

## Resolución Expediente SAN 04/2014 – CONSORCIO VALENCIA 2007

D. Francisco González Castilla, Presidente

Dña. María José Vañó Vañó, Vocal

Dña. María Estrella Solernou Sanz, Vocal

En Valencia, a cuatro de noviembre de dos mil quince

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente Dña. María Estrella Solernou Sanz, ha dictado la presente Resolución relativa al Expediente SAN 4/2014 iniciado tras el escrito de denuncia contra CONSORCIO VALENCIA 2007 (en adelante, CV2007), por presuntas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC), suscrita por Dª XXX XXX en nombre y representación de Explotaciones Marítimas de Levante, S.L. (en adelante, EML).

### I. ANTECEDENTES

1. El 25 de junio de 2014 tuvo entrada en el registro general de la Conselleria de Economía, Industria, Turismo y Empleo (CEITE), escrito presentado por XXX XXX en representación de EML y dirigido a la CDC en el que se denunciaba la actuación del CV2007 como supuestamente contraria a los arts. 2.1, 2.2.d) y 3 LDC.

2. El asunto se sometió al trámite de designación de órgano competente previsto 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.



3. Mediante oficios de la Subsecretaría de CEITE y de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 8 de septiembre y 13 de octubre de 2014, respectivamente, se acordó que el conocimiento del asunto era competencia de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Valenciana, por considerar que los eventuales efectos de las conductas denunciadas afectarían únicamente al ámbito territorial de la Comunidad Valenciana.

4. Con fecha 15 de julio de 2014, se acordó la práctica de una información reservada conforme al artículo 49.2 de la LDC, dirigida a conocer la extensión y alcance de las conductas que habían motivado la denuncia.

5. La Subsecretaría, el 23 de abril de 2015, dio traslado a la CDC de su propuesta de archivo y no incoación, por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC (art. 26.2.h) Decreto 193/2013, de 20 de diciembre, en relación con el art. 49.3 y Disposición Adicional Octava LDC, y 27 de su Reglamento (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero).

6. En ejecución de las normas de reparto, el asunto SAN 04/2014 fue asignado a M<sup>a</sup> Estrella Solernou Sanz en la sesión de la CDC, celebrada el 5 de mayo de 2015.

7. Esta Comisión debe valorar en la presente resolución si concurren los presupuestos del art. 49.3 de la LDC, esto es, la inexistencia de indicios de infracción, y así acordar que no se incoen los procedimientos derivados de la presunta realización de una conducta prohibida por los arts. 2.1, 2.2.d) y 3 LDC, y que se proceda al archivo de las actuaciones, tal como propone la Subsecretaría.

## II. PARTES INTERESADAS EN EL EXPEDIENTE

8. Es denunciante **EXPLOTACIONES MARITIMAS DE LEVANTE S.L. (EML)**, con domicilio en XXX XXX Entre las actividades de su objeto social se encuentran la gestión, explotación y mantenimiento de puertos deportivos y clubes náuticos. EML es titular de la concesión de dominio público portuario para la explotación del Puerto Deportivo de la Poble de Farnals, ubicado en la Playa de Puebla de Farnals y denominado Poble Marina (por Acuerdo del Gobierno Valenciano de 3 de septiembre de 1996).

9. Es parte denunciada **CONSORCIO VALENCIA 2007 (CV2007)**, Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Administración General del Estado (disp. adic. 20<sup>a</sup> de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Fue constituida mediante el Convenio, suscrito el 1 de octubre de 2003, entre la Administración General del Estado, la Generalitat Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia,



dentro del marco de colaboración entre estas Administraciones para la promoción de la candidatura de la Ciudad de Valencia para la Copa América 2007 (DOGV nº 4633, de 19 de noviembre de 2003).

Se rige por sus propios Estatutos, aprobados por las tres administraciones integrantes del mismo, y actúa sometido al Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las funciones de poder público que en su caso se le pudieran atribuir, en la celebración de contratos y en materia de patrimonio (art. 2 Estatutos).

Tras la designación de Valencia como ciudad Sede de la 32ª y 33ª edición y celebración de la Copa del América, y atendida la pervivencia a largo plazo del Consorcio, la explotación de las infraestructuras quedó enmarcado dentro del objetivo global de autofinanciación.

Entre las infraestructuras que gestiona se encuentra el Puerto deportivo Marina Real Juan Carlos I, ubicado en el Puerto de Valencia, por concesión otorgada por la Autoridad Portuaria de Valencia mediante sucesivos Convenios Interadministrativos y autorizaciones de ocupación.

En la ocupación de estos terrenos, el Consorcio disfruta de los siguientes privilegios:

- bonificación en un 50% de la tasa de ocupación devengada a favor de la Autoridad Portuaria (art. 181 d) TRLPEMM);
- exención de la tasa de actividad por el ejercicio de las actividades comerciales, industrial y de servicios (art. 170 f) TRLPEMM);
- cesión gratuita de bienes patrimoniales (art. 186 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana).

### **III. HECHOS DENUNCIADOS**

10. La denuncia pretende justificar que el modo en que CV2007 gestiona y explota el Puerto Deportivo Marina Real Juan Carlos I es contrario a los arts. 2.1, 2.2.d) y 3 LDC en relación con los arts. 15 y 17.2.b) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Según la denunciante ello se concluye de lo siguiente:

- a) CV2007 no está cumpliendo los requisitos de rentabilidad y explotación razonable que impone el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM) a la vista de los datos contables que figuran en los Presupuestos Generales del Estado. La relevancia de esta situación es importante, según la denunciante, porque a identidad de servicios entre denunciado y denunciante, no existe por el contrario identidad práctica en las obligaciones, aprovechándose para ello de la atipicidad y opacidad de su institución y de la posibilidad



de pervivencia gracias a las ayudas públicas, que le permiten ofertar sus servicios a unos precios que, en ausencia de ayudas públicas, le llevarían a la quiebra.

b) CV2007 hace un uso indebido de las ayudas públicas que recibe, al no destinarlas a los fines de creación, construcción y mantenimiento de las instalaciones, sino utilizándolas en la explotación del Puerto Deportivo, lo que le permite ofrecer descuentos y servicios gratuitos a los usuarios, con lo que rompe el mercado incidiendo en competencia desleal en la explotación con el resto de puertos con los que compite, a los que impide prestar idénticos servicios en condiciones de igualdad.

c) CV2007 abusa de su posición de dominio, aplicando en sus relaciones con terceros condiciones desiguales por prestaciones idénticas a las que realiza la denunciante. Aplica unos descuentos y servicios gratuitos que hacen que los precios publicados en su página web no se correspondan con los efectivamente cobrados. Estos precios son manifiestamente predatorios, pues resultan inferiores a los costes a la luz de los datos que reflejan los Presupuestos Generales del Estado de 2014 y la ausencia de rentabilidad.

#### IV. EL MERCADO DE REFERENCIA

11. Con carácter previo a la valoración de los hechos denunciados desde la óptica de la LDC procede situarlos en un mercado relevante o de referencia: el mercado del producto y el mercado geográfico.

12. Por lo que se refiere al **mercado del producto**, según el escrito de denuncia, la actividad de CV2007 y EML se desarrolla, dentro del ámbito de la actividad portuaria, en el uso náutico-deportivo. Se trata de uno de los usos portuarios permitidos en el dominio público portuario (arts. 72.1.c TRLPEMM y 19 de la Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat). Y ello con independencia de que la gestión de las instalaciones sea realizada directamente por la autoridad portuaria respectiva o administración autonómica titular, o bien mediante gestión indirecta, a través de concesiones, bien por clubes náuticos o por sociedades mercantiles. Se trata de una actividad sometida a fuertes barreras de entrada: inversiones elevadas, rigurosos requisitos medioambientales que condicionan la construcción y explotación de los mismos, y una doble legislación entre los puertos que se encuentran dentro de los Puertos de Interés General y aquellos que dependen de las Administraciones Autonómicas.

13. En cuanto al **mercado geográfico**, compartimos la propuesta elevada por la Subsecretaría de delimitarlo en la provincia de Valencia, ya que los puertos deportivos ubicados en la misma son sustitutivos entre sí. En esta delimitación se aplican los criterios utilizados por la Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de fecha 13 de marzo de 2008, exp. R



718/07, Puertos de Andalucía: la preferencia de los usuarios por puertos cercanos a su residencia (ya sea primera o segunda), no resultando relevante en este caso la variable del precio.

Los puertos deportivos de la provincia de Valencia son los siguientes:

- Puerto Deportivo Canet d'en Berenguer
- Deportivo Poble Marina (Poble de Farnals)
- Club Náutico Port Saplaya,
- Marina Real Juan Carlos I
- Real Club Náutico Valencia (incluye el Valencia Yacht Base)
- Club Náutico El Perelló
- Club Náutico Cullera
- Real Club Náutico Gandía
- Club Náutico Oliva

14. Para apreciar cuál es la estructura de este mercado, en la instrucción del expediente se ha procedido a elaborar un cuadro comparativo sobre el número de amarres disponibles en la provincia de Valencia, atendiendo a diversas fuentes<sup>1</sup>:

	(1)	%	(2)	%	(3)	%
Puerto Deportivo Canet d'en Berenguer	579	17,6%	575	10,8%	517	11,6%
Puerto Deportivo Poble Marina (Poble de Farnals)	640	19,5%	686	12,9%	686	15,3%
Club Náutico Port Saplaya	323	9,8%	323	6,1%	323	7,2%
Port América's Cup	800	24,3%	700	13,2%	636	14,2%
Real Club Náutico Valencia (*)		0,0%	1.438	27,1%	1.211	27,1%
Club Náutico el Perelló	194	5,9%	330	6,2%	247	5,5%
Club Náutico Cullera	100	3,0%	350	6,6%	100	2,2%
Real Club Náutico Gandía	301	9,2%	475	9,0%	400	8,9%
Club Náutico Oliva	350	10,6%	423	8,0%	350	7,8%
<b>TOTAL</b>	<b>3.287</b>	<b>100,0%</b>	<b>5.300</b>	<b>100,0%</b>	<b>4.470</b>	<b>100,0%</b>
(*) Incluye Valencia Yacht Base						

15. Según la información extraída de la Federación española de asociaciones de puertos deportivos y turísticos, la evolución del número de puertos y amarres de la Comunidad Valenciana entre los años 2006 y 2013 muestran una situación de estabilidad. Por otro lado, la misma Federación aporta datos sobre la existencia de proyectos de ampliación de amarres en la provincia de Valencia.

1 Datos aportados por:

(1) EML – denunciante en este expediente

(2) <http://www.fondear.com>

(3) Guías masmar (<http://guias.masmar.net/>)



## V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A) Ámbito subjetivo de aplicación de la LDC

16. A los efectos de la aplicación de la LDC, se entiende por empresa, cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de la misma y de su modo de financiación (Disp. Adic. 4ª LDC). En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, apdo. 21, y STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK-Bundesverband y otros*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, apdo. 46).

17. Habida cuenta de que CV2007, a pesar de su naturaleza jurídico-pública, lleva a cabo una actividad económica consistente en la prestación de servicios náutico-deportivos en la Marina Real Juan Carlos I, en competencia con otros puertos deportivos, le resulta de aplicación la LDC.

### B) Las conductas denunciadas en relación con el art. 2 LDC

18. El tipo prohibitivo del artículo 2 LDC exige la concurrencia de dos elementos: a) la posición de dominio en un determinado mercado de referencia o relevante, y b) un abuso de esa posición de dominio.

19. La Comisión Europea, en las Orientaciones sobre aplicación del art. 82 TCE (actual art. 102 TFUE) señala que empresas con cuotas inferiores al 40% en el mercado de referencia en principio no son susceptibles de ejercer un poder de mercado. Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que existe una presunción de la existencia de una posición de dominio cuando la cuota de mercado supere el 50%.

20. En el presente expediente se ha definido el mercado relevante como el mercado de los puertos deportivos e instalaciones náuticas en la provincia de Valencia. En relación con este producto, y más concretamente atendiendo al número de amarres, la cuota de mercado de CV2007 se situaría:

- entre un 13% y un 14%, según los datos extraídos de revistas del sector; o bien
- en un 24,6%, según la denunciante.

Pero ni en un caso ni en otro se puede concluir que la denunciada disfrute de una posición de mercado que le permita comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores; aspecto éste que define la posición de dominio (SSTJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, as. 85/76; de 2 de abril de 2009, *France Télécom/Comisión*, C-202/07 P, de 14 de octubre de 2010, *Deutsche*



*Telekom/Comisión, as. C-280/08 P).*

21. No apreciándose una posición de dominio, resulta innecesario proseguir con el análisis de la concurrencia de abusividad en la conducta de CV2007, pues resulta inaplicable el tipo prohibitivo del art. 2 LDC.

### **C) Las conductas denunciadas en relación con el art. 3 LDC**

22. El denunciante considera que hay una infracción de la LDC por falseamiento de la competencia por actos desleales, como consecuencia de la violación de normas que le otorgan una ventaja concurrencial (art 15 LCD) y por proceder a vender a pérdida perjudicando la imagen del otros puertos deportivos (art. 17.2.b) LCD).

23. Las prácticas que constituyen un falseamiento de la libre competencia por actos desleales conforme al art. 3 LDC son actos de competencia desleal caracterizados por una deslealtad cualificada, derivada de su especial gravedad o trascendencia para el mercado y para el interés público (Resolución TDC de 17 de febrero de 2000, Caja España, Exp. r 405/99).

24. Según la doctrina del Tribunal Supremo, el tipo del artículo 3 LDC exige que la conducta analizada distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público (SSTS de 8 de marzo de 2002, 20 de junio de 2006 y 8 de julio de 2011). De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, 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, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público.

25. El proceso de análisis derivado de esta doctrina ha sido desarrollado por la CNC (resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2012, exp. S/0377/11, AMAZON; de 11 de junio de 2012, exp. S/0304/10, ENDESA; de 15 de diciembre de 2011, exp. S/0350/11; de 14 de septiembre de 2013, exp. S/410/12, ASCENSORES-2; y las resoluciones de la actual CNMC de 13 de febrero de 2014, exp. S/0456/13, CARREFOUR; de 10 de abril de 2014, exp. S/DC/0508/14, DIA, S.A.), señalando que la autoridad de competencia sólo está facultada para realizar el reproche de deslealtad competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, debe analizarse, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios



de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la autoridad de competencia para sancionar actos de competencia desleal.

26. Esta misma doctrina ha sido aplicada por esta Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana en sus resoluciones de 11 de diciembre de 2013, exp. SAN 10/2012, CACSA, y de 5 de febrero de 2014, exp. 8/2013, FERIA VALENCIA.

27. Aplicando la doctrina anterior al caso analizado, y siguiendo el criterio de la Subsecretaría, los hechos analizados no tienen aptitud para falsear la competencia al no concurrir el requisito de afectación al interés público. Las condiciones de competencia en el mercado analizado no parecen presentar distorsiones de tal entidad por las siguientes razones:

a) Las tasas de ocupación de los amarres de alguno de los competidores de CV2007 y EML se situaron en porcentajes muy elevados: entre el 84% y 90% en 2013. Destaca entre ellos el operador más próximo a la denunciada, el Real Club Náutico de Valencia, con una tasa del 90%, cuando cabe presumir que, por cercanía, es el más sensible a los efectos de la supuesta conducta desleal.

b) Los representantes del sector náutico consideran que la crisis que está sufriendo este sector en la Comunidad Valenciana (unos 6.000 amarres vacíos en la Comunidad Valenciana, aproximadamente el 30% del total) está revirtiendo desde 2014 con aumentos de la ocupación de amarres de un 15%.

c) De los informes sectoriales se deduce que:

- por un lado, el número de puertos y amarres en la Comunidad Valenciana no ha disminuido, sino que mantienen una cierta estabilidad desde el año 2008
- por otro lado, existen proyectos de ampliación de capacidad en algunas de las instalaciones del mercado afectado (concretamente en el CN de Gandía y en las instalaciones de la denunciada).

Así, la estructura del mercado en cuestión no presenta síntomas de dificultad en el mantenimiento de la competencia efectiva, sino que existen un número de operadores no reducido con apreciables niveles de ocupación que, además, se han mantenido estables. Por estas razones no concurre el elemento esencial de afectación al interés público que atraiga hacia el ámbito de la LDC la valoración de las conductas pretendidamente desleales.

28. Con ello esta Comisión no prejuzga el carácter leal o desleal de la conducta que, en su



caso, debiera ser conocida por la jurisdicción ordinaria.

#### **D) Sobre la financiación CV2007**

29. La denunciante considera que el modo de financiación de CV2007 mediante aportaciones públicas y otros privilegios fiscales genera un desequilibrio concurrencial. Entre dichos privilegios destaca las importantes dotaciones de las administraciones consorciadas, así como las exenciones y bonificaciones de tasas portuarias, que según EML incumplen el requisito de rentabilidad y gestión razonable. Por otro lado, también considera que CV2007 hace un uso indebido de las ayudas públicas que recibe, al ofrecer beneficios, descuentos y servicios gratuitos a los usuarios, con lo que rompe el mercado incidiendo en competencia desleal.

30. A este respecto, debe recordarse que la Comisión de Defensa de la Competencia no tiene atribuida potestad sancionadora en materia de ayudas públicas, como ya destacó en su resolución de 13 de diciembre de 2013, exp. SAN 10/2012, CACSA. Por otro parte, si bien estas ventajas podrían ser calificadas como tales ayudas públicas, las mismas no están prohibidas por la LDC, sin perjuicio de su compatibilidad o no con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por último, en cuanto al presunto uso indebido de las ayudas, su fiscalización correspondería, en su caso, al organismo que las otorgó y no a esta Comisión.

En atención a lo expuesto, considerando que según el artículo 1.2.a) del Reglamento sobre composición y funcionamiento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, corresponde a esta Comisión resolver los procedimientos sancionadores que tengan por objeto las infracciones tipificadas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana

#### **HA RESUELTO**

Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, por considerar que no hay indicios de infracción en las conductas analizadas.



Comuníquese esta Resolución a la Subsecretaría y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la presente Resolución no cabe ningún recurso en vía administrativa y que únicamente cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación, de acuerdo con los artículos 10.1.j) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 48 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 9.2 del Reglamento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell.