

RESOLUCIÓN Expte. S 6/2009: SERVICIOS NÁUTICOS DE A CORUÑA

Pleno

Sres.:

D. Francisco Hernández Rodríguez, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vocal

D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, 30 de diciembre de 2010.

El Pleno del Tribunal Galego de Defensa da Competencia, con la composición indicada más arriba, y siendo ponente D. Fernando Varela Carid, vocal, dictó la siguiente Resolución en el Expediente S 6/2009: Servicios Náuticos de A Coruña (Expediente 3/2009, del Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adelante SGDC), iniciado a consecuencia de la denuncia presentada por XXXX, socio fundador de la empresa de servicios náuticos Náutica Ártabra, contra el Club Marítimo de Oza O Puntal de 17 de febrero de 2009, y de XXXX, director de la empresa Escuela de Navegación Novomar S.L., quien solicitó adherirse a la denuncia anterior mediante escrito de 20 de mayo de 2009, por presuntas prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El 5 de marzo de 2009 tuvo entrada en el SGDC un escrito de denuncia de XXXX, socio fundador de la empresa de servicios náuticos Náutica Ártabra,

contra el Club Marítimo de Oza O Puntal, situado en la dársena de Oza en el puerto de A Coruña, por presuntas prácticas contrarias a la LDC, consistentes en restringir el acceso de los clientes de su empresa a los barcos registrados en la 6º lista y, por tanto, dedicados a actividades mercantiles, que ocupan las plazas de amarre que el denunciante y sus socios tienen en el Club Marítimo denunciado, impidiendo de este modo el normal desarrollo de su actividad empresarial.

2.- En cumplimiento del trámite previsto en el artículo 2.1 de 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 SGDC remitió copia del escrito de denuncia a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia. Dicha Dirección de Investigación, mediante escrito de 14 de mayo de 2009, reconoció la competencia de los órganos gallegos de la competencia para entender de este asunto, dado que se cumplen los requisitos del artículo 1.3 de la citada Ley 1/2002.

3.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 LDC, el SGDC llevó a cabo un trámite de información reservada consistente en la solicitud de información al denunciante y a la entidad denunciada.

4.- A la vista de la documentación presentada y ante la existencia, a juicio del órgano instructor, de indicios racionales de una conducta prohibida por la normativa de defensa de la competencia, el SGDC incoó expediente sancionador contra el Club Marítimo de Oza O Puntal por la presunta realización de prácticas anticompetitivas prohibidas por la LDC, según Resolución de 19 de mayo de 2009, que fue notificada al denunciante y a la entidad denunciada en esa misma fecha.

5.- El 20 de mayo de 2009 tuvo entrada en el Registro General de la Consellería de Facenda de la Xunta de Galicia un escrito de XXXX, director de

la empresa “Escuela de Navegación Novomar”, en el que solicitó adherirse a la denuncia formulada por XXXX, alegando, por una parte, ser objeto de las mismas prácticas que dificultan el acceso de sus clientes a las embarcaciones de la 6ª lista en el Club Marítimo de Oza O Puntal, impidiendo de hecho la actividad empresarial que desarrolla el denunciante; y, por otra parte, que el Club Marítimo de Oza O Puntal realiza actividades afines a las de su empresa mediante la firma “Esproade Servicios Integrados, S.L.” en clara competencia con las actividades realizadas por el denunciante.

6.- Ante esa nueva denuncia, el 1 de junio de 2009 el SGDC decidió ampliar el acuerdo de incoación del expediente sancionador contra el Club Marítimo de Oza O Puntal, considerando denunciante, junto con XXXX, a XXXX, director de la empresa “Escuela de Navegación Novomar, S.L.”, y ampliando la imputación a la empresa “Esproade Servicios Integrados, S.L.”, decisión que fue debidamente notificada a las partes interesadas.

7.- Una vez incoado el expediente sancionador, el SGDC solicitó información diversa, a fin de enjuiciar debidamente el caso, a los denunciantes, a las entidades denunciadas, a la Autoridad Portuaria de A Coruña, a Puertos de Galicia de la Consellería del Mar de la Xunta de Galicia, y a la Capitanía Marítima de A Coruña del Ministerio de Fomento.

8.- El 26 de octubre de 2009, el SGDC formuló Pliego de Concreción de Hechos y Propuesta de Resolución en el que concluyó que, de acuerdo con los hechos probados, el Club Marítimo Oza O Puntal había incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC al impedir el desarrollo de actividades empresariales de enseñanzas náuticas privadas en la dársena de Oza, considerando no acreditada la existencia de prácticas prohibidas por parte de la empresa “Esproade Servicios Integrados, S.L.”.

9.- Con esa misma fecha, dicho Pliego de Concreción de Hechos fue notificado a las partes interesadas, otorgándoseles un plazo de quince días para presentar alegaciones, dentro del cual, XXXX y el Club Marítimo Oza O Puntal remitieron al SGDC sendos escritos de alegaciones.

10.- Vistas y analizadas las alegaciones referidas en el punto anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 50 LDC, el SGDC remitió a este Tribunal el 19 de noviembre de 2009 Informe Final de Instrucción y Propuesta de Resolución del expediente en el que propone, primero, declarar que resulta acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC consistentes en obstaculizar e impedir de hecho las actividades empresariales de los titulares de las embarcaciones de la 6ª lista atracadas en los puntos de amarre cedidos en uso por el Club Marítimo de Oza O Puntal; segundo, declarar responsable de esa conducta al Club Marítimo de Oza O Puntal; y, tercero, declarar que no resulta acreditada la existencia de prácticas prohibidas por parte de la empresa Esproade Servicios Integrados, S.L..

11.- El 2 de diciembre de 2009, el Pleno del TGDC admitió a trámite el expediente y designó como ponente al vocal D. Fernando Varela Carid.

12.- Al amparo del artículo 51.1 de la LDC, desarrollado por el artículo 36 del Reglamento de defensa de la competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Pleno del TGDC, con fecha 8 de marzo de 2010, adoptó el Acuerdo de Práctica de Actuaciones Complementarias, en el que instó al SGDC a la obtención de información complementaria para mejor resolver el expediente, la cual consistió básicamente en la determinación del número de clubs náuticos que operan en la ciudad de A Coruña y municipios limítrofes, empresas de servicios náuticos que desarrollan su actividad en ese ámbito geográfico, y diversos datos referidos a los barcos que se utilizan para esas actividades, así como las condiciones en que se prestan los servicios de amarre por parte de los clubs náuticos identificados.

13.- El 10 de marzo de 2010, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.1 de la LDC, ese Acuerdo de Práctica de Actuaciones Complementarias fue notificado a las partes interesadas a fin de que en un plazo de siete días formularan las alegaciones que estimasen pertinentes. Únicamente XXXX presentó escrito de alegaciones, mostrándose conforme con la realización de las actuaciones complementarias acordadas por el TGDC.

14.- Una vez transcurrido el período de alegaciones citado en el punto anterior, el SGDC se dirigió a la Capitanía Marítima de A Coruña, a la Autoridad Portuaria de A Coruña, a los distintos clubs náuticos de A Coruña y municipios próximos, y al Club Marítimo Oza O Puntal, a fin de recabar la información solicitada por el Tribunal en el referido Acuerdo de Práctica de Actuaciones Complementarias.

15.- Efectuadas por el SGDC las actuaciones complementarias indicadas en el punto anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LDC, dicho Servicio remitió al TGDC el resultado de las actuaciones realizadas mediante escrito de 12 de agosto de 2010.

16.- A continuación, mediante Providencia sobre Evaluación de la Práctica de Actuaciones Complementarias del vocal ponente de 8 de septiembre de 2010, el TGDC abrió un plazo de diez días para que las partes interesadas evaluaran el resultado de las actuaciones efectuadas y alegaran lo que estimasen pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia. Esa Providencia fue notificada a las partes interesadas, junto con los resultados de las actuaciones practicadas. Remitieron alegaciones los dos denunciados y el Club Marítimo Oza O Puntal.

17.- A la vista de esa nueva información y del resto de la documentación contenida en el expediente, el 8 de octubre de 2010 el Pleno del TGDC adoptó

el Acuerdo sobre Modificación de la Calificación Jurídica y Suspensión del Plazo para Resolver, en virtud de la capacidad que le otorga el artículo 51.4 LDC. Ese Acuerdo fue comunicado a las partes interesadas con fecha 13 de octubre de 2010 para que en el plazo de quince días formularan las alegaciones que considerasen pertinentes. Presentaron alegaciones XXXX y el Club Marítimo de Oza O Puntal.

18.- Concluido el 8 de noviembre de 2010 el período de alegaciones referido en el punto anterior, el Pleno del TGDC en su reunión de 16 de noviembre de 2010 adoptó el Acuerdo de Levantamiento de la Suspensión del Plazo para Resolver, considerando como período suspendido desde el día 8 de octubre de 2010 hasta el día 8 de noviembre del mismo año, de forma que el nuevo plazo máximo para resolver el expediente quedó fijado para el 18 de diciembre de 2010, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 36.1 LDC, que determina que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del Acuerdo de incoación del mismo, en este caso el 19 de mayo de 2009.

19.- El mismo día 16 de noviembre de 2010, el Pleno del TGDC, a la vista de la información contenida en el expediente adoptó el Acuerdo sobre Petición de Información a los Interesados y nueva Suspensión del Plazo para Resolver, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.1.a LDC, que permite la suspensión del plazo cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

20.- Una vez obtenida esa información el 23 de diciembre de 2010, el Pleno del TGDC en reunión de 30 de diciembre de 2010 adoptó el Acuerdo de Levantamiento de la Suspensión del Plazo para Resolver, fijando como nuevo y definitivo límite máximo para resolver el expediente el 11 de enero de 2011.

21.- El mismo día 30 de diciembre de 2010, el Pleno del TGDC deliberó y falló este expediente.

22.- Son interesados:

- XXXX, en representación de Náutica Ártabra
- XXXX, en representación de Escuela de Navegación Novomar S.L.
- Club Marítimo de Oza O Puntal
- Esproade, Servicios Integrados, S.L.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la instrucción realizada por el SGDC pueden considerarse como hechos probados los siguientes:

1º. El Club Marítimo de Oza O Puntal es una entidad sin ánimo de lucro constituida el 9 de febrero de 2001 e inscrita en el Registro de Asociaciones Deportivas y Deportistas de Galicia.

La Autoridad Portuaria de A Coruña otorgó concesión administrativa, mediante Resolución de 25 de octubre de 2001, para la instalación de pantalanes de atraque de embarcaciones menores en la dársena de Oza al Club Marítimo de Oza o Puntal. Esa concesión incluye el uso y explotación de las instalaciones, sin que el concesionario pueda destinar los terrenos de dominio público concedidos a otros usos. Por Resolución de 26 de septiembre de 2002, la Autoridad Portuaria le otorgó al mismo Club Marítimo otra concesión administrativa para la construcción del edificio social.

De Acuerdo con el Reglamento de Explotación y Utilización del Puerto Deportivo le corresponde al Club Marítimo la explotación del movimiento

general de las embarcaciones, así como la vigilancia de las condiciones de seguridad y utilización de aquellas.

2º. XXXX es socio fundador de la empresa de servicios náuticos Náutica Artabra. Esa empresa dispone de tres plazas de amarre, obtenidas mediante contrato de cesión desde mediados del año 2003, en el Club Marítimo de Oza O Puntal, en las que tiene atracadas tres embarcaciones que venían siendo explotadas por XXXX y sus socios cofundadores de dicha empresa.

3º. Las tres embarcaciones del denunciante y sus socios pertenecían en el momento de la denuncia a la 6ª lista, en la que se registran las embarcaciones deportivas o de recreo que se exploten con fines lucrativos, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo.

4º. El 27 de mayo de 2008, la asamblea del Club Marítimo, por propuesta de la Junta Directiva, aprobó una modificación de los Estatutos de Régimen Disciplinario y de la Potestad Sancionadora, incluyendo entre las infracciones muy graves la siguiente: *“Acceder a los pantalanes con un número de personas superior al que esté autorizado en la hoja de asiento de la 7ª lista la embarcación del socio correspondiente. Así mismo, los socios que dispongan de una embarcación registrada en la 6ª lista no podrán acceder a los pantalanes más que con una persona que esté cualificada en las labores de marinería con el fin de que le ayude a realizar maniobras de entrada y salida de la embarcación a su respectiva plaza de amarre”*.

Esta limitación implica para el denunciante, por una parte, no poder embarcar a más tripulación aunque lo requiera la seguridad de la navegación y, por otra, le impide explotar su actividad empresarial, toda vez que no puede embarcar con los clientes de las actividades náuticas que desarrolla.

El denunciante reclama su derecho a embarcar tantas personas como permite la hoja de asiento de la embarcación (como se permite a las embarcaciones de la 7ª lista) y alega que su actividad empresarial no implica la utilización de otras instalaciones del Club Marítimo (como ocurriría con otras actividades, como clases de wind surf, canoa o submarinismo), y, por tanto, no les causa ningún perjuicio a los demás socios. Su actividad únicamente requiere que se permita el acceso de los clientes a la embarcación.

5º. El denunciante fue objeto de repetidas comunicaciones y amonestaciones verbales por lo que, según el Club Marítimo, constituyen *“reiterados incumplimientos”* del Reglamento de Explotación y Utilización del Puerto Deportivo de la Dársena de Oza, de los Estatutos del Club y del contrato de cesión firmado por ambas partes.

El Club Marítimo alega como causa fundamental para establecer esas restricciones de acceso razones de *“seguridad de las pertenencias y/o embarcaciones”*, a causa de *“incidentes en las instalaciones”*.

6º. Don Perfecto López-Nóvoa Rey, director de la empresa “Escuela de Navegación Novomar, S.L.” es profesional libre de actividades teóricas y prácticas en materia de enseñanza náutico-deportiva, socio del Club Marítimo de Oza desde 2002 y titular en régimen de concesión de uso de tres plazas de amarre en dicho club.

El señor López-Novoa solicitó adherirse a la denuncia alegando que desde el año 2006 se le prohibió realizar esas actividades dentro de las instalaciones del club. Ante sus protestas, fue objeto de un expediente sancionador y suspendido de sus derechos como socio durante un año. Presentó demanda ante el Juzgado de 1ª instancia competente y el club se allanó a la denuncia, reconociendo irregularidades en el procedimiento y declarando la nulidad del expediente disciplinario. No obstante, el club le requirió para que retirara sus

embarcaciones del puerto deportivo de Oza y ahora tiene dos en el Real Club Náutico de A Coruña, donde no le ponen trabas para desarrollar sus actividades empresariales.

7º. El Club Marítimo de Oza realiza actividades afines a las desarrolladas por los denunciados, impartiendo en sus instalaciones cursos de náutica deportiva, vela, kayak y bautismos de mar, con la colaboración de la empresa “Esproade Servicios Integrados, S.L.”. Estas actividades están parcialmente financiadas a través de subvenciones del Ayuntamiento de A Coruña y de Caixanova y están dirigidas al público en general, sin necesidad de que se trate de socios.

El objeto social de Esproade es “el ejercicio de actividades de mediación y organización de servicios culturales y deportivos o cualquier otro relacionado con la educación, el ocio y el tiempo libre...”. En el momento de la denuncia, prestaba servicios en la Escuela de enseñanzas náuticas del Club Marítimo, aportando monitores para los cursos y coordinando las actividades deportivas complementarias vinculadas con ellos. Estos servicios son retribuidos a través de facturas que presenta al cobro del Club Marítimo. No existe un contrato formal escrito, sino una relación que se renueva trimestralmente.

El Club Marítimo es titular y propietario de las embarcaciones que se utilizan, así como de todo el material que se necesita para impartir los cursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente Resolución se dicta al amparo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. El artículo 13 de dicha Ley establece que los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para su aplicación, en nuestro caso el SGDC y este Tribunal, ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en sus artículos 1, 2 y 3 de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

SEGUNDO.- El artículo 1.3 de la citada Ley 1/2002, de 21 de febrero, señala que corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la mencionada Ley, *“cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma”*.

En consecuencia, dado que los hipotéticos efectos de la conducta denunciada sobre la competencia se producirían en la ciudad de A Coruña y, por tanto, no exceden los límites de la Comunidad de Galicia, deben entender del presente procedimiento los órganos gallegos de defensa de la competencia, en la actualidad el SGDC y el TGDC.

TERCERO.- El objeto de la presente Resolución es determinar si, partiendo de la información contenida en el expediente y tomando en consideración la propuesta efectuada por el SGDC en su Informe Final de Instrucción de 19 de noviembre de 2009, los hechos denunciados y debidamente acreditados constituyen o no una conducta contraria a las normas de competencia, en

concreto, si vulneran alguna de las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y, en su caso, ordenar el cese de tal conducta e imponer, si resultase procedente, una sanción pecuniaria a los responsables de la misma.

La conducta denunciada como anti-competitiva y, por tanto, hipotéticamente contraria a las normas de competencia consiste en la restricción al acceso de los denunciados a los pantalanes donde amarran sus barcos de la 6ª lista, dedicados a actividades empresariales, por parte del Club Marítimo de Oza O Puntal. Esa restricción al acceso se concreta, por una parte, en la modificación efectuada el 27 de mayo de 2008, por propuesta de la Junta Directiva del Club Marítimo, de los Estatutos del Régimen Disciplinario y de la Potestad Sancionadora del Club en el sentido de considerar como infracción muy grave *“Acceder a los pantalanes con un número de personas superior al que esté autorizado en la hoja de asiento de la embarcación 7ª lista del socio correspondiente. Así mismo, los socios que dispongan de una embarcación registrada en la 6ª lista no podrán acceder a los pantalanes más que con una persona que esté cualificada en las labores de marinería con el fin de que le ayude a realizar maniobras de entrada y salida de la embarcación a su respectiva plaza de amarre”*.

Por otra parte, y al margen de dicha modificación estatutaria, el acceso de los denunciados a los pantalanes donde tienen amarrados sus barcos utilizados en sus actividades empresariales se ve menoscabada por las continuas comunicaciones y amonestaciones verbales por parte del Club Marítimo de Oza O Puntal a los denunciados por lo que desde el Club se consideran incumplimientos reiterados del Reglamento de Explotación y Utilización del Puerto Deportivo de la dársena de Oza, de los Estatutos del Club y del contrato de cesión firmado por ambas partes.

Ninguna de las partes niega o pone en cuestión estos hechos, que, por tanto, deben considerarse como plenamente probados y aceptados tanto por los denunciados como por la entidad denunciada.

La consecuencia de esos hechos denunciados es la práctica imposibilidad de las dos empresas denunciadas para desarrollar sus actividades de servicios náuticos desde las instalaciones del Club Marítimo de Oza O Puntal en la dársena de Oza.

CUARTO.- El Tribunal considera que la correcta definición del mercado relevante es una cuestión fundamental para resolver adecuadamente el presente procedimiento y para determinar si la conducta denunciada constituye o no un ilícito de competencia.

En este sentido, el SGDC, según consta en el escrito de propuesta de resolución dirigido a este Tribunal, considera como mercado relevante las actividades de enseñanzas náuticas que se desarrollan desde la dársena de Oza.

En concreto, el SGDC señala como oferentes de ese mercado al Club Marítimo que, a través de los servicios de Esproade, oferta cursos de vela y kayak y bautismos de mar; la Escuela de Navegación Novomar, que oferta cursos de patrón de yates y de patrón de embarcaciones de recreo y que, según su objeto social, es una Escuela de navegación de recreo y enseñanzas náuticas en general y presta también servicios recreativos y deportivos; y, finalmente, Náutica Ártabra, que oferta alquiler de yates y también cursos de vela y de navegación. De esa manera, el SGDC delimita tanto el mercado de producto – las actividades de enseñanzas náuticas- como geográfico -la dársena de Oza de la ciudad de A Coruña.

El Tribunal no comparte esa definición del mercado relevante de producto y geográfico que hace el SGDC. El Tribunal estima que el mercado relevante de producto debe definirse atendiendo a la actividad que, por una parte, demandan los denunciantes y, por otra, oferta el Club Marítimo de Oza O Puntal, es decir, la utilización de las instalaciones náutico-deportivas propias de un club náutico para el amarre de embarcaciones deportivas y los servicios portuarios asociados a esa utilización, en definitiva, la oferta de plazas de amarre y el conjunto de actividades de servicios asociados a esa oferta.

El mercado de enseñanzas náuticas al que se refiere el SGDC podría entenderse, en todo caso, como un mercado conexo con el definido como relevante por el Tribunal, por tratarse de las actividades profesionales a las que se dedican las dos empresas denunciantes y también la empresa Esproade, Servicios Integrados, S.L., que realizaba actividades de ese tipo por encargo del Club Marítimo de Oza O Puntal en el momento en que se efectuaron las denuncias.

Para definir el mercado relevante desde el punto de vista geográfico es necesario distinguir entre la demanda de plazas de amarre de un propietario de barco o empresa que quiera desarrollar actividades náuticas, *ex novo*, por así decir, del caso de los denunciantes, que ya tienen plaza de amarre en el Club Marítimo de Oza O Puntal y, en consecuencia, mantienen un cierto vínculo con ese Club. Pero incluso en este último caso, aunque inicialmente la opinión del Tribunal fue que ese mercado estaba circunscrito a la dársena de Oza, las alegaciones del Club Marítimo y las comprobaciones fácticas posteriores hechas por el Tribunal condujeron a demostrar que existe una amplia disponibilidad de plazas de amarre en los distintos clubs náuticos de la ciudad de A Coruña a un precio, es cierto que más elevado que el que pagan actualmente los denunciantes pero incluso así, asumible desde una perspectiva empresarial, de manera que se debe llegar a la conclusión de que el mercado relevante

geográfico es el Ayuntamiento de A Coruña y no cabe restringirlo a la dársena de Oza.

La amplia disponibilidad de plazas de amarre en los distintos clubs náuticos de la ciudad de A Coruña permitirían a cualquier usuario de las plazas de amarre del Club Marítimo de Oza O Puntal obtener atraque para sus barcos sin mayor dificultad, asumiendo eso sí un precio más alto que el que actualmente pagan en el citado Club. Esa disponibilidad de plazas y la consiguiente facilidad para obtener un nuevo amarre se ve reforzada por la obligación de devolver la parte proporcional del pago realizado por la concesión del amarre, correspondiente al tiempo no utilizado, contemplada en la cláusula XII de los contratos de cesión de las plazas de amarre firmados entre los denunciados y el Club, si bien esa devolución supondría una pérdida económica para los denunciados, dado que la cantidad devuelta es el nominal entregado, y no incorpora ni la pérdida de valor por la inflación ni una actualización por el aumento del valor de las plazas entre el momento actual y el año en que fueron adquiridas las concesiones.

QUINTO.- Partiendo de la definición anterior del mercado relevante, tanto de producto como geográfico, el Tribunal considera que no cabe calificar la conducta denunciada como contraria a las normas de la competencia, por las razones que se exponen a continuación.

El SGDC propone que se considere la conducta denunciada como una violación del artículo 1 LDC, consistente en obstaculizar e impedir de hecho las actividades empresariales de los titulares de las embarcaciones de la 6ª lista atracadas en los puntos de amarre cedidos en uso por el Club Marítimo de Oza O Puntal, conducta de la que sería responsable el citado Club.

El Tribunal coincide con el SGDC en que el Club Marítimo de Oza O Puntal es un operador económico y que como tal está sujeto al estricto cumplimiento de

las normas de competencia, aunque sea una entidad sin ánimo de lucro, según señalan la doctrina y la jurisprudencia de forma reiterada.

Sin embargo, el Tribunal considera que no concurre en este caso la necesaria pluralidad de voluntades que se exige para poder aplicar el artículo 1 LDC. En efecto, el artículo 1 señala que se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Ahora bien, esos acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas requieren de la presencia de varios operadores económicos que lleguen a un pacto en perjuicio de la competencia en el mercado.

El SGDC considera que el Club Marítimo es un ente colectivo, por tanto, la decisión de modificar los Estatutos y los demás actos encaminados a restringir la actividad de las dos empresas denunciadas constituirían una conducta prohibida por el artículo 1. No obstante, el Tribunal no comparte esa afirmación y estima que el Club Marítimo es un único operador, de manera que su conducta tiene carácter unilateral y no está pactada con otros operadores económicos en el mercado de producto y geográfico antes definidos y, en definitiva, no puede considerarse como contraria al artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia.

Tampoco puede afirmarse que la conducta del Club Marítimo tenga carácter de recomendación colectiva diseñada u orientada a promover una acción o respuesta común por parte de un grupo de competidores en el mercado, como sucedería, por ejemplo con una recomendación efectuada por los representantes o directivos de una asociación empresarial, porque el Club Marítimo carece de esa condición de agrupación empresarial.

SEXTO.- Descartada, en consecuencia, la aplicación del artículo 1 LDC a la conducta denunciada, es necesario analizar la eventual aplicación a este caso del artículo 2 LDC referente a la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

A este respecto, el Tribunal estima que la conducta del Club Marítimo no puede considerarse como un abuso de posición de dominio, tal como inicialmente consideró en el momento de efectuar el cambio de calificación jurídica sobre este asunto, según el Acuerdo del Pleno del TGDC de 8 de octubre de 2010.

Para que una conducta en el mercado pueda reprocharse como abuso de posición de dominio y, en consecuencia, como una infracción del artículo 2 LDC deben concurrir y probarse debidamente dos aspectos imprescindibles. Por una parte, la empresa o, más genéricamente, el operador económico al que se atribuye el supuesto abuso, debe ocupar una posición de dominio en el mercado relevante. Eso exige, primero, definir correctamente y con el mayor detalle posible el mercado relevante en su doble dimensión de producto y geográfico, y, a continuación, probar que, efectivamente, el supuesto infractor ocupa en ese mercado una posición dominante. Una vez acreditada la existencia de posición de dominio por parte del supuesto infractor, debe examinarse y probarse de forma taxativa que ese operador económico en posición dominante ha incurrido realmente en un abuso, dentro de las distintas modalidades del mismo contempladas en la LDC y en la práctica jurisprudencial.

De lo anterior se deduce que no puede calificarse una conducta como abuso sin la previa demostración de que el supuesto infractor ocupa una posición de dominio en el mercado relevante. Este es precisamente el caso del presente procedimiento.

Al modificarse la definición del mercado relevante geográfico para considerar toda la oferta de plazas de amarre para embarcaciones deportivas en la ciudad de A Coruña, y no restringirlo únicamente a la dársena de Oza, resulta obvio que el Club Marítimo de Oza O Puntal no ocupa una posición de dominio en ese mercado y, por tanto, la conducta unilateral denunciada no puede considerarse como un abuso prohibido por el artículo 2 LDC, pues para la aplicación de ese artículo, tal como se señaló en los párrafos precedentes, es condición *sine qua non* que el operador económico autor del supuesto abuso ocupe una posición de dominio en el mercado relevante previamente definido, circunstancia que, en definitiva, el Tribunal considera que no concurre en este caso.

SÉPTIMO.- Por último, cabría considerar de manera igualmente hipotética la conducta denunciada desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 3 LDC, es decir, considerándola como una posible conducta desleal que por falsear la libre competencia afecte al interés público.

El Tribunal estima que tampoco desde esta perspectiva puede considerarse la conducta denunciada como anticompetitiva.

Para que el Tribunal pueda aplicar las determinaciones del artículo 3 LDC deben darse dos circunstancias plenamente respaldadas por la práctica del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y de la actual Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, refrendadas por los tribunales ordinarios en su revisión de las resoluciones de esos órganos. Esas dos circunstancias son, por una parte, que efectivamente exista una conducta desleal y, claramente, los órganos administrativos de defensa de la competencia, como es el caso de este Tribunal, pueden analizar y llegar a calificar una determinada conducta como desleal; y, por otra parte, que dicha conducta desleal afecte al interés público. Sin que concurra esta última circunstancia, la afectación del interés público, los órganos de defensa de la

competencia no pueden aplicar el aludido artículo 3 LDC, dado que el bien público protegido por las normas de competencia es la competencia efectiva en el mercado desde una perspectiva general y en la medida en que afecte al interés general, y no la resolución de conflictos de carácter privado que deben ser ventilados y resueltos en la jurisdicción ordinaria.

En este caso, el hecho de coincidir en el tiempo las actividades de prestación de servicios náuticos del Club Marítimo de Oza O Puntal con las restricciones impuestas a la actividad empresarial de los denunciados que impiden su normal desarrollo, puede llevar razonablemente a la conclusión de calificar tal conducta como desleal.

No obstante, sin entrar a fondo en la hipotética deslealtad de la conducta del Club Marítimo y sin proceder, por tanto, a su definitiva y acabada calificación jurídica, el Tribunal considera que no concurre en este caso la necesaria afectación del interés público exigida por la jurisprudencia y la doctrina para estimar como ilícito de competencia una deslealtad en el ámbito empresarial. El Tribunal estima que la imposibilidad de dos empresas para desarrollar sus actividades empresariales desde la dársena de Oza –pero no desde otros clubs náuticos de la ciudad, como efectivamente viene haciendo uno de los denunciados- no supone una afectación del interés público en medida suficiente para que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 3 LDC.

OCTAVO.- En todo caso, el Tribunal quiere manifestar que la conducta denunciada, notoriamente relevante desde un punto de vista privado, por ser posiblemente discriminatoria y arbitraria en opinión del Tribunal, podría encontrar fácilmente una solución en ese mismo ámbito particular, sea por la vía convencional, mediante una compensación suficiente a las empresas afectadas por su cese de actividad, previa evaluación de los costes implicados, o mediante una modificación estatutaria que posibilite la continuidad de la actividad empresarial de las denunciados dentro de un marco mutuamente

viable; o sea por la vía de la reclamación activa de los derechos hipotéticamente lesionados por conducta desleal ante la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal,

RESUELVE

ÚNICO.- Afirmar que la conducta del Club Marítimo de Oza O Puntal denunciada por XXXX, socio fundador de la empresa de servicios náuticos Náutica Ártabra el 17 de febrero de 2009, y por XXXX, director de la empresa Escuela de Navegación Novomar S.L., quien solicitó adherirse al anterior denunciante mediante escrito de 20 de mayo de 2009, no constituye una violación de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

En consecuencia, el Tribunal rechaza la propuesta del SGDC de considerar al Club Marítimo de Oza O Puntal responsable de una conducta contraria al artículo 1 LDC y ordena el archivo de las actuaciones realizadas en este expediente.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Galego de Defensa da Competencia, y notifíquese a los interesados, haciendo constar que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses contados desde su notificación.