informe constan ocho visitas guiadas realizadas por el detective y en él únicamente se refleja la existencia de comentarios que hacen referencia a la menor experiencia de la Fundación y a que la empresa El Andador enseña cosas diferentes (siendo cierta tal afirmación según se desprende de la página web de la Fundación y de la empresa El Andador), y otros comentarios referidos a la existencia de obras en la Catedral, que también son veraces.

En virtud de lo expuesto, cabe afirmar que no se constata en el expediente la existencia de indicios de que la empresa El Andador haya realizado una conducta que sea apta para falsear la competencia efectiva, ni en el precitado informe se revela la existencia de actos de denigración realizados por la empresa El Andador, ni tampoco puede considerarse desleal la captación de turistas en la calle, siendo ésta una práctica que no puede ser considerada ilícita, al igual que la promoción de su tienda y de sus productos, tienda que se halla publicitada en su página web, al igual que la existente en la sede de la Fundación Santa María de Albarracín.

En cuanto a la presunta descalificación del resto del comercio y servicios turísticos existentes en el municipio, ni los denunciantes aportan prueba alguna que acredite dicha valoración, ni el informe del detective ni la documentación obrante en el expediente revela indicio alguno de que tal práctica se haya producido; al contrario, existe prueba constituida por el informe emitido por el inspector de Turismo, en el que se acredita que la información facilitada por la oficina de turismo y por la empresa denunciada es correcta y que se ciñe *“exclusivamente al tema cultural de la localidad”* y que los guías de la empresa se limitan a facilitar *“información sobre los edificios que se van viendo y a sus características de construcción, decoración, ornato e históricas, siendo en todo caso muy correcto en sus explicaciones”*, sin facilitar información sobre los establecimientos de la localidad.

Por todo ello cabe afirmar que no se aprecian indicios de ilegalidad en la conducta realizada por la empresa El Andador, conducta que debe enmarcarse en el contexto de un sistema económico basado en la libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial del mercado, en el que, como ha señalado el Tribunal Supremo, *las prácticas concurrenciales incómodas para los competidores no pueden ser calificadas simplemente por ello como desleales*.

Por otra parte, teniendo en cuenta que en el contexto jurídico y económico afectado en el expediente que se ha expresado en fundamentos jurídicos anteriores, en ningún caso cabe concluir que la conducta realizada por la empresa el Andador pudiera afectar al interés público como consecuencia del riesgo de falseamiento de la libre competencia que comporta.

Conforme ya se ha indicado, el interés público tutelado por el artículo 3 de la LDC es el mantenimiento y, en su caso, la potenciación de la competencia económica como principio regulador de los procesos de mercado, ya sea en sus aspectos estructurales o funcionales. Y en el presente caso no se aprecia que la conducta denunciada pudiera afectar a la competencia, ni mucho menos en grado tal que fuese aplicable el artículo 3 de la LDC, teniendo en cuenta además que los denunciantes no

han aportado indicios de afectación al interés público, ni razonamiento alguno de cómo éste podría haber sido afectado.

En consecuencia, cabe concluir que no existen indicios racionales de que la empresa El Andador haya realizado conducta desleal alguna prohibida en el artículo 3 de la LDC.

QUINTO- Conclusión del análisis de las conductas realizadas: archivo de la denuncia.

En virtud de lo expuesto, hay que concluir que no ha quedado acreditado que se haya producido ninguna infracción de los artículos 1, 2 y 3 de Ley de Defensa de la Competencia por parte de la empresa El Andador en el ejercicio de su actividad de visitas guiadas en la ciudad de Albarracín. Por ello, debe procederse al archivo del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de Aragón.

SEXTO.- Competencia para dictar la resolución relativa a este procedimiento.

La competencia para adoptar la decisión de no iniciar un procedimiento sancionador por no concurrir indicios suficientes de la existencia de una infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón a propuesta de la Dirección General de Economía (Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón).

Así lo dispone el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, conforme al que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1,2 y 3 de esta ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley”*.

En consecuencia, y de conformidad con la Disposición Adicional Octava de la misma Ley, la traslación de esta disposición a los órganos aragoneses de defensa de la competencia determina que la competencia para decidir sobre la no incoación del expediente contra la empresa de visitas guiadas El Andador y proceder al archivo de la denuncia, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, a propuesta de la Dirección General de Economía, a la que corresponde el ejercicio de las funciones de Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, conforme se deduce del artículo 10 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón y del artículo 7 del Decreto 19/2012, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica de Departamento de Economía y Empleo.

Ello debe entenderse así pese a que el artículo 14.1 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, ya citado, asigne al Servicio los actos de archivo de actuaciones y los de trámite que impidan la continuación del procedimiento, por cuanto dicho precepto debe entenderse desplazado por la Ley estatal, que tiene la condición de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución, tal como expresa en su Disposición Final Primera.

Por todo ello, de conformidad con los fundamentos jurídicos esgrimidos en la presente resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón

RESUELVE

No acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra la empresa de visitas guiadas El Andador de Albarracín, por no existir indicios racionales para iniciar un procedimiento sancionador por infracción de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y proceder al archivo de la denuncia y de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la citada Ley 15/2007, de 3 de julio.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón indicando al mismo tiempo que se notifique a los interesados”.

Zaragoza, a 6 de junio de 2013.