

## **RESOLUCIÓN (Expt. r 679/05, Zeroa/Ayuntamiento de Pamplona)**

### **Pleno**

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente  
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal,  
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
Dña. M. Jesús González, Vocal

En Madrid, a 28 de noviembre de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente la Vocal Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 679/05, interpuesto contra el Acuerdo adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de 2 de diciembre de 2005, referenciado como 2631/05 JMB. En dicho acuerdo se archiva la denuncia formulada por D.(...), en nombre y representación de ZEROA MULTIMEDIA S.A. contra el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA Y DIARIO DE NAVARRA S.A. por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/89 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que consistieron en un convenio de colaboración suscrito entre los dos denunciados por medio del cual Diario de Navarra distribuiría en exclusiva la publicación editada por el ayuntamiento de Pamplona titulada "Pasea Pamplona".

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 21 de junio de 2005 D. (...) presentó denuncia ante el SDC. Dicha denuncia se realizaba en nombre y representación de ZEROA MULTIMEDIA S.A., editora de la publicación Diario de Noticias, cuyo ámbito editorial es el de la Comunidad Foral de Navarra.
2. El objeto de la denuncia era el acuerdo alcanzado entre el Ayuntamiento de Pamplona y la sociedad mercantil Diario de Navarra S.A., editora de la publicación Diario de Navarra, cuyo ámbito editorial es también la comunidad Foral de Navarra. Como resultado del acuerdo, el Diario de

Navarra distribuyó durante cinco domingos, de forma gratuita y en exclusiva, una serie de folletos turísticos editados y financiados por el ayuntamiento de Pamplona. Ningún otro diario tuvo acceso a estas publicaciones para distribuirlos en las mismas condiciones que Diario de Navarra.

3. El acuerdo denunciado se ratificó mediante convenio fechado el 12 de junio, pero suscrito, según la denuncia, el 13 de mayo. La denuncia se acompañaba de los siguientes documentos: (1) Convenio denunciado, (2) Nota de prensa, del 13 de mayo de 2005, del Ayuntamiento para dar a conocer la edición de los folletos turísticos y los medios de difusión que se llevarían a cabo, (3) informe del Área de Comercio y Turismo del Ayuntamiento sobre la edición de folletos “Pasea Pamplona” y el convenio de colaboración con Diario de Navarra para su distribución, (4) cifras de la Oficina de Justificación de la Difusión sobre la evolución de la tirada de Diario de Navarra y Diario de Noticias de los años 2002,2003 y 2004, (5) Informe Jurídico del Ayuntamiento de Pamplona que justifica que la campaña publicitaria se realice a través de un solo diario, (6) mociones al Pleno del Ayuntamiento del 19 de mayo de 2005, por distintos Grupos Municipales, para suspender la modalidad de divulgación propuesta, (7) noticias de prensa relacionadas con la mociones antes señaladas, (8) acta de la sesión ordinaria de la Comisión de Presidencia y Cuentas del Ayuntamiento de Pamplona donde se reflejan las preguntas y respuestas acerca de la campaña publicitaria y su difusión, (9) escritos de Zeroa Multimedia dirigidos al Ayuntamiento de Pamplona y a Diario de Navarra, fechados el 17 de mayo, donde se les solicita que desistan del convenio y que abran la citada campaña de promoción turística al resto de medios en igualdad de condiciones, (10) campaña publicitaria en el Diario de Navarra durante los días 15,16,17,18 y 19 de mayo, anunciando las cinco entregas gratuitas de los folletos turísticos, junto con el periódico, a partir del domingo 22 de mayo y (11) ejemplar de los folletos turísticos.

4. El convenio contiene las siguientes especificaciones en sus cláusulas:

4.1. En la cláusula primera del convenio se estipula que: “El Ayuntamiento de Pamplona facilita a “Diario de Navarra, S.A.” una publicación turística *titulada “Pasea Pamplona” e integrada por cinco folletos coleccionables*”.

4.2. Según la cláusula segunda del convenio “*Diario de Navarra, SA se compromete a insertar un ejemplar de los folletos “pasea Pamplona”, en cada uno de los periódicos de su edición dominical durante cinco semanas, comenzando el día 22 de mayo y finalizando el día de 19 de junio de 2005. Tal inserción será anunciada por “Diario*

*de Navarra, SA” con los medios que estime oportunos y de tal manera que los compradores del periódico puedan conocer con antelación que las inserciones van a producirse.*

- 4.3. *Las inserciones y las campañas que las anuncien no devengarán gasto alguno para el Ayuntamiento”. La cláusula tercera establece que “el Ayuntamiento de Pamplona incluirá en los folletos que fueran a insertarse en el periódico el logotipo de diario de Navarra”.*
5. El 13 de mayo de 2005 el Ayuntamiento publica una nota de prensa donde comunica el lanzamiento de la campaña e informa de los cauces para la obtención de la citada publicación: (1) a través de *Pamplona Convention Bureau para los visitantes por congresos y reuniones profesionales*, (2) el Diario de Navarra, en su edición dominical desde el 22 de mayo hasta el 19 de junio, y (3) en las oficinas de atención al ciudadano del Ayuntamiento de Pamplona, tanto en castellano como en euskera, también de forma gratuita.
6. El convenio deriva de la campaña de promoción turística denominada “Pasea Pamplona” puesta en marcha por el Ayuntamiento de Pamplona, y presentada públicamente por la Concejala Delegada de Comercio y Turismo, mediante rueda de prensa el 13 de mayo, en la que se comunica que *“..para llegar a la ciudadanía local, con el mayor grado de distribución posible, se ha acordado con el diario de Navarra, rotativo de mayor tirada de la Comunidad Foral, la distribución mediante encarte en la edición dominical de diario de Navarra desde el 22 de mayo hasta el 19 de junio”*. También se comunica que: *“Está previsto disponer de folletos adicionales, tanto en castellano como en euskera, que se distribuirán gratuitamente a personas interesadas, en las oficinas de atención al ciudadano del Ayuntamiento de Pamplona”*. Dentro de esta campaña el Ayuntamiento de Pamplona edita casi 100.000 ejemplares de cada uno de los cinco folletos coleccionables de los que consta el programa. Por virtud del convenio denunciado el ayuntamiento facilitará a Diario de Navarra 90.000 ejemplares de cada uno de los cinco folletos, uno por cada paseo o ruta.
7. Los datos extraídos de la entidad Información y Control de Publicaciones muestran un cierto retroceso en la tirada media anual del periódico Diario de Navarra desde 2002 hasta junio de 2004 y una progresión en el caso de Diario de Noticias. Así mismo, de los datos para los domingos del año 2004 se observa que la difusión promedio los domingos para Diario de Navarra es casi un treinta por ciento más que la de diario. En el caso de Diario de Noticias este incremento es solo de un tres por ciento.

8. El informe jurídico del Ayuntamiento justifica que en la campaña intervenga un solo diario de la comunidad, y que no se abra el convenio a otras entidades que pudieran participar por los siguientes hechos:
  - 8.1. *“el folleto se quiere extender al mayor numero de poblaciones de Navarra, y el diario de Navarra tienen una mayor tirada, que el resto de rotativos de la comunidad, así como un mayor número de lectores.*
  - 8.2. *El diario de Navarra asume una serie de gastos (publicidad y distribución) que de otra manera el Ayuntamiento debiera afrontar, produciéndose un menoscabo económico”.*
9. El acta de la Comisión de Presidencia y Cuentas de 23 de mayo de 2005, en la parte de ruegos y preguntas se plantean una serie de preguntas respecto a la campaña “Pasea Pamplona” cuyas respuestas son:
  - 9.1. *“que los ciudadanos pueden adquirir los folletos cada semana después de su publicación en el periódico y que los que se entreguen para su reparto a la Oficina de Turismo y Pamplona Convention, se harán todos juntos, una vez que haya finalizado la campaña en el periódico”.*
  - 9.2. *Que los folletos no pueden ser entregados a los ciudadanos en ese mismo momento porque aun no están disponibles para el Ayuntamiento, dado que la imprenta no ha finalizado sus trabajos.*
10. Con objeto de recabar información pertinente al caso, el 26 de octubre de 2005 el SDC acordó llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si resultase procedente. Para ello se dirigió a la Oficina de Justificación de la Difusión, solicitándoles datos desagregados por meses y, al Ayuntamiento de Pamplona solicitándole información sobre el convenio y las circunstancias en las que fue suscrito. El 14 de noviembre de 2005 solicita información más detallada a la Oficina de Justificación de la Difusión.
11. El 2 de noviembre de 2005 Información y Control de Publicaciones S.A. (antes Oficina de Justificación de la Difusión) aporta información mensual sobre el nivel promedio de tirada y difusión para el Diario de Navarra, los domingos y en el período comprendido de enero a junio de 2005, y anual de julio de 2004 a junio de 2005.
12. La información del Ayuntamiento se recibió el 15 de noviembre de 2005, habiendo sido remitida el 8 de noviembre, en la que aporta (1) copia del convenio, (2) copia de la resolución administrativa que aprobó dicho

convenio, y escrito detallando el amparo normativo del convenio, que se basa en los términos siguientes:

12.1 Los convenios se encuentran excluidos de la Ley Foral 10/1989, de Contratos de las Administraciones Publicas de Navarra.

12.2 El contenido del acuerdo es propio de un convenio.

12.3 Inexistencia de infracción al régimen de defensa de la competencia.

12.4 Además se argumentaba que éste convenio formaba parte de un acuerdo conjunto mas amplio, del que se acompañó documento. También se aportó escrito del subjefe encargado de ordenanzas de las oficinas municipales, fechado el 22 de julio de 2005, en el que se decía que los folletos "Pasea Pamplona" estuvieron a disposición de los ciudadanos a partir del día 27 en la Oficina de Información y que se remitieron a los centros culturales de Navarrería, Juslarocha e Urrrama. También informó de que en otras ocasiones el ayuntamiento había aceptado solicitudes de colaboración con diferentes publicaciones, como es el caso de la solicitud que Zeroa presentó, y que al ayuntamiento aceptó, para reproducir fotografías obrantes en el Archivo Municipal y que serviría de soporte a una colección de folletos titulada barrios de Navarra, que se insertarían de lunes a viernes en el periódico "Diario de Noticias". Por último el ayuntamiento incorpora el escrito que el 21 de junio de 2005, el Tribunal Administrativo de Navarra le remite como consecuencia del recurso de alzada que Zeroa ha interpuesto contra la aprobación del citado convenio entre diario de Navarra y el ayuntamiento, y le solicita que le remita el expediente administrativo del mismo. El 22 de junio de 2005 este mismo Tribunal emite providencia resolutoria denegando la pretensión de Zeroa de que se interrumpiese el acto recurrido.

13. El 18 de noviembre de 2005 Información y Control de Publicaciones remitió datos certificados sobre la tirada promedio y la difusión promedio para los meses de enero a diciembre de 2004, donde se aprecia un paulatino descenso de estas cifras a lo largo del año.

14. El 1 de diciembre de 2005 la directora general de Defensa de la Competencia dictó Acuerdo de archivo de actuaciones por no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC. Este archivo descansa en las siguientes razones:

14.1. Respecto a la conducta prohibida por art. 1

- Que el convenio no tuvo por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, sino divulgar un folleto turístico.
- Que el convenio no ha producido efectos anticompetitivos, ya que los meses de mayo y junio en los que se distribuyó el folleto la difusión lograda fue menor que los meses anteriores y posteriores.
- Que los hechos no tienen aptitud para producir efectos anticompetitivos a favor de Diario de Navarra dada la escasa duración de la práctica denunciada, las características del folleto y el hecho de que los folletos se pudieran obtener gratuitamente cinco días después de la primera entrega en otros puntos.
- Por último expone el acuerdo de archivo que: *“En todo caso, aun cuando los hechos denunciados hubieran podido tener efectos anticompetitivos, estos no hubieran podido afectar de manera significativa a la competencia por las razones arriba apuntadas, por los que les habría sido de aplicación el artículo 1.3 de la LDC”.*

#### 14.2. Respecto al abuso de posición de dominio.

- El mercado relevante a efectos del presente expediente sería el de prensa diaria de información general de ámbito regional en el territorio de Navarra. En este mercado Diario de Navarra tiene una difusión sensiblemente mayor que el resto de periódicos, y por ello una cuota de mercado considerable, pero de ello no puede concluirse posición de dominio, ya que no podría modificar su precio sin enfrentarse a la reacción de competidores y consumidores. Tampoco cabría el abuso de posición de dominio porque la decisión de cómo distribuir los folletos fue hecha por el ayuntamiento.
- En el caso el ayuntamiento, aun cuando éste fuese considerado operador económico, éste no opera en el mercado definido y por tanto no puede haber abuso de posición de dominio imputable al ayuntamiento.
- Respecto al análisis de dependencia económica tampoco puede considerarse, dado que el denunciante no depende del ayuntamiento para el desarrollo de sus actividades.

#### 14.3. Respecto a la denuncia por competencia desleal.

- No se encuentra base para que los hechos afecten al interés general, de forma que el denunciante debería denunciar ante la jurisdicción ordinaria si es que considera que existió tal comportamiento.
15. El 16 de diciembre de 2005 Zeroa presenta recurso ante el TDC contra el archivo del SDC, solicitó que éste declarase que Diario de Navarra incurrió en las prácticas anticompetencia denunciadas ante el SDC.
  16. El TDC solicitó el pertinente informe al SDC, obteniendo de éste la ratificación de todos los puntos expuestos en su Acuerdo de archivo, ya que las alegaciones expuestas por el recurrente en su escrito ante el TDC no desvirtúan el citado Acuerdo del SDC. Tras seguir todos los tramites pertinentes en el procedimiento, se recibieron alegaciones del denunciante, y de los denunciados. También se incorporó al expediente la Resolución del Tribunal Administrativo de Navarra al recurso de alzada presentado en su día por Zeroa, la denunciante. La denuncia se basaba en que el convenio de colaboración vulneró los principios de publicidad y concurrencia exigidos por la legislación foral de contratación administrativa y no siguió el cauce procedimental legalmente establecido para la adjudicación. La resolución dictada por el Tribunal estima el recurso de alzada y anula el convenio denunciado por ser contrario a derecho. El razonamiento del Tribunal se basa en que la mayor tirada y difusión del diario Navarra no es razón objetiva y razonable para excluir la concurrencia y que la decisión de excluir desde el inicio a todos los demás medios no era imprescindible ni proporcionada a la finalidad y efectos perseguidos, ya que la mayor difusión y conocimiento de los folletos se habría alcanzado más plenamente haciendo la distribución de los folletos a través de los principales rotativos que se venden en Navarra. Se trata de una campaña institucional, y por tanto se requiere la publicidad y concurrencia en su asignación.
  17. El Pleno del TDC, deliberó y falló el recurso en su sesión del día 15 de noviembre de 2006.
  18. Son interesados:
    - ZEROA MULTIMEDIA, S.A.
    - AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA
    - DIARIO DE NAVARRA, S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La presente resolución ha de estimar o desestimar el recurso contra el Acuerdo de archivo dictado por el SDC respecto a la denuncia presentada por la empresa mercantil ZEROA MULTIMEDIA S.A. Para su resolución es preciso dilucidar si la investigación llevada a cabo por el SDC muestra la existencia de indicios suficientes como para que la conducta denunciada puede ser sancionable por la LDC, en cuyo caso procedería incoar un expediente sancionador, o por el contrario no hay indicios de infracción, de manera que procedería confirmar el archivo realizado por el SDC.

**SEGUNDO.-** Las actuaciones archivadas se basaban en una denuncia contra el Ayuntamiento de Pamplona y la empresa Diario de Navarra por conductas que habrían infringido los artículos 1, 6 y 7 de la LDC.

**TERCERO.-** Con respecto a la denuncia de infracción de art.1. El denunciante entiende que se ha infringido el art. 1.1. de la LDC ya que el Ayuntamiento de Pamplona está aumentando la oferta editorial de la entidad privada, al conceder a una entidad privada la distribución en exclusiva de los folletos coleccionables que son la base de una campaña publicitaria promovida y financiada por una Administración Pública con fondos públicos. Entiende el denunciante que es la entidad privada la que se dirige al Ayuntamiento de Pamplona para que éste promueva a través de esta editora una campaña de promoción turística, pretendiendo con ello la obtención de un beneficio industrial o económico. El SDC recuerda en su escrito de archivo que es doctrina consolidada por el TDC que las conductas tipificadas por el art. 1 de la LDC están prohibidas cuando aun no consiguiendo impedir, restringir o falsear la competencia, las conductas han tenido bien el objeto, bien el efecto, o bien la aptitud para ello, incluso cuando no fuera ese el propósito o el fin. El SDC considera que: (1) el objeto del Convenio denunciado era la divulgación de un folleto turístico, (2) a tenor de las cifras de venta de periódicos aportadas por Información y Control de publicaciones S.A. no puede concluirse que la implementación del Convenio haya tenido efectos anticompetitivos, y (3) dada la escasa dimensión temporal del hecho denunciado no parece que éste tuviese aptitud para producir efectos anticompetitivos. Además, de haber tenido algún efecto los hechos denunciados, no podrían haber sido de entidad significativa, dada la magnitud del hecho y su dimensión temporal, de manera que habría sido de aplicación el art. 1.3.

Las denunciadas se oponen al recurso, solicitando que el mismo se desestime por este Tribunal y que se confirme por tanto el Acuerdo del SDC de 1 de diciembre de 2005. Diario de Navarra alega que la conducta denunciada no constituye una conducta prohibida por el art. 1 de la LDC, ya que ni se trata de un acuerdo entre operadores económicos, ni afecta a la competencia. El Ayuntamiento de Pamplona defiende que el hecho denunciado responde a una actividad de carácter administrativo y que como tal debería ser impugnada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y, tan clara es esta cuestión, afirma, que la propia denunciante ha iniciado ya la vía administrativa previa a la jurisdicción contencioso-administrativa. Además niega el carácter de exclusividad al reparto de los folletos, ya que los mismos estuvieron a disposición del público desde el momento en que se publicaron en el periódico, e incluso antes en alguno de los casos. También alega que el objeto del convenio era la divulgación de un folleto turístico y no impedir, restringir o falsear la competencia, y que la oferta de los folletos, por su mínima entidad, no puede deteriorar de ninguna manera la competencia, como así lo demuestra la ausencia de incremento de las ventas.

Del análisis del caso el TDC observa que, el que el hecho denunciado sea un convenio entre dos entidades, y por lo tanto un acuerdo entre dos partes, lleva al denunciante a invocar la infracción de artículo 1 de la LDC, máxime cuando el diario beneficiario del convenio habría exigido exclusividad en la distribución. No obstante, es doctrina consolidada por la Audiencia Nacional que no todo acuerdo entre entidades supone una infracción del art.1, y en este caso el TDC comparte con el SDC su apreciación sobre que el objeto del convenio es la difusión de los folletos turísticos, y no el de restringir la competencia. Sobre la exigencia de exclusividad alegada por el denunciante, si bien ésta no aparece de forma explícita en el convenio, ha sido admitida por el Ayuntamiento en tanto en cuanto ha intentado justificar que solo un diario se hiciese cargo de la distribución. No obstante, el objeto del convenio, con o sin exclusividad, era el de difusión de los folletos. Una cosa es que la exclusividad practicada pudiera tener efectos anticompetitivos, que será analizado posteriormente, y otra distinta es que el convenio se formalice con el objeto de falsear las condiciones de competencia en el mercado afectado, algo en modo alguno contrastado en el expediente. Con respecto a la evaluación de las otras dos condiciones, tener efecto o aptitud, estas deben ser evaluadas en el contexto del mercado afectado, por lo que es preciso delimitar, en primer lugar, el mercado relevante. Puesto que los folletos eran entregados gratuitamente los domingos, junto con uno de los periódicos de carácter general y ámbito regional de Navarra, sería el mercado de la prensa diaria de ámbito regional de Navarra el mercado potencialmente afectado. Pues bien, también coincide el TDC con el SDC al no apreciar que haya

aptitud para restringir la competencia, dado que el convenio afecta a una cantidad limitada de producto (90.000 folletos) y con una duración limitada y puntual (cinco domingos). Por último, respecto al efecto anticompetitivo que se hubiese podido producir, las cifras aportadas al expediente sobre la difusión de uno y otro periódico en las fechas afectadas, no permiten concluir que los competidores hayan visto reducido el número de periódicos vendidos en esas fechas, ni que el beneficiario del convenio hubiese aumentado la difusión de su periódico en las mismas fechas, no pudiendo por tanto apreciarse impacto significativo del hecho denunciado.

**CUARTO.-** Con respecto a la denuncia de infracción del art.6, el abuso de posición de dominio precisa delimitar el mercado relevante, demostrar que existe algún operador con posición de dominio y por último comprobar si éste ha cometido abuso. El denunciante imputa al Convenio suscrito entre los denunciados el abuso de posición de dominio. Las denunciadas alegan la ausencia de posición de dominio toda vez que Diario de Navarra, a pesar de la elevada cuota de mercado, no tiene capacidad de llevar a cabo un comportamiento independiente, de forma apreciable, frente a sus competidores. El SDC después de analizar de forma exhaustiva las distintas posibilidades teóricas de la existencia de abuso de posición de dominio, concluye que : (1) si bien Diario de Navarra tiene una considerable cuota de mercado en el mercado afectado, ésta no le otorga la posibilidad de actuar independientemente, esto es, sin considerar las reacciones de competidores y consumidores, (2) que quien decide la puesta en marcha de la campaña promocional “Pasea Pamplona”, edita los folletos, y decide el mecanismo de distribución no es diario de Navarra, sino el Ayuntamiento de Pamplona, y en esta actuación no cabe interpretar que el Ayuntamiento esté actuando como operador económico, requisito indispensable para la aplicación de la LDC, sino que actúa como una entidad de Derecho público en el ámbito de sus competencias, como son la promoción del turismo en la localidad, (3) aún cuando se aceptase que el Ayuntamiento actuó como operador económico, éste no está presente en el mercado afectado, y por tanto habría que analizar la afectación de un mercado distinto pero próximo, esto es, un mercado conexo, en el que sí ostentase posición de dominio. Sin embargo, no hay ningún mercado conexo al de prensa diaria de información general de ámbito regional en el que el Ayuntamiento ostente posición de dominio, y (4) respecto a si las prácticas denunciadas pudieran constituir un abuso de dependencia económica, se descarta esta posibilidad ya *“que difícilmente puede defenderse que el denunciante dependa para el desarrollo de su actividad de iniciativas del ayuntamiento como la analizada en este expediente”*.

El abuso de posición de dominio en caso de haber existido habría adoptado la fórmula descrita por el art. 6.2, en tanto en cuanto el denunciante considera que ha existido una limitación en la distribución de los folletos turísticos en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. Ni los datos recabados por el SDC, ni los aportados por el denunciante avalan que la limitación en la distribución de los folletos turísticos haya provocado un perjuicio en las empresas, ni tampoco en los consumidores que podían obtenerlos por otras vías. Pero además de no estar constatado efecto alguno, tampoco puede constatarse la existencia de abuso de posición de dominio, ya que la imputación de abuso de posición de dominio implica la unilateralidad de la infracción, salvo en el caso de existencia de posición de dominio colectivo. Pero la existencia de posición de dominio colectiva requiere a su vez que el mercado afectado presente una serie de características que en ningún modo concurren en este mercado, por lo que el análisis debe entonces volver hacia la aplicación unilateral del abuso. Llegados a este punto, el convenio, en tanto en cuanto requiere de bilateralidad, esto es, de acuerdo, no puede constituir en si mismo un abuso de posición de dominio y lo único que cabría evaluar es su efecto en las condiciones de competencia del mercado, lo que ya ha sido objeto de análisis en el Fundamento Jurídico Tercero, sin que se haya apreciado efecto del mismo. El TDC comparte por lo tanto el análisis y conclusiones alcanzadas por el SDC.

**QUINTO.-** La imputación realizada por el denunciante de infracción del art. 7 de la LDC se basa en la ventaja competitiva que el Ayuntamiento de Pamplona otorga a Diario de Navarra al darle en exclusiva la distribución de los folletos turísticos, y afectando con ello el interés público. El SDC no observa ninguna de las conductas tipificadas en los artículos 5 a 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, ni que con la conducta denunciada se cumpla el requisito previsto por la Ley para la aplicación del art. 7, como es que el acto distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado. El denunciante recuerda en sus alegaciones ante el TDC que el art.15 de la Ley 3/1991 computa como conductas desleales: (1) *..prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa*” y (2) *“Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”*. No observa el TDC que la ventaja competitiva adquirida sea significativa, a juzgar por los efectos y resultados ya analizados, ni es objeto de este expediente evaluar si ha habido infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, algo que ya ha sido fallado por el Tribunal Administrativo de Navarra. Tampoco el TDC considera que la conducta entre dentro de las tipificadas en la Ley 3/1991. Así, discrepa del denunciante en que el acto consistente en que Diario de Navarra solicitase al

Ayuntamiento de Pamplona la distribución de los folletos pueda ser interpretado como un acto distante a la buena fe y a los buenos usos mercantiles. En el mercado objeto de este expediente es práctica habitual que los distintos diarios incluyan en su versión dominical regalos atractivos, generalmente de lectura y ocio, tratando de aumentar su difusión, y es en este contexto en el que Diario de Navarra durante cinco domingos, y al incluir con el diario los folletos donados por el Ayuntamiento, consigue tener una oferta probablemente más atractiva que sus competidores. El acto de Diario de Navarra al solicitarle al Ayuntamiento los folletos de forma gratuita con el objeto de aumentar su oferta editorial no puede, por si mismo, ser calificado como un acto contrario a las exigencias de la buena fe, sino como un acto estratégico más en su intento de competir en el mercado.

**SEXTO.-** Cuestión distinta de la afectación de las condiciones de competencia en el mercado de prensa diaria de carácter general de ámbito regional es, si en el procedimiento seguido por el Ayuntamiento ha habido una falta de concurrencia a la hora de asignar y firmar el convenio con una única empresa. El análisis de si el procedimiento llevado a cabo por el Ayuntamiento está o no sujeto a derecho es competencia de la jurisdicción ordinaria, algo que ya ha sido resuelto por el Tribunal Administrativo de Navarra, que ha fallado anulando el Convenio por encontrarlo contrario derecho.

**SEPTIMO.-** Una última cuestión a considerar desde el ámbito de la defensa de la competencia es que una entidad privada, Diario de Navarra, ha incrementado su oferta editorial durante cinco domingos mediante una edición de folletos financiada por el Ayuntamiento de Navarra, esto es, una entidad pública. Esto suscita la existencia de una posible ayuda pública otorgada por el Ayuntamiento de Pamplona a favor de Diario de Navarra. El tratamiento que la LDC otorga a las ayudas públicas está regulado en un único artículo, el 19. En base a su número 2, se podría entender que las entrega de 90.000 folletos a Diario de Navarra es una aportación de recursos a un operador económico con cargo a fondos públicos, ya que le evita incurrir en el coste de editar un producto, los folletos, con el que mejorar su oferta dominical respecto a sus competidores. No obstante, la concesión de ayudas públicas no es una conducta tipificada como prohibida en la LDC, sino que compete al TDC, de oficio, o a instancia del Ministerio de Economía y Hacienda analizar los criterios de concesión en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia. El objeto de dicho análisis es la remisión de un informe al Consejo de Ministros para que éste resuelva. Dicho esto, resulta evidente que la falta de apreciación por parte del TDC de efectos significativos sobre la competencia en el mercado al analizar el hecho bajo el prisma de los artículos

1 y 6, no debiera cambiar por el simple hecho de clasificar el hecho en otra categoría jurídica diferente.

En su virtud, este Tribunal

### **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso interpuesto por D.(...), en nombre y representación de ZEROA MULTIMEDIA S.A., contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 1 de diciembre de 2005, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al recurrente y a los denunciados r 679/05 ZEROA/AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.