

RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE SAN 6/2016 CACSA

D^a Carmen Estevan de Quesada, Presidenta

Carmen Castro García, Vocal

Jaume Martí Miravalls, Vocal

En Valencia a 15 de febrero de 2018

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, con la composición expresada al margen y siendo ponente D. Jaume Martí Miravalls, ha dictado la presente Resolución relativa al EXPEDIENTE SAN 6/2016 CACSA, incoado en ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de fecha 27 de mayo de 2016, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia realizadas por CIUDAD DE LAS ARTES Y LAS CIENCIAS, S.A. (CACSA) prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 31 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de la Conselleria de Economía, Industria, Turismo y Empleo escrito remitido por D. Bartolomé Pons, en calidad de legal representante de Rain Forest Valencia, S.A. (Rain Forest), por el que denunciaba a Ciudad de las Artes y las Ciencias, S.A. (CACSA) por infracción del Derecho de la Competencia. En concreto, se



denunciaba a CACSA por su “concurrència desleal” en el mercado –afirmaba la denunciante- por el desarrollo de las actividades del Parc Oceanogràfic, consistentes en la realización de publicidad y descuentos promocionales de CACSA, financiados con ayudas públicas y/o ampliaciones de capital de la Comunitat Valenciana, con comercialización de entradas con pérdidas financiadas con dichas ayudas públicas o ampliaciones de capital. Acciones todas ellas que, llevadas a cabo por la denunciada, entendía la denunciante vulneran las normas de la leal concurrència en cuanto producen el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, conforme a lo indicado en los artículos 1, 2 y/o 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (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; a resultas del mismo el conocimiento de los hechos denunciados correspondió a los órganos de defensa de la competencia de la *Comunitat Valenciana*, al valorarse que los efectos de las conductas denunciadas tendrían unos efectos no desplegados en un ámbito superior al de la *Comunitat Valenciana*, dando cuenta de ello al denunciante .

3. En fecha 11 de diciembre de 2013 la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana resolvió en el expediente SAN 10/2012 CACSA (en adelante, la Resolución) lo siguiente: *“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, de acuerdo con el artículo 48.1 LDC, no podrá interponer en contra ningún recurso en vía administrativa, y que podrá interponer únicamente recurso contencioso-administrativo de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*.

4. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la referida resolución por Rain Forest, en fecha 27 de mayo de 2016 el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-



Administrativo. Sección 5ª) dictó sentencia en el recurso nº 5/0000043/2014-BELLMONT-A cuyo fallo señala: *“Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de RAIN FOREST VALENCIA, S.A. contra el Acuerdo de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana de fecha 11 de diciembre de 2013, dictada en el expediente nº SAN 10/2012, por la que se resolvió no incoar expediente sancionador y archivar las actuaciones seguidas por el Servicio de Defensa de la Competencia, la cual anulamos, dejando sin efecto el archivo acordado y declarando que la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana debe proceder a incoar expediente sancionador a fin de realizar una mayor labor investigadora en relación con los hechos denunciados. Sin efectuar condena al pago de costas”.*

5. En fecha 5 de septiembre de 2016 se recibe en el Registro de entrada de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo oficio de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana comunicando que con fecha 1 de septiembre de 2016 ha sido declarada firme y subsistente la resolución que puso fin al recurso referido anteriormente, instando a que se lleve a puro y debido efecto y se practique lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

6. En fecha 29 de septiembre de 2016 y de conformidad con el artículo 104 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el art 19.2.h) del Decreto 157/2015, de 18 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, y los artículos 13.1, 49.1 y Disposición Adicional Octava de la LDC se incoa, en ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de fecha 27 de mayo de 2016, expediente sancionador por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

7. Mediante providencia de la Instructora de fecha 13 de octubre de 2016 se determinó requerir la siguiente información:



Por una parte, a CACSA: Identificación del actual operador del Parc Oceanogràfic y fecha desde la que opera la gestión y explotación del mismo; Aporte copia del acuerdo de fecha 30 de marzo de 1999 suscrito entre CACSA y la Generalitat Valenciana al que hace referencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 26 de mayo de 2016; Número de visitantes/año del Parc Oceanogràfic en el período 2013-2016 (hasta septiembre); Volumen de negocio anual derivado de la actividad del Parc Oceanogràfic en el período 2011-2015. A este requerimiento se dio contestación en fecha 2 de noviembre de 2016 (folios 509-520).

Por otra, a RAIN FOREST: Identifique detalladamente los perjuicios que para las empresas del mercado de parques de ocio ha ocasionado la conducta concurrencial supuestamente desleal de CACSA; Confirme que el informe pericial al que alude el FD Tercero de la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de mayo de 2016 es el aportado como documento nº8 de la denuncia presentada en fecha 31 de julio de 2012. En caso contrario, aporte la referida prueba pericial; Número de visitantes/año de Bioparc en el período 2013-2016 (hasta septiembre); Volumen de negocio anual derivado de la actividad de Bioparc en el período 2011-2015. A este requerimiento se dio contestación en fecha 2 de noviembre de 2016 (folios 521-541)

Y, por otra, a los operadores de los siguientes parques de ocio, DINOPARK ALGAR, PARQUE AVENTURA D'OR, PARQUE INFANTIL MUNDO FANTASIA TERRA MÍTICA, PARQUE TEMÁTICO DE BENIDORM, AQUANATURA BENIDORM, AQUAPARK ROJALES, AQUARAMA BENICÀSSIM, AQUÓPOLIS CULLERA, AQUÓPOLIS TORREVIEJA, PARQUE ACUÁTICO POLINESIA BENICÀSSIM, POLA PARK PARQUE DE ATRACCIONES SANTA POLA, SEGÓBRIGA PARK SEGORBE, ACUARIO MUNICIPAL DE SANTA POLA, PLA DE ESTIVELLA, JARDÍN DEL PAPAGAYO BENICARLÓ, MUNDOMAR BENIDORM, RIO SAFARI ELCHE, SAFARI AITANA, TERRA NATURA BENIDORM, AQUALANDIA BENIDORM, DINÓPOLIS TERUEL, SALTAPINS AVENTURA, DEVESA GARDENS CAMPING & RESORT: Número de visitantes/año de parque de ocio/parque de la naturaleza en el período 2013-



2016 (hasta septiembre); Volumen de negocio anual derivado de la actividad del parque de ocio/parque de la naturaleza en el período 2011-2015. Las contestaciones se recibieron entre el 26 de octubre y el 14 de noviembre de 2016. El servicio de correos devolvió el oficio dirigido a Aquapark Rojasles.

8. En fecha 23 de noviembre de 2016 se reiteró la solicitud de información a Dinópolis Teruel y a las empresas Aturbesa, Jardín del Papagayo, S.L., Parque Natural el Sirer, S.L. y Dinopark Algar, S.L., a la vista de que la información aportada por estas entidades no se ajustaba en su totalidad o no respondía correctamente a lo solicitado. Las respuestas aportadas figuran en el expediente, siendo devuelto por el servicio de correos el requerimiento realizado a la mercantil Aturbesa por ausencia.

9. Por providencia de fecha 15 y 22 de noviembre de 2016, y ante la petición de algunos de los operadores a los que se había solicitado información, se declaró cautelarmente confidencial la información relativa al número de visitantes/año en el período 2013-2016 y al volumen de negocio anual derivado de la actividad desarrollada en el periodo 2011-2015, aportada hasta esa fecha por las empresas Terra Natura, S.A., Ayuntamiento de Segorbe, Pola Park, S.L., Jardín del Papagayo, S.L., Río Safari Elche, S.L., Leisure Parks, S.A., Ayuntamiento de Santa Pola, Parque Natural El Sirer, S.L., Atracciones Turísticas de Benicasim, S.A., Dinopark Algar, S.L., Terra Mítica Parque Temático de Benidorm, S.A., Aqualandia España, S.A., Hoteles Marina d'Or, S.L., Saltapins Aventura, conformando pieza separada de confidencialidad.

10. Por providencia de 4 de enero de 2017 se declaró cautelarmente confidencial esta información relativa a las empresas Jardín del Papagayo, S.L., Dinopark Algar, S.L., Terra Natura, S.A. y Dinópolis Teruel.

11. Ostentan la condición de interesados las mercantiles CACSA y Rain Forest, sin perjuicio de que cualesquiera otras personas o entidades pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados.

12. Es interesada, también, la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que, mediante oficio de fecha 28 de septiembre de 2016, había solicitado ostentar la consideración de interesada en el mencionado expediente a tenor de lo dispuesto en el artículo



5.tres 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.

13. El Pliego de Concreción de Hechos se remitió a las partes en fecha 1 de marzo de 2017 por correo postal certificado con acuse de recibo y a través de la Red Española de Competencia en el caso de la Dirección de Competencia de la CNMC. Constan acuses de recibo de CACSA en fecha 3 de marzo, de Rain Forest en fecha 6 de marzo, y de la Dirección de Competencia de la CNMC del 1 de marzo. En él se concluía que no ha quedado acreditado que los hechos denunciados por Rain Forest, S.A. sean constitutivos de infracción de los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de la que sea responsable CACSA.

14. Rain Forest interpuso recurso potestativo de reposición contra el cierre de instrucción, al que se acompañaba escrito de alegaciones al PCH. Este recurso, tramitado y resuelto de acuerdo a lo previsto en el artículo 47 LDC), fue inadmitido por la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana mediante resolución de fecha 19 de mayo de 2017.

15. A la vista de todo lo que antecede, en el ejercicio de las funciones que ostenta la Subsecretaría en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.2.h) del Decreto 157/2015, de 18 de septiembre, del Consell por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, y conforme a lo previsto en el artículo 50.4 y disposición adicional octava de la LDC, propone a la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana: “a) Que declare que no ha resultado acreditada la existencia de infracción de los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de la que sea responsable CACSA en relación a los hechos denunciados por Rain Forest Valencia, S.A; b) Que se proceda al archivo de las actuaciones, por considerar que no hay indicios de infracción en las conductas analizadas”.

16. Como información adicional se indica que con fecha 17 de julio de 2017 tuvo entrada en el registro general de la Conselleria escrito de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, del Tribunal Superior de Justicia de la



Comunitat Valenciana, en el que comunica la interposición de recurso contencioso-administrativo por RAIN FOREST VALENCIA, S.A. contra la resolución de 19 de mayo de 2017 de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana relativa al Expediente RC SAN 6/2016 CACSA, que inadmitía el recurso contra la providencia de cierre de instrucción de fecha 6 de abril de 2017, dictada en el marco del expediente SAN 6/2016 CACSA.

17. A tenor de cuanto se ha expuesto, una vez transcurrido sobradamente el plazo concedido a los interesados para la presentación de alegaciones al informe y propuesta de resolución sin que se hayan recibido ni conste su presentación, en ejercicio de las competencias que corresponden a la Subsecretaría en materia de inspección, investigación, instrucción, tramitación, informe y propuesta en los procedimientos en materia de defensa de la competencia, y conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2.h) del Decreto 104/2017, de 21 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, en relación con el artículo 50.5 y Disposición Adicional Octava de la LDC y 34.2 del RDC, elevó a la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana su informe junto con el expediente de referencia.

18. La CDC, en su sesión celebrada el 28 de septiembre de 2017 y en cumplimiento de las normas de reparto, procedió a nombrar como ponente del expediente al Vocal D. Jaume Martí Miravalls.

II. PARTES INTERESADAS EN EL PROCEDIMIENTO

19. La denunciante es Rain Forest Valencia, S.A., CIF A-83110197, cuyo objeto social, de acuerdo a los estatutos aportados, es la realización de proyectos, el diseño, la construcción y la explotación de bioparques, zoológicos, acuarios y parques temáticos; la realización y explotación de centros educativos, museos y salas de exposición en relación con la conservación de la fauna y su hábitat; equipamientos hoteleros y de restauración, y toda clase de equipamiento relacionado con el ocio.



Rain Forest es la adjudicataria de la concesión administrativa de la redacción del proyecto, realización de las obras de construcción y explotación durante 50 años del parque zoológico y temático Bioparc Valencia, del Ayuntamiento de Valencia.

20. La denunciada es Ciudad de las Artes y de las Ciencias, S.A.U., CIF: A46483095. Mediante Decreto 225/1991, de 9 de diciembre, de la Generalitat Valenciana publicado en el Diario Oficial de la Generalitat número 1.696 de 3 de enero de 1992, se acordó la constitución de la sociedad anónima “Valencia Ciencias y Comunicaciones SA”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, cuya escritura pública de constitución se formalizó el 3 de marzo de 1992. En Julio de 1996, la sociedad pasó a denominarse Ciudad de las Artes y las Ciencias, S.A.U.

21. CACSA tiene carácter unipersonal, siendo su único accionista la Generalitat Valenciana, y está inscrita en el Registro mercantil de Valencia en el tomo 3521, 834 de la sección general del libro de sociedades, folio 129, hoja V11548. Su objeto social, de acuerdo a la información que aparece en su Portal de Transparencia (http://www.cac.es/transparencia/info_corporativa13.jsp) es: *“1. La promoción, organización y gestión de cuantas actividades requiera la preparación, construcción y puesta en funcionamiento de los proyectos de la Generalitat Valenciana de la Ciudad de las Artes y de las Ciencias de Valencia; La promoción, organización y gestión de la explotación de las actividades y servicios a desarrollar en los inmuebles e instalaciones que integren los proyectos a que se hace referencia en el párrafo anterior; La venta de entradas tanto para, productos, espectáculos y eventos organizados por terceros que tengan lugar en sus instalaciones, como productos, espectáculos o eventos desarrollados por terceros y que tengan lugar fuera de las instalaciones de CAC, S. A.; La prestación de servicios de telemarketing para terceros; Prestación de servicios a terceros de consultoría y asistencia técnica en proyectos similares a aquellos desarrollados por la sociedad, asesorando en materia de recursos humanos, marketing, elaboración de planes económico-financieros, firmando los contratos de colaboración oportunos con tales terceros así como utilizando los profesionales debidamente cualificados que*



sean requeridos. 2. La sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes de su objeto social, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo. Asimismo, podrá constituir a los mismos fines otras sociedades en las que participen cualesquiera otras entidades públicas a privadas y/o personas físicas o jurídicas”.

22. Como se ha dicho en los antecedentes, es interesada, también, la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que, mediante oficio de fecha 28 de septiembre de 2016, había solicitado ostentar dicha consideración en este expediente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.tres 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.

III. HECHOS DENUNCIADOS

23. RAIN FOREST denuncia a CACSA por su “concurrencia desleal” en el mercado por el desarrollo de las actividades del Parc Oceanogràfic, consistentes en la realización de publicidad y descuentos promocionales de CACSA, financiados con ayudas públicas y/o ampliaciones de capital de la Comunitat Valenciana, con comercialización de entradas con pérdidas financiadas con dichas ayudas públicas o ampliaciones de capital. Acciones todas ellas que entiende la denunciante vulneran las normas “de la leal competencia” en cuanto producen el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, conforme a lo indicado en los artículos 1, 2 y/o 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC).

IV. HECHOS DERIVADOS DE LA INFORMACIÓN RECABADA

24. De la información recabada cabe resaltar los siguientes hechos.

25. CACSA, empresa pública 100% de la Generalitat, tiene entre sus actividades la explotación del acuario Parc Oceanogràfic (en lo sucesivo Oceanogràfic) del complejo Ciudad de las Artes y las Ciencias de Valencia. La actividad principal de CACSA en la actualidad es la gestión del proyecto de la Ciudad de las Artes y las Ciencias. Esta actividad se desarrolla tanto de modo



directo (Museo de las Ciencias, Hemisferic, Umbracle) como de modo indirecto (Oceanogràfic, Àgora).

26. El Oceanogràfic es el acuario más grande de la Unión Europea, con 110.000 metros cuadrados en los que se muestran alrededor de 75.000 animales de unas 500 especies diferentes; cuenta, además, con diversos servicios de restauración y venta de merchandising.

27. Desde el inicio de la actividad de L'Oceanografic, el 14 de febrero de 2003, CACSA optó por un modelo de gestión externalizado para dicha unidad de negocio, tanto en lo referente a su actividad principal, como respecto a su actividad secundaria.

28. Dos han sido los operadores que han gestionado el Oceanogràfic. El primer operador gestionó el parque desde el 1 de mayo 2002 hasta el 31 de julio de 2015. La entidad operadora fue "Parques Reunidos Valencia, S.A.", con actual domicilio en Recinto Parque de Atracciones, Casa de Campo, 28011, Madrid, y provista de NIF A-97189583, creada con el objeto social exclusivo de prestación de servicios de operador para la gestión del parque Oceanogràfic de Valencia; informa CACSA que esta sociedad se encuentra en fase de liquidación, según información del Registro Mercantil a fecha 31 de octubre de 2016.

29. La explotación del Oceanogràfic por Parques Reunidos, S.A. se encuadró en un contrato de gestión de operación que, de acuerdo al denunciante, presentaba puntos de desequilibrio concurrencial, soportados gracias a la financiación pública de CACSA. Estos puntos de desequilibrio consistían en que en la gestión del Oceanogràfic, el operador refacturaba los gastos de explotación a CACSA, mientras que la gestión y explotación de los servicios de restauración, y puntos de venta de merchandising y servicios de catering, eran en exclusiva para el operador, por su cuenta y beneficio.

30. El actual operador del Oceanogràfic es la entidad "AVANQUA OCEANOGRÀFIC- ÀGORA, S.L.", domiciliada en Gran Vía Marqués del Turia no 19, 46005, Valencia y provista de NIF 8-98725252, con un contrato vigente desde el 1 de agosto 2015 hasta el 15 de agosto 2030, a través de un contrato de gestión y explotación de los edificios e instalaciones del Oceanogràfic y el Àgora, y apoyo a Ciudad de las Artes y de las Ciencias, S.A. para la



dinamización de la Ciudad de las Artes y las Ciencias, adjudicado en fecha 5 de junio de 2015. A esta licitación se había presentado el denunciante, en unión con otras entidades, y no se presentó el entonces gestor.

31. El Acuerdo del Consell al que se hace referencia en la denuncia como el marco en el que se ampara la relación entre CACSA y la Generalitat, y por el que se acogían las pérdidas derivadas de la inversión en acciones promocionales y publicitarias “desproporcionadas” sobre el Oceanogràfic, y también de tarifas “antieconómicas”, es un acuerdo por el que se autoriza el convenio de colaboración de 30 de marzo de 1999 entre la Conselleria de Economía, Hacienda y Administración Pública de la Generalitat y CACSA.

32. De acuerdo con la cláusula primera de este convenio de colaboración, es su objeto establecer el marco de financiación que permita a CACSA acometer y finalizar toda ejecución de la actuación Ciudad de las Artes y las Ciencias (L’Hemisfèric, Museo de las Ciencias, Palacio de las Artes, Parque Oceanográfico Universal, y obras anexas o complementarias), así como delimitar el marco jurídico que posibilite a CACSA la disponibilidad de los terrenos, edificaciones y demás derechos que pudieran constituirse sobre los mismos. Así, mientras que a CACSA le corresponde asumir la promoción, organización y gestión de cuanto sea necesario para la preparación, construcción y puesta en funcionamiento de los proyectos de la Ciudad de las Artes y las Ciencias de Valencia, como también su explotación, la Generalitat asume la financiación de todas las inversiones derivadas de su objeto social, mediante subvenciones de capital y, subsidiariamente, con las ampliaciones de capital que sean necesarias para mantener el equilibrio patrimonial de la compañía. La duración está establecida en cincuenta años.

33. El informe pericial aportado con la denuncia -y ratificado en sede judicial- tiene como finalidad acompañar una “solicitud de revisión de la situación creada y adopción de medidas correctoras y/o indemnizatorias” a la Autoridad de la Competencia Valenciana, por la competencia desleal de CACSA, mediante la revisión, comparación y análisis de diversa documentación contable de las entidades CACSA, Parques Reunidos de Valencia, S.A. y la



propia denunciante, así como el cálculo e interpretación de diversos ratios de índole económica.

34. En su apartado de conclusiones, se señala que: *“Por todas las anteriores circunstancias descritas y debido a que PRV para maximizar su cuenta de resultados puede tomar decisiones que no sean las idóneas para la explotación del Parque puesto que es CAC la que en última instancia soporta los resultados de esa explotación y debido también a que el accionista de CAC tiene el compromiso de dar las ayudas y suscribir las ampliaciones de capital necesarias para el mantenimiento de la actividad independientemente de las pérdidas en las que incurra, es nuestra opinión que RFV se encuentra en una situación de desventaja en la explotación de Bioparc Valencia con respecto a la explotación del Parque Oceanográfico”,* y continúa señalando que: *“Entendemos además, que la mencionada explotación del Parque Oceanográfico puede constituir un acto de competencia desleal al lesionar el interés del mercado a través del ejercicio abusivo de la libertad de empresa”.*

35. En la denuncia se concluía también sobre los resultados de este informe pericial en los siguientes términos:

“- Quien obtiene beneficio estable, con fondo de maniobra positivo, es PARQUES REUNIDOS DE VALENCIA, SA., en contra del resultado negativo constante que RAIN FOREST VALENCIA, S.A. ha sufrido en estos ejercicios.

- La CIUDAD DE LAS ARTES Y DE LAS CIENCIAS, S.A., tiene un fondo de maniobra negativo de forma recurrente durante todos los ejercicios analizados con la lógica incertidumbre sobre la capacidad de supervivencia de ambas entidades.

- Las pérdidas de la CIUDAD DE LAS ARTES Y DE LAS CIENCIAS, S.A., son soportadas por la COMUNITAT VALENCIANA que, entre los ejercicios 2005 y 2011, ha suscrito ampliaciones de capital por 667.912 miles de euros, concedido subvenciones por importe superior a 50 miles de euros y prestado garantías sobre casi la totalidad de su pasivo bancario.

- De no ser por este soporte público la CIUDAD DE LAS ARTES Y DE LAS CIENCIAS, S.A. no podría considerarse "empresa en funcionamiento", pues, según el Informe de Sindicatura de Comptes correspondiente al ejercicio 2010, al cierre de ese ejercicio el patrimonio neto de la CIUDAD DE LAS ARTES Y



DE LAS CIENCIAS, S.A. es inferior a las dos terceras partes de su capital, incumpliendo lo dispuesto en el art. 327 LSC, y, por ajustes adicionales, el art. 363, sobre obligada disolución al haber transcurrido más de un ejercicio social en esta situación.

- La explotación de PARC OCEANOGRÁFIC por PARQUES REUNIDOS DE VALENCIA, S.A. da lugar a la obtención por PARQUES REUNIDOS DE VALENCIA, S.A. de unos ingresos y beneficios fijos por el simple hecho de gestionar la explotación del Parque además de unos ingresos variables ligados al resultado neto de explotación. Tiene, por lo tanto, unos ingresos garantizados independientemente del resultado que se obtenga.

- Para la explotación de los servicios de restauración y merchandising que PARQUES REUNIDOS DE VALENCIA, S.A. desarrolla, es positivo que el número de visitantes al Parque sea lo más elevado posible y con la mayor capacidad de gasto posible. Por estas razones y con el objetivo de maximizar su cuenta de explotación a PARQUES REUNIDOS DE VALENCIA, S.A. resultaría de su interés que el precio de las entradas, el número de visitantes y los costes publicitarios no fuesen los adecuados para la explotación del Parque ("mala gestión" del Parque), por cuanto irían ligados a mayores beneficios en su actividad de restauración y merchandising".

36. Rain Forest es la concesionaria de la explotación del complejo Bioparc Valencia, parque zoológico y temático localizado en Valencia y propiedad del Ayuntamiento de Valencia. Entre los servicios que presta Rain Forest como concesionaria se encuentran el servicio de visita a las instalaciones del Bioparc, servicio especial de visitas guiadas educativas dirigido a centros escolares, servicio de restauración a través de diversos espacios y formatos, actividades recreativas y educativas, servicio de venta de souvenirs, servicio de aparcamiento. En torno al 55% de los visitantes proceden del resto de España o tienen origen internacional, siendo el resto originarios o residentes en la Comunitat Valenciana.

37. Señala Rain Forest que las nuevas condiciones de gestión y explotación del Oceanogràfic han reestablecido la normalidad en el mercado, lo cual evidencia la razón de su denuncia en cuanto que, con dinero público y



atentando a la libre concurrencia, se promocionaba la actividad de explotación de Parques Reunidos de Valencia, S.A. en el Parc Oceanogràfic, en perjuicio del Bioparc, explotado por Rain Forest. Así, informa que la tendencia descendente de visitantes y resultados empieza a cambiar desde el momento en que se convoca el concurso en 2014; en 2015 los visitantes del Bioparc aumentan un 6,43% respecto a 2014 y similares incrementos se dan en 2016, tanto en términos de visitantes como de ingresos.

38. De acuerdo a la información aportada por los operadores del mercado relevante, resulta el siguiente cuadro (I) de número de visitantes durante el período 2007-2016 (hasta septiembre) (datos absolutos y relativos) y el cuadro (II) de volumen de negocio (datos absolutos y relativos) en el período 2011-2015:

CUADRO I

INSTALACIÓN	OPERADOR	2007		2008		2009		2010		2011	
..	..	83.739	2%	84.540	2%	90.921	2%	84.884	2%	89.177	2%
..	..	975.326	23%	804.653	18%	645.202	16%	533.189	14%	648.962	16%
OCEANOGRÁFICO	CACSA (AVANQUA OCEANOGRÁFIC- ÁGORA, S.L.)	1.382.883	33%	1.245.931	28%	1.114.373	28%	1.119.429	30%	1.230.091	31%
..	..	217.955	5%	256.786	6%	245.384	6%	213.205	6%	215.821	5%
..	..	131.726	3%	118.320	3%	123.582	3%	114.594	3%	131.728	3%
..	..	405.196	10%	342.778	8%	294.248	7%	265.658	7%	223.003	6%
..	..	27.015	1%	27.897	1%	36.114	1%	33.596	1%	35.981	1%
..	..	773.967	18%	806.241	18%	794.467	20%	772.532	21%	808.871	20%
BIOPARC	RAIN FOREST VALENCIA, S.A.	0	0%	472.287	11%	470.081	12%	417.187	11%	437.082	11%
..	..	56.699	1%	46.744	1%	46.399	1%	48.391	1%	42.939	1%
..	..	101.201	2%	79.013	2%	68.841	2%	68.385	2%	68.067	2%
..	..	16.612	0%	18.616	0%	17.027	0%	6.133	0%	5.743	0%
..	..	28.710	1%	27.356	1%	28.582	1%	25.228	1%	22.905	1%
..	..		0%	34.791	1%	35.987	1%	35.482	1%	34.862	1%
..	..	16.270	0%	16.895	0%	17.972	0%	18.527	0%	18.840	0%
..	..		0%		0%		0%		0%		0%
..	..		0%		0%		0%		0%		0%



..(*)	..										
	..	4.217.299	100%	4.382.848	100%	4.029.180	100%	3.756.420	100%	4.014.072	100%
(*) Datos no disponibles porque la entrada es gratis											

CUADRO I (continuación)

INSTALACIÓN	OPERADOR	2012		2013		2014		2015		2016 (hasta septiembre)	
..	..	97.068	3%	97.168	3%	90.000	3%	90.000	2%	90.000	3%
..	..	563.563	15%	624.931	17%	465.539	13%	516.860	14%	310.400	9%
OCEANOGRÁFICO	CACSA (AVANQUA OCEANOGRÁFIC- ÁGORA, S.L.)	1.044.293	28%	1.059.425	28%	1.002.966	28%	1.091.717	29%	987.221	30%
..	..	214.642	6%	210.435	6%	218.880	6%	223.351	6%	247.371	7%
..	..	116.416	3%	140.551	4%	145.877	4%	143.051	4%	95.399	3%
..	..	231.868	6%	252.921	7%	283.646	8%	308.944	8%	316.300	9%
..	..	33.531	1%	34.831	1%	32.905	1%	31.012	1%	32.065	1%
..	..	723.762	20%	704.442	19%	635.065	18%	613.363	16%	612.159	18%
BIOPARC	RAIN FOREST VALENCIA, S.A.	436.130	12%	407.999	11%	410.633	12%	437.045	12%	367.022	11%
..	..	47.635	1%	47.235	1%	57.335	2%	60.694	2%	59.943	2%
..	..	69.300	2%	121.339	3%	107.848	3%	97.276	3%	102.766	3%
..	..	17.942	0%	14.585	0%	19.336	1%	17.850	0%	14.642	0%
..	..	17.805	0%	23.543	1%	34.008	1%	37.047	1%	32.130	1%
..	..	35.766	1%		0%		0%		0%		0%
..	..	21.441	1%	21.830	1%	19.936	1%	23.534	1%	23.357	1%
..	..		0%		0%	28.820	1%	49.700	1%	33.240	1%
..	..		0%	7.240	0%	9.207	0%	9.589	0%	8.304	0%
.. (*)	..										
		3.671.162	100%	3.768.475	100%	3.562.001	100%	3.751.033	100%	3.332.319	100%
(*) Datos no disponibles porque la entrada es gratis											

CUADRO II

INSTALACIÓN	OPERADOR	2011		2012		2013		2014		2015	
..	..	2.500.000	3%	2.500.000	3%	2.500.000	3%	2.500.000	3%	2.500.000	3%
..	..	17.760.939	20%	15.607.192	19%	14.440.728	18%	11.885.415	15%	12.869.396	15%
OCEANOGRÁFICO	CACSA (AVANQUA OCEANOGRÁFI	31.349.277	36%	26.552.370	33%	25.946.850	32%	25.005.548	32%	27.907.868	33%



	C-ÀGORA, S.L.)										
..	..	3.474.014	4%	3.505.087	4%	3.186.824	4%	3.394.048	4%	3.574.932	4%
..	..	3.040.281	3%	2.778.517	3%	3.476.392	4%	3.299.621	4%	3.394.847	4%
..	..	4.153.275	5%	4.102.366	5%	4.169.430	5%	4.493.329	6%	5.237.704	6%
..	..	86.625	0%	126.431	16%	113.687	0%	109.202	0%	118.000	0%
..	..	14.963.988	17%	14.124.463	18%	15.292.952	19%	16.245.833	21%	16.512.175	19%
BIOPARC	RAIN FOREST VALENCIA, S.A.	8.344.416	9%	7.775.610	10%	7.402.107	9%	7.544.320	10%	8.395.488	10%
..	..	629.988	1%	710.236	1%	686.182	1%	817.648	1%	874.825	1%
..	..		0%		0%	226.591	0%	206.390	0%	243.662	0%
..	..	830.952	1%	1.175.927	1%	1.443.724	2%	1.796.036	2%	2.036.780	2%
..	..	147.352	0%	172.362	22%	152.795	0%	199.647	0%	203.258	0%
..	..	31.070	0%	26.603	3%	31.364	0%	39.645	0%	36.923	0%
..	..		0%		0%		0%		0%		0%
..	..		0%		0%		0%	267.375	0%	587.789	1%
..	..	139.677	0%	115.033	0%	104.114	0%	124.525	0%	134.991	0%
..	..	752.683	1%	806.773	1%	835.937	1%	960.428	1%	1.044.721	1%
.. (*)	..	88.204.537	100%	80.078.970	100%	80.009.677	100%	78.889.010	100%	85.673.359	100%

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Objeto de la Resolución y Normativa aplicable

39. La presente Resolución tiene por objeto la denuncia formulada por RAIN FOREST contra CACSA en los términos señalados en el apartado “Hechos denunciados” de esta resolución.

40. La normativa aplicable al caso es la LDC, artículos 1, 2 y 3, con la necesaria referencia a la Ley 3/1991 de Competencia desleal (LCD) a efectos de analizar el ilícito antitrust referido en el artículo 3 LDC.

Definición del Mercado de referencia

41. La valoración de la conducta denunciada requiere, como paso previo, la definición del mercado relevante, o mercado de referencia, en que aquella se produce. Dicho mercado relevante ha de definirse en dos aspectos: el mercado de producto y el mercado geográfico. De la conjunción de ambos se obtiene el mercado referencia para el caso concreto.



42. En relación al mercado de producto, como señala la “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia” (DO 97/C 372/03), punto 7: *“El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ello”.*

43. Por su parte, en relación con el mercado geográfico, es el punto 8 de la Comunicación referida el que establece que: *“El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos 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 prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.*

44. Por tanto, a fin de poder valorar adecuadamente los hechos objeto de denuncia desde la óptica de la LDC, es necesario enmarcar las conductas desarrolladas por CACSA en un mercado de referencia, en sus vertientes de producto, esto es, la clase de productos o servicios que son objeto de transacción, y geográfico o zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas e interactúan entre sí.

45. Ahora bien, la delimitación del mercado relevante, tal y como se estableció en la primera Resolución de este expediente, no ha sido cuestionada en el proceso de revisión en el orden contencioso-administrativo, por lo que debe considerarse admitido y aceptado. En consecuencia, se reproducen las principales consideraciones realizadas a ese respecto en la Resolución: *“12.- Mercado del producto. Para el denunciante, los hechos objeto de análisis quedan enmarcados en el segmento de actividades de zoológico con temática concreta y especializada (folios 190-191) en una zona determinada por una línea isócrona de unos 200 kms de radio o como máximo 2 horas de desplazamiento en vehículo. Así definido, el mercado estaría conformado por*



cuatro principales operadores/instalaciones: Bioparc Valencia, Oceanogràfic, Terra Natura y Mundo Mar.

13.- Tal y como señala la Subsecretaría, las autoridades de competencia, tanto estatal como comunitaria, han abordado, en el marco de operaciones de concentración, la delimitación del mercado en el sector de servicios prestados en parques de ocio. Así, la CNC distinguió un mercado de parques de atracciones/temáticos, zoológicos y parques de la naturaleza que presentaba las siguientes características: centros de ocio de cierto tamaño; con instalaciones situadas en espacios al aire libre; destinados a un público predominantemente familiar; que requieren cierto desplazamiento (es decir, generalmente no ubicados en el propio casco urbano), en cuya visita se emplea normalmente un día completo (exp. C-0156/09, PARQUES REUNIDOS/FAUNIA...). Dentro del amplio grupo de parques de ocio, la misma CNC, basándose en el precedente comunitario COMP/M.4615 MERLIN / TUSSAUDS, diferenció los «parques de destino» por revestir determinadas características especiales: sus visitas suelen requerir un desplazamiento extraordinario que, en muchas ocasiones, supone una estancia superior a un día; los visitantes presentan mayor predisposición al gasto y su oferta incluye normalmente un mayor número de servicios de restauración, hostelería y merchandising, ofreciéndose además paquetes comerciales que incluyen alojamiento.

14.- La propia Subsecretaría destaca la diversificación que todo este sector ha experimentado en los últimos años, abarcando una gran diversidad de modalidades y clases de negocio que pueden tener un grado significativo de sustituibilidad. Por ello, y siguiendo su propuesta, no parece adecuado proceder a una estrecha delimitación del mercado en el sentido descrito por el denunciante: las actividades de zoológico con temática concreta y especializada. Las diferencias existentes tanto de oferta como de demanda no son tan significativas como para considerar que en este caso constituyen un mercado específico y separado.

15.- Desde el punto de vista de la oferta, y atendiendo al criterio de la sustituibilidad, se observa cómo la empresa que gestiona el Oceanográfico, así



como otras empresas a las que se ha pedido información en la fase de información reservada, explotan diversas clases de instalaciones relacionadas con el ocio, tanto parques zoológicos/parques de la naturaleza como parques temáticos y de atracciones. Ello demuestra que opera, o puede operar, en un mercado no limitado exclusivamente al diseño, construcción y explotación de zoológicos o parques de la naturaleza.

16.- En consecuencia, queda delimitado el mercado del producto en los servicios de ocio ligados a parques de atracciones/temáticos, zoológicos y parques de la naturaleza. El volumen de negocio de este sector se situó en España en 2011 en 555 millones de €, con un crecimiento respecto al año anterior de un 4,1%. Cuenta con 129 parques o instalaciones que visitaron 32,2 millones de personas en 2011.

17.- Mercado geográfico. La dimensión geográfica de los parques de atracciones/temáticos, zoológicos y parques de la naturaleza es de ámbito regional (salvo los que pudieran catalogarse como de destino, con un ámbito nacional o incluso internacional), ya que este tipo de parques son frecuentados en buena parte por la población procedente del entorno regional en que se ubican. Este ámbito regional vendría delimitado por la zona delimitada en un radio de unos 180-200 Kms o un desplazamiento en vehículo de unas dos horas máximo desde Valencia”.

46. En resumen, el mercado de producto queda delimitado en los servicios de ocio ligados a parques de atracciones/temáticos, zoológicos y parques de la naturaleza. Y el mercado geográfico, de ámbito regional, vendría determinado por la zona delimitada en un radio de unos 180-200 Kms o un desplazamiento en vehículo de unas dos horas máximo desde Valencia.

47. Resulta así que existen 23 parques de atracciones/temáticos, zoológicos y parques de la naturaleza en el ámbito geográfico delimitado: AQUARAMA, TERRA MÍTICA, OCEANOGRÁFICO, AQUÓPOLIS TORREVIEJA, AQUÓPOLIS CULLERA DINÓPOLIS, TERRA NATURA, AQUA NATURA, SEGÓBRIGA PARK, AQUALANDIA BENIDORM, MUNDOMAR BENIDORM, BIOPARC, RIOSAFARI ELCHE, SAFARI AITANA, PARQUE MUNDO FANTASÍA, PARQUE ACUÁTICO POLINESIA, PARQUE AVENTURA DÒR,



JARDÍN DEL PAPAGAYO, ACUARIO SANTA POLA, AQUAPARK ROJALES, DINOPARK ALGAR, SALTAPINS AVENTURA y POLA PARK. Estas instalaciones son gestionadas por 18 operadores.

Sobre la existencia de acuerdo colusorio ex artículo 1 LDC

48. El artículo 1 LDC 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 parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

49. En el presente asunto, dos son los “acuerdos” que deben ser objeto de análisis concurrencial por esta Comisión. Por una parte, el “contrato de gestión de operación” celebrado entre CACSA y la sociedad Parques Reunidos S.A.; y, por otra, el convenio suscrito entre la Generalitat y CACSA.

50. En relación al contrato de gestión de operación celebrado entre CACSA y la sociedad Parques Reunidos S.A., la denunciante afirma que el mismo presentaba puntos de desequilibrio concurrencial, soportados gracias a la financiación pública de CACSA. Estos puntos de desequilibrio consistían en que en la gestión del Oceanogràfic, el operador refacturaba los gastos de explotación a CACSA, mientras que la gestión y explotación de los servicios de restauración, y puntos de venta de merchandising y servicios de catering, eran en exclusiva para el operador, por su cuenta y beneficio. Por su parte, respecto al convenio suscrito entre la Generalitat y CACSA, la denunciante considera que se trata del marco por el que se amparaban las



pérdidas derivadas de la inversión en acciones promocionales y publicitarias “desproporcionadas” sobre el Oceanogràfic, y también las tarifas “antieconómicas”.

El convenio suscrito entre la Generalitat y CACSA

51. A efectos de analizar el convenio suscrito entre la Generalitat y CACSA desde la perspectiva concurrencial es necesario empezar recordando que para que exista una “colusión prohibida” en el sentido del artículo 1 LDC tiene que haber, por un lado, algún tipo de entendimiento o de concierto de voluntades entre dos o más personas; y, por otro, ese entendimiento tiene que afectar a la actividad de dos o más empresas.

Como estableció el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de junio de 2007: *“como es sabido, dicho precepto (art. 1 LDC) es aplicable exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales, pero no a las decisiones que cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptadas por un solo sujeto”*.

52. En este contexto, interpretando el concepto “empresa” en el contexto del concepto “acuerdo”, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha consolidado lo que se ha venido a conocer como “el privilegio del grupo”. En virtud de esta doctrina, no existe pluralidad de empresas, en los términos del artículo 101 TFUE, ni del artículo 1 LDC, cuando el entendimiento tiene lugar entre empresas del mismo grupo. Entendiendo por empresa, como establece la Disposición adicional cuarta de la LDC, apartado primero: *“... cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*. Es decir, empresa no en sentido jurídico-privado, sino como operador económico.

53. El denominado “privilegio de grupo” es una especialidad del Derecho de Defensa de la Competencia, europeo y nacional, en virtud del cual la prohibición de prácticas colusorias no es objeto de aplicación cuando nos encontramos ante un supuesto de grupo. El grupo recibe un trato diferente en función del interés tutelado por el Derecho de la competencia. Prima la consideración de actuación como empresa única del conjunto del grupo. El grupo, al equipararse a una empresa unitaria, queda fuera de la aplicación de



la prohibición de acuerdos colusorios. Y si sólo hay una empresa, no hay acuerdo, ya que las normas de la competencia presuponen la pluralidad de miembros en la concertación o colusión de conductas ex artículos 1 LDC y 101 TUE.

54. En efecto, como ya declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, caso Centrafarm, de 31 octubre 1974: *“el artículo 85 no es aplicable a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas pertenecientes al mismo grupo en tanto que sociedad madre y filial, si las empresas forman una unidad económica en cuyo interior la filial no goza de autonomía real para determinar su línea de actuación, y si tales acuerdos o prácticas tienen por finalidad establecer un reparto interno de tareas entre las empresas”*.

Si bien es cierto que la extinta CNC ha considerado que el elemento fundamental para determinar si, entre dos empresas de un mismo grupo, en el que una es matriz y otra filial, se está en presencia de acuerdos o prácticas concertadas de las prohibidas en el artículo 1 de la LDC es la existencia de autonomía real de comportamiento de la filial respecto de la matriz (Resolución de 12 de mayo de 2000, caso Góndolas, Exp. R 408/00). También que lo es que la CNC ha declarado que no existe bilateralidad cuando una empresa es propietaria del 100 por ciento del capital accionario de la otra (Resolución 24 de mayo de 2011, caso Distribuidora Biar, Expte. S/0284/10).

55. En nuestro caso, por tanto, acreditado que CACSA es una empresa pública 100% de la Generalitat, hay que concluir que el convenio suscrito entre la Generalitat y CACSA no entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 LDC en virtud de la doctrina del “privilegio del grupo”.

**El “contrato de gestión de operación” celebrado entre CACSA y la
sociedad Parques Reunidos S.A.**

56. A efectos de analizar desde la perspectiva concurrencial el “contrato de gestión de operación” celebrado entre CACSA y la sociedad Parques Reunidos S.A., hay que empezar recordando que es un hecho acreditado que, desde el inicio de la actividad de L'Oceanografic, CACSA optó por un modelo de gestión externalizado para dicha unidad de negocio, que debe ser calificada como una



“relación de agencia”. Esta calificación es de la máxima importancia a nuestros efectos.

57. La concepción tradicional excluye de la sujeción al Derecho de la Competencia a las relaciones entre agente y principal, en tanto, al actuar el primero en nombre y por cuenta del segundo, no existiría sino un “único centro de imputación de la actuación competitiva”. Y como ya se ha dicho, para que exista una “colusión prohibida” en el sentido del artículo 1 LDC tiene que haber, por un lado, algún tipo de entendimiento o de concierto de voluntades entre dos o más personas; y, por otro, ese entendimiento tiene que afectar a la actividad de dos o más empresas. Por tanto, en principio, la relación de agencia estaría excluida del concepto “acuerdo” entre “empresas” ex artículo 1 LDC.

58. Ahora bien, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la propia Comisión Europea, han modulado –o condicionando- esta exclusión del contrato de agencia de la prohibición de acuerdos colusorios. Si el agente asume “riesgos comerciales o financieros no insignificantes”, en ese caso, el contrato queda sometido a las normas del Derecho de la Competencia.

59. Este criterio de la asunción de riesgos, que ya estaba presente en la Comunicación de la Comisión, de 24 de diciembre de 1962, se ha ido manteniendo, aunque con contenido diverso, en las sucesivas Comunicaciones de la Comisión del 2000 y 2010 en materia de acuerdos verticales (actuales apartados 12 a 21).

60. El fundamento de esta posición lo resume la STJUE de 14 de diciembre de 2006, caso Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, cuando afirma que: *“los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste”*. Se trata, por lo demás, de la doctrina consolidada por el Tribunal de Justicia. Así, entre otras, Sentencias de 20 de octubre de 1995, caso Volkswagen; de 15 de septiembre de 2005, caso DaimlerChrysler; de 14 de diciembre de 2006, caso CEEES; y de 11 de septiembre de 2008, caso CEPSA.



61. Ello exige, en nuestro caso, y con carácter previo a evaluar posibles restricciones de la competencia, calificar si en el contrato suscrito entre CACSA y Parques Reunidos S.A., esta última asume “riesgos comerciales o financieros significativos”. Si se concluye en sentido afirmativo, procederá analizar el acuerdo desde la perspectiva del artículo 1 LDC. Pero si se concluye en sentido negativo, el acuerdo quedaría excluido del ámbito de aplicación del artículo 1 LDC.

62. En atención a la información obrante en el expediente esta Comisión considera que Parques Reunidos no asume “riesgos comerciales o financieros significativos”. De hecho, esta circunstancia es la que subyace en el reproche concurrencial que realiza la propia denunciante. Ello lleva a concluir a esta Comisión que el contrato suscrito entre CACSA y Parques Reunidos S.A., en la medida en que el agente no asume “riesgos comerciales o financieros significativos”, está excluida del ámbito de aplicación del artículo 1 LDC.

Sobre la existencia de abuso de posición dominante ex artículo 2 LDC

63. El artículo 2 LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Así pues, como se observa, el precepto no prohíbe la existencia de la posición dominante, ni tampoco la adquisición de la misma, cuando ésta es resultado de la dinámica competitiva del mercado. Lo que se prohíbe es el abuso de esa posición de dominio. Por tanto, los requisitos del ilícito concurrencial son: a) La existencia de una o varias empresas que tengan una posición de dominio en el mercado; y, b) La explotación abusiva de esa posición.

64. Para determinar si existe una posición dominante es necesaria la delimitación del mercado relevante. Si bien, para determinar la existencia de una posición dominante hay que acudir a dos criterios complementarios jurisprudencialmente requeridos. En primer lugar, que la empresa en cuestión esté en condiciones de ejercitar por sí sola una influencia notable en el mercado. Y, en segundo término, que falte una competencia efectiva por parte de otras empresas.

65. Así puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 febrero 1979, del caso Hoffmann/La Roche, en la que se declara: “*que tal*



posición (de dominio), a diferencia de una situación de monopolio o de "quasi" monopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la firma que se beneficia de ella en situación, si no de decidir, cuando menos de influenciar notablemente las condiciones en las que esa competencia se desarrollará y, en cualquier caso, en situación de comportarse en una amplia medida sin tener que tomar en cuenta esa competencia y sin que, sin embargo, esa actitud le resulte perjudicial".

Por su parte, como estableció el Tribunal de Justicia, en el conocido asunto 27/76, caso United Brands, en su Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, la posición de dominio consiste en una *"posición de fuerza económica disfrutada por una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, al darle la posibilidad de comportarse, de manera apreciable, con independencia respecto de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia, de sus consumidores"*.

66. También resulta conveniente señalar que la Comisión Europea, en su Comunicación sobre "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes" (Diario Oficial n° C 045 de 24/02/2009), señala expresamente que "según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40%".

Existiendo jurisprudencia que presupone la existencia de una posición de dominio cuando la cuota de mercado supere el 50%. Así en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, caso AKZO, se consideró suficiente una cuota del 50 por 100 para concluir en la posición de dominio, confirmada por otros factores, como que AKZO se consideraba asimismo líder mundial y había reconocido contar con la organización comercial más desarrollada.

67. Además, a efectos de determinar la posición dominante, como factor complementario se suele emplear el de la cuota de mercado relativa, esto es, las cuotas comparadas de la empresa y de sus competidores. Su recurso es de



utilidad tanto para determinar la existencia de posición dominante como para excluirla. En efecto, según la jurisprudencia, la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores constituye un indicio válido de posición dominante (Sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión). Por su parte, en la Resolución del extinto TDC, de 19 de febrero de 1997, caso Servicio Navarro de Salud, se niega la posición de dominio en atención las cuotas de mercado de los competidores. En el mismo sentido, Resolución del TDC de 8 de junio de 2004, caso Diario La Región.

68. De la documentación que consta en el expediente, las cuotas de participación de CACSA en el mercado relevante, tal y como se ha definido anteriormente, tanto en términos de volumen de negocio como de número de visitantes, se sitúan claramente por debajo del umbral del 40%.

69. En efecto, en relación al volumen de negocio, éste ha sido relativamente estable, oscilando entre un máximo de 36% y un mínimo de 32%. Existiendo otros operadores, como mínimo dos, con cuotas de mercado superiores al 15% en todo el periodo analizado, llegando en algún momento al 21%.

70. Por su parte, en relación al número de visitantes durante el período 2007-2016, este también ha sido relativamente estable. Ningún año ha bajado del 28%, pero tampoco ha superado el 33%. Existiendo otros operadores, como mínimo dos, con cuotas superiores al 10% en todo el periodo analizado, llegando en algún momento al 20%.

71. En atención a todo lo expuesto, esta Comisión concluye que CACSA no ostenta posición de dominio en el mercado. Y, por tanto, descartada la posición de dominio, no puede existir infracción del artículo 2 LDC.

Sobre el falseamiento de la libre competencia por actos desleales ex artículo 3 LDC

72. El artículo 3 LDC atribuye los órganos competentes en materia de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas capacidad para conocer en los términos que la LDC establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

73. Tres son los requisitos exigidos para que una conducta pueda calificarse de falseamiento de la libre competencia por actos desleales al amparo del



artículo 3 LDC: a) Que exista un acto de competencia desleal; b) Que dicho acto falsee la competencia, en el sentido de que la restrinja, altere o distorsione; y c) Que el acto de competencia desleal afecte al interés público. En este sentido, la concurrencia de un acto de competencia desleal debe resolverse con arreglo a los principios y normas establecidos en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. Por su parte, el requisito de falseamiento no difiere del contenido en los artículos 1 y 2 de la LDC. Más complejo resulta, en cambio, el requisito de la afectación del interés público.

74. El interés público relevante a estos efectos es el concretado en los objetivos políticos de la legislación de defensa de la competencia (RTDC de 7 de junio de 1999, Makro, Exp. 357/99) o, si se prefiere, el relacionado con el orden público económico en cuanto regido por el principio de competencia económica o con la libre competencia como institución (RCNC de 10 de junio de 2009, Signus Ecovalor, Exp. 2741/06)

75. El concepto de interés público, por tanto, debe entenderse referido al modelo económico que se contiene en nuestra Constitución (artículo 38) que se traduce en el mantenimiento de un sistema competitivo eficaz basado en la libertad de competencia. Se trata, en definitiva, de un interés general de la sociedad en el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado. Noción que se contrapone a la del interés particular de los particulares.

76. Ahora bien, la consideración de que las normas de defensa de la competencia forman parte del denominado orden público económico conlleva una serie de consecuencias, entre ellas que las autoridades de defensa de la competencia no deben intervenir en aquellos casos en los cuales las conductas denunciadas sean cuestiones de interés particular irrelevantes para la competencia en el mercado (Resoluciones del TDC de 10 de febrero del 2004, asunto Peña Sagra, y 7 de mayo del 2004, asunto Abastecimiento de agua). En este sentido, sólo el falseamiento que afecta o pueda afectar a la implantación y mantenimiento de la libre competencia y del proceso competitivo es relevante a los efectos del artículo 3 de la LDC, porque sólo ese falseamiento puede comprometer los intereses públicos relativos a la libre competencia.

77. En nuestro caso, Rain Forest denunciaba a CACSA por su “concurrencia desleal” en el mercado por el desarrollo de las actividades del Parc



Oceanogràfic, consistentes en la realización de publicidad y descuentos promocionales de CACSA, financiados con ayudas públicas y/o ampliaciones de capital de la Comunitat Valenciana, con comercialización de entradas con pérdidas financiadas con dichas ayudas públicas o ampliaciones de capital.

78. A efectos de evaluar la conducta denunciada desde la perspectiva de la Ley de Competencia Desleal, y ante la inconcreción de la denunciada formulada, se considera relevante analizar únicamente tres posibles tipos de ilícitos desleales. Los previstos en los artículos 17 LCD –venta a pérdida-, 15 LCD –infracción de normas- y 4 –cláusula general, esto es, actos contrarios a la buena fe objetiva-.

79. El artículo 17 LCD, rubricado “venta a pérdida”, establece que: “1. *Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.* 2. *No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado*”. Como se puede observar, el precepto ni califica el concepto “venta a pérdida” ni declara la deslealtad de esta conducta con carácter absoluto.

80. En el presente asunto, la Comisión no considera que la conducta denunciada realizada por CACSA pueda encuadrarse en ninguno de los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 17 LCD. No hay nada en el expediente que permita concluir que la conducta denunciada sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; ni que tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno; ni tampoco que forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

81. En relación con la infracción de normas concurrenciales ex artículo 15.2 LCD, el precepto establece que: “*Tendrá también la consideración de desleal la*



simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

82. Dada la inconcreción de la denuncia, la Comisión considera relevante evaluar la conducta denunciada desde la perspectiva nuevamente de la prohibición de “venta a pérdida” prevista en el artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

El precepto establece en su apartado primero que: *“...no se podrán ofertar ni realizar ventas al público con pérdida, fuera de los supuestos regulados en los capítulos IV y V del Título II de la presente Ley, a menos que, quien la realice, tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización.*

En todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre Competencia Desleal”.

83. Sin duda, la LOCM entra en el ámbito de aplicación del artículo 15.2 LCD, al ser una ley que tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Ahora bien, conviene recordar que recientemente, el 19 de octubre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -caso Europamur Alimentación, asunto C 295/16- ha declarado que la prohibición de venta con pérdida contenida en el artículo 14 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista es contraria al Derecho de la Unión Europea.

84. Motivo por el cual hay que concluir que tampoco se considera que, en nuestro caso, exista un comportamiento contrario a las normas de competencia desleal. Si la prohibición de venta a pérdida prevista en el artículo 14 LOCM es contraria a Derecho Europeo, su hipotético incumplimiento no puede reputarse desleal desde perspectiva del artículo 15.2 LCD.

85. Por último, el artículo 4 LCD, en su párrafo primero, establece que: *“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.*

Conviene señalar que el artículo 4 LCD es una norma jurídica en sí misma, por lo que es aplicable con independencia de los preceptos que le siguen. Y que su función es declarar la deslealtad de las que no siendo tipificadas en la LCD se consideren “actuaciones incorrectas en el mercado”, en la medida en que esas



conductas distorsionen el correcto funcionamiento del mercado –principio de corrección en el tráfico económico-.

La consideración de la cláusula general como norma dotada de sustantividad propia y que encierra la tipificación de un ilícito desleal ha sido afirmada reiteradamente en la Jurisprudencia. Entre otras muchas, STS 14 de noviembre de 2012: “el art. 5 LCD, en la redacción aplicable al caso (en la actualidad se corresponde con el apartado 1 del art. 4 LCD), cuando prescribe que 'se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe', 'no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley' (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 19/2011, de 11 de febrero), sino que 'tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto' (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre)”.

La buena fe objetiva sirve para imponer a todos los participantes en el mercado una corrección mínima en su forma de actuar. Sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta.

Como estableció la STS 21 de octubre de 2005: "la buena fe a la que se refiere el precepto es la objetiva, en la que se prescinde de la culpabilidad (dolo o culpa) del sujeto, y que como principio rector del ejercicio de los derechos se recoge en el art. 7.1 C.c., tal y como indican, entre otras, las Sentencias de 16 junio 2000 y 15 octubre 2001. La aplicación de esta regla de conducta debe ponderarse en atención al estándar o patrón de comportamiento exigible en el mercado, teniendo en cuenta la libertad de empresa, la protección de la competencia (que es la finalidad de la Ley) y el ámbito objetivo de la LCD concretado en el art. 2º los actos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La buena fe objetiva exige un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad --SS. 25 julio 2000 y 22 febrero 2001--. La competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe del mercado concurrente, o se actúa vulnerando los



elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de los así conseguidos por los demás (SS. 14 julio 2003 y 3 febrero 2005)".

86. En nuestro caso, esta Comisión no considera que la conducta denunciada pueda calificarse jurídicamente como un comportamiento “contrario a la buena fe objetiva” en el sentido descrito, motivo por el que tampoco puede reputarse la deslealtad de la conducta denunciada desde esta perspectiva.

87. La no constatación de un acto de competencia desleal conlleva la no aplicación del artículo 3 LDC, al faltar el primero de sus elementos constitutivos. Si bien, y a mayor abundamiento, esta Comisión considera que tampoco concurre ni el segundo ni el tercero de los requisitos, esto es, falseamiento ni afectación al interés público.

El análisis de la estructura del mercado relevante y la evolución de las cuotas de mercado en un período de tiempo prolongado no conduce a considerar que las conductas denunciadas pudieran haber llegado a ser aptas para afectar “el funcionamiento del mercado de manera significativa”.

Existe una oferta variada, y las cuotas de los 18 operadores presentes se han mantenido estables en todo el período analizado. No hay descensos significativos en las cuotas de participación de estos 18 operadores que pudieran ser tomados como indicio, en tanto que consecuencia, de un comportamiento de deslealtad competitiva. En definitiva, no se aprecia que exista una alteración de la situación de competencia que afecte al interés público en el mercado analizado y, en consecuencia, no queda acreditada una infracción del artículo 3 LDC.

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

- 1) Declarar que no ha resultado acreditada la existencia de infracción de los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de la que sea responsable CACSA en relación a los hechos denunciados por Rain Forest Valencia, S.A.
- 2) Proceder al archivo de las actuaciones, por considerar que no hay indicios de infracción en las conductas analizadas

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que, de acuerdo con el artículo 48.1 LDC, no podrá interponer en contra ningún recurso en vía administrativa, y que podrá interponer únicamente recurso contencioso administrativo de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En Valencia, a 15 de febrero de 2018

LA PRESIDENTA Carmen Estevan de Quesada	
LA VOCAL Carmen Castro García	EL VOCAL Jaume Martí Miravalls