

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO EN EL EXPEDIENTE UM/008/21 KAIHOPARA SKI SCHOOL, S.L.

INDICE:

I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
III. ANALISIS DE FONDO.....	4
1. Libertades de establecimiento y circulación en la UE	4
2. Posible incidencia de la Sentencia del TSJA de 1989.....	6
3. La prohibición de contratar de los responsables de EEE	7
4. Análisis desde la perspectiva de la LGUM	8
A. Vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad.....	8
B. Vulneración del principio de no discriminación	9
C. Mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado	10
D. Vulneración del principio de simplificación de cargas	12
IV. CONCLUSIÓN.....	13

I. INTRODUCCIÓN

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Pleno de la CNMC, formulo el presente voto particular **discordante con la decisión de no impugnación** de la Orden de 14 de diciembre de 2020 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por KAIHOPARA SKI SCHOOL S.L contra la anterior Resolución del Director del servicio provincial de agricultura, ganadería y medio ambiente de Huesca de 21 de enero de 2020 denegatoria de un aprovechamiento forestal en el monte en el Monte de Utilidad Pública MUP-300 denominado “FORMIGAL Y LA MONTAÑA”¹.

La razón de mi discordancia es la consideración de que la mencionada decisión administrativa no es ajustada a derecho y genera graves problemas en la competencia y en el interés general que, además, se prolongan indebidamente en el tiempo. Por ello la CNMC debería proceder a la impugnación del acto en cuestión, independientemente de que el particular afectado lo haya recurrido en la jurisdicción ordinaria.

¹ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

II. ANTECEDENTES

1. En el año 1988 el Ayuntamiento de Sallent de Gállego abrió un procedimiento de **concesión** de uso privativo para la enseñanza del esquí en el MUP 300, por cincuenta años, hasta el año 2038, a cambio de un canon de 300 euros anuales.

La finalidad de la concesión era, tal como expresamente consta en el expediente administrativo, la **“evitación de que otras posibles Escuelas ejerzan la actividad de la enseñanza del esquí en dicha zona”**.

Los pliegos del procedimiento de adjudicación establecieron una **cláusula de arraigo territorial**, que otorgaba **preferencia a aquellas ofertas que incluyeran personal empadronado en Sallent de Gállego**.

2. El Ayuntamiento adjudicó la concesión a la entidad Escuela Española de Esquí de Formigal (EEE) que estaba entonces y está en la actualidad participada y administrada por profesores de esquí residentes en Sallent de Gállego, que, además, son actualmente (y han sido en el pasado) concejales y Alcaldes del propio Ayuntamiento de Sallent de Gállego.

3. El 21 de diciembre de 1989 en el *obiter dicta* de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se estableció que, aunque ni en los pliegos ni en el acto de adjudicación de la concesión así se establece, la concesión lo es en exclusiva.

Desde esa fecha se ha producido un ejercicio en exclusiva de la enseñanza de esquí en Formigal por EEE.

4. El 16 de diciembre de 2019 se solicita por Kaihopara al Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca una autorización para el ejercicio de la actividad de enseñanza de deportes de invierno en la estación de esquí de Formigal, sita en el MUP 300.

El 21 de enero de 2020 se dicta una Resolución del Director del citado Servicio desestimando la solicitud por las siguientes razones:

“Este Servicio Provincial resuelve no acceder a lo pretendido por usted atendiendo a la cesión ya emitida por el ayuntamiento de Sallent de Gállego a favor de la Escuela Española de Esquí, según la cual, ésta dispone de la exclusividad para la enseñanza del esquí en el Monte de Utilidad Pública número 300, denominado “Formigal y la Montaña” y perteneciente al ayuntamiento de Sallent de Gállego.”

5. El interesado realizó una solicitud de informe a la Secretaría de Unidad de Mercado (SECUM) sobre la conformidad de la situación referida con la Ley de Unidad de Mercado.

El 20 de abril de 2020 la SECUM manifestó, en su informe 28/2020 que las resoluciones cuya impugnación se solicita podrían resultar contrarias a la LGUM en la medida en que no se ha justificado nexo causal entre la posible Razón de Imperioso Interés General -protección del monte- y la restricción creada por la administración.

El Informe cuestiona que en el caso del ejercicio de la actividad de enseñanza del esquí en Formigal (MUP 300) pueda justificarse la proporcionalidad de limitar el número de operadores a uno sólo.

*“En este sentido, cabría tener en cuenta que, si no existe una limitación de número de clases y monitores para la empresa que presta el servicio, ni una limitación del número de visitantes de la estación de esquí, **no están claros los daños adicionales al medio ambiente o al uso del dominio público que supondría que operara más de una empresa.***

Además, cabría igualmente considerar, tal y como comunica el informante, la situación existente en otras estaciones de esquí, también establecidas en montes de dominio público de la provincia de Huesca, donde operan varias empresas dedicadas a la enseñanza de esquí”.

6. El 29 de mayo de 2020 el **Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (“TDCA”)** dictó un Acuerdo que manifiesta expresamente que la concesión para la enseñanza de Esquí en Formigal (MUP 300) en favor de EEE ha tenido el efecto de provocar desde 1988 un cierre de mercado.

*“**este Tribunal (reconoce) la existencia de un cierre de mercado en la enseñanza del esquí en la estación de “Formigal” y la existencia de trabas administrativas originadas por la adjudicación de la concesión de 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 impiden que operadores económicos distintos a 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 en el mercado de la enseñanza del esquí en Formigal, sin que la misma resulte aparentemente necesaria para alcanzar ningún otro objetivo público legítimo”.***

El Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón (“SDCA”) había calculado que el mencionado cierre de mercado supone un **sobrecoste** para el consumidor de clases de esquí en Formigal de entre el 6% y el 17,5% por temporada.

7. El 14 de diciembre de 2020 se dicta la Orden cuya impugnación se solicita que afirma que existe una exclusividad en el uso del MUP 300 derivada de la

concesión de uso privativo a favor de la sociedad civil denominada “Escuela Española de Esquí de Formigal”. Las páginas 25 y 26 de la Orden señalan:

*“tal como se señala en el informe al recurso de alzada emitido por el Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca, de fecha 3 de agosto de 2020 [...] **La única limitación a la existencia de uno o más adjudicatarios viene marcada por un carácter técnico-administrativo, que en esta situación se basa en la exclusividad en la enseñanza del esquí.***

Si bien es claro que podría reconocerse la compatibilidad de usos, en el sentido de que el aprovechamiento recreativo puede ser realizado, a la vez, por una o más empresas “siempre que no suponga un menoscabo a los valores naturales por los que se declara el monte como de utilidad pública”, lo que en ningún caso cabe es que, tal como concluye el recurrente en la alegación primera de este recurso (página 29 in fine), sea la Comunidad Autónoma la que autorice el uso pretendido por Kaihopara ya que, tal como señala el informe del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca “... el Servicio Provincial no es competente para emitir autorizaciones en MUP de entidades locales, sin contar con el consentimiento de sus titulares”.

8. El 19 de enero de 2021 la sociedad KAIHOPARA solicitó a la CNMC la interposición de un recurso contencioso-administrativo especial del artículo 27 LGUM contra la disposición y resolución administrativas antes citadas por considerar que resultan contrarias a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM. El 12 de febrero de 2021 la CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA PROVINCIA DE HUESCA-CEPYME solicitó la interposición del recurso especial del artículo 27 LGUM contra la misma Orden.

Los reclamantes consideran que la existencia de una previa concesión de “uso privativo” para la enseñanza del esquí en el MUP 300, adjudicada por el Ayuntamiento de Sallent de Gállego a la Escuela Española de Esquí (EEE) en el año 1988 por un período de cincuenta años (hasta 2038) no debería ser un obstáculo para otorgar el aprovechamiento forestal a KAIHOPARA dado que, en su opinión, la concesión otorgada no debería interpretarse como “exclusiva” y “excluyente” de otros derechos, como el aprovechamiento solicitado por KAIHOPARA.

III. ANALISIS DE FONDO

1. Libertades de establecimiento y circulación en la UE

9. El 28 de octubre de 1988, momento de otorgamiento de la concesión, ya estaba vigente en España el entonces Tratado constitutivo de la Comunidad

Económica Europea². El mismo establecía la obligación para las autoridades nacionales de respetar y salvaguardar la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento y la prohibición de discriminación (artículos 7, 52, y 59 del TCEE).

Existía también jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) que deben considerarse contrarias a las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios las cláusulas de pliegos que incorporen elementos discriminatorios por razón de la residencia³.

10. Después del otorgamiento de la concesión existen diversos hitos legislativos relevantes que ponen de manifiesto la contradicción de la concesión con el Derecho europeo. Los artículos 12, 43, 49 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) en su versión de 1992 establecían las prohibiciones de discriminación por razón de la nacionalidad y del establecimiento de restricciones a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. También establecían la obligación de los Estados de no mantener, respecto de las empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados⁴.

En el año 2006 entra en vigor la Directiva de Servicios en cuyo artículo 16 se establece la obligación de los Estados miembros “**en que se preste el servicio**” de asegurar “**la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio**”⁵.

11. Las administraciones del Estado tienen la obligación de inaplicar las disposiciones del derecho nacional que resulten contrarias al derecho de la UE tal como reiteradamente ha establecido la jurisprudencia del TJUE. Las sentencias *Fratelli Costanzo*⁶ iniciaron unos desarrollos jurisprudenciales que se han venido reiterando en numerosas ocasiones con posterioridad.

El Tribunal ha mantenido en la Sentencia Ciola que⁷:

² El TCEE está en vigor en España desde el 1 de enero de 1986, en su versión modificada por el Acta Única Europea de 1987.

³ La Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 1986 en el asunto 168/85 Comisión v. República Italiana, señaló: “Por consiguiente, procede declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 48, 52 y 59 del Tratado CEE (LCEur 1986, 8), al mantener en vigor disposiciones que: [...] reservan en exclusiva a los nacionales italianos la participación en los concursos para la concesión de oficinas de farmacia.”.

⁴ Estas disposiciones se corresponden con los actuales artículos 49, 56, 18 y 106 del vigente TFUE, denominación del TCE desde 2009.

⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989. Asunto 103/88.

⁷ Sentencia del TJUE de 29 de abril de 1999, asunto C-224/97.

*“una prohibición impuesta [...] mediante una resolución administrativa individual y concreta que ha adquirido firmeza y que es contraria a la libre prestación de servicios, **debe dejarse inaplicada.**”*

12. Para que la administración proceda a la inaplicación del acto o norma no resulta necesaria la previa derogación formal de la disposición contraria al Derecho Europeo. Así se recoge en la sentencia *Simmenthal*⁸:

*“Los encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, **sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional.**”*

13. En el caso analizado, la concesión en exclusiva del uso del MUP 300 a una única entidad por 50 años carece de justificación suficiente y resulta contraria al Derecho de la Unión.

La actividad de enseñanza de esquí sobre la que gira el objeto del recurso ha de calificarse como un aprovechamiento forestal sujeto a **autorización o licencia** y no como un uso privativo del MUP para el que se pueda requerir una concesión administrativa en exclusiva.

Por ello una administración no puede basarse en la concesión para mantener un cierre de mercado como el objeto de estudio.

2. Posible incidencia de la Sentencia del TSJA de 1989

14. La Orden argumenta que no cabe inaplicar la concesión a favor de la EEE porque existe una existencia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de diciembre de 1989 que desestimó un recurso formulado en su día por la entidad “FORMIGAL S.A.”, frente a la adjudicación de la concesión a la EEE.

15. Al respecto debe manifestarse que la Sentencia no extiende sus efectos frente a las partes en este procedimiento y en ningún caso debería impedir a la Audiencia Nacional enjuiciar su pretensión.

Los efectos de cosa juzgada de la Sentencia no se extienden a los recurrentes en este caso, al no ser coincidentes ni el objeto, ni los sujetos, ni la causa de

⁸ Sentencia de 9 de marzo de 1978 en el asunto 106/77.

pedir, por lo que no se darían los requisitos previstos en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para apreciarla.

16. Además, la Sentencia no pudo tener en cuenta ni aplicó -como es lógico- la normativa dictada con posterioridad a ella sobre libertad de establecimiento y libertad de circulación de servicios, que afectan a la concesión enjuiciada.

Tanto la normativa europea como las leyes nacionales que actualmente resultan de aplicación liberalizaron la prestación de servicios en todo el territorio español, en concreto: la Directiva de Servicios (2006), la Ley Paraguas (2009) y la propia LGUM (2013).

17. En cualquier caso, la jurisprudencia del TJUE no obliga a los tribunales nacionales a aplicar los efectos de cosa juzgada, si se derivan de Sentencias judiciales firmes dictadas por los estados miembros que fueran contrarias al derecho de la Unión. Así se desprende de la jurisprudencia del TJUE dictada en los asuntos *Lucchini*⁹, *Pizzarotti*¹⁰ y *Olimpiclub*¹¹.

3. La prohibición de contratar de los responsables de EEE

18. La concesión analizada está afectada por el artículo 94 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que señala:

*“Prohibiciones para ser titular de concesiones demaniales.
En ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concorra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
Cuando, posteriormente al otorgamiento de la concesión, el titular incurra en alguna de las prohibiciones de contratación se producirá la extinción de la concesión”.*

Entre las prohibiciones de contratar del artículo 94 de la LPAP está la relativa a que los administradores de la persona jurídica (en este caso la EEE) sean cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19

⁹ Asunto C-119/05, *Ministerio dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contra Lucchini SpA.*, ECLI:EU:C:2007:434. La aplicabilidad de la sentencia *Lucchini* a nuestro ordenamiento interno ha sido expresamente reconocida por nuestro Tribunal Supremo como se establece en las Sentencias de 14 de marzo de 2016, de 15 de febrero de 2015 y sobre todo, de 8 de marzo de 2012.

¹⁰ Asunto C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. SpA contra Comune di Bari y otros*, ECLI:EU:C:2014:2067.

¹¹ Sentencia de 3 de septiembre de 2009, dictada en el asunto C-2/08, ECLI:EU:C:2009:506.

de junio, del Régimen Electoral General, entre los que están los “concejales” de las corporaciones municipales^{12, 13}

Esta extinción es *ope legis* y la Administración está obligada a aplicarla de forma automática por ser imperativa, sin que tenga margen de discrecionalidad para aplicarla o no aplicarla, y sin que deba instruirse un nuevo procedimiento administrativo para ello.

19. La prohibición de contratar anterior viene concurriendo de forma continuada en el presente caso, **al menos desde el año 2018**, puesto que, al menos desde entonces, **el Ayuntamiento de Sallent de Gállego incluye entre sus concejales a dos administradores de la concesionaria EEE** (Don Armando Urieta Otín y Don Benito Pérez Peña).

Por tanto, se incurre en la prohibición de contratar antes referida y se produce, por aplicación del artículo 94 de la LPAP, “**la extinción de la concesión**”.

4. Análisis desde la perspectiva de la LGUM

A. Vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad

20. No cabe considerar que la razón imperiosa de interés general que supone la protección de los montes exija el establecimiento de una concesión en exclusividad para la explotación de una zona como el MUP 300 para dar clases de esquí.

De hecho, la denegación de la solicitud realizada no justifica tal necesidad como motivo de la denegación ya que no resultaría posible.

21. Tampoco cabría justificar la proporcionalidad de una medida tan restrictiva en el sentido de que no existan medios menos restrictivos que la denegación

¹² Los concejales de un Ayuntamiento son cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General conforme al artículo 1.b de dicha norma.

¹³ Las prohibiciones de contratar del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas están hoy reguladas en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que establece lo siguiente: “1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma”.

planteada, para proteger la razón imperiosa de interés general en cuestión. La protección de la RIIG puede alcanzarse de modos claramente menos lesivos que la concesión en exclusiva para dar clases de esquí a una entidad.

22. La administración en su denegación no ha efectuado ningún análisis, o acompañado algún informe, sobre los datos precisos que permitan corroborar su decisión tal como se exige en la Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011¹⁴.

23. Tampoco se ha justificado la razón por la que se realiza la interpretación más amplia de la concesión a EEE asumiendo que la misma lo es en exclusiva, en vez de optar por otra posible interpretación de la concesión que permitiera el ejercicio de la actividad por otros competidores. En este sentido el Tribunal Supremo, estableció en su Sentencia de 31 de octubre de 2012 que “el concesionario [de un bien demanial] no ostenta un derecho incondicionado de exclusividad [...] cuando el uso contemplado [...] se revela compatible”.

24. Por todo ello debe concluirse que existe una vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 y 9 de la LGUM en la denegación analizada. A la misma conclusión llega la SECUM cuando afirma:

*“En este sentido, cabría tener en cuenta que, si no existe una limitación de número de clases y monitores para la empresa que presta el servicio, ni una limitación del número de visitantes de la estación de esquí, **no están claros los daños adicionales al medio ambiente o al uso del dominio público que supondría que operara más de una empresa.***

Además, cabría igualmente considerar, tal y como comunica el informante, la situación existente en otras estaciones de esquí, también establecidas en montes de dominio público de la provincia de Huesca, donde operan varias empresas dedicadas a la enseñanza de esquí”.

B. Vulneración del principio de no discriminación

25. La concesión que justifica el rechazo de la solicitud realizada contiene una cláusula de arraigo territorial por razón de la residencia en la condición Tercera del pliego que rige la concesión:

*“(e)n la valoración de las ofertas que se presenten a este Concurso, **se considerará de modo preferente en (sic) empleo de personal de la localidad para la enseñanza del mencionado deporte. Por ello, en la oferta a presentar, deberá indicarse el***

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 2011. Comisión Europea contra Reino de España. Asunto C-400/08, *European Court Reports 2011 I-01915*, ECLI:EU:C:2011:172

personal que se emplea y si son o están empadronados en Sallent de Gállego”.

Tal requisito genera por tanto una **discriminación por razón de la residencia**.

26. Además la Orden cuya impugnación se pretende establece que *“el Servicio Provincial no es competente para emitir autorizaciones en MUP de entidades locales, sin contar con el consentimiento de sus titulares”.*

De acuerdo con tal afirmación la autorización se hace depender del consentimiento del Ayuntamiento de Sallent de Gállego, cuyo Alcalde es socio de la EEE, entidad de la que dos concejales son socios y administradores. Por ello debe considerarse que existe en la autorización una intervención directa o indirecta de un competidor (la EEE), por lo que incurre en el supuesto de la letra g) del artículo 18.2 de la LGUM¹⁵.

C. Mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado

27. La autoridad que dictó la Orden, interpreta que la situación de cierre de mercado provocada por la concesión para el ejercicio de la actividad de enseñanza del esquí en el MUP 300 está vigente aunque no considera que exista necesidad de proteger ninguna razón imperiosa de interés general, ni que la medida resulta proporcionada.

Conforme al artículo 18.1 de la LGUM, la administración debería haberse asegurado de que sus decisiones no tienen como efecto el mantenimiento injustificado de un obstáculo a la unidad de mercado. Esta obligación hubiera debido llevar a la administración a realizar una interpretación de la situación más favorable a la entrada de nuevos operadores evitando por tanto el “cierre de mercado” que supone la interpretación más estricta.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de octubre de 2012 (rec. 5924/2009), estableció:

“a través del título concesional la Administración confiere al concesionario un haz de derechos y facultades teleológicamente ordenados, en cuanto que orientados al cumplimiento de un fin que se reputa idóneo para la satisfacción del uso general o servicio

¹⁵ El artículo 10.f) de la Ley Paraguas establece que “En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: [...] f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley.

Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales.

público al que los bienes demaniales están destinados (artículo 6 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas). No es, pues, la posición jurídica del concesionario equiparable a la propia del "dueño útil" de un bien inmueble que decide libremente sobre su destino económico en tanto la concesión esté vigente, sino que el despliegue operativo de su derecho concesional está condicionado por la normativa rectora del bien demanial concernido, por el clausulado del título concesional (en el que figura ante todo la plasmación del objeto de la ocupación del demanio, artículo 155 del Reglamento de ejecución de la Ley de Costas , aprobado por RD 1471/1989 (RCL 1989, 2639 y RCL 1990, 119)) y, en definitiva, por la satisfacción del interés público al que se orienta la concesión. Por eso, el concesionario no ostenta un derecho incondicionado de exclusividad de aprovechamiento del espacio físico sobre el que su concesión se asienta, sino que debe tolerar y franquear las actuaciones sobre el mismo espacio que no obstaculicen el normal desenvolvimiento de su concesión y por ende permitan satisfacer el interés general al que el demanio sirve en términos compatibles con el legítimo desenvolvimiento de la concesión preexistente.

[...]

Desde esta perspectiva, insistimos, ha de matizarse el derecho que asiste al concesionario de exigir que no se autoricen o concedan por la Administración otros aprovechamientos del bien demanial sobre el que asienta la concesión de la que es titular, pues no es ese un derecho que pueda ser invocado de forma apriorística e incondicionada. Podrá, sí, esgrimir válidamente su derecho y oponerse a los aprovechamientos proyectados en la medida que esos aprovechamientos sobrevenidos afecten desfavorablemente al normal desarrollo de su derecho concesional preexistente (en este sentido ha de interpretarse la previsión del precitado artículo 66 de la Ley de Costas cuando se refiere a la necesidad de garantizar los derechos preexistentes), pero no cuando el uso contemplado responde, asimismo,(sic) a una finalidad de interés público y además se revela compatible con el ya existente y por tanto inofensivo hacia el mismo, pues, si es así, no hay razones sólidas para rechazar la posibilidad del aprovechamiento compatible, en la medida que realmente no exista ninguna afección negativa sobre los derechos del primer concesionario y se cumpla la finalidad esencial de la gestión del dominio público, que es el servicio del interés general, el cual se satisface más y mejor si se abre la puerta a la permisión de una compatibilidad de usos del demanio que redunde en una mayor eficiencia económica de la explotación del bien concernido sin merma de la finalidad pública a que la demanialización del bien se vincula."

En el presente caso el “uso compatible” relativo a que varias escuelas puedan ejercer en la zona ha sido reconocido expresamente por la Orden (páginas 25 y 26), al señalar “es claro que podría reconocerse la compatibilidad de usos, en el sentido de que el aprovechamiento recreativo puede ser realizado, a la vez, por una o más empresas”¹⁶. Y la “finalidad de interés público” es la establecida por la LGUM, esto es, la obligación las administraciones públicas de proteger de las libertades de establecimiento y circulación de servicios. Por lo que resulta legalmente posible interpretar la concesión a la luz de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por contacto, considerarla como “no exclusiva”.

Por cuanto antecede, siendo posibles las dos interpretaciones de la concesión a favor de la EEE, una que implica exclusividad y una que no tiene por qué implicarla, la Orden cuya impugnación se plantea debería haber justificado por qué motivo el hecho optar por la primera interpretación (exclusividad) en vez de por la segunda (no exclusividad): (i) se justifica en la necesidad de proteger una razón imperiosa de interés general de las reguladas en el artículo 3.11 de la Ley Paraguas; y (ii) resulta proporcionado, de forma que no existan otras interpretaciones menos restrictivas o distorsionadoras de la actividad económica. Es más, conforme a la Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, citada por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2020 y de 10 de diciembre de 2019, también debía haber acompañado su razonamiento sobre la necesidad y la proporcionalidad de un “análisis [...] de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación”¹⁷.

D. Vulneración del principio de simplificación de cargas

28. La Orden ha vulnerado el principio de simplificación de cargas (artículos 7 y 9 de la LGUM), por haber incurrido en duplicidad, al exigir el consentimiento del Ayuntamiento de Sallent de Gállego al ejercicio de la actividad pretendida, a pesar de que la normativa sectorial en materia de montes permite al Departamento de Agricultura Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, autorizar la actividad solicitada sin contar con el consentimiento del

¹⁶ La Orden manifiesta: “Desde un punto de vista forestal y ambiental, la actividad de enseñanza del esquí, en cuanto que produce una actividad económica en sí misma, debe ser considerada como un aprovechamiento forestal recreativo [...] el aprovechamiento recreativo puede ser realizado, a la vez, por una o más empresas, como puede ser el caso que nos ocupa en el MUP 300.”

¹⁷ Véase la sentencia *Von Colson* (10 de abril de 1984, asunto 14/83), cuando manifiesta “la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber en virtud del artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros comprendidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales”.

Ayuntamiento de Sallent de Gállego. El artículo 36.5 de Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes ("LM"), ley básica, que establece:

“La Administración gestora de los montes demaniales podrá enajenar productos o servicios de los mismos, bajo el régimen de aprovechamientos forestales”.

Además consta en el expediente administrativo la no oposición del Ayuntamiento de Sallent de Gállego al ejercicio lo que podría interpretarse como un consentimiento tácito del Ayuntamiento de Sallent de por vía de silencio administrativo positivo.

IV. CONCLUSIÓN

Los argumentos previamente expuestos llevan a esta Consejera a manifestar que en su opinión, y aun asumiendo el principio de oportunidad aplicable a las impugnaciones por contravención de la LGUM de que disfruta la CNMC, este organismo debería haber ejercitado sus capacidades de impugnación de la medida ante los tribunales al considerar:

- Que la concesión otorgada a EEE por 50 años para la explotación del MUP 300 no necesariamente implica un ejercicio en exclusiva y que el mismo no está justificado por los principios de necesidad y proporcionalidad en relación con la RIIG presente en el caso
- Que la concesión resulta contraria al derecho de la UE y en consecuencia no puede servir como base para la denegación.
- Que no se han respetado los principios de no discriminación y existen causas de prohibición de contratar en los responsables de la EEE.
- Que no se ha respetado el mandato de remover las barreras a la unidad de mercado existentes en nuestro ordenamiento.

Todo ello lleva a concluir que la actuación de la administración debería ser impugnada sin que el hecho de que el recurrente haya iniciado un recurso contra el acto en la jurisdicción ordinaria justifique, en opinión discordante de esta consejera, que no se plantee por la CNMC el recurso por la vía solicitada.

En tal sentido emito este Voto Particular.

Firmado: María Pilar Canedo Arrillaga