

29 ENE 2010

**AUDIENCIA NACIONAL****Sala de lo Contencioso Administrativo
Sección Sexta**

Número recurso: 262/2008
Número Registro General: 3001/2008
Demandante: Asociación de Industrias Feriantes de Navarra
Procurador: Federico José Olivares de Santiago
Demandado: Comisión Nacional de Competencia
Ponente Ilmo. Sr. D.: José M^a del Riego Valledor

SENTENCIA N°:**Ilmos. Sres.:****Presidente:**

Dña. María Asunción Salvo Tambo

Magistrados:

Dña. Mercedes Pedraz Calvo

D. José M^a del Riego Valledor

Dña. Concepción Mónica Montero Elena

Madrid, a 15 de enero de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 262/2008, se tramita, a instancia de la Asociación de Industrias Feriantes de Navarra, representada por el Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, contra la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia, de 7 de mayo de 2008 (expediente 632/07), sobre prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (ley 16/1989), y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 1.000 euros y 6.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación de Industrias Feriantes de Navarra interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia, mediante escrito presentado el 2 de julio de 2008, y la Sala, por providencia de fecha 21 de julio de 2008, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y tras los escritos de conclusiones de las partes, se señaló para votación y fallo el 12 de enero de 2010.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia CNC. de 7 de mayo de 2008, cuya parte dispositiva contiene los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO.-

- a) Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en la suscripción por parte del Ayuntamiento de Peralta de un Convenio con fecha 17 de julio 2005 con la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra (AIFNA), con el objeto de evitar la competencia entre las industrias feriales y similares durante las fiestas locales del Municipio y durante los ejercicios 2005, 2006 y 2007.

Se consideran responsables de la mencionada infracción del artículo 1 LDC al Ayuntamiento de Peralta y a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra

- b) Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 LDC consistente en el abuso de posición de dominio que ejerce la AIFNA en la aplicación de dicho Convenio al regirse su normativa interna para la asignación y reparto de las instalaciones entre los industriales feriantes y de actividades anexas por criterios arbitrarios, discriminatorios y no objetivos.

Se considera responsable de la mencionada infracción del artículo 6 LDC a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra.

SEGUNDO.-

- a) Imponer al Ayuntamiento de Peralta la sanción de 1.000 euros, y a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra la sanción del 3.000 euros, por la infracción del artículo 1.1 LDC declarada en el resuelve precedente.
- b) Imponer a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra la sanción de 3.000 euros por la infracción del artículo 6 LDC declarada en el resuelve precedente.

TERCERO.- Intimar al Ayuntamiento de Peralta y a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas por las que han sido sancionadas.

CUARTO.- Intimar a la Asociación de Industriales Feriantes para que, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, suprima del artículo 3 del Pliego de condiciones genérico para los recintos feriales adjudicados por la Asociación de industriales feriantes de Navarra aprobado por I Asamblea General de 8 de marzo de 2006, los criterios de adjudicación de las instalaciones feriales que se consideran constitutivos de un abuso de posición dominante de acuerdo con lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

QUINTO.- Ordenar conjuntamente al Ayuntamiento de Peralta y a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado, y en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno en el ámbito nacional y otro en el de la Comunidad Autónoma de Navarra. En caso de incumplimiento se impondrá a las sancionadas una multa coercitiva de 300 € por cada día de retraso.

SEXTO.- Ordenar a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra que difunda el texto de esta Resolución en los distintos Ayuntamientos en los que haya firmado convenios similares al de este expediente, con el fin de evitar, en su caso, situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.

SÉPTIMO.- El Ayuntamiento de Peralta y la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra AIFNA justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

OCTAVO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

SEGUNDO.- Los hechos que la CNC declara probados, y que esta Sala hace suyos, pues resultan del expediente y no han sido impugnados por la parte actora, son los siguientes:

Hechos Probados

El Servicio considera como hechos acreditados y de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada en este expediente los siguientes hechos:

1. El 27 de julio 2005, el Ayuntamiento de Peralta y AIFNA firman un Convenio para la concesión en exclusiva de la gestión y explotación de las actividades feriales de Peralta durante las fiestas locales de los ejercicios 2005, 2006 y 2007.
2. Hasta el año 1999 incluido, el Ayuntamiento adjudicaba directamente las instalaciones para "atracciones y puestos de venta ambulante" durante las fiestas patronales de Peralta. Para ello publicaba un comunicado a los Feriantes ("Condicionado Feriantes Fiestas Patronales") que establecía en una serie de puntos los requisitos para tomar parte en el reparto de instalaciones.

3. A partir del año 2000, el Ayuntamiento de Peralta otorga la adjudicación de la gestión de la totalidad del recinto ferial durante las fiestas locales a AIFNA, mediante "contrato en exclusiva". Desde entonces y hasta la fecha, cada uno de los Convenios de este tipo suscritos por ambas partes contienen la mencionada cláusula quinta: "Por el Ayuntamiento de la localidad de Peralta, no se adjudicarán instalaciones iguales, similares, o calificadas por la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra como industrias de Feria de cualesquiera de sus tipos, fuera de los recintos Feriales contratados por la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra, sin el consentimiento de ésta, durante los períodos contratados por la Asociación, y tampoco al menos durante 15 días anteriores al montaje por ésta de los recintos feriales, a fin de evitar competencia entre las mismas".
4. El sistema implantado por AIFNA desde 2000 para el reparto de los lotes del recinto ferial y no ferial, junto con las atracciones feriales y puestos no feriales (churrería, pollería, etc.), se basa en lo establecido en la cláusula sexta del Convenio que permite que lo realice "conforme a su normativa vigente; en aplicación de los Acuerdos de Asamblea y Junta Directiva de la misma(.)". A su vez, la normativa vigente a la que se refiere dicha cláusula se rige por el "Pliego de Condiciones aprobado por su Asamblea General", datando el último Pliego de 8 marzo 2006. Dicho Pliego estipula en su artículo 3 que para el reparto de los lotes entre los feriantes será de carácter obligatorio la asistencia al acto que se celebre en la sede de la Asociación. Más adelante dicho artículo establece que la Asociación se reserva a su vez la facultad de "no permitir la entrada al local y no admitir en el reparto a aquellas personas que considere oportuno". Adicionalmente en este artículo se prima como criterio fundamental para la adjudicación de plazas el orden de antigüedad en la instalación ferial. En este sentido el mencionado artículo 3 señala que "no dispondrán del derecho de antigüedad aquellas personas o industriales feriantes, en los que para obtener dicha antigüedad hubieran ejecutado una oferta o subasta, en cualesquiera de sus tipos, contra esta Asociación, ya que el derecho de antigüedad solamente lo otorga la AIFNA". A su vez, el artículo 7 de este mismo Pliego de Condiciones estipula que para el sistema de reparto de las "ampliaciones o sobrantes" tienen prioridad los Asociados, seguidos de los Socios de la Confederación Española de Industriales Feriantes, y en último lugar los No Socios.
5. En los Convenios de 2000 y 2001 el ámbito del recinto ferial afectado por el Convenio no incluyó las instalaciones situadas fuera del mismo, en concreto el Puesto de Churrería situado en la Plaza Consistorial. Esta inclusión en el Convenio se hizo efectiva a partir de 2002, tras una propuesta escrita, de fecha 23 de enero de ese mismo año, presentada por la AIFNA al Ayuntamiento. En ella se recoge no sólo indicaciones respecto al importe de las tasas anuales a pagar a la Municipalidad y al sistema de precios "libres" a aplicar a su vez por la Asociación a los Feriantes, sino también una referencia expresa a la inclusión en el ámbito del Convenio de otras instalaciones situadas fuera del recinto ferial. Específicamente se propone que dichas instalaciones "sean las propias del recinto ferial más la Churrería de la Plaza Consistorial (.)".

6. En relación con la participación del denunciante en las actividades feriales de Peralta desde 1999, AIFNA destaca que en los listados de ese mismo año facilitados por el Ayuntamiento, relativos al reparto de las instalaciones feriales y no feriales en ese ejercicio, no figura el denunciante como titular de algún puesto de churrería, ni tampoco en los listados elaborados a partir de 2000 por la Asociación y remitidos a su vez al Ayuntamiento de Peralta.
7. AIFNA señala que las adjudicaciones "no se realizan en exclusiva para los asociados (que también lo podría hacer puesto que creemos que no incumpliría ninguna norma)". Destaca a su vez que el denunciante "jamás ha asistido a un sorteo de los repartos realizados por la Asociación", y que éste en 2001 solicitó al Ayuntamiento el puesto de churrería, que le fue denegado "por no ajustarse a nuestra normativa". Añade en sus conclusiones que el denunciante se beneficia a su vez de un sistema de "adjudicación directa" del puesto de Churrería en varios Ayuntamientos navarros (Marcilla, Olite, Santacar, Funes, Azagra, San Martín de Unx), lo que es conocido por la Asociación al tener suscrito con algunos de dichos Ayuntamientos un Convenio similar a éste, si bien en esos casos corresponde a la Asociación "la gestión del resto de lotes feriales (excluido el lote de churrería que se adjudica a su nombre)".

TERCERO.- La parte actora alega en su demanda que: 1) está amparada por el artículo 2.1 de la ley 16/1989, 2) el contrato suscrito con el Ayuntamiento era por completo correcto en cuanto al procedimiento de adjudicación y las decisiones presentes en este asunto fueron tomadas exclusivamente por el Ayuntamiento, 3) tampoco existe conducta susceptible de sanción del artículo 6 LDC, pues el artículo 3 de las normas internas no supone reparto alguno de mercado, ni fijación de precios, y 4) subsidiariamente, procede la rebaja de las sanciones, por la escasa entidad del perjuicio causado, del negocio afectado y del mercado afectado y la intención de la Asociación de modificar el artículo 3 de su Pliego genérico.

El Abogado del Estado contesta que la corrección del contrato suscrito con el Ayuntamiento, desde el punto de vista de la contratación administrativa, no es suficiente para entender que el contrato cumple la normativa de la competencia, no es aplicable el artículo 2 LDC, se sanciona el abuso de la posición de dominio, que resulta claro en la lectura del pliego de condiciones y las sanciones son conformes a derecho, habiendo tenido en cuenta la CNC las circunstancias concurrentes a que se refiere la parte recurrente.

CUARTO.- El artículo 1 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), prohíbe las siguientes conductas.

...todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...

En este caso la infracción de la prohibición por parte del la Asociación de Industriales recurrente es clara. La Asociación recurrente suscribió un Convenio con el Ayuntamiento de Peralta (Navarra), el día 27 de julio de 2005 (folios 7 a 12 del expediente administrativo), con el objeto de la adjudicación por el Ayuntamiento a la Asociación, en los ejercicios 2005, 2006 y 2007, de los terrenos para la instalación de industrias de feria, durante las fiestas a celebrar en la localidad (fiestas de San Blas en febrero, fiestas patronales en septiembre y fiestas de la juventud, cuando se celebren), a fin de su distribución entre los industriales feriantes.

La práctica que infringe la prohibición del artículo 1 LDC es el acuerdo recogido en la cláusula 5º de dicho convenio, que ha quedado transcrita en la narración de hechos probados. Mediante dicha cláusula, el Ayuntamiento de Peralta se compromete a no adjudicar instalaciones similares a industrias de feria, o simplemente a instalaciones que la Asociación recurrente califique como industrias de feria, sin el consentimiento de la Asociación, no solo durante los periodos a que se refiere el convenio con dicha Asociación, esto es, durante las fiestas de San Blas, patronales y de la juventud, sino también durante los 15 días anteriores a dichas fiestas, y no sólo en los recintos feriales a que se refiere el convenio, sino también fuera de dichos recintos feriales.

Tal acuerdo tiene una finalidad anticompetitiva manifiesta, que los propios intervinientes en el Convenio conocen y expresamente incorporan al texto del acuerdo, al indicar la citada cláusula quinta que el compromiso de no adjudicación de industrias de feria, incluso fuera de los periodos de fiestas y de los recintos feriales, se efectúa *"a fin de evitar la competencia"*.

No se trata, en este caso, de si el convenio entre el Ayuntamiento y la Asociación recurrente se llevó a cabo o no con sujeción a las normas reguladoras de la contratación administrativa por los Ayuntamientos, lo que no está en modo alguno probado en el expediente, en el que por cierto el SDC pone de manifiesto que se trata de una adjudicación en exclusiva sin mediar concurso, sino que tal cuestión es ajena al presente recurso, en el que se considera por la Resolución impugnada que las normas de la competencia son aplicables a la actividad de ferias que se desarrollan

en los municipios, y que un convenio como el examinado entre el Ayuntamiento y la Asociación de Industriales Feriantes está sujeto a las normas de la LDC.

Tampoco puede acogerse la alegación de la asociación recurrente de que las decisiones relevantes en este asunto fueron impuestas por el Ayuntamiento, pues no consta en absoluto que sea así. Primero, el Ayuntamiento de Peralta afirma exactamente lo contrario, que la cláusula quinta del convenio, a que antes nos hemos referido, fue impuesta por la Asociación recurrente, y segundo, el convenio en cuestión, que está redactado en un papel oficial de la Asociación, esto es, con su logotipo y dirección preimpresos, muestra que no existe imposición de ninguno de los intervinientes, sino que ambos, el Ayuntamiento y la Asociación, manifestaron su conformidad con su articulado y en prueba de ello firmaron el convenio.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la segunda infracción, el artículo 6 de la LDC prohíbe la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

El TJCE, TS, CNC y esta misma Sala han dicho con reiteración, así en la sentencia de esta Sala de 14 de enero de 2004 (recurso 867/2000 y acumulados), que el hecho de que una empresa tenga una posición de dominio en un determinado mercado no es sancionable, pero tal posición asigna a la empresa dominante una especial responsabilidad en relación con el mantenimiento de las condiciones de competencia.

La constatación de que una empresa o entidad se encuentra en una posición dominante en un determinado mercado tiene dos consecuencias ya clásicas en el derecho de la competencia, formuladas por el TJCE (sentencia de 9 de septiembre de 1983, asunto Michelin, caso 322/81):

- a) declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche, y*
- b) incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una justificación objetiva.*

En este caso, la asociación recurrente ha abusado de su posición dominante mediante el establecimiento de un Pliego de Condiciones genérico, para los recintos feriales adjudicados por ella (folios 53 a 66 del expediente administrativo), cuya cláusula tercera ha quedado transcrita en el apartado de hechos probados.



La cláusula sexta del convenio entre el Ayuntamiento y la Asociación de Industriales Feriantes indica que dicha Asociación adjudicará los terrenos a los industriales feriantes *"...conforme a su normativa vigente..."*

Las reglas de tal adjudicación se establecen –especialmente- en la cláusula tercera del Pliego de Condiciones que acabamos de citar. En principio, la adjudicación se inspira en la regla de la objetividad, al señalarse que las adjudicaciones *"...como regla general..."*, se realizarán por orden de antigüedad, pero seguidamente, se establecen tal cantidad de excepciones a dicho principio, que las reglas de adjudicación se convierten en arbitrarias y discriminatorias, con buen ejemplo de reglas abusivas de la posición de exclusividad en la que se encuentra la Asociación recurrente.

Así, resulta que la misma cláusula tercera señala que no dispondrán de antigüedad aquellas personas o industriales feriantes que *"...hubieren ejercitado una oferta o subasta en cualquiera de sus tipos contra esta Asociación, ya que el derecho de antigüedad sólo lo otorga la AIFNA..."*.

Además, la misma cláusula tercera del Pliego de Condiciones establece que la asistencia a los repartos *"...será siempre de carácter obligatorio..."*, pero sin embargo, la Asociación se reserva la facultad de *"...no permitir la entrada al local y no admitir en el reparto a aquellas personas que no se considere oportuno..."*

Hemos visto que la asociación recurrente es concesionaria en exclusiva de la gestión y explotación del recinto ferial y tiene autonomía para adjudicar los terrenos a los industriales feriantes con arreglo a su propia normativa interna. Tales notas de exclusividad en la gestión del recinto ferial y de autonomía en el establecimiento de las normas de adjudicación conforman una posición de dominio en el mercado relevante, que es el de las actividades feriales en las fiestas de la localidad de Peralta.

Así las cosas, no cabe duda que la Asociación recurrente ha llevado a cabo una conducta abusiva de su posición dominante, al establecer esas reglas de reparto y adjudicación de lotes, con criterios arbitrarios, y no objetivos, tal y como señaló la Resolución impugnada.



SEXTO.- Por lo que se refiere a las sanciones, el artículo 10 de la LDC establece que la CNC podrá imponer multa de hasta 901.518,16 euros a las empresas y asociaciones que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en los artículos 1 y 6.

La Resolución impugnada ha tenido en cuenta, en este caso, que el mercado relevante es reducido, fijando con toda precisión el número de habitantes de la población afectada (5.741 habitantes en el censo de 2005), si bien tiene en cuenta al mismo tiempo que la Asociación recurrente había suscrito convenios similares con otros municipios además de Peralta, y que las ferias ambulantes pueden tener un mercado más amplio que la propia localidad donde se celebren. Igualmente tiene en cuenta la Resolución impugnada sus propios antecedentes, con cita del precedente constituido por el expediente denominado Feriantes de Huesca.

Tales razones explican la sanción reducida -en los límites contemplados por el artículo 10 LDC- de 3.000 euros impuestos a la Asociación recurrente por cada una de las infracciones, habiendo también la CNC motivado la diferente cuantía de las sanciones por la infracción del artículo 1 LDC impuestas al Ayuntamiento y a la Asociación recurrente, que se basa en la ausencia de ganancias del primero.

Por todo lo anterior, la Sala considera que la Resolución impugnada ya explicado de forma suficiente las razones que tuvo en cuenta en la determinación de las sanciones, y que las sanciones impuestas en la extensión de 3.000 euros cada una, respetan el principio de proporcionalidad con las infracciones de los artículos 1 y 6 LDC a que se refieren.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

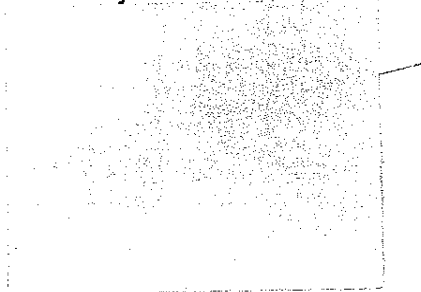
En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia CNC, de 7 de mayo de 2008, que anulamos por ser contraria a derecho, así como las actuaciones administrativas de que trae origen

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-