

**ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE
ARAGÓN. EXPEDIENTE 13/2008, ASUNTO “PABELLÓN INTERPEÑAS”.**

Pleno

Presidente

D. Javier Oroz Elfau

Vocales

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas

D. Javier Nieto Avellanad

Zaragoza, a 11 de febrero de 2015.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen y siendo ponentes D. Ignacio Moralejo y D. Javier Oroz, ha examinado el expediente nº 13/2008, en virtud de la denuncia presentada por la “Asociación Plataforma de Empresarios Hoteleros de Aragón” (APEHA), contra el Ayuntamiento de Zaragoza, la sociedad mercantil Pam Hosteleros S.L., la Federación Interpeñas y la Diputación General de Aragón, sobre una posible vulneración de las normas de defensa de la competencia, remitido junto con la oportuna propuesta de resolución de la Dirección General de Economía del Departamento de Economía y Empleo del Gobierno de Aragón, y con apoyo en los antecedentes y fundamentos jurídicos que a continuación se expondrán.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 1 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón, denuncia presentada por la “Asociación Plataforma de Empresarios Hoteleros de Aragón” (APEHA), contra el Ayuntamiento de Zaragoza, la sociedad mercantil Pam Hosteleros S.L., la Federación Interpeñas y la Diputación General de Aragón, en la que se hace constar que la explotación del Pabellón Interpeñas durante las Fiestas del Pilar distorsiona el mercado del ocio nocturno, con pérdidas para los establecimientos que se dedican a actividades similares, realizando las siguientes alegaciones:

- a. El Pabellón Interpeñas no lo explota la Federación Interpeñas sino la empresa Pam Hosteleros S.L.
- b. La actividad de Interpeñas se lleva a cabo en virtud de autorización que anualmente concede el Ayuntamiento de Zaragoza para instalar la carpa y una discomóvil, quien además cede el uso de los terrenos de titularidad municipal colindantes.
- c. No se respeta el horario de cierre impuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza y se sobrepasa el límite de ruidos legalmente previsto.

- d. La actividad desarrollada por Pam Hosteleros S.L. compite de forma desleal con el resto de establecimientos y recibe ayudas del Ayuntamiento de Zaragoza.
- e. Existe una falta de transparencia en las actuaciones que el Ayuntamiento de Zaragoza realiza en relación con la Federación Interpeñas y con la citada empresa.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de octubre de 2008 se presentó ante el SDCA nueva documentación relativa a la cesión de terrenos del Área 4 del Polígono Actur-Puente de Santiago de Zaragoza a favor de la Federación Interpeñas para la celebración de las Fiestas del Pilar por parte de la Diputación General de Aragón y la modificación de las líneas de autobuses por el Ayuntamiento de Zaragoza.

TERCERO.- Previa tramitación correspondiente, según consta en el expediente, con fecha 3 de junio de 2011 y previo informe jurídico de 1 de junio de 2011, se dictó Propuesta de Resolución por la Dirección General de Política Económica en los siguientes términos:

“No acordar la incoación de un procedimiento sancionador por infracción de la conducta prohibida en el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y proceder al archivo de la denuncia presentada por la “Asociación Plataforma de Empresarios Hoteleros de Aragón” (APEHA), contra el Ayuntamiento de Zaragoza, la sociedad mercantil “Pam Hosteleros S.L.”, la Federación Interpeñas de Zaragoza y la Diputación General de Aragón, por no existir indicios suficientes de infracción de la citada Ley de Defensa de la Competencia”.

Dicha Propuesta de Resolución se elevó al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón con fecha 7 de junio de 2011.

CUARTO.- El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón en la reunión celebrada el 4 de octubre de 2011 acordó por unanimidad lo siguiente:

“Requerir al Servicio de defensa de la Competencia de Aragón para que formule las aclaraciones y ampliaciones de información y documentación que resulten precisas a tenor de lo expresado y según lo previsto en los apartados 3 c y d del artículo 21 del capítulo quinto del Reglamento de Régimen interno del TDCA, para, en su caso, poder determinar la procedencia de incoar expediente sancionador”.

QUINTO.- Ampliada la fase de información reservada mediante Resolución del Director General de Economía de 9 de noviembre de 2011, se requirió a las entidades denunciadas para que aportasen la información requerida por el TDCA. Atendido el requerimiento, el SDCA efectuó una nueva solicitud de documentación complementaria en fecha 20 de noviembre de 2012.

SEXTO.- Aportada la documentación solicitada a las entidades denunciadas y otra que el SDCA consideró adecuada, con fecha 25 de septiembre de 2014 se eleva nueva propuesta de resolución al Tribunal en la que se plantea el archivo de la denuncia por considerar que no concurre indicio alguno de la existencia de una eventual infracción en materia de defensa de la competencia.

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de octubre de 2014, el Pleno del TDCA, en sesión plenaria acordó admitir a trámite el expediente por cumplir con todos los requisitos formalmente exigibles y solicitar del Secretario y de la Letrada del Tribunal la elaboración de un informe sobre la posible prescripción de los hechos denunciados. Dichos informes fueron evacuados en fecha 26 de septiembre de 2014.

OCTAVO.- En sesión de 1 de diciembre de 2014, el TDCA debatió el expediente a la luz de los informes aportados y acordó elaborar una nueva propuesta de Acuerdo que se sometería a la consideración del tribunal en la próxima sesión.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Iniciado el expediente con la denuncia presentada por la “Asociación Plataforma de Empresarios Hoteleros de Aragón” (APEHA), contra el Ayuntamiento de Zaragoza, la sociedad mercantil PAM HOSTELEROS S.L. y la Federación Interpeñas, el trámite de asignación de la competencia a la autoridad autonómica o estatal 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, quedó resuelto en el sentido de que 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 del expediente.

El objeto del presente expediente se concreta, en consecuencia, en analizar, desde la concreta perspectiva de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la actuación realizada por el Ayuntamiento de Zaragoza, la sociedad mercantil Pam Hosteleros S.L., la Federación de Interpeñas y la Diputación General de Aragón, en relación con la gestión y explotación del “Pabellón Interpeñas” durante las fiestas del Pilar de Zaragoza celebradas en los últimos años, al objeto de determinar si dichas conductas pueden ser constitutivas de infracción atendidos los términos de la precitada ley.

TERCERO.- Análisis de la conducta de las dos Administraciones denunciadas.

Las Administraciones públicas tienen la posibilidad de actuar como operadores económicos en el mercado tal y como se reconoce en el art. 128 de la Constitución. Cuando las Administraciones públicas actúen como oferentes o demandantes de productos o servicios en el mercado su actuación queda sujeta a las mismas reglas a que se sujeta la actuación de los operadores privados en el mercado (art. 4.2 LDC). La sujeción a la normativa *antitrust* decae cuando las Administraciones públicas actúan en

en el ejercicio de su ius imperii y al amparo de una disposición legal (art. 4.1 LDC, RCNC de 20 de noviembre de 2008, *Comunidad Autónoma de Aragón*, Exp. SI/ 0083/ 08; RTDCA de 6 de noviembre de 2013, *Universidad San Jorge*, Exp. 3/ 2012).

Es claro que la LDC se extiende no sólo a los empresarios, sino también a todos aquellos agentes económicos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado, tal como señala la Audiencia Nacional, en Sentencia de 11 de noviembre de 2003, dictada en el recurso núm. 839/2000. No existe, en consecuencia, una exoneración genérica de los actos de la administración respecto de la aplicación de la LDC, sino que resulta preciso determinar, caso por caso, cuándo la administración actúa como operador económico, incidiendo con su conducta en la estructura y funcionamiento del mercado, o cuándo existe una ley que ampara dicho comportamiento, tal y como reconoce expresamente el artículo 4.1 LDC.

En el presente caso debe analizarse si las dos Administraciones implicadas han operando como agentes económicos en el mercado de ocio nocturno de la ciudad de Zaragoza durante las Fiestas del Pilar o si, por el contrario, su intervención se ha producido en ejecución de las potestades administrativas que tienen atribuidas por una norma de rango legal.

Así planteada la cuestión, es evidente que ninguna de las dos Administraciones está tratando de introducirse en dicho mercado, dado que la actividad que están llevando a cabo es la mera cesión de terrenos a una asociación sin ánimo de lucro para la instalación de un pabellón de festejos y la concesión de autorizaciones y licencias para que dicha instalación se materialice. Ninguna de las dos Administraciones actúa en este caso como un operador en el mercado, como agentes económicos en la provisión de servicios de ocio nocturno en la ciudad de Zaragoza durante las fiestas ni está intentando impedir que competidores potenciales de los operadores ya existentes puedan introducirse en el mismo. Por el contrario, ambas están actuando en su faceta de órganos reguladores de esa actividad mediante la concesión de autorizaciones y licencias en cumplimiento de las normas que les habilitan para ese fin.

Tanto la autorización para la ocupación temporal de suelo y a precario de unos suelos públicos por parte del Gobierno de Aragón, como las autorizaciones y licencias concedidas por el Ayuntamiento de Zaragoza a la Federación denunciada para la instalación del pabellón de fiestas (y, a partir de 2012, las adjudicaciones realizadas mediante concurso público), son actuaciones de la Administración sometidas a derecho administrativo (y por tanto al margen de la aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC). En el presente caso, teniendo en cuenta el tipo de instalación, la titularidad del suelo en el que se ubica y naturaleza de la actividad en si misma, la normativa a considerar es la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aplicable con carácter supletorio de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la Ley 11/2005, así como el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las

Administraciones Públicas, todo ello sin perjuicio de la normativa de régimen local, tanto estatal y autonómica que resulta aplicable al Ayuntamiento de Zaragoza.

De acuerdo con esta normativa, el desarrollo de estas actividades (instalación del Pabellón Interpeñas) requiere la previa obtención de las autorizaciones y licencias expedidas por la Administración competente, que en el presente caso, es el Ayuntamiento de Zaragoza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, regulador de las competencias municipales en aplicación de la Ley y en los artículos 15 y 21, en los que expresamente se indica que corresponde al municipio conceder las autorizaciones para la celebración de *“los espectáculos y actividades recreativas que se realicen en el municipio con motivo de la celebración de las fiestas locales y verbenas populares, requieran o no la utilización de la vía pública”*, y que *“precisarán licencia municipal los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos públicos que por su naturaleza requieran la utilización de instalaciones o estructuras eventuales, portátiles o desmontables con carácter no permanente”*.

En cuanto a la cesión de suelo, la normativa aplicable está constituida por la Ley 23/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, normas que establecen el marco jurídico y procedimental para la ocupación temporal de suelo público objeto del presente expediente. Así, el artículo 21.3 de la Ley aragonesa establece que *“Excepcionalmente podrán otorgarse sobre bienes de dominio público permisos de ocupación temporal, que llevarán implícita la cláusula de precariedad y serán revocables sin derecho a indemnización”*, lo que se materializó en las ordenes del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de los años 2008 y 2009 (así como las posteriores de los años 2010 y 2011) que fueron anuladas por vulnerar lo dispuesto en el artículo 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, (precepto que tiene el carácter de legislación básica) regulador del procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones (o permisos) prevenidas en el citado artículo de la ley aragonesa. En el año 2012 fue el Ayuntamiento de Zaragoza quien adjudicó dichos suelos, previa cesión realizada por la DGA, mediante concurso público.

En definitiva, las autorizaciones, permisos y licencias concedidas por el Ayuntamiento de Zaragoza y el Gobierno de Aragón, son decisiones adoptadas por dos Administraciones públicas que no han actuado como operadores económicos sino en ejercicio de potestades públicas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, esto es, en el ejercicio del *ius imperii* del que son titulares. El control de este tipo de actuaciones no corresponde a órganos como el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, sino que debe ser efectuado por los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Y a este respecto se pueden citar diversas sentencias emitidas por órganos integrados en dicha jurisdicción, relacionadas con los hechos denunciados. Así, dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fechas 26 de julio y 29 de julio de 2011, que resolvieron los recursos interpuestos por la asociación denunciante en los

que se impugnó la cesión de suelo hecha por la DGA a la Federación Interpeñas y anularon las ordenes del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de 2008 y 2009 por las que se concedió a la Federación el permiso de ocupación temporal y a precario de unos suelos propiedad de la DGA por no haberse respetado los principios de publicidad y transparencia en la cesión de dichos terrenos. A ellas hay que añadir la Sentencia de 24 de julio de 2013 dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza que resolvió el recurso interpuesto por la Asociación denunciante contra las resoluciones del Ayuntamiento de Zaragoza fechadas el 3 de agosto y 13 de septiembre de 2012, por las que se publicaron las condiciones de licitación para la ocupación de suelo destinado a la instalación del Pabellón Interpeñas y se procedió a la adjudicación de dichos suelos a la Federación Interpeñas de Zaragoza, anulando ambas resoluciones al considerar la invalidez de uno de los requisitos de la convocatoria y la incompetencia del órgano que adoptó las resoluciones.

CUARTO.- El mercado relevante.

Para enjuiciar el carácter competitivo o anticompetitivo de una conducta determinada se requiere la concreción del mercado de referencia. Esta delimitación imbrica diferentes parámetros de carácter objetivo (relativa al producto o servicio que se trate y, en particular, a su intercambiabilidad), de carácter espacial e, incluso, en ocasiones temporal. Estas referencias identifican las principales presiones a que se sujeta la competencia entre los operadores -sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial- y han de atenderse para ponderar la incidencia que el acto enjuiciado tiene en un plano tanto estructural como funcional.

En la propuesta de resolución que eleva a este Tribunal el SDCA define el mercado relevante en este asunto, combinando los conceptos de mercado de producto y de mercado geográfico, y añadiendo una referencia temporal que deduce del expediente, como *“la preparación y el servicio de bebidas para su consumo inmediato en el propio establecimiento durante las noches de las Fiestas del Pilar en la ciudad de Zaragoza”*. Asimismo, considera que esta definición resulta muy similar a la señalada por la asociación denunciante APEHA que califica como mercado afectado el del *“ocio nocturno”* y que concreta indicando que dicho mercado comprendería los establecimientos que compiten en el mismo y se dedican a las actividades contempladas en el Anexo III del Catálogo de Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado por el Decreto 220/2006, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón, fundamentalmente, según se indica, los que se dedican a las actividades de bares, cafeterías, pubs, clubes, cafés teatro y cafés cantante, discotecas y salas de fiestas.

QUINTO.- Análisis de la existencia de conductas prohibidas (I). Prácticas colusorias.

En su escrito de denuncia, la denunciante cuestiona la licitud en términos de Derecho protector de la libre competencia de la explotación del Pabellón Interpeñas por Pam Hosteleros. El art. 1.1 LDC prohíbe los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto,

produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado de referencia.

El objeto y los efectos de la relación comercial entre la Federación Interpeñas y Pam Hosteleros han de ser analizados para comprobar si de los términos en que se cede la explotación del Pabellón resultan las consecuencias anticompetitivas que la LDC proscribiera. Los acuerdos prohibidos por el art. 1.1 LDC son los que tienen por objeto o son susceptibles de impedir, restringir o falsear la competencia. Así pues quedan prohibidos los acuerdos que la eliminan (acuerdos de reparto de mercado p.ej.), los que suprimen alguno de los elementos a través de los que se actúa la competencia (acuerdos de fijación de precios, acuerdos de aprovisionamiento ...) y por último, y como cláusula de cierre, los acuerdos que falseen la competencia. Esta última referencia resulta en la prohibición de los acuerdos que tengan por objeto o que efectiva o potencialmente puedan resultar en otra lesión a la competencia no susceptible de ser calificada como restricción o limitación. La concurrencia de estos efectos no es suficiente, sin embargo, para declarar la ilicitud de la conducta que se enjuicia. La prohibición de las conductas anticompetitivas sancionadas legalmente requiere además que la restricción o falseamiento de la competencia sea sensible o significativo (art. 5 LDC).

En el expediente elaborado por el SDCA (folios 389 a 396), se acredita la existencia de un primer contrato por el que la Federación Interpeñas cede la explotación del Pabellón a Pam Hosteleros a cambio de una contraprestación económica. Este primer contrato, con una eficacia de 6 años, se celebró con fecha 4 de abril de 2005. Con fecha 1 de junio de 2010 se celebró un nuevo contrato entre las mismas partes con el mismo objeto, cesión de la explotación del Pabellón Interpeñas. Los efectos de este contrato finalizan en 2017. La celebración de estos contratos fue referida por la Federación Interpeñas en el último requerimiento de información realizado por el SDCA (folio 521) y asimismo consta en la sentencia de 24 de julio de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Zaragoza (FD 4º C.2)). Examinado el contenido de los contratos, se observa que su objeto es la cesión en exclusiva de la explotación del Pabellón Interpeñas a la mercantil Pam Hosteleros. La cesionaria se obligaba además a la realización de las operaciones instrumentales para hacer efectiva tal explotación.

Advertidos los términos de los contratos celebrados entre la Federación Interpeñas y Pam Hosteleros no se infiere su directa finalidad anticompetitiva. Debe procederse, por tanto, a ponderar sus efectos. El informe del SDCA no acredita que los referidos negocios sean susceptibles de tener una repercusión significativa en el mercado tanto en un plano estructural como funcional. Del informe del SDCA se infiere que los referidos acuerdos no impiden el establecimiento de otros operadores dedicados al ocio nocturno ni, tampoco, interfieren en la actuación de los ya establecidos no incidiendo negativamente sobre aspectos tales como los precios o aprovisionamientos.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se aprecia que el contrato suscrito entre la Federación Interpeñas y Pam Hosteleros constituya una infracción del art. 1.1 LDC.

SEXTO.- Análisis de la existencia de conductas prohibidas (II). Abuso de posición de dominio.

El art. 2 LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición dominante en un mercado de referencia.

El TS ha enumerado los extremos que se precisa constatar con sustento *en un desarrollo probatorio esmerado* a efectos de aplicar las previsiones contenidas en el art. 2 LDC. Así, señala el alto Tribunal, habrá de procederse liminarmente a la concreción del mercado relevante para después determinar si efectivamente el operador denunciado disfruta en él de una posición de dominio. Determinado lo anterior puede valorarse el efecto que la conducta del operador que disfruta de una posición de dominancia produce sobre la competencia en el mercado, sobre los consumidores y cuáles son las circunstancias económicas, detalladas y analizadas en lo necesario, de las que quepa deducir si aquella conducta está o no justificada (así STS de 7 de julio de 2003).

La concreción del mercado de referencia se revela a estos efectos piedra basal en aras de concretar, en primer lugar, si efectivamente una empresa ostenta una posición de dominio en el mercado. En efecto, las posibilidades de competencia han apreciarse en el contexto del mercado que agrupa al conjunto de productos que, atendidas sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos. Ya se ha tenido ocasión de señalar que el SDCA, en la propuesta de resolución que eleva a este Tribunal, define el mercado relevante en este asunto, combinando los conceptos de mercado de producto y de mercado geográfico, y añadiendo una referencia temporal que deduce del expediente, como *“la preparación y el servicio de bebidas para su consumo inmediato en el propio establecimiento durante las noches de las Fiestas del Pilar en la ciudad de Zaragoza”*. Esta definición coincide sustancialmente con la referida por los denunciantes.

Delimitado el mercado relevante en los anteriores términos, la aplicación del art. 2 LDC requiere que se pueda acreditar de manera indubitada la existencia de una posición de dominio ocupada por la denunciada. La CNC ha definido la posición de dominio de un operador económico como *“la situación de poder económico en que se encuentra una empresa que permite a ésta impedir que hay una competencia efectiva en el mercado de referencia que les posibilite comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores”* (RCNC de 23 de febrero de 2010, *Intermalta*, Expte. S/0135/09 que reproduce la definición acogida por la Sentencia *United Brands* del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de febrero de 1978 y que es, igualmente, la acogida en el párrafo 10 de la Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008 *“Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 [actual artículo 102 TFUE] del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”*). De la información recogida en el expediente tramitado por el SDCA no se infiere que Pam Hosteleros S.L. goce de una fuerza económica en el mercado relevante que resulte en una posición de dominio.

Del informe emitido por el SDCA se infieren las dificultades que ha tenido que afrontar para determinar la cuota de mercado que corresponde a los operadores económicos que actúan en el mercado de referencia. Desde una perspectiva contable, el

Registro Mercantil recoge únicamente cuentas anuales de las empresas, esto es, sólo la información disponible a cierre del ejercicio contable, sin desagregar la información a rangos temporales inferiores, mucho menos tan concretos como la semana en que se celebran las Fiestas del Pilar. Para disponer de la información relativa a los ingresos de explotación o cifra de ventas de las empresas que intervienen en el mercado definido por meses o durante un periodo temporal acotado, habría que recabar información directamente de las mismas (como indica el SDCA hay un total de 237 empresas en Zaragoza capital que están integradas en el código CNAE 5610).

La circunstancia de que la mercantil denunciada explote un macrorrecinto tampoco permite por sí misma determinar su posicionamiento dominante. El SDCA indica en su propuesta de resolución que siempre ha existido más de un macrorrecinto habilitado para el ocio nocturno durante las Fiestas del Pilar en Zaragoza: en 2007 el Pabellón de Interpeñas en c/ Miguel Servet y el recinto ferial de Valdespartera (espacio Zeta) y desde 2008 el parking norte de la Expo y el recinto ferial de Valdespartera; a ellos habría que añadir otros espacios similares presentes habitualmente y en esas fechas en las fiestas del Pilar, como la carpa del ternasco, con programación musical diaria (calle Moret), el recinto de la Feria de la Cerveza (ubicado en Valdespartera y en el Parque de Atracciones) o los conciertos celebrados en el Pabellón Príncipe Felipe, Plaza del Pilar e incluso en el Paseo de Independencia.

Tal y como se deduce del informe del SDCA, la diversidad y capilaridad de la oferta en el mercado relevante impiden que la denunciada goce de un significativo grado de independencia frente a las reacciones de sus competidores o clientes. No ha quedado acreditada por tanto la posición de dominancia de Pam Hosteleros S.L por lo que la mercantil denunciada no incurre en la conducta prohibida por el art. 2 LDC.

Queda por resolver si la exclusiva a favor de Pam Hosteleros S.L. para la explotación del Pabellón constituye un abuso de posición de dominio por la Federación Interpeñas.

La Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008 “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 [actual artículo 102 TFUE] del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” parte de señalar en su párrafo 74 que “cualquier empresa, sea dominante o no, debe tener derecho a elegir con quien comercia y a disponer de su propiedad. Es por ello, continúa la Comisión en su Comunicación, que cualquier intervención a efectos de concretar el alcance de esta prohibición [de abuso de posición de dominio] requiere un examen pormenorizado cuando se trate de imponer una obligación de suministro”. Señalado lo anterior, la Comunicación continúa refiriendo entre las formas concretas de abuso susceptibles de realización por empresas en posición de dominio la denegación de suministro. El párrafo 77 de la comunicación señala que el concepto de denegación de suministro por una empresa dominante abarca una amplia gama de prácticas entre las que se incluye la denegación de la concesión de acceso a una instalación esencial o a una red. Y en este sentido, en el párrafo 80 de la Comunicación, se afirma que el control de estas prácticas se hace prioritario cuando se den, cumulativamente, las siguientes circunstancias: la denegación se refiere a un producto o suministro objetivamente necesario para poder competir en un mercado descendente, sea probable que la

denegación de lugar a eliminación de la competencia en el mercado descendente, y sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores (RCNC de 29 de noviembre de 2012, *Signus Ecovalor*, Expte. S/0351/ 11. Esta resolución ha sido ratificada por la SAN de 28 de febrero de 2014).

Se trataría de valorar entonces si la cesión en exclusiva de la explotación del espacio Interpeñas a Pam Hosteleros constituye un abuso de posición de dominio por excluyente. Atendida la diversidad y capilaridad de la oferta en el mercado de referencia, el informe del SDCA no acredita que la Federación Interpeñas disfrute de una posición de dominancia. Los razonamientos que impiden considerar que en la explotación del Pabellón Interpeñas Pam Hosteleros ostente una posición de dominio son trasladables al supuesto ahora enjuiciado. Por otro lado, atendido el mercado de referencia, el del ocio nocturno durante las fiestas del Pilar con múltiples alternativas, la exclusiva reconocida a Pam Hosteleros no incide en ninguno de los elementos sobre los que la Comisión justificaría al menos el control de una “denegación de suministro” atendidos los términos del párrafo 80 de su Comunicación de 5 de diciembre de 2008.

SÉPTIMO.- Análisis de la existencia de conductas prohibidas (III). Falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal.

El artículo 3 LDC prohíbe “los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”. Como señala Massaguer, la razón de ser del establecimiento del falseamiento de la libre competencia por actos desleales como conducta ilícita en la LDC se encuentra en la sentida necesidad de prevenir y reprimir con los medios institucionales, procesales y sancionadores propios del Derecho *antitrust* las prácticas desleales en la medida en que comprometen los intereses públicos propios de la instauración y mantenimiento de la competencia económica en el mercado. En sede de Derecho protector de la libre competencia adquieren trascendencia los actos de competencia desleal en la medida en que no sólo comprometan los intereses privados de los operadores perjudicados por los referidos actos (RCNC de 3 de marzo de 2008, *LIDL Supermercados*, Expte. S/0049/ 08).

De los términos de la denuncia se infiere que la conducta que, en su caso, pudiera merecer un reproche de deslealtad a efectos de valorar la concurrencia de la prohibición del art. 3 LDC es la cesión de terrenos realizada por el Ayuntamiento de Zaragoza a favor de la Federación Interpeñas. El apartado 1 del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) reputa desleal el hecho de prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa cuando se hubiese adquirido mediante infracción de leyes que no tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencia (art. 15.1 LCD).

La idea ya adelantada de que la protección contra la competencia desleal es susceptible de trascender los intereses de los operadores económicos afectados justifica que tanto la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, como es ahora el caso de este Tribunal, estén en condiciones de enjuiciar en los términos resultantes de la LCD los actos desleales que por incidir sobre la libre competencia afecten asimismo al interés público (vid. RTDC de 26 de febrero de 2004, *Grupo Freixenet*, Expte. 560/ 2003).

Para que una conducta desleal se considere acto de falseamiento de la libre competencia, y por tanto los organismos de defensa de la competencia puedan actuar contra ella a través de los medios y medidas acogidos en la legislación *antitrust*, se requiere la concurrencia de tres elementos: la existencia de un acto de competencia desleal, un falseamiento de la libre competencia ocasionado por el acto de competencia desleal y una afección del interés público debida a ese falseamiento de la competencia. El art. 3 LDC establece, por tanto, una restricción por efecto que tiene como presupuesto que el acto enjuiciado se reputa desleal. Como señala el TDC de Cataluña, lo que caracteriza la prohibición del art. 3 LDC es que se trate de actos de competencia desleal, actos que por definición falsean la libre competencia, pero que lo hagan afectando al interés público de una forma especialmente grave o trascendente, especialmente por los efectos reales o potenciales de la conducta desleal (RTDC Cataluña de 3 de junio de 2010, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña c. Ayuntamiento de Barcelona*, Expte. 11/ 2009).

La circunstancia de que art. 3 LDC constituya un ilícito puramente *antitrust*, permite que sin necesidad de entrar a valorar *ex ante* el reproche jurídico de deslealtad del acto enjuiciado, este Tribunal pueda entrar a valorar esta conducta desde los resultados que provoca o sea susceptible de provocar en detrimento de la libre competencia (vid, RRCNC de 2 de diciembre de 2010, *Cofradía de Pescadores Sant Pere de l'Atmella*, Expte. S/0265/10; de 29 de noviembre de 2010, *Caja Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros CASER*, Expte. S/0267/10; de 9 de febrero de 2009, *World Premium Rates/ Opera*, Expte. S/0101/08; y de 16 de abril de 2009, *Direct Recursos*, Expte. S/0123/08).

De la información recogida en el expediente elaborado por el SDCA se acredita que el acto denunciado no pone en peligro los objetivos políticos propios de la legislación protectora de la libre competencia en el mercado del ocio nocturno de Zaragoza durante las fiestas del Pilar. La cesión del suelo a la Federación Interpeñas para su explotación no afecta ni estructural ni funcionalmente de manera significativa al referido mercado. Tal actuación no resulta en la creación de barreras de entrada a este mercado local ni, tampoco, afecta negativamente al interés público por resultar en dificultades o impedimentos para la actuación de los demás operadores en régimen de libre competencia (en relación con el art. 7 Ley 16/ 1989 LDC la RTDC de 18 de diciembre de 1992, *Repsol Butano*, Expte. 314/ 1992).

A la vista de la información recogida en el expediente, y en atención al contexto económico en que se producen los hechos, no parece que la conducta enjuiciada sea susceptible de generar los efectos anticompetitivos aptos para afectar el interés público en los términos previstos por el art. 3 LCD. Todo ello sin perjuicio de la calificación que desde el punto de vista del Derecho protector de la lealtad en el tráfico puedan merecer los hechos denunciados. Extremo este último sobre el que, como ya se ha adelantado, este Tribunal no considera necesario pronunciarse.

Por todo ello, vistos los hechos y preceptos citados y los demás de general aplicación EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN

HA RESUELTO

No incoar expediente sancionador y archivar la denuncia presentada por la “Asociación Plataforma de Empresarios Hoteleros de Aragón” (APEHA), contra el Ayuntamiento de Zaragoza, la sociedad mercantil Pam Hosteleros S.L. y la Federación de Interpeñas y la Diputación General de Aragón, por no apreciar la existencia de conductas prohibidas en los términos resultantes de los arts. 1.1; 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.