

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN

Expediente: 09/2022/COMP “ESTACIÓN FORMIGAL”

Pleno

Presidente:

D. Ángel Luis Monge Gil

Vocales:

D^a. Cristina Fernández Fernández

D. Javier Nieto Avellaned

Letrada:

Gloria Melendo Segura

Secretario:

Daniel Bernal Márquez

En Zaragoza, a 15 de marzo de 2023.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA en adelante), con la composición expresada al margen y siendo ponente su Presidente, D. Ángel Luis Monge Gil, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 09/2022/COMP “Estación de Formigal”, que trae cuenta de la denuncia presentada por KAIHOO SKI CLUB contra Formigal, S.A. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia y prohibidas por la Ley 15/ 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Trámite de asignación

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, la CNMC remitió en fecha 14 de junio de 2022 la denuncia mencionada y su documentación adjunta, así como

una nota sucinta recogiendo los datos básicos de la misma al Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón (SDCA, en adelante) de la Dirección General de Economía del Gobierno de Aragón.

En la documentación remitida se explicaba que, a juicio de la CNMC, en el caso de que la conducta denunciada entrara en los supuestos establecidos en los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no se aprecia afectación a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Aragón, ni al conjunto del mercado nacional, toda vez que el objeto de la denuncia lo constituye la concesión de la autorización necesaria para el ejercicio de la actividad de cuidado y vigilancia de menores que practiquen los deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal, ubicada en el término municipal de Sallent de Gállego (Huesca), por lo que no excederían de la provincia de Huesca, ni de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por ello, dado el mercado geográfico afectado, la CNMC consideró que se cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, por lo que se considera que corresponde conocer del asunto a los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, lo que se comunica a los efectos del primer párrafo del artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero.

El 30 de junio de 2022, el SDCA, a la vista de la información contenida en la denuncia, y la propuesta de asignación realizada por la Dirección de Competencia de la CNMC, aceptó la asignación como órgano competente para conocer de la conducta denunciada en tanto que si la misma entrara en los supuestos establecidos en los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, no se apreciaría afectación a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Aragón, ni al conjunto del mercado nacional, sino que se centraría en la estación de esquí de Formigal, localizada en la provincia de Huesca.

SEGUNDO. - Requerimiento de subsanación y conducta denunciada

En fecha 14 de junio de 2022 tuvo entrada en el SDCA la propuesta de asignación de la CNMC junto con el escrito de denuncia presentado por D. Ramiro Grau Celma en nombre y representación de la sociedad KAIHOO SKI CLUB (KSC, en adelante) y 15 documentos anexos a la misma.

En esencia, los hechos denunciados consisten en la negativa por parte de FORMIGAL, S.A. a conceder la autorización para la realización de la actividad del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal, siendo el denunciante un potencial competidor de Formigal Esquí Club, que según el denunciante es el único operador que realiza esa actividad en la estación de Formigal.

Sustancialmente KSC denuncia los siguientes hechos:

- KSC es un club de deportes, constituido como asociación debidamente registrada, cuya finalidad es el fomento de la práctica de deportes de invierno, lo que incluye, entre otras actividades, la actividad de cuidado y vigilancia de menores que ejerzan actividades de deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal; estación gestionada por FORMIGAL, S.A.

- KSC solicitó a FORMIGAL, S.A. en repetidas ocasiones una autorización para desarrollar su actividad como club deportivo en la estación de esquí de Formigal, lo que incluía, en particular, la actividad de cuidado y vigilancia de menores que ejerzan actividades de deportes de invierno en dicha estación.

- KSC está autorizada legalmente para ejercer dicha actividad. En fecha 4 de octubre de 2021, el Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca del Gobierno de Aragón, dictó, a petición de uno de los fundadores de KSC la “Resolución Información UCG Montes Deportes Invierno” (la “Resolución del Gobierno de Aragón”). Dicha resolución indica que KSC puede ejercer su actividad en Formigal por ser un uso común general del monte (vid. en particular respuesta al punto 4 que expresa: “el cuidado y vigilancia de menores, en lo referente al uso del monte, tiene la consideración de un uso común general”.)

- Que, sin embargo, en fechas 4 y 17 de noviembre de 2021, la sociedad FORMIGAL SA denegó a KSC el acceso a la estación de esquí y la prestación de servicios que allí se tenía prevista. Se acompañan dichas comunicaciones en los documentos presentados. - Que la práctica denunciada consiste en un abuso de posición de dominio por parte de FORMIGAL S.A. en el mercado de las condiciones de autorización para la realización de la actividad del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal, para

impedir que KSC entre en el mercado del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal.

- Que antes de constituir KSC, sus fundadores solicitaron al Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca del Gobierno de Aragón información expresa y escrita sobre cuál podía ser su ámbito de actividad y qué actividades podían realizar en los montes de utilidad pública -entre ellos, el de Formigal- sin necesidad de autorización de la Administración Pública. La contestación a la mencionada solicitud informa que la actividad de “cuidado y vigilancia de menores, en lo referente al uso del monte, tiene la consideración de un uso común general”.

- Que FORMIGAL, S.A. tiene reconocido en su título concesional el derecho de admisión en sus instalaciones, así como la facultad para “explotar dicha estación y sus servicios complementarios”. Por el motivo anterior, KSC solicitó a FORMIGAL, S.A. una autorización para desarrollar su actividad como club, y en particular, para realizar la actividad de cuidado y vigilancia de menores que practicasen deportes de invierno en la estación de Formigal. Y pidió que se le permitiera hacerlo en las mismas condiciones en las que está autorizado otro club de esquí que opera en Formigal: el denominado como “Formigal Esquí Club”. No obstante, la Estación denegó la solicitud de autorización de KSC, alegando que, a pesar de que el Gobierno de Aragón había indicado que lo que pretendía realizar KSC eran actividades de uso común que no requerían autorización, FORMIGAL, S.A. consideraba que esas actividades “van más allá de un mero uso común del dominio esquiable, y su aceptación interferiría sin lugar a dudas en la actividad ordinaria de Formigal S.A. y en la de la Escuela antes mencionada [Escuela Española de Esquí de Formigal]”. Después de esta última comunicación, KSC volvió a contactar con FORMIGAL, S.A. para tratar de hacerle entender que lo que pretendía realizar era un uso común, como lo había expresado el Gobierno de Aragón y, que no tenía nada que ver con la Escuela de Esquí de Formigal. No obstante, FORMIGAL, S.A. manifestó a KSC: “denegamos sus peticiones, sin que sea preciso mantener reunión alguna, y les requerimos expresamente para que se abstengan de la realización de las actividades cuyo permiso han solicitado”.

- KSC considera que la negativa de FORMIGAL, S.A. a conceder la autorización necesaria para realizar la actividad de cuidado y vigilancia de menores que practiquen deportes de invierno

en la estación de Formigal es un claro ejemplo de abuso de posición dominante. En particular, FORMIGAL, S.A. estaría utilizando su posición dominante en el mercado de las condiciones de autorización para la actividad de cuidado y vigilancia de menores que practiquen deportes de invierno en la estación de Formigal, para negarse injustificadamente a conceder a KSC la autorización necesaria para operar en el mercado del cuidado y vigilancia de menores que practiquen deportes de invierno en la estación de Formigal.

- Que esta práctica supone un claro perjuicio para KSC debido a que la denegación de la autorización pertinente le impide realizar la actividad de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal, siendo esta autorización absolutamente necesaria para desarrollar esta actividad. Todo ello a pesar de que la denegación de la autorización pertinente va en contra de la Resolución del Gobierno de Aragón. En la temporada de esquí 2021/2022, la denegación de la autorización de ejercicio de esta actividad a KSC por parte de la Estación ha supuesto para KSC perjuicios directos por importe superior a 60.000 euros.

- Además, añade que, sin esta autorización, no es posible que aparezcan nuevos competidores en el mercado del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal, lo que ha supuesto la eliminación de la competencia efectiva en este mercado, prestándose este servicio únicamente por el Formigal Esquí Club.

- Que existe un perjuicio al consumidor ya que la ausencia de alternativas para la actividad del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal, elimina cualquier tipo de presión competitiva para mejorar y mantener un alto estándar de calidad en la única entidad que desarrolla este servicio actualmente (Formigal Esquí Club). Indudablemente, esto produce un perjuicio en los consumidores, que además tampoco disponen de ningún otro prestador alternativo de este servicio. De hecho, KSC ha tenido constancia de que han existido quejas formales por parte de un grupo de padres descontentos con la falta de capacidad de elección de un prestador alternativo de esta actividad. Dicha queja se presentó durante esta temporada ante el Ayuntamiento de Sallent de Gállego, por lo que la denunciante deja indicados los archivos de dicha Administración a efectos probatorios.

- Que debido a que FORMIGAL, S.A. no opera en el mercado del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal, la concesión de una autorización a KSC difícilmente produciría algún tipo de efecto negativo en los incentivos de FORMIGAL, S.A. para invertir e innovar en los mercados en los que sí participa como operador económico.

- Que todas estas consideraciones revelan que la conducta denunciada ha provocado el cierre anticompetitivo del mercado en perjuicio de los consumidores; cuestión que debería tenerse en cuenta para priorizar la investigación de la conducta abusiva realizada por FORMIGAL, S.A. Frente a esta situación de cierre anticompetitivo del mercado resulta fácil imaginar un escenario contrafáctico en el que otras entidades distintas del Formigal Esquí Club pudieran realizar la actividad del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal, lo que redundaría en una mayor libertad de elección para los consumidores y en una presión a la baja en el coste de esta actividad.

- Que la justificación para la negativa a conceder la autorización a KSC invocada por FORMIGAL, S.A. es que: (i) las actividades que pretendía realizar KSC *“van más allá de un mero uso común del dominio esquiable”*; que (ii) *“interferiría sin lugar a dudas en la actividad ordinaria de Formigal S.A. y en la de la Escuela antes mencionada”* [la Escuela Española de Esquí de Formigal]; y que (iii) la Escuela Española de Esquí de Formigal *“tiene una relación directa con el Formigal Esquí Club, con cuyo amparo desarrolla su actividad”*. Por lo que se refiere a las menciones a la Escuela Española de Esquí de Formigal y al Formigal Esquí Club, debemos señalar lo siguiente. La primera disfruta, desde el año 1988, de una concesión de uso privativo del MUP 300 “Formigal”, para la enseñanza del esquí. De forma que es la única entidad que, hasta ahora, puede ejercer la actividad de la enseñanza del esquí en Formigal. Esa concesión ha sido impugnada judicialmente por otra empresa distinta (KAIHOPARA SKI SCHOOL, S.L.), estando pendiente de resolución. El segundo (Formigal Esquí Club) es una asociación privada distinta, desde el punto de vista jurídico, de la Escuela Española de Esquí de Formigal, pero que guarda estrechos lazos personales con dicha Escuela y que subcontrata el ejercicio de sus actividades con dicha Escuela. Al anterior respecto, cabe indicar que, contrariamente a lo que alega la Estación, la actividad que KSC pretende realizar es distinta a las que realiza la Escuela Española de Esquí de Formigal y por la que tiene atribuida la concesión de uso privativo: mientras la Escuela Española de Esquí de Formigal tenga su

concesión en vigor, KSC no pretende realizar la actividad de la enseñanza del esquí, únicamente pretende realizar la actividad de cuidado y vigilancia de menores SIN enseñanza del esquí. Puesto que es lo que el Departamento de Agricultura y Medio Ambiente ha calificado como de “uso común”. Así se lo comunicó expresamente KSC a FORMIGAL, S.A., mediante correo electrónico de 18 de noviembre de 2021 “KSC, no quiere realizar la actividad remunerada de la enseñanza del esquí”. En consecuencia, esta actividad que pretende realizar KSC no se opone en nada a la actividad de la Escuela Española de Esquí de Formigal.

- Que la práctica denunciada afecta a los servicios de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en Formigal. En particular, la conducta denunciada afecta a las actividades de “educación deportiva y recreativa” (CNAE 8551) y “actividades de los clubes deportivos” (CNAE 9312).

- Los oferentes del mercado del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en Formigal son, fundamentalmente, clubes que se asocian con el fin de fomentar la práctica de deportes de invierno, estableciendo grupos en los que los menores puedan practicarlos con un guarda o vigilante, sin necesidad de que estén sus padres o tutores, de forma que estos últimos puedan disfrutar de tiempo libre. Los demandantes de estos servicios son principalmente individuos y familias que buscan, precisamente, que sus hijos puedan practicar deportes de invierno en grupo, de forma segura, pero sin necesidad que estén presentes los progenitores durante dicha práctica. **En el mercado de las condiciones de autorización para la realización de la actividad de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en Formigal, el único operador con capacidad de conceder la autorización es FORMIGAL SA. Los demandantes de la autorización para la realización de la actividad de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal son las empresas y clubes que actúan como oferentes en el mercado del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal — situado “aguas abajo”—.**

- Que FORMIGAL, S.A. ostenta una posición dominante en el mercado de las condiciones de autorización para la realización de la actividad de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal. La cuota de mercado de FORMIGAL, S.A. en el mercado de las condiciones de autorización para la realización de la

actividad de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de Formigal es del 100% debido a que FORMIGAL, S.A. ostenta una concesión en exclusiva para la explotación de los medios mecánicos y pistas de la estación de Formigal.

- Además, como existencia de cualquier otra prueba de la infracción, KSC argumenta que el párrafo 20 de las Orientaciones de la Comisión establecen que para evaluar si una conducta presuntamente abusiva puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado, es necesario valorar las pruebas directas de una estrategia de cierre. Es decir, documentos internos que contienen pruebas directas de una estrategia para excluir a competidores, tales como un plan detallado de seguir una determinada conducta para excluir a un competidor, para impedir la entrada o para evitar la aparición de un mercado, o pruebas de amenazas concretas de tomar medidas excluyentes. En este sentido puede citarse la decisión de la Comisión Europea en el asunto *Qualcomm (precios predatorios)*. Por este motivo, se solicita por la presente la realización de inspecciones domiciliarias en Formigal, S.A. y en cualquier otra sociedad del Grupo Aramón que pudiera estar involucrada en los hechos denunciados con el objetivo de determinar la intencionalidad anticompetitiva de la práctica denunciada, lo que contribuirá a que pueda valorarse con mayor fundamento la necesidad de incoar un procedimiento sancionador para investigar en detalle la conducta denunciada.

Finalmente, la sociedad denunciante solicita la adopción de medidas cautelares fundamentando la concurrencia de los requisitos exigidos para su adopción como son el peligro de la mora procesal (*“periculum in mora”*), la apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) y la proporcionalidad de las medidas. Las medidas cautelares solicitadas a adoptar se concretan en ordenar a FORMIGAL, S.A. que:

- Permita a KSC el ejercicio de la actividad de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal;
- Se abstengan de la realización de nuevas conductas, que tengan directa o indirectamente, el efecto o intención de obstaculizar al denunciante el ejercicio de la actividad de cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal.

TERCERO. - Inicio de fase de información reservada.

Con fecha de 26 de julio de 2022 el SDCA acordó el comienzo una fase de información reservada a fin de determinar, con carácter preliminar, si en las conductas denunciadas de la sociedad Formigal, S.A., concurren circunstancias que justifiquen la incoación de expediente sancionador por la comisión de una infracción de la Ley 15/5007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

CUARTO. Traslado de la denuncia al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

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 comunicó mediante escrito de fecha 4 de julio de 2022 al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón la denuncia objeto del presente expediente, haciéndose igualmente indicación de las actuaciones practicadas hasta la fecha.

QUINTO. - Requerimiento de información a Formigal, S.A.

Mediante requerimiento del Servicio de Defensa de Competencia de fecha 28 de julio de 2022 se solicitó a FORMIGAL, S.A., que aportara una serie de información y documentación necesaria para clarificar los hechos denunciados; en concreto:

- Copia de la adjudicación con la que se le concedió la explotación de los servicios de la estación de esquí de Formigal, así como los pliegos por la que se rige;
- Copia de los Estatutos de la sociedad;
- Indique y pruebe si es cierto que ha denegado a KSC autorización para la realización de la actividad de cuidado y vigilancia de menores que ejerzan actividades de deporte de invierno en la estación de esquí de Formigal y, en caso afirmativo, justifique los motivos en los que se basó tal denegación;
- Indique si el club deportivo Formigal Esquí Club, que es el único que actualmente ejerce la actividad de cuidado y vigilancia de menores que practiquen los deportes de invierno, ha obtenido alguna autorización o permiso para ejercer esta actividad por parte de la sociedad FORMIGAL, S.A., o bien ha firmado algún convenio para que el mencionado club pueda ejercer la actividad;

- Relacione las autorizaciones o permisos otorgados por FORMIGAL, S.A. en los últimos 5 años en virtud de las potestades que ostenta como adjudicataria de la concesión para la ocupación del uso privativo del dominio esquiable para la gestión y explotación de la estación de esquí;
- Cualquier otra información o documentación que considere que está relacionada con los hechos expuestos y puede ser de utilidad para la tramitación del expediente.

FORMIGAL, S.A. presentó la documentación requerida en fecha 14 de septiembre de 2022, tras haber solicitado una prórroga en el plazo de presentación la cual fue concedida por el SDCA. Sustancialmente FORMIGAL, S.A., afirma en su contestación lo siguiente:

1. En octubre de 2021 KSC se dirigió a Formigal SA interesando lo siguiente:

- *“El posible uso de las pistas de la estación para el entrenamiento por los miembros de KSC, especialmente, a nivel de competición.*
- *La cesión de un espacio físico para el almacenamiento de palos y enseres de entrenamiento.*
- *La autorización e identificación de un punto de encuentro para los miembros de KSC.*
- *En su caso, el acceso a abonos de utilización de las instalaciones de la estación con el mismo descuento que tengan otros clubes”.*

2. En respuesta a esa solicitud, el 29 de octubre de 2021 FORMIGAL, S.A. informó a KSC sobre la imposibilidad de atender la solicitud formulada a la vista de la obligación que se le impuso como adjudicatario de la concesión de compatibilizar la presencia en la Estación de la Escuela Española de Esquí de Formigal -ajena a FORMIGAL, S.A.- a la que se autorizó la actividad de enseñanza del esquí en el dominio esquiable, considerando por otro lado que el alcance de la solicitud formulada excedía de lo que se consideraba un *“uso común del dominio esquiable”* pudiendo interferir en la actividad ordinaria de FORMIGAL, S.A. y en la de la Escuela Española de Esquí.

3. El 5 de noviembre de 2021, KSC reiteró su solicitud, interesando que se le dieran *“las mismas condiciones que actualmente tiene el club Formigal Esquí Club”*. En respuesta a dicha solicitud, el 24 de noviembre de 2021 Formigal S.A., ratificándose en su anterior comunicación de 29 de

octubre de 2021, informó a KSC que debería si acaso alcanzar un acuerdo con la Escuela Española de Esquí.

4. FORMIGAL, S.A. no gestiona ni explota la actividad de enseñanza del esquí en la Estación.

5. La actividad de enseñanza se ejerce únicamente por la Escuela Española de Esquí -ajena, como se ha señalado a FORMIGAL, S.A.-, de conformidad con lo dispuesto en los pliegos de la concesión para la selección del concesionario del dominio esquiable de los montes públicos del Ayuntamiento de Sallent de Gállego.

6. FORMIGAL, S.A. no ha otorgado al club deportivo Formigal Esquí Club ninguna autorización o permiso ni ha firmado con el referido Club ningún convenio, no constándole a FORMIGAL, S.A. que Formigal Esquí Club imparta la enseñanza del esquí a sus miembros con profesores propios.

7. Por la información de la que disponemos, Formigal Esquí Club contrata habitualmente profesores de la Escuela Española de Esquí para la enseñanza de esquí a los miembros del club que participan en competiciones. Descocemos los términos del acuerdo entre las partes.

8. FORMIGAL, S.A. no tiene otorgada ni ha otorgado en los últimos 5 años autorización alguna a terceros, desarrollando por sí misma todas las actividades inherentes a la gestión y explotación de la estación de esquí, a excepción, como se ha señalado, de la enseñanza del esquí y de un servicio puntual de toma de fotografías en las pistas.

SEXO. - Requerimiento de información a Formigal Esquí Club.

En la misma fecha, 28 de julio de 2022, se firmó por parte del Director General de Economía requerimiento de información a Formigal Esquí Club, el cual se remitió telemáticamente al destinatario; en concreto se le requirió para que presentara:

- Copia del Acta de constitución y Estatutos que rigen el funcionamiento del club;

- Copia justificativa de todos los permisos/autorizaciones concedidos para realizar actividades dentro de la estación de esquí de Formigal;
- Indique desde cuando realiza actividades de cuidado y vigilancia de menores que practiquen deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal (en el Jardín de Nieve), en qué consisten y si reciben retribución por las mismas. Asimismo, indique las autorizaciones/permisos que ha obtenido para realizar dicha actividad, y específicamente si ha sido autorizado por la sociedad Formigal S.A.; acompañe estas indicaciones con copia de pruebas documentales, en su caso, de las autorizaciones obtenidas.

Formigal Esquí Club (FEC, en adelante) respondió al requerimiento en fecha 16 de septiembre de 2022 tras haber solicitado ampliación de plazo para la contestación, la cual fue concedida por el SDCA, afirmando sustancialmente lo siguiente:

1. No se ha podido localizar el acta de Constitución por cuanto el Formigal Esquí Club se creó en torno al año 1940.
- 2. El FEC no oferta el cuidado y vigilancia de menores que practiquen deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal (en el Jardín de Nieve), exigiéndose un nivel mínimo: “El deportista debe ser capaz de bajar de manera autónoma por pistas azules”, lo que excluye el Jardín de Nieve.** Todos los productos ofrecidos por el club se encuentran en el Dossier de actividades del Formigal Esquí Club para la temporada 2021-2022.
3. El FEC no está inscrito en Turismo activo por cuanto que sólo organizan actividades en el medio natural dirigidas única y exclusivamente a sus socios o afiliados y no al público en general según el artículo 57.2 del Decreto Legislativo 1/2016, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón por el que se **aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.**
- 4. El FEC contrata todas las actividades que realiza en la estación de esquí de Formigal con la Escuela Española de Esquí de Formigal (en adelante, EEEF), y por tanto las actividades de cuidado y vigilancia de los menores socios del club son atendidas por los trabajadores de la EEEF.**

5. En todo caso, es preciso poner de manifiesto que ni el FEC, ni la EEEF se ocupan, ni atienden en modo alguno el Jardín de Nieve por lo que no cabe relacionar en qué consisten dichas actividades, y en consecuencia no son retribuidas. **El Jardín de Nieve es atendido, en exclusiva, por el personal de Aramón, Formigal S.A.**

Junto con esta contestación Formigal Esquí Club presentó también diversa documentación entre la que consta:

- Los Estatutos vigentes del FEC;
- Certificado de inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de Aragón;
- Inscripción en el registro de entidades deportivas la composición de la nueva junta directiva;
- Dossier de actividades de Formigal Esquí Club para la temporada 2021-22.

SEPTIMO. – Segundo requerimiento de información a FORMIGAL, S.A.

Mediante requerimiento del SDCA, en fecha 6 de octubre de 2022, en el marco de la información reservada, tras haber recibido y analizado la contestación y documentación remitida tras el primer requerimiento que le fue practicado, se solicitó a FORMIGAL, S.A. la ampliación de la información aportada, en concreto se le solicitó:

1. Aporte copia de todas las solicitudes de autorizaciones para la práctica de diversas actividades en la estación de esquí de Formigal presentadas por KAIHOO SKI CLUB ante FORMIGAL, S.A., especialmente aquellas presentadas en octubre y noviembre de 2021, y a las que se hace referencia en la denuncia, así como cualquier otra que se haya presentado, y copia de todas las contestaciones realizadas por FORMIGAL SA., tanto las contestaciones formales así como las emitidas a través de correos electrónicos.
2. Indique si el denominado “Jardín de Nieve” de la estación de Formigal, en el que se realiza actualmente la actividad de cuidado y vigilancia de menores, es gestionado por FORMIGAL, S.A., así como en base a que título o habilitación ejerce esta actividad y el modo de gestión (espacio e instalaciones en el que se ubica y desarrolla la actividad, contratación de personal

o bien actividad desarrollada por el propio personal de la sociedad; actividad de carácter lucrativo o no; destinatario de estos servicios; capacidad de atención y si se trata de una actividad muy demandada o no, así como cualquier otra circunstancia que considere relevante). Informe asimismo si el ejercicio de esta actividad ha sido solicitado por cualquier otra persona o empresa distinta a KSC.

FORMIGAL, S.A. contestó telemáticamente en fecha 21 de octubre de 2022, afirmando sustancialmente lo siguiente:

- Que, atendiendo al requerimiento formulado mediante comunicación de 6 de octubre de 2022, recibida el 9 de octubre de 2022, mediante este escrito acompaño las comunicaciones habidas entre KAHIOO SKI CLUB y Formigal.
- Que, por otro lado, se acompaña la documentación relativa a la licencia de inicio de actividad del Jardín de Nieve.

OCTAVO. – Segundo requerimiento de información a Formigal Esquí Club.

Mediante requerimiento del SDCA, en fecha 6 de octubre de 2022, en el marco de la información reservada, tras haber recibido y analizado la contestación y documentación remitida tras el primer requerimiento que le fue practicado, se solicitó a Formigal Esquí Club (FEC) la ampliación de la información aportada, en concreto se le solicitó:

1. Indique si el club ha obtenido alguna autorización administrativa para el uso del monte público en el que se ubica la estación de esquí de Formigal, y en caso afirmativo remita copia de la misma.
2. En el apartado segundo de su contestación al primer requerimiento indica que el club “contrata todas las actividades que realiza en la estación de esquí de Formigal con la Escuela Española de Esquí de Formigal”, remita copia de todos estos contratos suscritos en los últimos 5 años.
3. Indique si el club ha sido cesionario o arrendatario de algún espacio físico para el almacenamiento de material necesario para practicar el esquí, así como si ha obtenido algún tipo de identificación o autorización para poder contar con un “punto de encuentro” para

sus socios, y si los socios del club son beneficiarios de algún tipo de descuentos en los abonos de las instalaciones de la estación, en tanto su condición de socios.

El FEC contestó telemáticamente en fecha 10 de octubre de 2022, afirmando sustancialmente lo siguiente:

- **Que el FEC no ha solicitado, ni obtenido ninguna autorización administrativa para el uso del monte público.** Los socios del club hacen uso del monte público al igual que todos los clientes o visitantes que realizan la práctica del esquí en la estación de esquí de Formigal. La “autorización para el uso del monte público” existente es la Concesión Administrativa otorgada por el Ayuntamiento a ARAMON Formigal S.A.

- **Que el FEC no tiene documentado a través de un contrato la realización de las distintas actividades.** El Club solicita/contrata a la Escuela de Esquí de Formigal los servicios que precisa – número de profesores, horas de clase, especialidades -, los cuales son facturados mensualmente por la Escuela Española de Esquí de Formigal y abonados por el FEC.

- **Que el Club no es ni cesionario, ni arrendatario de ningún espacio físico para el almacenamiento necesario para practicar el esquí.** Cada socio, que repetimos es un cliente más de la Estación, dispone de su propio material –esquí, botas, bastones, tabla de snow, raquetas, etc.– y lo almacena o guarda donde estima oportuno y le resulte más cómodo, ya sea en su domicilio, en las taquillas que pone la Estación de esquí de Formigal a disposición de los clientes como un servicio más, etc...**tampoco hay reservado, ni identificado ningún “punto de encuentro” para sus socios.**

- Que los socios del FEC en tanto en cuanto son clientes de la estación, disfrutan de los mismos productos que el resto de visitantes (pueden beneficiarse de descuentos por pronta adquisición, descuentos por familia numerosa, etc.) sin que la condición de socio “per se” les reporte descuento alguno en los abonos de las instalaciones. Los socios del FEC son clientes de la Estación de Esquí de Formigal que acceden a las instalaciones en iguales condiciones y términos que el resto de clientes disfrutando de las mismas ofertas y productos que cualquiera que esquíe en Formigal.

- Que FEC es una entidad deportiva que propone y desarrolla las distintas actividades para sus socios en la Estación de esquí de Formigal y lo hace en iguales condiciones a otros clubs que también esquíen en Formigal citando, a título de ejemplo por su dimensión a nivel regional, al Club Peña Guara de Huesca. El hecho de ser y tener su sede social en la Urbanización de Formigal no les reporta ninguna ventaja respecto a otros clubs o a otros esquiadores que no sean socios.

NOVENO. - Requerimiento de información a Kahioo Ski Club.

Mediante requerimiento del SDCA de fecha 6 de octubre de 2022 se solicitó a Kahioo Ski Club (KSC), que completara la información aportada en la denuncia presentada al objeto de clarificar los hechos denunciados, en concreto se le solicitó:

- Copia de todas las solicitudes de autorizaciones para la práctica de diversas actividades en la estación de esquí de Formigal presentadas por KAIHOO SKI CLUB ante FORMIGAL, S.A., especialmente aquellas presentadas en octubre y noviembre de 2021, y a las que se hace referencia en la denuncia, así como cualquier otra que se haya presentado, formal o informalmente (vía correo electrónico) y copia de todas las contestaciones realizadas por FORMIGAL, S.A., tanto las contestaciones formales así como las emitidas a través de correos electrónicos.
- Indique la composición de la Junta Directiva del KAIHOO SKI CLUB.

KSC contestó telemáticamente en fecha 20 de octubre de 2020, afirmando sustancialmente lo siguiente:

- Que, en virtud del Requerimiento efectuado, esta parte procede a aportar, en tiempo y forma, la siguiente documentación e información:
 1. Copia de todas las solicitudes de autorizaciones para la práctica de diversas actividades en la estación de esquí de Formigal presentadas por KSC ante FORMIGAL, S.A., sin perjuicio de que esta parte ya aportó como Documentación núm. 2, 4, 9, 10, 13 y 16 de su escrito de Denuncia, respectivamente, las solicitudes de autorización formuladas por el Club a FORMIGAL, S.A. y las contestaciones dadas por esta última.

- En cuanto a la composición de la Junta Directiva del Club, adjunto se remite como Documento núm. 7 (documento núm. 17 de la Denuncia) Certificado emitido por el Secretario del Club en donde se consigna dicha información.

- Que sentado lo anterior, se desea reiterar que lo único que se solicitó y solicita el Club, de manera sucinta, era y es:

1. La realización de actividades en un monte de utilidad pública calificadas de uso común por el propio Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca en su Resolución de 4 de octubre de 2021; y,

2. En concreto, dichas actividades, insistimos, SIN ENSEÑANZA DEL ESQUÍ, consideradas de uso común serían:

(a) “el uso de los montes por parte de socios de un club deportivo”

(b) “el uso de los montes por parte de guía y acompañamiento de usuarios por parte de profesionales titulados para deportes de invierno”

(c) “el uso de los montes en el cuidado y vigilancia de los grupos de menores que ejerzan actividad de deportes de invierno”

DÉCIMO. - Requerimiento de información a la Escuela Española de Esquí de Formigal.

Mediante requerimiento del SDCA de fecha 18 de octubre de 2022 se solicitó a la Escuela Española de Esquí de Formigal (en adelante, EEEF) que, dentro de la fase de información reservada como diligencia previa a la incoación, en su caso, del oportuno expediente sancionador, con objeto de determinar si concurren indicios razonables de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el artículo 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, informe y aporte documentación sobre los extremos siguientes:

1. Explique las figuras jurídicas a través de las cuales articulan las relaciones, y todo tipo de actividades, que esta Escuela mantiene con Formigal Esquí Club, (ya bien a través de contratos, de convenios, etc.), aporten copia de dichos documentos; y si existen facturas por

dichos servicios, aporten asimismo los documentos acreditativos que sean relativos a los últimos 5 ejercicios.

2. Explique si la Escuela le cede o arrienda a Formigal Esquí Club algún tipo de local o espacio para, por ejemplo, guardar material o bien para utilizarse como punto de encuentro; o si bien dicho club ostenta alguna condición preferente para el uso de instalaciones de su Escuela, en caso afirmativo explique el motivo y la articulación de dicho derecho.

3. Exponga y relacione, en su caso, si la Escuela ofrece sus servicios a otros clubes en la estación de esquí de Formigal, así como las condiciones en las que los presta, presentando los documentos acreditativos que posea de dichas relaciones.

4. Explique si existe alguna relación entre la Escuela y el llamado “Jardín de Nieve de Formigal”, ya sea cesión de locales, contratación de personal de enseñanza de esquí o cualquier otra situación.

La EEEF contestó telemáticamente en fecha 28 de octubre de 2022, afirmando sustancialmente lo siguiente:

- Que la única figura jurídica a través de la cual se articula la relación y actividades que la EEEF mantiene con el FEC lo es únicamente como proveedora de servicios. Se adjunta el dossier que desde la EEEF se remite a los clientes, como las agencias de viaje, correspondiente a la temporada 2022/23 poniendo de manifiesto que, sobre los precios ofertados, que son pvp, se aplican las atenciones y descuentos a determinar en función del volumen de servicios solicitados en el ámbito de una relación comercial entre proveedor de servicios y cliente.

- **Que la EEEF cede un espacio en el edificio sito en la zona denominada Cantal para guardar parte del material de entrenamiento utilizado por el FEC (palos para el trazado de recorridos), que se almacena junto al material perteneciente a la EEEF.** Este material es también utilizado con ocasión de la celebración de competiciones deportivas de esquí en la estación de esquí de Formigal. Más allá de ese uso de almacenaje del material de entrenamiento, no hay ningún tipo de cesión o arriendo para que los socios del club puedan guardar el material utilizado para la práctica del esquí, **ni tampoco existe un punto de**

encuentro que sea cedido por la EEEF al FEC, ni éste ostenta ninguna condición preferente para el uso de ninguna instalación.

- Que entre otros clubs demandantes de servicios de la EEEF se encuentran los siguientes: Peña Edelweis, Grupo montaña Sabiñánigo, Peña Guara, Centro excursionista soriano, Grupo deportivo Denok, Asociación Amimet, Asociación Ibili y Panticosa esquí club. Ni se trata de una relación cerrada, ni todos los clubs relacionados contratan sus servicios de forma sistemática cada temporada con la EEEF. En ocasiones estos clubs esquían en otras estaciones por las motivaciones que sean (precio, condiciones de la nieve, estado de la estación, etc...). Además, cada temporada pueden crearse nuevos clubs o asociaciones que pueden querer contratar con la EEEF.

- **Que el Jardín de Nieve es un servicio ofertado por Aramón Formigal, y atendido por personal de Aramón.** Durante la temporada puede existir alguna colaboración puntual, cuando los niños que están en la guardería salen al exterior – Jardín de Nieve – con sus cuidadores (personal de Aramón). En momentos de mayor afluencia de niños (vacaciones escolares esencialmente), la EEEF a través de algún profesor titulado puede colaborar, ayudando con la puesta del material cuando los niños salen a la nieve. **A parte de esta colaboración puntual, no existe ningún tipo de relación adicional, ni cesión de ningún tipo de local, ni contratación de personal para la enseñanza del esquí en el Jardín de Nieve. Los clientes que contratan clases de esquí con la EEEF lo hacen fuera y al margen del Jardín de Nieve que es un servicio distinto.**

- Asimismo, **aporta facturas correspondientes a las temporadas 2021/2022. 2019/2020, 2018/2019 y 2017/2018**, incidiendo en que la temporada 2020/2021 no hubo facturación debido a que la estación de esquí de Formigal permaneció cerrada por motivos derivados del COVID-19 y los confinamientos perimetrales establecidos por el Gobierno de Aragón amparados por el Estado de Alarma decretado por el Gobierno de España.

Se solicita que **esta documentación se ordene en una pieza separada por tener carácter confidencial** al amparo del artículo 42 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

UNDÉCIMO. - REQUERIMIENTO ACLARATORIO A KAIHOO SKI CLUB

El SDCA tras análisis pormenorizado de la denuncia, así como del resto de documentación que fue aportada a través de los requerimientos efectuados en la fase de información reservada, consideró necesario realizar un requerimiento a KSC cuya finalidad fuera establecer nítidamente el objeto de la denuncia; puesto que el SDCA en un principio consideró que el objeto de la misma era el poder ejercer una actividad similar a la prestada en el “*Jardín de nieve*” de la estación de esquí, pero sin embargo a la luz de toda la documentación y observaciones aportadas en la fase de información reservada la actividad a la que el denunciante se refiere como “*actividad de cuidado y vigilancia de menores que ejerzan actividades de deportes de invierno en Formigal*” no se trataría de la actividad ejercida en el “*jardín de nieve*”, sino de acompañamiento a las pistas.

Particularmente en el requerimiento se solicitó a KSC que se manifestara en relación a las siguientes cuestiones:

1- Atendiendo al escrito de denuncia presentada **aclare si el objeto de la misma debe entenderse que es la negativa de FORMIGAL, S.A. a otorga autorización a KSC para el uso común general de “*cuidado y vigilancia de menores*” del MUP nº 300 donde se ubica la estación de esquí Formigal.**

2- **Concrete en qué consiste la actividad de cuidado y vigilancia de menores que pretende realiza KSC**, si bien se trata del mero acompañamiento a menores de edad a pistas, sin o con alguna contraprestación económica por dicho servicio, o bien se trataría de una especie de guardería o jardín de nieve, como ya existe en la estación, sin o con alguna contraprestación económica por dicho servicio.

3- En la Resolución del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca de fecha de 4 de octubre de 2021, se expone que “*Los usuarios de los montes de utilidad pública pueden hacer uso de los bienes y servicios que prestan de manera libre y gratuita siempre y cuando esa actividad se realice de manera equilibrada, sea respetuosa con los valores que sirvieron para declarar la utilidad pública dl bien forestal y no se haga ningún uso comercial o privativo sobre el mismo. Este uso tiene la consideración de uso común general y no está sujeto a la obtención de autorización administrativa previa*”.

Esta Resolución en su parte final informa en términos generales lo siguiente:

4. *“El uso de montes en el cuidado y vigilancia de los grupos de menores que ejerzan actividades de deporte de invierno. El uso y vigilancia de menores, en lo referente al uso del monte, tiene la consideración de un uso común general, a salvo de cualquier otra autorización administrativa por la materia pueda ser necesaria”.*

Explique el motivo por el que KSC solicita la autorización para el uso común general si a lo largo de la denuncia se insiste reiteradamente que la actividad que pretende realizar es meramente de acompañamiento y vigilancia sin que implique enseñanza ni otra actividad que pudiera suponer un lucro o intercambio comercial, si tal solicitud, según el propio club afirma que atendiendo al mencionado informe del Servicio provincial de Montes, no es necesaria, en tanto que se desprende una cierta incoherencia entre ambas afirmaciones.

El KSC, a través de sus representantes, presentó escrito en fecha 20 de octubre de 2022 contestando al requerimiento en el que manifiesta textualmente:

- El objeto de la denuncia es la negativa de FORMIGAL SA a otorgar autorización a KSC para el uso común general de “cuidado y vigilancia de menores” del MUP nº 300 donde se ubica la estación de esquí Formigal. Entre otros medios, además de la negativa expresa y general al desarrollo de esta actividad, mediante la negativa concreta al acceso físico a las instalaciones de la estación de esquí de Formigal por los miembros del club para desarrollar la actividad.

- La actividad consiste en acompañar a menores, que ya sepan esquiar con un nivel suficiente para, al menos, esquiar postas clasificadas como “azules” por la estación de esquí de Formigal, guiándoles a través de las pistas y vigilándoles mientras esquían.

Todo ello mediante grupos dirigidos por un adulto, de forma que los padres de los menores puedan disponer de tiempo libre dejando al cuidado de sus hijos con el adulto responsable de cada grupo. En todo caso sin enseñanza del deporte del esquí, puesto que los menores ya deben conocer ese deporte.

Por el servicio descrito en el párrafo anterior, el Club no cobra ninguna contraprestación económica a los destinatarios del mismo, puesto que conforme a sus estatutos es una entidad sin ánimo de lucro (artículo 1) [...].

No obstante, los socios del Club están obligados a satisfacer una cuota para sufragar los gastos del Club, con independencia de que practiquen o no las actividades que proponga el Club.

- **Lo que se está solicitando a FORMIGAL S.A. es el acceso al uso de las instalaciones de la estación de esquí (remontes) por parte de los socios del Club para el desarrollo de esa actividad de uso común en el MUP 300 (donde están los remontes); siempre claro está, mediante el previo pago de los abonos de acceso a la estación. Es decir, para realizar el uso común del MUP 300 consistente en el cuidado y vigilancia de menores mediante su acompañamiento mientras esquían por la estación, es necesario el previo acceso a las instalaciones (remontes) de las que el FORMIGAL S.A. es concesionario, por parte de los socios de KSC.**

- Se solicita a FORMIGAL S.A. la autorización para realizar la actividad descrita porque conforme a los pliegos de adjudicación de la concesión para la explotación de la estación de esquí, copia de los cuales se adjuntó como Documento 11 del escrito de denuncia, **es dicha sociedad la que tiene la potestad para permitir a los usuarios el acceso al uso de sus instalaciones** (cláusulas 4, 6.1.a.c. y f, páginas 8, 9 y 10). Y es dicha sociedad la que negó expresamente a los miembros de KSC el acceso al uso de sus instalaciones para estas finalidades:

“les requerimos expresamente para que se abstengan de la realización de las actividades cuyo permiso han solicitado” (correo electrónico de José Antonio Carnicer, Director de Formigal S.A. de 17 de noviembre de 2021; Documento 4 de la contestación al primer requerimiento de información formulado a KSC).

La actividad que se pretende realizar es una actividad sin ánimo de lucro, puesto que así se define la Resolución referida por el requerimiento (Documento 3 de la denuncia, página 2, párrafo segundo):

“Al entender de quien firma este informe el uso de los montes de utilidad pública realizados en los supuestos 1, 2, 3 y 4 [“el uso de los montes en el cuidado y vigilancia de los grupos de menores que ejerzan actividades de deportes de invierno” vid. página 1, párrafo primero de la Resolución] tienen la consideración de uso común general, siempre y cuando este uso se lleve a cabo bajo las premisas que recoge el apartado 6 del artículo 69 del TRLMA, es decir, que no haya ánimo de lucro en la actividad. Este ánimo de lucro no puede presuponerse cuando se realiza por una entidad sin ánimo de lucro, ya que ésta puede no obtener beneficios finales, pero sí llevar a cabo

una actividad económica cuyo resultado final como entidad sea nulo, equilibrio de ingresos y gastos”.

Es decir, según el propio Gobierno de Aragón la actividad de “*uso de los montes en el cuidado y vigilancia de los grupos de menores que ejerzan actividades de deportes de invierno*” realizada por una “*entidad sin ánimo de lucro*” como KSC, es un “*uso común general*”. Y ello sin perjuicio de que, aun siendo esa actividad un “*uso común general*” no necesitado de autorización administrativa, pueda ser considerada, también y a la vez, como “*actividad económica*” cuando su “*resultado final como entidad sea nulo, equilibrio de ingresos y gastos*”.

Por todo lo expuesto, KSC defiende que no existe incoherencias en su petición, en tanto que:

a) Desde el punto de vista de la “administración forestal” la actividad que pretende realizar KSC es un “uso común general”, puesto que se realiza por una entidad sin ánimo de lucro que, además, no cobra contraprestación alguna por la misma.

b) Pero ello no implica que, a pesar de ser un “uso común general” que no necesita la concesión de “aprovechamiento”, no pueda ser -a la vez- una “actividad económica”. Lo que sucederá, según la Resolución del Gobierno de Aragón, cuando, como ocurre en el caso de KSC, a pesar de no exigirse contraprestación por una actividad por los destinatarios concretos de los servicios, sí existan unos ingresos generales (las cuotas de los socios) y unos gastos (los de funcionamiento del Club) por igual cuantía, que determinan un resultado cero Y ello de acuerdo a los pronunciamientos de los órganos de competencia y judiciales sobre la materia, así por ejemplo cita el denunciante:

“Lo determinante, según el TJUE, para concluir si la actividad objeto de escrutinio es “económica”, y por lo tanto sometida a las obligaciones en materia de derecho de la competencia, es si PUEDE ser llevada a la práctica por un operador privado, aunque en el caso concreto la entidad denunciante no esté intentando obtener beneficios (como se apreciaba en la STJUE de 30 de abril de 1974, asunto 155/73, Sacchi, párrafos 13 y 14, en la que se consideró que una entidad pública que no era una empresa, por no prestar servicios a cambio de retribución, sí que estaba sometida a las obligaciones de Derecho de la Competencia, puesto que tal actividad, en sí misma, podía ser prestada a cambio de retribución por otros operadores).”

También quiere resaltar el denunciante que *la realización de una “actividad económica” en los términos anteriores, es algo que sólo debe predicarse del denunciado (FORMIGAL S.A.), pero no del denunciante (KSC). En caso contrario, no serían denunciables, por ejemplo, los abusos cometidos contra consumidores (lo cual resulta contrario a la naturaleza misma de la prohibición del abuso de posición de dominio). Y, a este respecto, debe tenerse en cuenta que los socios de KSC son consumidores, personas físicas que lo único que quieren es que la sociedad que disfruta de una posición de dominio (FORMIGAL S.A.) les permita acceder a la estación para desarrollar las actividades que la Ley les permite (las de la Resolución del Gobierno de Aragón). Y que no les discrimine respecto a otras personas físicas integradas en otros clubes, a las que sí que les permite el ejercicio de esas actividades.*

Finalmente, el denunciante quiere manifestar que en fecha 22 de diciembre en la estación de esquí Formigal además del “Formigal Esquí Club” había otros clubs haciendo uso de las instalaciones como el “Panticosa Esquí Club” y el “Club de Esquí de Gourette”.

DUODÉCIMO- Con fecha 24 de enero de 2023, la Dirección General de Economía notifica al TDCA su propuesta de Resolución sobre el asunto que nos ocupa en los siguientes términos: *“No acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra FORMIGAL SA, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y proceder, en consecuencia, **al archivo de la denuncia** y de las actuaciones realizadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la citada Ley 15/2007, de 3 de julio”.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia del TDCA para resolver este expediente.

El artículo 3. a) 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, establece lo siguiente: *“Competencias. El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, según lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, ejercerá las siguientes atribuciones: a) Resolver los procedimientos administrativos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1,6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia,*

cuando dichas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin afectar a un ámbito superior o al mercado nacional”.

SEGUNDO. - Objeto del expediente.

El objeto del presente expediente se centra en el análisis, desde la perspectiva de la Ley de Defensa de la Competencia (no desde otras ópticas distintas), de si la negativa de Formigal SA a autorizar al club KSC para el uso común general consistente “en el cuidado y vigilancia de menores” en el MUP número 300, donde se ubica la estación de esquí de Formigal, constituye **un abuso de posición de dominio, de acuerdo al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia**, adquirida a través de la concesión para la ocupación temporal por 99 de los MUP números 299 y 300, montes de propiedad del Ayuntamiento de Sallent de Gállego, concedida por Orden del Ministerio de Agricultura el 6 de mayo de 1965, para la implantación de las instalaciones necesarias para crear la estación de esquí de Formigal. Y, en particular, un abuso de posición de dominio de las facultades otorgadas en las cláusulas 4, 6.1 a), c) y f) de los actuales pliegos de concesión. Los pliegos del año 2002 que rigen esta concesión, son los que rigieron el concurso público que el Ayuntamiento de Sallent de Gállego convocó, para el cumplimiento de Sentencias, (Sentencias del TSJA de 9 de junio de 2001), para seleccionar el concesionario del aprovechamiento para estación de esquí y usos complementarios del MUP 300 “Formigal” del Ayuntamiento.

TERCERO. - Argumento esencial del denunciante.

El club denunciante KSC considera que la negativa de Formigal SA relativa al desarrollo de la actividad “cuidado y vigilancia de menores” en el MUP 300, donde su ubica la estación de esquí de Formigal, mediante la negativa concreta de acceso físico a las instalaciones de la estación de esquí y la negativa al acceso a los remontes de la estación por los miembros del club KSC, constituye un abuso de posición de dominio de esta sociedad (Formigal SA). El club KSC afirma que la actividad y cuidado de menores no puede calificarse en ningún caso como enseñanza del deporte de esquí, puesto que se trata de acompañar y guiar por las pistas de la estación a menores que tienen ya adquirido previamente un nivel mínimo de conocimiento del esquí y que, además, este servicio de acompañamiento y guía se haría sin intercambio de contraprestación económica alguna.

CUARTO. - La inexistencia de un abuso de posición de dominio por parte de Formigal SA.

La existencia de una situación de un abuso de posición de dominio (ex. Artículo 2 de la ley de Defensa de la Competencia), exige de la concurrencia de dos circunstancias y de, si se nos permite, de una **situación posibilista previa**.

El artículo 2 exige una serie de requisitos acumulativos para su aplicación: a) la posición dominante de una o varias empresas; b) la posición dominante debe darse en todo o parte del mercado nacional; y c) un abuso de tal posición dominante.

Este Tribunal quiere recordar que la mera posición de dominio no está prohibida por tal precepto. Lo que resulta prohibido es el abuso de esa posición de dominio en un mercado (vid., por todas, la Sentencia del asunto Alsatel/Novasam, C-247, de 5 de octubre de 1986, en especial, pág. 23).

Pues bien, en el presente caso no es que no exista un abuso de posición de dominio, ni tan siquiera una situación de dominio en el mercado. Es que no existe ni la posibilidad de que se den ambas circunstancias. Es lo que hemos llamado líneas arriba, la **situación posibilista**. Y eso, porque en cuanto al mercado relativo a las condiciones de autorización para la prestación de servicios de esquí, Formigal SA no tiene competencia alguna. Y ello, porque ese mercado está adjudicado a través de una concesión administrativa del Ayuntamiento de Sallent de Gállego en exclusividad a la Escuela Española de Esquí de Formigal, circunstancia que queda reflejada expresamente en los propios pliegos de concesión a Formigal SA, en los que se le exige en la cláusula 6.2 r), entre sus obligaciones, la de compatibilizar la presencia en la estación de la Escuela Española de Esquí de Formigal, cooperando con la misma en los términos que resulten del acuerdo al que lleguen ésta y el concesionario o, a falta de acuerdo, en los que imponga el Ayuntamiento de Sallent.

Entre las obligaciones y derecho de Formigal SA, como concesionario, no se recoge ninguna expresamente que haga alusión a los clubs deportivos, ni a las peticiones concretas recogidas por el club KSC en su primer escrito de octubre de 2021 ante Formigal SA.

En conclusión. Este TDCA considera que en la denuncia se parten de premisas erróneas, como es la que afirma que la sociedad Formigal SA es la única con competencias para conceder la

autorización necesaria para operar en el mercado del cuidado y vigilancia de menores en la práctica de deportes de invierno en la citada estación. Dado que dicha competencia no corresponde a Formigal SA, no puede ser valorada un abuso de posición de dominio en ese mercado en el que dicha sociedad carece de toda potestad.

QUINTO. - La propia contradicción en los términos de la denuncia de KSC.

Una vez concluido la inexistencia de potestades de Formigal SA sobre la actividad de la enseñanza del esquí en la estación de esquí de Formigal, y por tanto, la inexistencia de un abuso de posición de dominio sobre ese mercado, debe ser objeto de análisis la segunda de las pretensiones de KSC. En concreto, si Formigal SA ejerce algún abuso de su posición de dominio desde la perspectiva de considerar que la actividad de cuidado y vigilancia de menores no se trata de una actividad lucrativa, sino que se trata de una actividad de uso común general del monte.

El club KSC afirma que la negativa de Formigal SA a que se realice dicha actividad, es contraria a la Resolución del Servicio provincial de Agricultura del Gobierno de Aragón en la que, según el referido club, se les indica que pueden desarrollar esa actividad por ser un uso común general del monte.

La citada Resolución, en el punto que más nos interesa, finaliza informando lo siguiente: *“Esta Dirección provincial de Huesca informa al respecto de cada uno de los supuestos planteados por el solicitante: 4- El uso de los montes en el cuidado y vigilancia de los grupos de menores que ejerzan actividades de deportes de invierno. **El cuidado y vigilancia de menores, en lo referente al uso del monte, tiene la consideración de un uso común general, a salvo de cualquier otra autorización administrativa que por la materia pueda ser necesaria**”*.

Teniendo en cuenta lo informado por los órganos competentes en materia del uso del monte, si efectivamente el club KSC pretende realizar la actividad recogida en el apartado 4, citado, al tratarse de un uso común general, tal como defiende el propio denunciante, no requiere de autorización administrativa previa alguna. Otra cosa distinta, es que pueda entenderse, pese a las declaraciones del denunciante, es que sí que hay cierto ánimo de lucro (al menos *ad futurum*) en la prestación del servicio que prestan a los menores.

En cualquier caso, este TDCA llega a la misma conclusión que en el apartado anterior. La inexistencia de una posición de dominio de Formigal SA la cual pudiera utilizar de modo abusivo. Y ello, porque Formigal SA carece de toda competencia para autorizar usos en montes de utilidad pública y, en segundo, en tanto que actividades de uso común general no requerirían de autorización administrativa alguna.

SEXTO. - La posición del TDCA en torno a las competencias del Ayuntamiento de Sallent de Gállego.

En cualquier caso, antes de terminar la presente Resolución, este TDCA quiere reiterar su posición ya manifestada, sobre el papel del Ayuntamiento de Sallent de Gállego y su conexión con el monopolio existente en el mercado de la actividad de la enseñanza del esquí en la estación de Formigal. Este TDCA realizó las siguientes afirmaciones en el Expediente 04/2019/COMP, a lo largo de su fundamento décimo: “ que las conductas denunciadas por la sociedad KAIHOPARA no sean susceptibles de ser calificadas como conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, no obsta para que este Tribunal reconozca la existencia de un cierre de mercado en la enseñanza de esquí en la estación de Formigal y en la existencia de trabas administrativas originadas por la adjudicación de la concesión del uso privativo del monte “Formigal” para la enseñanza del esquí por el Ayuntamiento de Sallent de Gállego en su calidad de propietario del mismo, que impide que operadores económicos distintos de la EEEF ejerzan su actividad en dicho mercado. Estamos, en efecto, ante una restricción que no solo distorsiona, sino que elimina de raíz la competencia de la enseñanza del esquí en Formigal, sin que la misma resulte aparentemente necesaria para alcanzar ningún otro objetivo público legítimo. Es por ello que en aplicación del artículo 3 h) del Decreto 29/2006 del Gobierno de Aragón, recomendamos al Ayuntamiento de Sallent de Gállego que revise de oficio la concesión, eliminando los aspectos de la misma restrictivos, en particular su carácter exclusivo y excluyente”.

En su virtud, de conformidad con los fundamentos jurídicos esgrimidos en la presente resolución y vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón

RESUELVE

ÚNICO. - No incoar un procedimiento sancionador al no observar indicios de vulneración de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, **y proceder**, en consecuencia, **al archivo de la denuncia y de las actuaciones realizadas** en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la citada Ley.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.