

RESOLUCIÓN (Expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta)

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuervo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

Madrid a, 7 de mayo de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Consejero Ponente Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador núm. 632/07 *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*, incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) con el núm. 2730/06, y que trae causa de la denuncia presentada por D. F.J.C.G., en su propio nombre y como titular del negocio CHURRERÍA CAMBRA GOÑI contra la ASOCIACIÓN INDUSTRIAL DE FERIANTES DE NAVARRA (AIFNA), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la suscripción de un Convenio con el AYUNTAMIENTO DE PERALTA (Navarra) por el que éste otorga a dicha Asociación la concesión en exclusiva de la gestión y explotación de las instalaciones feriales de Peralta durante las fiestas locales de los ejercicios 2005, 2006 y 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 24 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia la denuncia formulada por D. F.J.C.G., en nombre propio y como titular del negocio CHURRERÍA CAMBRA GOÑI, contra la ASOCIACIÓN INDUSTRIAL DE FERIANTES DE NAVARRA (AIFNA). Por Providencia del Director General de Defensa de la Competencia de 8 de

noviembre de 2006, se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio contra AIFNA y el AYUNTAMIENTO DE PERALTA.

2. El 6 de marzo de 2007 el Servicio formuló Pliego de Concreción de Hechos, que termina proponiendo:

“Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declare:

- a. *la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, 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 considera responsable de la mencionada infracción del artículo 1 de la LDC al Ayuntamiento de Peralta y a la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra.

- b. *la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia 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 y discriminatorios.*

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

Segundo.- Se interese al Ayuntamiento de Peralta y a la AIFNA para que se abstengan de realizar prácticas restrictivas de la competencia en el mercado afectado por dicho Convenio.

Tercero.- Se ordene a los imputados que difundan el texto de la Resolución que se adopte en los distintos Ayuntamientos de la Comunidad

Autónoma de Navarra en los que la AIFNA 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.

Cuarto.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.”

3. El 17 de mayo tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia el expediente instruido por el Servicio con el núm. 2730/06, que fue admitido a trámite por Providencia del Pleno 4 de junio de 2007, en la que también se designa ponente al Vocal Don Julio Costas Comesaña, se consideran partes interesadas a D. F.J.C.G., al AYUNTAMIENTO DE PERALTA, y a la ASOCIACIÓN INDUSTRIAL DE FERIANTES DE NAVARRA, y se pone de manifiesto el expediente a las partes para que conforme establece el art. 40.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, pudieran proponer pruebas y solicitar la celebración de vista. Ni el Ayuntamiento de Peralta ni la AIFNA han comparecido en los trámites de prueba, vista y conclusiones ante el Consejo, y el denunciante se ha limitado a ratificar lo afirmado en su escrito de denuncia.
4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en la sesión de 23 de abril de 2008.
5. Son interesados:
 - D. F.J.C.G.
 - AYUNTAMIENTO DE PERALTA
 - ASOCIACIÓN INDUSTRIAL DE FERIANTES DE NAVARRA

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)”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

Segundo.- Constituye el objeto de la presente Resolución determinar si, como afirma el Servicio y propone al TDC (hoy Consejo) resulta acreditado la realización por el Ayuntamiento de Peralta y la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 LDC, consistente en la suscripción de un Convenio con fecha 17 de julio 2005 con el objeto de evitar la competencia entre las industrias feriales y similares durante las fiestas locales del Municipio y para los ejercicios 2005, 2006 y 2007. Así como la realización por la AIFNA de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6 LDC, consistente en el abuso de la posición de dominio que ejerce en la aplicación de dicho Convenio, al regirse por su normativa interna en la asignación y reparto de las instalaciones entre los industriales feriantes y de actividades anexas, y establecer ésta criterios de asignación arbitrarios, discriminatorios y no objetivos.

Tercero.- En lo atinente a la primera de las imputaciones, el Servicio considera que el Convenio suscrito por el Ayuntamiento de Peralta con la AIFNA para la concesión en exclusiva de la gestión y explotación de las actividades feriales de Peralta durante los ejercicios 2005, 2006 y 2007 se enmarca en el tipo de acuerdos prohibidos por el art. 1 LDC, en la medida en que el objeto y el efecto producido por dicho Convenio (en particular, su cláusula quinta) es “...*restringir la competencia en el mercado de actividades feriales y anexas a las feriales de la localidad de Peralta [mercado relevante],*

afectando dicha restricción incluso a las instalaciones situadas fuera del recinto ferial así como a la adjudicación de instalaciones similares en las fechas anteriores a las de las fiestas contempladas en el contrato mencionado”. En definitiva, el Servicio sostiene que esa cláusula quinta del Convenio “va mucho más allá de la regulación de la actividad ferial durante las fiestas locales (...) se sustituye la libertad de competencia en esa localidad para el ejercicio de dichas actividades por una concesión en exclusiva en la que no queda el menor resquicio para la competencia, en lugar de fomentar su concurrencia”. Por ello, concluye que el Ayuntamiento de Peralta y la AIFNA son responsables [de esta práctica restrictiva], según el principio de bilateralidad al haber firmado las dos partes un Acuerdo restrictivo de la competencia. Asimismo, el Ayuntamiento de Peralta, mediante esta concesión en exclusiva (y sin mediar concurso alguno) a la Asociación mencionada para la explotación de las actividades feriales en Peralta, ha actuado como un operador económico, pues en principio la defensa y promoción de una actividad comercial como es la actividad ferial, no necesita de reserva del mercado por parte de la autoridad local a una sola empresa o asociación de empresas privadas, teniendo en cuenta el posible interés de otras entidades feriales y no feriales en participar en dicha actividad.”

El Ayuntamiento de Peralta, al tiempo de notificársele la apertura del expediente sancionado, alegó que el asunto objeto de denuncia no era competencia del Servicio por “... ser un asunto de Licencias por ocupación del suelo público y en esa materia este Ayuntamiento es competente para decidir como se substancian las solicitudes y la ocupación del suelo público atendiendo a los intereses generales de la población. El Ayuntamiento de Peralta optó por una gestión indirecta de la concesión de licencias de utilización del suelo público de forma privativa con el fin de garantizar el correcto estado de todas las instalaciones de la feria”. Sin embargo, tras conocer el Pliego de Concreción de Hechos, varía de estrategia de defensa y alega que: 1) Dada la escasa entidad de los hechos denunciados, que se limitan al Municipio de Peralta, y que la repercusión económica general es mínima, considera procedente la aplicación del artículo 1.3 de la LDC, en el sentido de sobreseer o no iniciar el expediente sancionador; 2) Adicionalmente, en relación con la cláusula quinta del Convenio suscrito con AIFNA para el período 2005 a 2007, la Alcaldesa alega que no es responsabilidad del Ayuntamiento la redacción de dicha cláusula, ya que ésta fue impuesta por la Asociación mencionada. Añade que la razón de esta imposición se debió a que en 2004 el Ayuntamiento adjudicó al denunciante la instalación de su negocio fuera del recinto ferial, lo que provocó el “boicot” de los feriantes al municipio de Peralta y ese año, a pesar de las gestiones realizadas por los representantes municipales para dotar a la feria de

atracciones, durante las Fiestas de San Blas no hubo instalaciones feriales infantiles y juveniles”. La Alcaldesa considera por tanto que su Ayuntamiento era “víctima de la posición dominante que la Asociación de Industriales Feriantes tiene en Navarra y por tanto es sufridor de la misma ya que por esa cláusula se perjudican sus ingresos al impedir la colocación de otras instalaciones”. Asimismo manifiesta que “el convenio suscrito fue un “trágala” al Ayuntamiento, redactado incluso en papel con membrete de la Asociación de Feriantes”.

La AIFNA en su escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos de 16 de abril de 2007 alegó de forma resumida que: 1º) Entiende que desde el punto de vista del procedimiento de contratación, la adjudicación fue por completo ajustada a Derecho. 2º) En cuanto a la vulneración de las normas de la competencia, AIFNA considera que tal vulneración no se ha producido, ya que en su opinión: 2.a) Cuando el Ayuntamiento decidió suscribir el contrato con la Asociación en el marco de la legalidad vigente, lo que estaba decidiendo es que en Peralta hubiera “*un solo recinto ferial*”; 2.b) De los datos del expediente no se puede deducir que “... *AIFNA efectúe recomendaciones ni tome decisiones cuyo objeto o finalidad sea la de impedir, restringir o falsear la competencia, ni que controle o limite la producción, la distribución ni el desarrollo técnico o las inversiones*”; 2.c) El Ayuntamiento de Peralta es competente, conforme a la normativa foral navarra, para decidir la utilización por terceros de los bienes de dominio y uso público, así como en relación al ejercicio del comercio “no sedentario” en su término municipal, Asimismo señala que “*el propio denunciante indica que su instalación no es de carácter ferial, sino un negocio de hostelería ambulante, con lo que no vendría recogido su supuesto en el contrato suscrito en el Ayuntamiento y AIFNA*”. Por todo lo expuesto, la AIFNA concluye que no se puede considerar que haya habido una situación de restricción de la competencia “*al haber actuado el Ayuntamiento y, por lo tanto, la AIFNA amparados por normas legales, en el sentido del art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, según el cual las prohibiciones del art.1 no se aplicarán a las situaciones que se deriven del ejercicio de potestades administrativas amparadas por la Ley, como es el caso*”.

El Consejo coincide con el Servicio en que el Convenio celebrado por el Ayuntamiento de Peralta y la AIFNA, en la medida en que su contenido va más allá de lo que es la concesión o denegación de una mera licencia de ocupación de suelo público a una empresa, deja de estar sometido al Derecho público para caer en el ámbito del Derecho privado (Expte. 419/97, *Cruz Roja de Fuengirola*). Como subraya en diversas ocasiones el Servicio, no se trata de enjuiciar bajo el ámbito del Derecho de defensa de la competencia el acto administrativo del Ayuntamiento de Peralta por el que se

denegó al denunciante licencia de instalación de su puesto en 2006 sino que le haya concedido a la AIFNA un contrato en exclusiva y restrictivo de la competencia. Al firmar este acuerdo que, como se dice en la cláusula quinta, tiene por objeto “evitar la competencia” en beneficio de los feriantes integrados en la AIFNA, el Ayuntamiento está contratando la provisión de un servicio y lo hace de manera que incide de forma determinante en la estructura y funcionamiento de la oferta de servicios feriales, por tanto, está actuando como operador económico sometido a las reglas de la defensa de la competencia.

La cláusula quinta del convenio dispone que *“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”*. El texto es claro y no admite interpretaciones sobre el objeto restrictivo en el sentido del art. 1.1 LDC: evitar la presión competitiva que pudieran ejercer las empresas feriales o de actividades conexas a las feriales no integradas en la AIFNA, tanto en el recinto ferial de Peralta como fuera del mismo, no sólo en las fechas correspondientes a las fiestas locales sino tampoco al menos durante 15 días antes de su celebración, sin el consentimiento de dicha Asociación, con la finalidad, claramente explicitada en el texto de la cláusula, de *“evitar la competencia”* en dicho mercado.

Pero, como afirma el Servicio, el contenido restrictivo de la competencia del convenio no se limita a la cláusula quinta. Esta misma naturaleza se predica de las cláusulas tercera, octava y adicional tercera, que extienden con finalidad restrictiva de la competencia el ámbito físico del recinto tradicional: Cláusula tercera: *“...El recinto ferial será el habitual, es decir, el mismo que venía siendo ocupado por la Asociación durante el ejercicio 2003, más los lugares ocupados en la Plaza del Ayuntamiento por la Churrería y el aparcamiento frente a la discoteca o aparcamiento cercano al área de Protección ciudadana, que venía siendo ocupado o que en algún momento ha sido ocupado por la instalación Bar-Pollería”*; Cláusula octava: *“Por el Ayuntamiento....serán entregados a la Asociación los recintos feriales (Recinto ferial donde se instalan las atracciones de feria, Lugar de montaje de la Churrería en la Plaza del Ayuntamiento, Lugar de montaje de la instalación denominada Bar-Pollería) ...”*; Cláusula Adicional Tercera: *“En el presente contrato se encuentran incluidas como anteriormente se indica además de las instalaciones colocadas en el recinto ferial habitual, la Churrería instalada en*

los aledaños de la Plaza Consistorial y el Bar-Pollería instalado frente a la discoteca en la calle principal de la localidad”. La cláusula sexta, si no tiene por objeto restringir la competencia sí se muestra apta para generar ese efecto en la medida en que el Ayuntamiento delega en la AIFNA la forma y modo en que se adjudicarán los espacios destinados a la instalación de las atracciones feriales, que se hará conforme a la normativa interna aprobada por la AIFNA sin control alguno por parte del Ayuntamiento; cláusula sexta: *“Por la Asociación ..., se adjudicarán los terrenos a los industriales Feriantes, conforme a su normativa Vigente, en aplicación de los acuerdos de Asamblea General y Junta Directiva de la misma, y previa la presentación de los documentos que la propia Asociación considere oportunos”*. Las cláusulas adicionales primera y cuarta del convenio también se consideran acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia, por cuanto constituyen un acuerdo/recomendación limitativo de la libertad de precios de los empresarios feriantes y asimilados. La adicional primera dispone que *“Las instalaciones de Movimiento no trabajarán a precio ilimitado”*, y la adicional cuarta complementa esta restricción en materia de precios estableciendo que *“La Asociación..., se compromete a negociar con los industriales feriantes para que los precios de la utilización de las atracciones de movimientos trabajen al precio de 1,50 € los infantiles y de 2 € los aparatos de mayores, además de la implantación para los infantiles de un abono largo de 10 € - 10 viajes”*. Por último, el Consejo, de nuevo coincidiendo con el Servicio, considera que la cláusula primera, por la que se fija como duración del convenio los ejercicios 2005 a 2007, tiene por objeto cerrar este mercado a la competencia por un plazo de tiempo que no se justifica en la necesidad de recuperar inversiones sino sólo en la finalidad de desincentivar la presencia o aparición de competidores.

En cuanto a la alegación relativa a la “escasa entidad” de los hechos denunciados y su “mínima” repercusión económica en el mercado, y la consecuente aplicación del artículo 1.3 de la LDC, el Consejo no puede sino suscribir la opinión del Servicio en el sentido de que no es posible despreciar las consecuencias y efectos que un convenio de estas características puede tener en el mercado de actividades feriales de la localidad de Peralta, máxime si se tiene en cuenta la alegación de la AIFNA en el sentido de haber suscrito convenios similares con otros ayuntamientos de Navarra. El precedente que supondría que una Asociación, que representa a gran número de empresas del sector ferial, pueda, por motivos no objetivos, discriminar a una o varias empresas de dicho sector y de actividades anexas denegando a éstas la posibilidad de participar en las fiestas locales, afectaría al buen funcionamiento del mercado y a lo que tiene que ser la igualdad de condiciones en el mismo para que puedan operar todas las empresas del

sector. Por lo tanto, no se puede considerar de aplicación el artículo 1.3 de la LDC.

En conclusión, por las razones apuntadas y con el alcance señalado, el Consejo estima contrarias a la prohibición del art. 1.1 LDC 1989 las cláusulas primera, tercera, quinta, sexta y octava, así como las adicionales primera, tercera y cuarta del convenio objeto de la denuncia que, por tanto, se deben considerar nulas de pleno derecho de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.2 LDC 1989.

Cuarto.- En lo relativo a la imputación a AIFNA de una conducta de abuso de posición dominante, el Servicio destaca que la cláusula sexta del convenio (en virtud de la cual la AIFNA asigna las instalaciones conforme a su normativa interna) coloca a ésta en una posición de dominio de mercado, que le obliga a establecer condiciones objetivas de participación para la asignación de instalaciones, y a actuar con la “especial responsabilidad” que exige la jurisprudencia a las empresas que ostentan dominio de mercado. Principio de especial responsabilidad que habría infringido, cometiendo una conducta de abuso de posición dominante, en tanto en cuanto el *“Pliego de Condiciones Genérico para los recintos feriales adjudicados por la AIFNA”*, aprobado por la Asamblea General de la Asociación el 8 de marzo 2006, y en el que se ha basado la AIFNA para asignar las instalaciones en dicho ejercicio, no cumple el requisito mencionado, poniendo en evidencia algunas de las condiciones de dicho Pliego que esa normativa permite una práctica arbitraria y discriminadora en la asignación por parte de la Asociación mencionada de las instalaciones feriales y anexas. En concreto, el Servicio afirma que *“dicha normativa puede considerarse abusiva y, en consecuencia, también su aplicación por la AIFNA. En efecto, AIFNA abusa de la posición de dominio que le ha otorgado el Convenio firmado con el Ayuntamiento mediante el establecimiento de unos criterios de asignación de las instalaciones feriales claramente arbitrarios, discriminatorios y no objetivos, lo que infringiría el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional; en este caso, el mercado de actividades feriales y conexas de la localidad de Peralta.”*

Por el contrario, la AIFNA niega que la posición de dominio que se le atribuye sea tal, puesto que se trata de gestionar un único recinto ferial que previamente ha sido adjudicado con arreglo a la legalidad, y además las relaciones de los asociados con AIFNA y las aportaciones que éstos realizan son internas. Cada feriante hace sus cálculos económicos antes de acudir a una determinada feria y acude a ella si le interesa, siendo falso que se

obligue a nadie a asociarse a AIFNA si quiere obtener una plaza en las ferias, y si bien hay diversos criterios de adjudicación, para las instalaciones como la del denunciante el criterio es único y objetivo: el de la antigüedad, sea de un asociado o de quien no lo es.

El análisis de las conductas prohibidas por el art. 6 LDC requiere en primer lugar valorar si el imputado se encuentra en posición dominante, que tradicionalmente se define como aquella situación en la que la empresa puede actuar con independencia de proveedores, competidores y clientes en último término. Para realizar esta valoración, previamente se debe delimitar el mercado relevante. Pues bien, el Servicio considera como mercado relevante el mercado de actividades feriales y anexas a las feriales de carácter ambulante de la localidad de Peralta, y entiende que la AIFNA ostenta posición de dominio en el mismo, en tanto que concesionario en exclusiva de la gestión y explotación del recinto donde se deben instalar tales instalaciones feriales para los ejercicios 2005 a 2006, pero también y sobre todo porque la cláusula sexta del convenio firmado por el Ayuntamiento de Peralta y la AIFNA concede a ésta total autonomía para adjudicar los terrenos feriales a los industriales feriantes y asimilados conforme a su normativa interna. Autonomía de comportamiento o posición de dominio que la AIFNA ha utilizado para imponer unos criterios de asignación arbitrarios, discriminatorios y no objetivos, como lo son los contenidos en el art. 3 del Pliego de condiciones genérico para los recintos feriales adjudicados por la Asociación de industriales feriantes de Navarra aprobado por la Asamblea General de 8 de marzo de 2006. En efecto, en este precepto interno de la AIFNA se señala que para el reparto de los lotes entre los feriantes “será siempre de carácter obligatorio” la asistencia al acto que se celebre en la sede de la Asociación, pero resulta que la Asociación se reserva la facultad de “no permitir la entrada al local y no admitir en el reparto a aquellas personas que considere oportuno”. Se establece como criterio fundamental para la adjudicación de plazas el orden de antigüedad en la instalación ferial, pero al tiempo se 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”.

El Consejo coincide con el Servicio en el carácter arbitrario, discriminatorio y no objetivo de la normativa interna de la AIFNA relativa a la adjudicación o reparto de instalaciones en el recinto ferial afectado por el convenio firmado por el Ayuntamiento de Peralta, y considera que el Servicio calificó correctamente dicha conducta como constitutiva de infracción de la prohibición de abuso de posición dominante del art. 6 LDC, pero considera

que tal conducta reúne también todos los elementos para ser calificada como decisión de una asociación de empresas en el sentido del art. 1.1 LDC, y no hubiese errado el Servicio de haber propuesto al TDC (hoy al Consejo) que se declarase a la AIFNA responsable de una conducta prohibida por el art. 1.1 en calidad de autora del contenido restrictivo del art. 3 del mencionado Pliego de condiciones genérico, en cuanto que acuerdo de reparto de mercado entre los asociados.

Quinto.- El artículo 10 LDC faculta al TDC (hoy, al Consejo) para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 901.518 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas. La cuantía ha de ponderarse atendiendo la importancia de la infracción en el sentido de efectos sobre el mercado. El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

En el expediente no consta lo ingresado por la AIFNA de manos de los feriantes y asimilados que hubiesen resultado adjudicatarios de las instalaciones feriales y asimiladas durante la vigencia del convenio controvertido. No obstante, sí figura lo que la AIFNA ha pagado al Ayuntamiento de Peralta por ocupación de espacio público en las fiestas entre los años 2001 a 2007:

Año	Pagos de la AIFNA al Ayuntamiento por ocupación espacio público
2001	3.005 €
2002	2.705 €
2003	2.705 €
2004 (Sólo por una de las tres fiestas anuales)	600 €
2005 (Sólo por una de las tres fiestas anuales)	400 €
2006	2.000 €
2007	2.000 €

Asimismo, en el expediente consta que para la primera de las tres fiestas anuales, la fiesta de San Blas (del 2 al 6 de febrero), del año 2000 (folio 73) la AIFNA se obligó a pagar al Ayuntamiento de Peralta la cantidad de 72.000 ptas. (420 €), y que los feriantes que resultaron adjudicatarios de los distintos puestos de esas fiestas vinieron obligados a pagar a la AIFNA (folio 88) un total de 170.000 ptas. (1.022 €). Es decir, la AINFA recaudó de los feriantes 602 € más que lo que ella pagó al Ayuntamiento.

En el expte 503/00 *Feriantes Huesca*, iniciado por denuncia contra la AIFNA y otras asociaciones provinciales del sector, el TDC acordó mediante Resolución de 24 de octubre de 2001 sancionar a la Coordinadora y a la Asociación de Feriantes de Huesca, así como a la “Confederación Española de Industriales Feriantes”, por recomendar la no asistencia de los feriantes a la Feria de Huesca de Agosto de 1998 (que había sido adjudicada a la empresa denunciante) así como por publicar anuncios denigratorios contra esta última. Entre las distintas Asociaciones provinciales que se habían adherido al acto de boicot liderado por la Asociación y Coordinadora de Huesca figura la AIFNA, de ahí que la denuncia se dirigiese también contra ella. El TDC impuso una multa de 1.803 € (300.000 ptas.) a cada una de las imputadas, que ha sido confirmada por la Audiencia Nacional.

Así, pues, a la vista de este antecedente; teniendo en cuenta que las conductas de cierre de mercado (mediante acuerdo y/o abuso de posición dominante) son conductas muy graves; que los efectos sobre el mercado y sobre los operadores eventualmente perjudicados son de difícil concreción; que se trata de un mercado local de población reducida (5.741 habitantes en 2005 según el Padrón Municipal del INE) si bien la propia AIFNA ha alegado que ha suscrito convenios similares con otros municipios de Navarra, por lo que su efecto en cuanto a restricción de la competencia en el sector de las instalaciones feriales ambulantes puede ser de mayor alcance que el propio mercado de Peralta; atendiendo, pues, a la necesidad de evitar el riesgo de generalización de estas conductas; tomando en consideración la dimensión económica que resulta de los datos arriba expuestos y que las fiestas tienen una duración limitada en el tiempo; el Consejo considera ajustado a Derecho imponer al Ayuntamiento de Peralta una sanción de 1.000 euros y a la AIFNA una sanción de 3.000 euros por infringir la prohibición de acuerdos colusorios del art. 1.1 LDC, y a la AIFNA una sanción de 3.000 euros en calidad de autora de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el art. 6 LDC. La menor sanción al Ayuntamiento de Peralta por infracción del art. 1 LDC se fundamenta en la ausencia de ganancias ilícitas en el actuar de la Corporación municipal, así como en el hecho probable de que la cláusula quinta del convenio (redactado en papel con membrete de la AIFNA) haya sido aceptada por el Ayuntamiento a requerimiento de aquélla y ante la

posibilidad de que, en caso contrario, no hubiese atracciones feriales como había sucedido en las fiestas de San Blas de 2004, precisamente por haber concedido permiso al denunciante para instalar su negocio de churrería en la Plaza Principal (folio 189).

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

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 la 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.