

RESOLUCIÓN (Expediente SAMAD/03/14, ASOCIACIÓN CLUBES DE FUMADORES)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDETE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de abril de 2015.

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición *ut supra*, ha dictado *Resolución* en el Expediente **SAMAD/03/14 ASOCIACIÓN CLUBES DE FUMADORES**, instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, *por una posible competencia desleal incardinable* en el Artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, *único en el que esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es competente para abordar los asuntos de competencia desleal*.

Ha sido designado Consejero Responsable D. Benigno Valdés Díaz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha de 31 de enero de 2014 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (SDC-CM) informe denuncia en materia de competencia desleal por parte del *Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias de la Coordinación General de Seguridad y Emergencias de la Dirección General de Seguridad*, del Ayuntamiento de Madrid, contra la *Asociación Internacional de la Cultura de Fumador*.

La denuncia trae causa en el dispositivo llevado a cabo por la Policía Municipal denominado "Operación Descanso", por el que se inspeccionaron diez locales en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas en los distritos de Chamberí y Centro, operación en la que fueron detectados hechos atribuibles a la denunciada a través del local **Le Club Smoking** (sito en la Calle Pez, Núm. 2 de Madrid) que podrían constituir infracciones de –entre otras– la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En la denuncia, el *Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias de la Coordinación General de Seguridad y Emergencias de la Dirección General de Seguridad*, del Ayuntamiento de Madrid expone que la denunciada lleva a cabo actividades económicas no contempladas en sus Estatutos Sociales:

«[...] La Asociación Internacional de la Cultura del Fumador, está facultada para realizar actividades según vienen reflejado en sus estatutos (se adjunta copia). En todo momento durante la inspección se puede apreciar como efectivamente se está realizando en el interior del local una actividad económica, la cual pudiera estar siendo ejecutada en unas condiciones irregulares, es por ello que se realiza informe detallando toda esta conducta a la Agencia Tributaria (se adjunta informe). [...] Igualmente existe otro indicio de posible irregularidad en la actividad realizada en el local arriba expuesto en materia de Protección de Datos, asimismo se remite informe a la Agencia de Protección de Datos por si incurriera en algún tipo de infracción en esta materia (se adjunta informe) [...]» (Folio 6 del Expediente).

La denunciante aporta así mismo informe provisional de las actuaciones de inspección realizadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social de fecha 27 de diciembre de 2013, en el que se concluye (literal, Folio 6 del expediente):

«[...] consultadas las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, se comprueba que la empresa titular del precitado establecimiento, no ha solicitado su inscripción en la Seguridad Social, ni ha procedido a dar de alta del Régimen General de la Seguridad Social a los trabajadores que allí prestan sus Servicios (con ocasión de la actuación inspectora se identifican a 10 personas que prestan servicios en el establecimiento visitado como 1 vigilante, 2 camareras, 2 DJ, 1 persona en el ropero, 1 limpiador de baños, 2 relaciones publicas, 1 persona reponiendo cajas de bebidas.»

SEGUNDO.- En cumplimiento con lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, el mismo día 31 de enero de 2014 se inició el trámite de asignación de órgano competente para investigar este caso entre el SDC-CM con la Dirección de Competencia de la CNMC. Con fecha 10 de febrero de 2014, la citada competencia le fue asignada al SDC-CM, y en virtud de ello realizó la *Información Reservada 03/2014 Asociaciones-Clubes de Fumadores*.

TERCERO.- Completada su investigación –de la que forman parte los hitos y se derivan los hechos reseñados más abajo–, y al amparo del Artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con fecha 10 de marzo de 2015 el SDC-CM elevó a esta SALA de COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia «*PROPUESTA de No Incoación y Archivo de la Información Reservada*», por entender que no hay indicios de infracción de la citada Ley.

HECHOS ACREDITADOS

PRIMERO.- Son partes en este Expediente:

1º. Como **denunciante**, el *Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias de la Coordinación General de Seguridad y Emergencias de la Dirección General de Seguridad* del Ayuntamiento de Madrid

2º. Como **denunciada**, la *Asociación Internacional de la Cultura de Fumador*, en concreto con relación a dos locales de su titularidad: **Le Club-Smoking**, sito en la Calle Pez Núm. 2, y **Club Bunker**, sito en la Calle Esteban Arteaga Núm. 5, en los que presuntamente se ha vulnerado la normativa vigente.

3º. Como **interesada**, la Dirección General de Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- La denunciante aporta informes oficiales sobre los hechos que denuncia con el siguiente tenor literal:

« [...] a) *En la puerta de acceso al local, el cual seguramente se encuentre arrendado, existe un cartel que admite el pago con tarjetas.*

b) *Se observa cómo hay público que se dispone a abandonar el local haciendo entrega en la zona destinada al guardarropa a la persona encargada de la vigilancia del mismo, de un trozo pequeño de papel con un número escrito con tinta a modo de resguardo por la retirada de su prenda de abrigo, manifestando las personas que una vez han entrado en el local proceden a abonar 2€ a cambio del trozo de papel antes descrito mientras que hacen entrega en el guardarropa de su prenda de abrigo para su custodia, no recibiendo a cambio ningún recibo con los datos de la Asociación ni ninguno otro.*

c) *Según nos manifiestan éstas personas, así como posteriormente otras, en el momento de la entrada en el local son requeridos por personal del local para efectuar un pago de 20 € y su posterior inscripción en un "Libro de Socios" con su nombre, apellidos, DNI y NIE y firma, lo que le da derecho a consumir posteriormente en la zona de planta sótano. Para el personal que realiza el pago con tarjeta bancaria, existe un aparato datafono que habilita esta forma de pago, asimismo se pueden observar por el suelo, algunos recibos que emite dicho aparato con distintas cantidades en el cobro (se adjunta fotografía del aparato datafono y de los recibos).*

d) *En la Planta Baja, la de acceso, existe una máquina expendedora de labores de tabaco, la cual muestra un precio superior a los permitidos (sobreprecio), preguntado por este aspecto, el Titular manifiesta que "son donaciones de los socios", tras serle requerido para aportar la preceptiva autorización de venta y no mostrarla, se procede a precintar dicha máquina. (Se adjunta acta y anexo con los precios).*

e) *En la planta sótano, existe una "Barra Bar" en la que constantemente se está realizando un intercambio de servicios y productos por parte de dos camareras, a cambio de precio. (Se adjunta fotografías de la zona de "Barra Bar" en la que se aprecia sin ningún género de duda los productos que se ofrecen a los asistentes, fotografía de la caja registradora, así como de tickets de dicha caja en los que se reflejan distintos precios marcados y en los que no figuran datos de la Asociación ni de ningún otro lugar).*

f) *Existencia de factura de compra encontrada en uno de los locales sobre los que se actúa en la "Operación Descanso" el día 15/12/2013, concretamente el local denominado "Simplemente Mama" ubicado en C/ Guzmán el Bueno n.º 104, en la que se refleja la compra de determinados productos por parte de LE CLUB; C/Pez, 2 Madrid y en el que no figura el CIF de la Asociación. El local donde se encuentra la factura, es uno de los que se encuentra diversa publicidad suya por el local de referencia del presente informe (Se adjunta copia de la factura e informe del Agente Actuante en el local "Simplemente Mama").*

g) *La declaración del Tomador del Seguro, es decir, Asociación Internacional de la Cultura del Fumador, en la que declara que la Actividad desarrollada es la de Bar Musical y/o pub con pista de baile, sin tique de entrada, sin que se realice otra actividad y la denominación del negocio asegurado es Local C/ Pez, no. 2.*

Por todo lo anteriormente expuesto, y tras solicitar al Titular de la Actividad los Libros de Contabilidad así como facturas y demás aspectos fiscales y no siendo aportados, se desconoce si la Asociación Internacional de la Cultura del Fumador realiza las obligaciones de rendición de cuentas establecidas en la normativa vigente.

Igualmente en el aspecto de las obligaciones fiscales de la Asociación tanto las de carácter censal: Alta de actividad económica, Declaración de operaciones con terceros, como las de carácter contributivo: Impuesto Actividades Económicas, Impuesto Valor Añadido, Impuesto de Sociedades, Impuesto Renta Personas Físicas, se desconoce si se están realizando o posee exenciones a las mismas.

Quien dice ser Presidente de la Asociación Internacional para la Cultura del Fumador, Titular ésta de la actividad allí realizada, D. Víctor Jacinto Babiano Merino, (..) manifiesta desconocer todos los aspectos fiscales anteriormente mencionados.» (Folio 12 del Expediente).

En relación lo anterior el denunciante aporta fotografías de datafonos, bebidas comercializadas y caja registradora del Barra-Bar, así como tiques de pago con datafono para el acceso al local y de la caja registradora en Barra- Bar con pagos de distintos precios, sobre los que hace notar lo siguiente:

« [...] de todos estos pagos no [se] facilitó ningún tipo de datos de contabilidad desconociéndose si son cuotas, porque con distintos precios, o donaciones o simplemente pagos de consumidores [...]» (Folio 17 del Expediente).

Y continúa el Informe oficial como sigue (literal):

«Durante el desalojo del local, por seguridad de los allí presentes toda vez que superaba el triple del aforo máximo autorizado en graves condiciones de riesgo se contabilizó a 177 personas y en el libro figuraba que ese día habían entrado 106 personas, lo que hace una diferencia de 71 personas. (...)

Todos los socios se inscriben en la Asociación en el lugar de la actividad de la Asociación y ninguno en el domicilio social de la misma al igual que la inscripción de socios se realizan entre los días Jueves a lunes, los días de apertura del local y de más ocio en la Ciudad.

Durante el desalojo se procedió a consultar aleatoriamente a determinadas personas por su relación con la asociación, manifestando todos ellos que se inscriben en un libro a la vez que realizan un pago de 20 € que le da derecho a consumir.

Consultados por su vinculación con los estatutos de la determinada Asociación, manifiestan desconocer ese apartado y no considerarse vinculados a ningún estatuto y que nadie les ha informado de ellos, elemento esencial, (se adjunta copia de los mismos), asimismo que no les han facilitado carnet o soporte físico alguno que le dé la condición de asociado. La Asociación Internacional de la Cultura del Fumador pudiera estar desarrollando una actividad regulada en la normativa sectorial de la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Ley 17/1997, de 4 de Julio, como de Ocio y Esparcimiento, amparándose en Asociación (...)

Siendo las "donaciones" la forma de ocultar el pago del precio de la entrada y las consumiciones, tras pasar el control de acceso y registrarlos como socios nuevos, la donación, es decir, el importe pagado le da derecho a consumir. Asimismo la función laboral de determinadas personas, pudiera ser disimulada a través de inscribirlos como socios "voluntarios" alegando de esta forma no existir lucro (...)

*Por todo lo anteriormente expuesto es por lo que se le remite el presente informe para determinar si de la inspección realizada pudieran derivarse infracciones de cualquier orden jurídico, así como la solicitud de un informe de contestación sobre lo expuesto en el presente informe, para su remisión a otras instituciones competentes en infracciones de otras materias, concretamente en el supuesto de producirse **competencia desleal por parte de la Asociación Internacional de la Cultura del Fumador.**» (Folio 18 del Expediente).*

TERCERO.- Con fecha 4 de febrero de 2014 se remitió copia completa de la denuncia al Área de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Subdirección General de Política Interior de la Dirección General de Seguridad e Interior de la Comunidad de Madrid, así como a la Subdirección General de Inspección y Control de Mercados, de la Dirección General de Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Con fecha 13 de febrero de 2014 el SDC-CM solicitó del Área de Espectáculos que indicara si se tenía conocimiento de otras denuncias similares, y si se ha realizado por parte de ese Área algún estudio o informe sobre la materia objeto de este expediente.

En la misma fecha (13 de febrero de 2014), se remitió al Área de Fumadores y Asociaciones de la Subdirección General de Política Interior de la

Comunidad de Madrid escrito de Información reservada preguntando si allí se tenía conocimiento de otras denuncias similares, y si se esa Dirección General había realizado algún estudio o informe en conexión con el asunto. Así mismo, se le solicitó la relación de Asociaciones que tuvieran como objeto social la formación de clubes de fumadores, inscritas en el Registro de la Comunidad de Madrid, acompañando una copia completa de sus estatutos, además de los datos de denominación y dirección.

También con fecha 13 de febrero de 2014 el SDC-CM solicitó de la Subdirección General de Inspección y Control información reservada acerca de si allí se tenía conocimiento de otras denuncias sobre la misma materia, así como la relación de informes y estudios realizados por la Subdirección General.

El 19 de febrero de 2014 el Área de Espectáculos, en contestación al requerimiento efectuado, remitió listado de datos sobre asociaciones de "Club de Fumadores", con indicación del ámbito o Registro donde tienen depositados sus estatutos –en concreto figuran 64 registros, de los cuales 31 tienen ámbito nacional–.

El 4 de marzo de 2014 el Área de Espectáculos, indica que desde 1 de octubre de 2011 la Comunidad de Madrid carece de competencia sancionadora en materia de espectáculos públicos, motivo por el cual no es receptora de las denuncias que, en su caso, se puedan levantar en caso de que esos clubes realicen actividades ajenas a su licencia (tales como salas de fiestas, bares especiales etcétera). No obstante lo anterior el citado Área señala que obra en su poder denuncia sobre los siguientes locales:

(1) *Fun Factory Smoking Club*, en la calle Argumosa. Sobre este establecimiento figuran dos denuncias de la Policía Municipal de Madrid en septiembre de 2011.

(2) *Yeswecan Club de Fumadores*, sito en la calle Virgen de la Paz nº 16. Sobre este local se recibió un informe de la Policía Municipal de fecha 4 de noviembre de 2012.

(3) En el año 2013 se recibió, a través del procedimiento de Sugerencias y Quejas de la Comunidad de Madrid, una queja ciudadana relativa a un club de fumadores sito en la Avenida Donostiarra 2, de Madrid, en el que había actuaciones musicales y se servían consumiciones.

CUARTO.- El 19 de febrero de 2014 el Área de Espectáculos, en contestación al requerimiento efectuado, remitió listado de datos sobre asociaciones de "club de fumadores", con indicación del ámbito o Registro donde tienen depositados sus estatutos; en concreto figuran 64 registros, de los que 31 tienen ámbito nacional.

QUINTO.- El 20 de febrero de 2014 se recibió en el SDC-CM *ampliación de denuncia sobre posible competencia desleal*, que llevó aparejada la inspección realizada por dos funcionarios del Ministerio de Empleo y Seguridad

Social, conjuntamente con funcionarios del Cuerpo de Policía Municipal de Madrid, el día 26 de enero de 2014 al local *Club Bunker*, titularidad del denunciado, sito en la C/ Esteban de Arteaga nº 2, donde se pusieron de manifiesto indicios similares a los descritos para los locales anteriores.

SEXTO.- El 5 de marzo de 2014 el SDC-CM efectuó nuevo requerimiento al Área de Fundaciones y Asociaciones de la Comunidad de Madrid a fin de que informara por qué motivo/s la *Asociación Internacional de la Cultura del Fumador* no aparece en el listado puesto a disposición del SDC.

SEPTIMO.- El 13 de marzo de 2014 se recibió contestación de la Dirección General del Consumo al requerimiento del SDC-CM, indicando no tener conocimiento de otras denuncias en esta materia.

OCTAVO.- El 17 de marzo de 2014 el Área de Espectáculos remitió al SDC-CM listado sobre las asociaciones que contengan el término "fumador", con indicación del ámbito o Registro donde tienen depositados sus estatutos. En él la *Asociación Internacional de la Cultura del Fumador* con nº Terr. 32423 (*Folio 236 del Expediente*).

NOVENO.- El 24 de marzo de 2014, en respuesta a solicitud de información del Cuerpo de Policía Municipal, se le remite listado de Asociaciones que realizan actividad de club de fumador y que están inscritas en el Registro de Asociaciones de la Comunidad de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se trata de resolver si los hechos denunciados en este Expediente son incardinables en el Artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- El citado Artículo delimita los supuestos en los que la CNMC es competente para resolver en materia de actos de competencia desleal, a saber:

«Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.»

Es decir, *únicamente* los actos desleales capaces de distorsionar gravemente el normal funcionamiento de la libre competencia **con afectación al interés público** suponen una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En consecuencia, únicamente en esa clase de conductas desleales tiene competencia la CNMC. En palabras del Tribunal Supremo (*STS de 20 de junio de 2006, Recurso de Casación Nº 9174/2003, Fundamento de Derecho Décimo, énfasis añadido*):

« [...] Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo [...] distorsionan **gravemente** las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público».

TERCERO.- El SDC-CM ha llevado a cabo el esfuerzo debido para calibrar el alcance de la conducta denunciada **en términos de su afectación al mercado** (*Vid. HECHOS ACREDITADOS*). Sobre esa base, en su *Propuesta de Resolución* concluye que la distorsión del mecanismo competitivo provocada por la conducta aquí denunciada no posee suficiente calado para constituir un grave perjuicio para el interés público. Esta SALA de COMPETENCIA concuerda con dicha apreciación, y en consecuencia estima que la **CNMC no es la instancia apropiada para entender del hecho denunciado**, por no ser éste incardinable en el Artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Lo anterior debe ser bien entendido. Esta SALA de COMPETENCIA no está estimando que el hecho denunciado no constituya un acto de competencia desleal distorsionador del mecanismo competitivo. Lo que se dice es que, aún en ese caso, la distorsión no es de magnitud suficiente para suponer un grave perjuicio para **el interés público**.

CUARTO.- Que el hecho denunciado no sea incardinable en el Artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia *no implica* que no lo sea en otras Leyes. Pero en ese caso correspondería entender de la denuncia a las instancias judiciales competentes en la materia.

En virtud de lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, esta **SALA de COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria del día XX de Abril de 2015,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar la no incoación de expediente sancionador y el archivo de las actuaciones en el Expediente que nos ocupa, por cuanto la conducta examinada no es incardinable en el Artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Notifíquese a los interesados y comuníquese esta *Resolución* al Servicio de Defensa de la Competencia de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Contra la presente *Resolución* no cabe recurso en esta vía previa administrativa, pudiendo ejercitarlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional, en el plazo de **dos meses** desde el día siguiente al de la notificación.