



INFORME DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (TVDC)

Sobre si al amparo de la Ley de Defensa de la Competencia constituyen prácticas prohibidas de acuerdo a la Ley 15/2007, las contenidas en la licitación publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa de 10 de Diciembre de 2011, nº 235, p. 89.

Expte. I-2/2011 – HOTELES DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

Pleno

D. Joseba Andoni Bikandi Arana, Presidente
D. Juan Luis Crucelegui Gárate, Vicepresidente
Dña. María Pilar Canedo Arriaga, Vocal
D. José Antonio Sangroniz Otaegi, Secretario

En Vitoria-Gasteiz, a 9 de mayo de 2011.

Índice

I.-OBJETO DEL INFORME	2
II.- BASE JURÍDICA Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TVDC.....	3
III.- ANTECEDENTES DE HECHO	4
IV.- LEGISLACION APLICABLE:	5
V.- CONTRATACION PÚBLICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.	6
VI.- MERCADO RELEVANTE	7
VII.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	9
1. La naturaleza de la actuación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián en el mercado afectado.	9
2. Incidencia que la creación de un nuevo hotel puede tener en el mercado afectado.	11
3. Análisis de la posible aplicación a los hechos de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007.	13
4. La licitación como posible ayuda susceptible de falsear la libre competencia	15
VIII.- CONCLUSIONES:	17



El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC), con la composición arriba expresada y actuando como Ponente la Sra. María Pilar CANEDO ARRILLAGA ha adoptado el siguiente Informe, a petición de D. José Antonio Arratibel Oiarbide, Secretario coordinador de ASPAGI, Asociación de Hoteles de Gipuzkoa.

I.-OBJETO DEL INFORME

1. El 22 de febrero de 2011 tuvo entrada en este Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante TVDC) escrito presentado por el Secretario Coordinador de Aspagi, Asociación de Hoteles de Gipuzkoa. En dicho escrito se señala que el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, con fecha de 10 de diciembre de 2010, ha publicado un anuncio de licitación del contrato de cesión del derecho de superficie destinado a la construcción de un hotel de cuatro estrellas en la parcela de Ondarreta que actualmente está ocupada por la instalación deportiva Hydra. Dicha parcela de 3.138 metros cuadrados es de propiedad municipal.
2. El citado informe pone de manifiesto la posición de la requirente que considera:
 - a. Que el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián se convierte por esta vía en promotor hotelero impulsando la construcción de nuevos hoteles en parcelas públicas para que sean gestionadas por empresas privadas *“que entrarían a competir en condiciones que no responden al libre mercado y en colisión con la libre competencia”*.
 - b. Que *“en la actualidad en la ciudad existe suelo destinado a iniciativa hotelera”* que no se adquiere *“por falta de rentabilidad del negocio”* y porque *“ni las ocupaciones ni las rentabilidades medias registradas a lo largo del año son atractivas desde un punto de vista empresarial”*.
 - c. Que el *“Ayuntamiento pretende promover y construir nuevos hoteles con dinero público sin tener en cuenta la viabilidad o rentabilidad de los hoteles ya existentes”* y que teniendo en cuenta *“los datos de ocupación media que se vienen registrando a lo largo de los años (...) 63,25% (Eustat) no existe necesidad de más plazas hoteleras, razón por la que la iniciativa privada no se ve atraída hacia la compra de suelo para la construcción de plazas hoteleras”*
 - d. Que, siempre según opinión de la requirente, el Ayuntamiento pretendería promover y construir nuevos hoteles con dinero público sin tener en cuenta la viabilidad o rentabilidad de los hoteles ya existentes. *“Resulta obvio que la entrada de nuevos establecimientos hoteleros en la plaza, en condiciones que no son de mercado utilizando este tipo de*



prácticas, va a afectar negativamente a la rentabilidad y pervivencia de los hoteles que han tenido y tienen que competir en condiciones de mercado. Por tanto, es fácilmente deducible que el Ayuntamiento tiene otros criterios e intereses más allá de los puramente empresariales y de rentabilidad”

- e. La requirente considera que tal “*intromisión en la actividad empresarial por un organismo público sólo podría entenderse desde una necesidad imperiosa de ayudar e impulsar el tejido empresarial y social supliendo carencias que la actividad privada no puede abordar, aspecto éste impensable hoy en día en una ciudad moderna como Donostia-San Sebastián”*.

Por todo ello, solicita del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia que declare si las señaladas prácticas consituyen actuaciones prohibidas por la Ley 15/2007.

II.- BASE JURÍDICA Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TVDC

3. Con carácter general cabe señalar que la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su Artículo 25 atribuye a la Comisión Nacional de Competencia (CNC) competencias consultivas al establecer lo siguiente: La Comisión Nacional de la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia. En particular, podrá ser consultada en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios profesionales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales o de consumidores y usuarios.
4. Por su parte, el Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi¹, atribuye al Pleno del TVDC competencias consultivas en su artículo 6 que establece que corresponde al Pleno del Tribunal, entre otras funciones recogidas en esta disposición, la de “Responder las consultas que, en materia de defensa de la competencia, le sean formuladas por el Parlamento Vasco, el Gobierno Vasco, los distintos Departamentos del Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales, las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, otras Administraciones Públicas, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma”(artículo 6 h).

¹ Modificado por Decreto 36/2008, de 4 de marzo. BOPV nº 54 de 17 de marzo de 2008.



5. En virtud de esta normativa el TVDC debe elaborar un informe para responder a la solicitud arriba señalada. No obstante, de forma preliminar cabe manifestar que, en el ámbito de las funciones consultivas desempeñadas, el TVDC no puede adoptar decisiones para declarar si una práctica determinada llevada a cabo por operadores económicos es contraria a las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. Ello sería objeto de un procedimiento sancionador.

III.- ANTECEDENTES DE HECHO

6. El Boletín Oficial de Gipuzkoa de 10 de Diciembre de 2010 publica, en su página 89 un Anuncio de Licitación del contrato de cesión del derecho de superficie sobre la parcela b 20/AO.01 destinada a la construcción de un hotel.

En la citada licitación se establecen una serie de condiciones entre las que cabría, en opinión de esta instancia, destacar las siguientes:

- a. El contrato tiene por objeto la “cesión de un derecho de superficie” sobre la parcela destinada a la construcción de un hotel.
- b. El plazo de duración del derecho de superficie es de 50 años, al término de los cuales se extinguirán los derechos y revertirá al Ayuntamiento la construcción realizada en virtud de dicho derecho de superficie con todos los elementos e instalaciones fijas y equipamiento móvil, sin derecho en ningún caso a indemnización alguna.
- c. La adjudicataria se obliga a mantener el uso durante 50 años
- d. La tramitación del contrato se realiza por la vía ordinaria
- e. El procedimiento empleado es abierto.
- f. El contrato establece un canon fijo a abonar al Ayuntamiento de 1.500.000 Euros
- g. El contrato establece un canon variable que resulta de la suma de dos apartados. Uno calculado por medio de un porcentaje sobre la facturación del establecimiento (0.6% de los ingresos totales del establecimiento) y otro basado en la ocupación del hotel (que tendrá carácter mensual). Este segundo podrá ser mejorado al alza por los licitadores en sus ofertas.
- h. Se recoge una garantía provisional de 100.000 Euros (recuperable por los licitadores que no sean elegidos).
- i. El contrato prevé el establecimiento de una garantía definitiva de 250.000 Euros hasta la cesión del derecho de superficie, que se incrementará en ese momento a un importe de 1.000.000 de euros



hasta el comienzo de la explotación del hotel y se reducirá a 200.000 a partir de ese momento.

- j. El adjudicatario estará obligado a suscribir una póliza de seguro de incendios y otros daños sobre el patrimonio edificado y a terceros en cuantía mínima de 2.000.000 de euros, a favor del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.
- k. La documentación que se solicita tiene relación con la licitación y se considera relevante para adoptar la decisión final en el proceso abierto.

7. El 15 de marzo de 2010 se publica la noticia de que el concurso objeto de análisis ha quedado desierto.

IV.- LEGISLACION APLICABLE:

8. La regulación aplicable al supuesto planteado es la siguiente:

A.- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

B.- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

C.- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y Ley de Competencia desleal 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

D.- Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

E.- Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

F.- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local.

G.- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales

H.- Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, aprobado definitivamente el 25 de junio de 2010 y publicado en el B.O.T.H.G nº 222 de 19 de noviembre de 2010.



V.- CONTRATACION PÚBLICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.

9. Siguiendo con lo establecido por esta instancia en el Informe 1/2011, sobre la Compatibilidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de las bases técnicas que ha de regir el contrato para la prestación de los servicios postales en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Administración Pública se encuentra sujeta al principio de legalidad ex artículo 9 y 103 de la C.E en todos los ámbitos en que desarrolla su actuar en el ejercicio de las potestades administrativas que la Ley le confiere para la satisfacción de los intereses generales.
10. El ámbito subjetivo al que extiende su aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es al denominado por la misma como sector público, concepto jurídico definido en el artículo 3 de la citada Ley. La normativa sobre contratos tiene como objetivo principal garantizar en la consecución de los fines de interés general el respeto de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación.
11. El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de abril de 2003 señaló que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.
12. La normativa de competencia, como es obvio, forma parte del bloque de legalidad al que se encuentra sometida no sólo la Administración Pública, sino todos los ciudadanos (artículo 9 C.E.), que deben ajustar su actuar a las prescripciones, entre otras, de la Ley de Defensa de la Competencia. En el ámbito de la contratación pública la propia normativa pública reguladora ya hace referencia a principios que son conexos a la defensa de la competencia, principios ya relacionados en el párrafo anterior, pero además y dada la importancia de la contratación pública en la economía, recoge referencia expresa a la normativa de derecho de la competencia.
13. No debe desconocerse que un régimen jurídico que facilite el acceso y favorezca la competencia constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente. Recuérdese que la Administración Pública que actúa en mercados competitivos y transparentes pueden adquirir bienes y servicios de mayor calidad a menores precios.
14. Por último, interesa en este punto señalar que el impacto económico de la contratación pública en los países de la OCDE alcanza el 15% del PIB, tal y



como se deduce del estudio realizado por el Comité de Competencia de la OCDE denominado “Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement”.

VI.- MERCADO RELEVANTE

15. La definición del mercado relevante tiene como finalidad “determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia”². En esa determinación influyen tanto el mercado de producto como el mercado geográfico y el objetivo de su definición es conseguir que las empresas, teniendo en cuenta la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial, puedan identificar cuáles son sus competidores reales (entendiendo por tales los que tienen capacidad para limitar su comportamiento o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulte de la competencia efectiva).

De este modo se pueden calcular las cuotas de mercado que ostenta cada empresa lo que puede ayudar a determinar su poder de mercado.

Resulta por tanto necesario tomar en consideración si los clientes de un producto podrían estar dispuestos a emplear productos sustitutivos del que es objeto de estudio para poder así identificar cuáles son las consecuencias reales en el mercado de los posibles pactos o de los incrementos de precios.

16. El objetivo de las autoridades de competencia es garantizar la competencia efectiva en el mercado y para ello determinar qué productos y en qué área geográfica se ven afectados por un determinado comportamiento teniendo en cuenta la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial.

17. Para determinar el mercado de referencia, debe recordarse la diferencia existente entre el denominado mercado de producto y el denominado mercado geográfico³.

El mercado geográfico puede considerarse como “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos

² Véase en este sentido la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. DO n° C 372 de 9 de diciembre de 1997 parágrafo 2.

³ Véase en este sentido la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. DO n° C 372 de 9 de diciembre de 1997 parágrafos 7 y stes.



y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas a aquéllas⁴.

El mercado de producto afecta al grupo de productos sustitutivos desde el punto de vista del cliente o el consumidor, pudiendo constituir unos productos “alternativa razonable” respecto de los demás que integran el mercado de referencia, tanto desde el punto de vista técnico como económico⁵. Son criterios que pueden ayudar a determinar si un producto es intercambiable, sus propiedades de uso, el precio, las preferencias de los consumidores o las diferentes categorías de clientes.

18. En el caso que nos ocupa, debido tanto a los condicionantes de la licitación como a la ubicación del solar que se emplearía para construirlo, la licitación objeto de análisis supondría la apertura de un hotel en Donostia-San Sebastián de máxima categoría, estableciendo la licitación que tendrá al menos cuatro estrellas.

Teniendo en cuenta el factor de sustituibilidad del producto, debería analizarse la situación del mercado hotelero en la ciudad de Donostia-San Sebastián y en hoteles que permitieran suponer una sustituibilidad razonable de producto.

Teniendo en cuenta la información publicada y de acceso a los consumidores, potenciales clientes de los hoteles de Donostia-San Sebastián, en el momento actual existen en esta ciudad los siguientes hoteles con reconocimiento de 3 estrellas o más⁶:

Categoría	Número
5 estrellas	1
4 estrellas	12
3 estrellas	5

⁴ Vid. Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado, cit. Parágrafo 8.

⁵ Véase en este sentido, por todas, la decisión *Du Pont* de la Comisión Europea de 30 de septiembre de 1992, D O n^o L 7, de 1993, parágrafo 23.

⁶ Pueden consultarse en este sentido las páginas Web de Turismo de Euskadi <http://turismoa.euskadi.net> y la del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián <http://www.donostia.org/> (última consulta 7 de abril de 2011).



Considera este Tribunal que para el potencial cliente de un hotel de las características del que es objeto de la licitación, podrían considerarse dentro del mercado geográfico los hoteles de la ciudad de Donostia-San Sebastián y dentro del mercado de producto:

- en el caso de que se construyera un hotel de cinco estrellas, aquéllos que tengan reconocida al menos una categoría de cuatro estrellas y
- en el caso de que se construyera uno de cuatro, también los de tres.

Entrarían por tanto dentro de este mercado -caso de no modificarse la estructura del mismo- un máximo de 18 hoteles.

VII.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

19. Antes de analizar la naturaleza de las conductas que se estudian en este expediente, conviene comenzar por realizar dos consideraciones que funcionan como premisas de la aplicación de la regulación. Tales se refieren a la naturaleza de la actuación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián en el mercado y al análisis del mercado mismo.

1. La naturaleza de la actuación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián en el mercado afectado.

20. El concepto de empresa a efectos de aplicación de la normativa de defensa de la competencia, debe ser interpretado de manera amplia, siguiendo el concepto autónomo propio del Derecho de la competencia y en gran medida importado del Derecho Comunitario. Para definir una empresa no se tienen en cuenta hechos tales como la existencia o carencia de ánimo lucrativo, la existencia o carencia de personalidad jurídica o el carácter público o privado de la entidad⁷.

Se entiende por empresa cualquier sujeto de derecho público o privado que ejerza de manera autónoma una actividad económica en un mercado, independientemente del estatuto jurídico que tenga o de la financiación que reciba⁸. Para determinar si una entidad es una empresa, debe considerarse si realiza actividad económica y si ejerce su actividad de manera autónoma. Resulta por tanto evidente que el Estado no es una empresa cuando ejerce sus funciones soberanas, pero que determinados organismos públicos podrían tener la consideración de tales si llevan a cabo actividades

⁷ Ver la STJCE de 23 de abril de 1991, As. C-41/90, parágrafo 22.

⁸ Ver, por todas, STJUE de 29 de marzo de 2011, As. C-201/09P y C-216/09, parágrafo 95.



comerciales o económicas o en la medida en que prestan determinados servicios públicos (ejerciendo por tanto actividades que no suponen imperium⁹).

Tratándose de administraciones públicas, debe concluirse por tanto que su carácter de sujetos de derecho público no las libera de la aplicación de la normativa de derecho privado ni tampoco de la normativa de competencia a la que están sometidas cuando actúan en el mercado como operadores económicos¹⁰.

21. En el caso que nos ocupa deberíamos analizar si el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián está operando en el mercado hotelero como empresa o lo está haciendo dentro de sus potestades de gestión. Difícilmente podría considerarse que en la práctica objeto de estudio el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián esté tratando de introducirse en el mercado hotelero, ni que esté intentando impedir que competidores potenciales de los operadores ya existentes puedan introducirse en el mercado, dado que la actividad que está llevando a cabo, precisamente, es la habilitación de un terreno (vía recalificación en el Plan General urbanístico de Donostia-San Sebastián y por medio de la realización de un contrato de cesión de un derecho de superficie sobre el mismo) para que un nuevo operador pueda establecerse en el mercado hotelero¹¹.

Por ello debe concluirse que el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián no opera en el mercado afectado como empresa con protagonismo en el mercado hotelero. Esto es no es un operador económico que tenga por objeto el establecimiento o gestión de un equipamiento hotelero.

No es menos cierto sin embargo, y no debe desconocerse, que coincide en la misma persona jurídica pública, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, la condición de propietario del terreno donde actualmente se encuentra el centro Hydra y aquél que promueve el desarrollo del nuevo PGOU de Donostia-San Sebastián en ese punto.

⁹ Véase en este sentido CALVO CARAVACA, A.L., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, 2010, pág. 15 a 31.

¹⁰ Véanse las Sentencias del TJCE, de 17 de febrero de 1993, As. C-159/91 y C-160/91, *Poucet c. Assurances Generales de France y Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Rousillon* en que se cuestiona la naturaleza de empresa de los organismos de la Seguridad Social, STCE de 21 de septiembre de 1999, As. C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*, en que se aborda la naturaleza de los sindicatos cuando ponen en marcha un sistema de pensiones.

¹¹ La delimitación de la labor de una administración como operador económico ya fue analizada por esta instancia en el Asunto 16/2009, Mantenimiento de vehículos, párrafo 19.



La intervención del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián se realiza para ejecutar el nuevo Plan general de Ordenación Urbana en dicho ámbito, y desarrollar el mismo a través de la implantación por terceros de un equipamiento hotelero, y para ello pone en el mercado un suelo de su propiedad cuyo uso es el terciario, en concreto de establecimiento hotelero, y bajo las condiciones jurídicas y económicas establecidas en el concurso arriba mencionado.

En este punto cabe señalar por tanto que, si bien el Ayuntamiento no actúa directamente como operador económico en dicho mercado, no obstante, su decisión de poner en el mercado el suelo del actual Hydra para la instalación de un equipamiento hotelero sí puede llegar a afectar a dicho mercado, en tanto en cuanto el valor de repercusión del suelo conforma un coste parcial importante en el global que se puede incurrir en una operación constructiva como la pretendida.

Este TVDC no cuenta con elementos objetivos para valorar las condiciones jurídico económicas establecidas en el concurso dentro del mercado inmobiliario y el mercado relevante donde desarrollará su actividad el nuevo equipamiento, pero lo cierto es que, y es un dato objetivo, que el concurso ha quedado desierto, por tanto ello hace ver que las condiciones jurídico económicas establecidas en el mismo no han sido atractivas para los operadores económicos que desarrollan su actividad en el mercado hotelero, o que pretenden entrar en el mismo.

2. Incidencia que la creación de un nuevo hotel puede tener en el mercado afectado.

22. Respecto de la incidencia que un posible nuevo hotel, de las características establecidas en la licitación, podría tener en el mercado afectado, cabe realizar las siguientes consideraciones. La perspectiva que ofrece la Asociación que solicita el pronunciamiento de este TVDC es que el mercado relevante es un mercado colmatado en que no caben en él más operadores económicos.

23. Sin embargo, el incremento de operadores en los mercados debe considerarse, como regla general, como un elemento favorable a la libre competencia que genera consecuencias positivas en los mercados al favorecer un abaratamiento de los precios de los servicios finales y una mejora de las condiciones de contratación para los consumidores. Esta es la razón por la que la entrada de nuevos operadores en los mercados se considera en general positiva para los mercados y para los consumidores.

No cabe negar que un incremento incontrolado de los operadores en un determinado mercado, podría producir elementos nocivos para el mismo caso de favorecer que solo los operadores más fuertes pudieran reaccionar



ante las bajadas indiscriminadas de precios, al ser las únicas capaces de mantenerse en activo durante períodos más o menos prolongados de batallas comerciales.

Esta situación, en caso de eliminar del mercado a los operadores más débiles, sólo podría considerarse positiva en cierta medida, si favorece tan solo los más eficientes y libera al mercado de operadores que no son capaces de responder con solvencia y eficacia a las necesidades de la sociedad. Esta situación, debe ser analizada con cautela, ya que deben tenerse en cuenta los efectos negativos que se producirían a largo o medio plazo en el caso de que las empresas con más fortaleza expulsaran a las débiles del mercado y quedaran en el mismo ejerciendo una posición de dominio de la que pudieran abusar¹².

- 24.** En el caso que nos ocupa, habría que analizar si la entrada en el mercado de un nuevo hotel podría generar los citados efectos de eliminar a las competidoras más débiles del mercado, lo cual, dada la situación que la propia requirente refleja, esta instancia considera descartado.

Bien al contrario, podría considerarse que la existencia de más hoteles en la ciudad de Donostia-San Sebastián podría producir el efecto de incrementar la competencia en el mercado, generar una bajada de precios y/o mejora en las condiciones del servicio y por lo tanto contribuir a incrementar el turismo generando a su vez un incremento de la demanda que podría resultar beneficioso para todos los operadores.

Los propios requirentes aseveran que el año 2010 ha sido un año histórico en cuanto a ocupación hotelera en el País Vasco, lo cual no lleva a prever que se produzca una bajada de la demanda hotelera que lleve a augurar que la entrada en el mercado de un nuevo hotel implique consecuencias negativas en el mercado.

Afirman también que la media de ocupación hotelera por habitación ha sido del 63,25%, pero no ofrecen datos de las fechas en que se ha producido oferta hotelera insuficiente ni de las fechas en que se producen incrementos de precios considerables debidos a la escasez de oferta, ni de las categorías de hoteles que se ven afectados por las diferentes tensiones de oferta y demanda.

Cabe además señalar que con la licitación objeto de análisis el Ayuntamiento pretende la generación de una oferta distintiva en el sector hotelero de la ciudad aprovechando la privilegiada situación geográfica del

¹² Sobre la tensión entre eficiencia, protección de los consumidores y efectos de la política de la competencia en estos aspectos, véase VAN DEN BERGH AND CAMESASCA, sentido VAN DEN BERGH AND CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, 2nd ed., 2006, capítulo segundo.



local en cuestión. Se pretende ampliar, diversificar y aumentar la capacidad de atracción turística de la ciudad, promoviendo la actividad económica y la generación de empleo.

Por otra parte, resulta al menos cuestionable que las cifras que se ofrecen por los requirentes de ocupación hotelera puedan referirse a un único mercado de producto, en la medida en que difícilmente puede considerarse que una instalación hotelera de las características de las que son objeto de la licitación cuestionada resulte alternativa eficaz y real a instalaciones de características muy diferentes a las que se analizan tanto en calidad, como en precio, como -en consecuencia- en clientes potenciales.

Debería realizarse un análisis de los locales de características semejantes al que se pretende abrir para conocer, la variedad de oferta existente y el nivel real de ocupación de los posibles competidores.

3. Análisis de la posible aplicación a los hechos de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007.

25. Es labor del Tribunal de Defensa de la Competencia verificar si las prácticas llevadas a cabo por empresas o administraciones pueden considerarse contrarias a la competencia por ser subsumibles en las prohibiciones contenidas en los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia.

Asimismo, los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas podrán, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 11.5 de la citada norma, elaborar informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial a los efectos de determinar su posible incidencia en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados.

26. La aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007, exigiría que existiese una concertación entre varias empresas que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado.

La licitación que se analiza no podría ser constitutiva de infracción a este precepto al no implicar concertación alguna entre empresas con efectos posibles o deseados en el mercado.

27. La aplicación del artículo 2 de la Ley 15/2007 supondría la existencia de explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado.



Al carecer el Ayuntamiento de consideración como empresa en el mercado hotelero, no podemos considerar que ejerce una posición de dominio en el mercado. Además, aun cuando ostentare la calidad de operador económico, la práctica que pretende llevar a cabo, lejos de suponer una posible barrera de entrada de nuevos operadores en el mercado, implicaría precisamente el efecto contrario, por lo que tampoco puede considerarse de aplicación el artículo segundo de la Ley.

28. La requirente ha manifestado públicamente que la conducta que se recoge en el escrito podría ser constitutiva de un acto de competencia desleal¹³.

El artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que “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, afectan al interés público”.

Para que este precepto resulte de aplicación es necesario en primer lugar que la conducta sea desleal de acuerdo a la Ley de competencia desleal, y en segundo término que exista una afectación a la competencia y al interés público¹⁴.

La razón de ser de estos requisitos, que tienen como consecuencia que no todas las conductas que suponen competencia desleal sean perseguibles por las autoridades administrativas, es que el objetivo de la Ley de Defensa de la competencia no es tanto la protección de los intereses privados de consumidores o competidores, sino la salvaguarda del interés público¹⁵.

Para que resultara de aplicación este precepto, sería necesario por tanto que existiese competencia desleal por uno de los operadores en el mercado.

Tal como previamente se ha establecido -en los párrafos 19 y 20 de este informe- el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián no actúa como operador en el mercado hotelero por medio de esta licitación por lo que no puede reputarse que su conducta sea desleal respecto de las empresas que operan en el citado mercado.

¹³ Véase la entrevista publicada por el Diario de Noticias de Gipuzkoa el 21 de marzo de 2011 por Francisco González, presidente de Aspagi, Asociación de empresarios hoteleros de Gipuzkoa.

¹⁴ Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006, Planes claros.

¹⁵ Véase en este sentido la Resolución del TDC de 28 de enero de 2009, (Expt. 2659/05, Rotores).



Cabría plantearse si la empresa hipotética beneficiaria de la licitación pudiese ejercer una competencia desleal respecto de sus competidoras. Considera esta instancia que, habiendo quedado desierto la licitación, no cabe realizar un análisis de esta cuestión (que además debería ser objeto de análisis en su caso, inicio de un procedimiento sancionador y no vía solicitud de informe). Ello no obstante, de los datos que obran en el expediente (si bien no suficientes para emitir un juicio completo al haber quedado desierto el concurso) y de las características de la licitación, no se desprende a priori que tengan aptitud para alterar las reglas de contratación de un bien o servicio o las condiciones para contratarlo de modo tal que se falsee de manera significativa la libre competencia.

4. La licitación como posible ayuda susceptible de falsear la libre competencia

29. Cabría igualmente analizar en qué medida podría suponer contrariedad a la normativa de competencia en los hechos que se analizan una supuesta ayuda pública otorgada por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián al ofrecer a una empresa particular la posibilidad de emplear un terreno de titularidad pública para un fin empresarial privado en detrimento de los intereses de los competidores y del mercado.

Podría considerarse de este modo que, en caso de que el Ayuntamiento concediera a la empresa adjudicataria del concurso unas condiciones de ventaja competitiva inaceptables respecto del resto de empresas que participan en el sector, estaría llevando a cabo una práctica contraria a la competencia al falsear las condiciones de igualdad en el acceso al mercado y en el ejercicio de las actividades económicas.

30. Debe recordarse en este sentido que el pliego opta por ofrecer un contrato de cesión de derecho de superficie con un plazo de 50 años de utilización que se constituye como plazo máximo y también mínimo.

Al término del contrato el Ayuntamiento adquirirá la propiedad de la construcción llevada a cabo por la empresa adjudicataria que carece de derecho alguno de indemnización por los gastos acometidos.

La tramitación de la licitación se realiza por procedimiento ordinario sin que exista limitación en los plazos de presentación de la documentación y el procedimiento está abierto a cualquier persona física o jurídica de modo individual o en agrupación de empresas (UTE) siempre que cuenten con capacidad jurídica y de obrar y no se encuentren incursas en ninguno de los supuestos de prohibición legal para contratar con la Administración y acrediten solvencia económica (véase cláusula octava de los pliegos).



El adjudicatario deberá satisfacer al Ayuntamiento un canon fijo de 1.500.000 Euros, así como un canon variable que depende tanto del porcentaje de facturación como del nivel de ocupación del hotel una vez en funcionamiento.

Los licitadores deberán prestar una garantía de 100.000 Euros (recuperable por los no elegidos) y el adjudicatario deberá establecer una garantía definitiva de 250.000 Euros hasta la cesión del derecho de superficie, que se incrementará en ese momento a un importe de 1.000.000 de euros hasta el comienzo de la explotación del hotel y se reducirá a 200.000 a partir de ese momento.

Finalmente cabe subrayar que el adjudicatario estará obligado a suscribir una póliza de seguro de incendios y otros daños sobre el patrimonio edificado y a terceros en cuantía mínima de 2.000.000 de euros, a favor del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

- 31.** Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, los datos que obran en el expediente y el hecho de que la licitación ha quedado desierta, esta instancia considera a priori -y sin poder lógicamente analizar el caso concreto- que no parece que la licitación en sí misma considerada deba generar problemas de competencia

Así, la empresa adjudicataria, está obligada a satisfacer un canon en origen y otro anualmente, se le exige la explotación del hotel durante un plazo de 50 años, la constitución de una garantía a favor del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y la constitución de un seguro también a favor del consistorio y se prevé una reversión de lo edificado y de todas las instalaciones a favor del Ayuntamiento, sin derecho a indemnización de ningún tipo.

Debe señalarse además que la licitación se realiza de manera abierta y que por lo tanto cualquier entidad pública o privada que tenga interés en ampliar su oferta hotelera en el mercado o entrar en el mismo, podría concurrir en la licitación que se abrió por el Ayuntamiento.

Resulta necesario, aunque este aspecto no se ha puesto de manifiesto por la requirente, analizar la adecuación de la exigencia de prestación de garantías provisional y definitiva para participar en la licitación, dado que, de no aportar una ventaja imprescindible en el proceso, estas garantías podrían convertirse en una barrera de entrada a la licitación para pequeñas empresas y considerarse por tanto por esta instancia contrarias a la competencia.

En este sentido cabe señalar que la licitación permite la concurrencia por la vía de las UTEs lo cual favorecería la participación de operadores que a título individual podrían tener problemas para entrar en el mercado afectado.



Consideramos sin embargo, que salvo que las garantías establecidas mantengan un nivel de proporcionalidad (y por tanto favorecedoras de la eficiencia en el procedimiento de la licitación) las mismas podrían considerarse como una barrera excesiva en el proceso de licitación que podría suponer un freno para los operadores (teniendo en cuenta que se les exigiría la inmovilización de 1.000.000 de euros durante el plazo de duración de la obra, lo cual podría suponer en sí mismo una limitación excesiva a la entrada de operadores en el mercado en circunstancias ordinarias y, con mayor razón en una coyuntura de crisis económica como la que actualmente estamos viviendo).

VIII.- CONCLUSIONES:

En consecuencia de lo anteriormente establecido este Tribunal concluye que la licitación objeto de estudio no genera problemas respecto de la aplicación de la normativa de competencia en ninguno de sus aspectos y considera que el mercado afectado no solo no se vería afectado negativamente por la posible apertura de un nuevo hotel de las características del que se recoge en la licitación objeto de análisis sino que incluso se podría ver beneficiado por la entrada de nuevos operadores que los requirentes tratarían de evitar por medio de lo que podría constituir en sí mismo un intento de establecer barreras de entrada para favorecer su posición en el mercado.

En Vitoria-Gasteiz, a 9 de mayo de 2011

EI PRESIDENTE
JOSEBA ANDONI BIKANDI ARANA

EL VICEPRESIDENTE
JUAN LUIS CRUCELEGUI GARATE

VOCAL
M^a PILAR CANEDO ARRILLAGA

EL SECRETARIO
JOSE ANTONIO SANGRONIZ OTAEGI