

RESOLUCIÓN DEL EXP. RA 15/2008. HOSTELERÍA DE SANTIAGO DE COMPOSTELA.

Pleno

Sres.:

- D. José Antonio Varela González, Presidente
- D. Fernando Varela Carid, Vocal
- D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, 16 de enero de 2009.

El Pleno do Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, con la composición indicada más arriba y siendo Ponente D. Alfonso Vez Pazos, vocal del TGDC, dictó la siguiente resolución en el Expediente RA 15/2008. Hostelería de Santiago de Compostela (Expediente 15/2008, del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia) tras examinar la propuesta de no incoación del expediente, sobre la denuncia presentada por D. F. M. S., en nombre y representación de la *Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela*, contra diversos establecimientos hoteleros y de restauración de Santiago de Compostela, por presuntas prácticas contrarias a la normativa de defensa de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 6 de agosto de 2008 tuvo entrada en el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (en adelante SGDC) el escrito de denuncia presentado por don Francisco Méndez Senlle, en nombre y representación de la *Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela*, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia llevadas a cabo por varios establecimientos hoteleros y de restauración de Santiago de Compostela. En concreto, la denuncia se formula contra los titulares de los hoteles *Puerta del Camino, AC Palacio del Carmen, Gran Hotel, San Francisco Hotel Monumental, Los Abetos, NH Obradoiro, Pazo de San Lorenzo y Hostal de los Reyes Católicos*. Además de la especificación de estos hoteles -"los infractores más importantes"-, el citado escrito recoge que las prácticas denunciadas también son realizadas por otros

hoteles y restaurantes especializados de Santiago de Compostela, Brión, Teo y Padrón.

2.- Como se recoge en el infome-propuesta del SGDC, los hechos denunciados son los siguientes:

- *"Los hoteles indicados organizan 'desde hace dos o tres años' banquetes, bodas, bautizos,... 'ofreciendo a sus clientes además da comida, música, baile y actuaciones en directo de músicos, grupos musicales, pinchadiscos, etc., acompañados también de un servicio de 'barra libre', hasta las 6 o las 7 de la mañana, por el que acaban convirtiéndose en gigantescas salas de fiestas, salas de baile, salas de conciertos, pubs o discotecas".*
- *Estas conductas son ilegales, ya que los denunciados no cuentan con la licencia de "salón de banquetes", tal e como se exige en el Decreto 242/2004, de 18 de noviembre, por el que se aprueba el Catálogo de actividades recreativas y espectáculos públicos de la Comunidad Autónoma de Galicia, modificado por el Decreto 160/2005, de 2 de junio.*
- *En el supuesto de disponer de esta licencia de "salón de banquetes" solamente podrían desarrollar actividad de baile", no ofrecer actuaciones en directo, ni conciertos, ni sesiones de pinchadiscos. En estos casos estarían infringiendo la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana en la que se considera infracción grave la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización.*
- *Los establecimientos de hostelería nocturna están sometidos a continuas inspecciones y visitas policiales para impedir que realicen actividades para las que no tienen licencia o incumplan horarios de cierre, lo que no ocurre con los establecimientos denunciados. Éstos incumplen lo dispuesto en la Orden de 16 de junio de 2005 por la que se determinan los horarios de apertura y cierre de espectáculos y establecimientos públicos. Sobre esta cuestión, se denuncia la "pasividad, dejación de funciones y desatención de la Policía Local de Santiago" cuando miembros de la Xunta Directiva de la asociación llamaron por teléfono para denunciar los excesos de horarios de los hoteles."*

3.- A juicio del denunciante, los citados hechos constituyen *"una práctica conscientemente paralela, que tiene por objeto o produce el*

efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el término municipal de Santiago de Compostela y comarca y, en particular, consiste en la aplicación de condiciones desiguales, para prestaciones equivalentes que colocan a los competidores en situación desventajosa frente a otros". Así mismo, constituirían actos de competencia desleal ya que los hoteles obtienen una ventaja competitiva mediante la infracción de leyes.

4.- Para el denunciante, los afectados por tales conductas serían todos los establecimientos de hostelería nocturna de Santiago de Compostela y comarca, no sólo los miembros de la asociación denunciante, que representan el 30% de los locales de ocio y entretenimiento nocturno de ese territorio.

5.- Finalmente, el denunciante da cuenta de todas las acciones emprendidas, tanto ante el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, como en la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, aportando copia de las denuncias presentadas por los mismos hechos.

6.- El SGDC, tras determinar la competencia de los órganos autonómicos de defensa de la competencia, en aplicación de los puntos de conexión establecidos 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, inició el trámite de información reservada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 LDC, con objeto de determinar, con carácter preliminar, acerca de la posible existencia de indicios de una práctica prohibida por los artículos 1, 2 o 3 LDC. En este trámite se solicitaron alegaciones a los establecimientos denunciados, así como informe sobre el contenido de la denuncia a las Concejalías de Urbanismo y Vivienda, y de Movilidad, Seguridad Ciudadana y Servicios, del Ayuntamiento de Santiago de Compostela.

7.- Con fecha 26 de septiembre de 2008 tuvo entrada en el SGDC un nuevo escrito del denunciante en el que se aportaba copia de una resolución del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de incoación de expediente de reposición de la legalidad urbanística contra Promociones Turísticas Jacobeas, SA. (Hotel Los Abetos) y copias parciales de las notificaciones de otras resoluciones que afectan a las entidades *Camino Santo, SA. (Hotel Puerta del Camino); Compostela de Alojamientos y Servicios, SA. (Gran Hotel Santiago) y Hotel Obradoiro, S.A. (Hotel NH Obradoiro).*

8.- Como se recoge en el informe-propuesta, las denunciadas presentaron alegaciones, en las que argumentan lo siguiente:

- *“Que las actividades denunciadas no se prestan en estos establecimientos desde hace “2 o 3 años” como se dice en la denuncia, sino desde fechas anteriores (excepto en el Hotel San Francisco, que comenzó sus actividades a finales de 2005), en base a la licencia de hotel con restaurante de la que disponían (licencia de restaurante en el caso del Pazo de San Lorenzo).*
- *Que desde la entrada en vigor del Decreto 160/2005, de 2 de junio, por el que se modifica el Decreto 292/2004, de 18 de noviembre, por el que se aprueba el catálogo de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad Autónoma de Galicia, se regula como independiente la actividad “salón de banquetes”, siendo dudosa la aplicación retroactiva de estas normas ”.*

Algunos establecimientos ya solicitaron, no obstante, la nueva licencia (Pazo de San Lorenzo, Hotel Los Abetos, Hotel NH Obradoiro), mientras que otros comunican que procederán a tramitarla de inmediato (Gran Hotel, Hotel Puerta del Camino, Hotel Monumento San Francisco).

- *Los mercados afectados son distintos, ya que los servicios que prestan los establecimientos de hostelería nocturna y los hoteles, en las celebraciones con comida y baile posterior, son también distintos.”*

9.- Con fecha 20 de octubre de 2008 se recibió en el SGDC la documentación enviada por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, consistente en copias de los expedientes incoados en la Sección de Disciplina Urbanística — Urbanismo contra *Promociones Turísticas Jacobeas, SA. (Hotel Los Abetos); Camino Santo, S.A. (Hotel Puerta del Camino); Compostelana de Alojamientos y Servidos, SA. (Gran Hotel Santiago) y NH Hoteles (NH Obradoiro).*

Los citados expedientes fueron abiertos por denuncia de la misma *Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela*, por inadecuación de las licencias de los hoteles denunciados para ofrecer banquetes con música. Como destaca el SGDC, en los expedientes aparecen informes del jefe de la sección de licencias en los que se indica que:

“ningún local abierto con anterioridad tiene licencia específica de

salón de banquetes". 'Si el restaurante del hotel celebra bodas, como parece ser el caso, deberá solicitar ampliación de la licencia para la actividad de salón de banquetes". También aparecen informes jurídicos sobre si estos hoteles deben contar con licencia de actividad cualificada como inocua o bien como molesta, de acuerdo con lo previsto en el RAMINP (Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas): "... muchos pequeños hoteles cuentan con licencia de actividad inocua y los mayores establecimientos hoteleros cuentan con licencias tramitadas como molestas. Muy pocos son los que no cuentan con licencia en regla para su actividad principal". Si el proyecto de hotel tuviera incluido expresamente el servicio de restaurantes o cafeterías abiertas al público entre los que son objeto de licencia, esta debe tramitarse de acuerdo con el RAMINP. En este informe jurídico se indica también que si la licencia del establecimiento incluye el servicio de restaurante o cafetería, podría servir comidas, pero no celebrar bailes posteriormente. Para ésto requieren licencia específica de salón de banquetes.

Se añade también que:

"Sería conveniente remitir un comunicado a los sectores afectados (asociación de hosteleros, hoteles, comunicado en prensa) que deben solicitar que, además de su licencia de restaurante 'normal', figure en su licencia el uso de salón de banquetes para que pueda seguir celebrando bailes después de las comidas de bodas o primeras comuniones con arreglo a lo dispuesto en el Catálogo de actividades. Es una obligación de los interesados adaptarse al catálogo."

10.-Una vez evaluada la información disponible, el SGDC remitió al TGDC, en fecha 29 de octubre de 2008, la propuesta de no incoar expediente sancionador, con el correspondiente archivo de la denuncia, al no apreciar indicios de infracción de la citada ley.

11.-Este Tribunal deliberó y se pronunció sobre el asunto en su reunión de 15 de enero de 2009.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece en el artículo 49.3 que el Consejo de la Comisión Nacional

de la Competencia podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC, y el archivo de actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley. En virtud de la Disposición Adicional Octava de la misma Ley 15/2007, esta facultad está atribuida también a los órganos de resolución de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, en el caso de Galicia, este Tribunal.

SEGUNDO.- La denuncia se formula contra los titulares de los hoteles *Puerta del Camino, AC Palacio del Carmen, Gran Hotel, San Francisco Hotel Monumental, Los Abetos, NH Obradoiro, Pazo de San Lorenzo e Hostal de los Reyes Católicos* por conductas específicas: *ofrecer a sus clientes, "además de la comida, música, baile y actuaciones en directo de músicos, grupos musicales, pinchadiscos, etc., acompañados también de un servicio de 'barra libre', hasta las 6 o las 7 de la mañana', por el que acaban convirtiéndose en gigantescas salas de fiestas, salas de baile, salas de conciertos, pubs o discotecas"*. En la denuncia también se recoge que estas conductas son realizadas por otros hoteles y restaurantes especializados de Santiago de Compostela, Brión, Teo y Padrón, que no se identifican.

TERCERO.- En esta fase del procedimiento, el análisis a realizar por el TGDC sólo tiene que resolver sobre la existencia, o no, de indicios de infracción de la normativa de defensa de la competencia. Para el Servicio, tales indicios no existen ya que:

- Ambos tipos de establecimientos no son competidores, pues las "actividades de unos y otros no son sustituibles ni intercambiables ni, por lo tanto, constituyen un mismo mercado relevante de producto o servicio".

- El modo de la denuncia es improcedente, ya que "*No puede realizarse una denuncia de modo genérico, seleccionando los denunciados con criterios de relevancia, y sin atribuir conductas concretas a cada uno de ellos*".

- De la denuncia presentada "*no se deduce la existencia de comportamiento plural (colusión), que sería requisito*

indispensable para aplicar este artículo [artículo 1] da lei”.

- Las posibles infracciones en materia de horarios o actividades molestas *"deben resolverse en el ámbito municipal, ya que se trata de competencias propias del Ayuntamiento sobre las que no corresponde pronunciarse a otros órganos administrativos."*

CUARTO.- Para el SGDC, las actividades de unos y otros establecimientos no son sustituibles ni intercambiables, consecuentemente los hoteles y restaurantes denunciados no serían competidores de los establecimientos que representa el denunciante. El TGDC no está de acuerdo con esta apreciación del Servicio por dos razones:

1. Si no fueran competidores no se entiende el sentido de la denuncia, ya que la actividad denunciada no afectaría a los intereses de los establecimientos nocturnos.
2. Si bien es cierto que la competencia entre ambos tipos de establecimientos no acontece en el conjunto de las actividades desarrolladas por los hoteles ni durante todo el tiempo que estos permanecen abiertos, e incluso que tal competencia tiene un carácter asimétrico, ello no significa que no rivalicen por una parte del tiempo de ocio y entretenimiento de los posibles usuarios y por las rentas potencialmente gastadas en ese tiempo.

Evidentemente los establecimientos nocturnos no compiten con los salones de banquetes de los hoteles cuando la boda o la celebración se realiza en horario diurno, ni compiten con ellos en parte de los servicios asociados a tales celebraciones, por ejemplo, en la comida. Pero parece evidente que cuando la celebración se realiza en horario nocturno, una vez finalizada la cena, el acontecimiento festivo puede prolongarse, desarrollándose en ese tiempo actividades de conversación, consumo de bebidas y baile que pueden realizarse en la franja temporal en la que cubren su demanda los establecimientos de hostelería nocturna. En ese espacio temporal en el que ambos tipos de establecimientos permanecen abiertos ofertando servicios de ocio se produce una relación competitiva, ya que los consumidores pueden optar para tal servicio

entre un tipo u otro.

QUINTO.- Para el SGDC, la denuncia es improcedente, ya que *“No puede realizarse una denuncia de modo genérico”*. El Tribunal está de acuerdo con la apreciación del SGDC de la insuficiencia de la denuncia genérica realizada sobre los hoteles y restaurantes especializados de Santiago de Compostela, Brión, Teo y Padrón no identificados. Por el contrario, el Tribunal considera suficientes los elementos de identificación contenidos en la parte específica de la denuncia, ya que en ella se identifica suficientemente un conjunto de establecimientos y unas prácticas concretas.

SEXTO.- Para el Servicio, de la denuncia presentada *“no se deduce la existencia de comportamiento plural (colusión), que sería requisito indispensable para aplicar este artículo [artículo 1] de la ley”*. De acuerdo con el SGDC, el Tribunal considera que los hechos presentados no aportan indicios de infracción del artículo 1.1 LDC, ya que no muestran fijación conjunta de precios, ni reparto de mercado, ni acuerdos sobre otras condiciones comerciales.

SÉPTIMO.- El TGDC también está de acuerdo con el SGDC en que las posibles infracciones administrativas derivadas de la actuación en el mercado sin las licencias necesarias, de incumplimiento de los horarios o de la realización de actividades molestas por parte de establecimientos y espectáculos públicos deben ser resueltas por los organismos competentes, de acuerdo con el Decreto 309/2003, de 11 de julio, que determina el procedimiento aplicable para el ejercicio de la potestad sancionadora en esos casos, y con la Orden de 16 de junio de 2005, sobre horarios de apertura y cierre de espectáculos y establecimientos públicos en la Comunidad Autónoma de Galicia.

Ahora bien, lo anterior no supone que los posibles efectos anticompetitivos, sólo esos, de las conductas denunciadas no puedan ser evaluados por las autoridades de competencia.

OCTAVO.- La cuestión que resta por examinar es si la conducta unilateral de cada uno de los hoteles denunciados es susceptible de ser cualificada como comportamiento

desleal y, además, tiene capacidad para afectar al interés público, lo que infringiría el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

NOVENO.- La calificación de un acto como competencia desleal exige que pueda ser tipificado en relación a alguno de los artículos relevantes de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. Dado que la denuncia tiene que ver con el desarrollo de actividades para las que se carece de licencia y también con el incumplimiento de horarios de cierre, el artículo 15 LCD, relativo a violación de normas, resulta relevante.

El art. 15 LCD, sobre violación de normas, tiene dos apartados:

"1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja tiene que ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial."

Consecuentemente, una conducta que viole una norma que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial debería ser cualificada como desleal, mientras que si la norma infringida no tiene por objeto regular tal actividad, para calificar la conducta como desleal será preciso que la infractora se beneficie de la ventaja competitiva resultante y que la ventaja así obtenida sea significativa.

DÉCIMO.- En el caso examinado, si los establecimientos denunciados dispusieran de la licencia de "salón de banquetes" y, por tanto, ofrecieran de un modo lícito música y baile, y lo hicieran cumpliendo el horario de apertura fijado, su actividad no infringiría la normativa, aunque se pudiera pensar que compiten con ventaja, puesto que lo consumidores ya están en ese espacio, las consumiciones pueden ser más baratas e incluso gratuitas.

DÉCIMO

PRIMERO.- Por el contrario, habrá infracción jurídica por parte de los establecimientos denunciados si estos no pudieran ofrecer baile por carecer de la licencia de "salón de banquete", ya que el Decreto 292/2004, de 18 de noviembre, que

aprueba el Catálogo de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad Autónoma de Galicia, no apartado en el que se identifican las actividades de restauración, en el punto 2.7., se definen estas “a efectos de este catálogo, como las que tienen por objeto la prestación de servicio de bebidas y comida elaborada para su consumo en el interior de los locales. En la categoría de restaurantes (2.7.1.) se identifica la subcategoría 2.7.1.1. “Salones de banquetes: restaurantes destinados a servir comidas y bebidas a un público agrupado, mediante precio concertado, para ser consumidas en fecha y hora predeterminadas en servicio de mesas en el mismo local. Pueden realizar actividades de baile posterior a la comida, siempre que reúnan las debidas condiciones de seguridad e insonorización.”

Y además, la Disposición Transitoria Primera recoge que “A partir de la entrada en vigor del presente Decreto, y durante el plazo de dos años, los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma deberán proceder de oficio a la actualización de las licencias otorgadas con anterioridad para el sólo objeto de adaptar la denominación de cada espectáculo, actividad o tipo de establecimiento, a las denominaciones y definiciones contenidas en el catálogo que mediante esta norma se aprueba.” Y si tales actividades de baile se desarrollan en horario en el que cubren su demanda los establecimientos de hostelería nocturna, podrían estar compitiendo de un modo desleal con éstos.

DÉCIMO

SEGUNDO.- Por otro lado, si los establecimientos denunciados ofrecen música y baile y disponen de la licencia de “salón de banquete” correspondiente, pero tal actividad se desarrolla después de la hora de cierre fijada para los salones de banquetes, estarían también infringiendo la normativa, ya que en lo relativo a los horarios, la Orden de 16 junio de 2005, que determina los horarios de apertura y cierre de espectáculos y establecimientos públicos en la Comunidad Autónoma de Galicia establece:

“Artículo 1. Fijación de horarios

Los espectáculos y fiestas terminarán y los establecimientos públicos podrán ejercer su actividad, como máximo, hasta las horas señaladas que siguen a continuación:

...

2.6.1. Salas de fiestas: 5,30 h.

2.6.2. Discotecas: 5,30 h.

2.6.3. Salas de baile: 5,30 h.

2.6.4. Pubs: 4,00 h.

2.7.1. Restaurantes: 2,30 h.

2.7.1.1. Salones de banquetes: 3.30 h.

2.7.2. Bar, café-bar: 2,30 h.

2.7.3. Cafetería: 3,00 h.

...

Artículo 2. Ampliación del horario máximo

Las noches que van de jueves a viernes, de viernes a sábado, de sábado a domingo y de domingo a lunes, así como las noches anteriores a los festivos y a del festivo, estos horarios serán ampliados media hora (para salones recreativos y de juego esta ampliación será de una hora).

Artículo 4. Tiempo de desalojo

A partir de la hora límite de cierre establecida en los artículos 1 y 2, no se permitirá el acceso a los establecimientos a ningún cliente, no se servirá ninguna consumición y dejará de funcionar la música ambiental, es decir, finalizarán todas las actividades que se están desarrollando y se encenderán todas las luces para facilitar el desalojo de los establecimientos o recintos, que deberán quedar vacíos de público en el plazo máximo de treinta minutos."

Por tanto si los establecimientos denunciados, aún contando con la licencia correspondiente a "salones de banquetes" permanecen abiertos después de las 3,30 horas o, en caso de las noches que van de jueves a viernes, de viernes a sábado, de sábado a domingo y de domingo a lunes, así como las noches anteriores a los festivos y la del festivo, después de las 4,00 horas, estarían incumpliendo normas y, por tanto, potencialmente en el intervalo 4,00 h. – 6,00 h. podrían estar compitiendo, de un modo desleal con los establecimientos de hostelería nocturna.

DÉCIMO

TERCERO.- Dado que de acuerdo con el SGDC, "es de interés destacar que en el informe jurídico del jefe de sección de Licencias del Ayuntamiento de Santiago de Compostela se indica: Sería conveniente remitir un comunicado a los sectores afectados (asociaciones de hosteleros, hoteles, comunicando en prensa) que deben solicitar que, además de su licencia de restaurante normal', figure en su licencia el uso de salón de banquetes.. " y, además, que: "*ningún local abierto con anterioridad tiene licencia específica de salón de banquetes*", parece evidente la existencia de indicios de infracción de ley. Y de nuevo, si bien su control es competencia municipal, como señala el Servicio, si tales infracciones pueden tener efectos anticompetitivos, pueden y deben ser evaluadas por las autoridades de competencia.

DÉCIMO

CUARTO.- Finalmente, en lo relativo a la afectación al interés público de los supuestos comportamientos desleales, este Tribunal considera que, de los posibles criterios de evaluación de tal afectación, solamente resulta pertinente en este caso el posible efecto de expulsión de competidores, sobre el cual el expediente no muestra información suficiente.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMEIRO.- No admitir la propuesta del SGDC de no incoar expediente sancionador por las conductas denunciadas por D. F. M. S., en nombre y representación da *Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela*, contra diversos establecimientos hoteleros y de restauración de Santiago de Compostela, por presuntas prácticas contrarias á competencia.

SEGUNDO.- Instar al SGDC a que amplíe su investigación y que concretamente:

1. Verifique si los establecimientos denunciados disponen de la licencia administrativa de "salones de banquetes" (epígrafe 2.7.1.1. del catálogo recogido en el Decreto

292/2004, de 18 de noviembre, modificado por el Decreto 160/2005, do 2 de junio), e desde cando disponen de la misma.

2. Verifique si existen actas de la autoridad municipal, desde la entrada en vigor del Decreto 292/2004, de 18 de noviembre, relativas a la infracción del horario de cierre de cada uno de los establecimientos denunciados, en horas en que legalmente ofertan sus servicios los establecimientos de hostelería nocturna. En el caso de que tales actas existan, informe sobre el contenido de las mismas.
3. Informe sobre la evolución del número de establecimientos de hostelería nocturna de Santiago de Compostela desde el año 2003 hasta el 2008.
4. Informe sobre cualquiera otro aspecto que considere de interés para la adecuada evaluación del caso.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, e notifíquese a los interesados, informándoles de que contra ella no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los actos que procedan cuando este Tribunal dicte Resolución definitiva.