CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

REQUERIMIENTO PREVIO DIRIGIDO AL CONSEJERO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y MEDIO AMBIENTE DE LA COMUNIDAD DE ARAGÓN EN RELACIÓN CON LA ORDEN DICTADA EL 14 DE DICIEMBRE DE 2020 EN EL EXPEDIENTE DE REFERENCIA 6V (312/20) POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR LA SOCIEDAD KAIHOPARA SKI SCHOOL S.L CONTRA LA ANTERIOR RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR DEL SERVICIO PROVINCIAL DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y MEDIO AMBIENTE DE HUESCA DE 21 DE ENERO DE 2020 DENEGATORIA DE UN APROVECHAMIENTO FORESTAL EN EL MONTE EN EL MONTE DE UTILIDAD PÚBLICA HU-300 DENOMINADO "FORMIGAL Y LA MONTAÑA".

Expediente: UM/008/21

PLENO

Presidenta
Dª Cani Fernández Vicién

Vicepresidente
D. Ángel Torres Torres

Consejeros
Dª María Ortiz Aguilar
D. Mariano Bacigalupo Saggese
Dª María Pilar Canedo Arrillaga
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xavier Ormaetxea Garai
Dª Pilar Sánchez Núñez
D. Carlos Aguilar Paredes
D. Josep Maria Salas Prat

Secretario
D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 17 de marzo de 2021

Mediante el presente escrito, en ejercicio de las competencia que le atribuye el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), el **PLENO** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, viene a formular **REQUERIMIENTO PREVIO a la interposición de recurso contencioso-administrativo** contra la Orden dictada el 14 de diciembre de 2020 por el Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente en el expediente de referencia 6v (312/20)

por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la sociedad Kaihopara Ski School S.L. (en adelante, Kaihopara) contra la anterior resolución del Director del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca de 21 de enero de 2020 (véanse como **ANEXOS 1 y 2** la Orden de 14.12.2020 y la Resolución de 21.01.2020), denegatoria de un aprovechamiento forestal en el Monte de Utilidad Pública HU-300, denominado "Formigal y La Montaña".

HECHOS

PRIMERO. - Mediante escrito presentado en fecha 22 de enero de 2021, la sociedad Kaihopara solicita a esta Comisión la interposición de recurso contencioso-administrativo especial del artículo 27 LGUM contra la disposición y resolución administrativas antes citadas.

A juicio del reclamante, la denegación a Kaihopara de un aprovechamiento forestal temporal recreativo en el Monte de Utilidad Pública HU-300, denominado "Formigal y La Montaña" (en adelante, MUP 300), para impartir allí la enseñanza de deportes de invierno constituye un acto administrativo contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

El reclamante considera que la existencia de una previa concesión de "uso privativo" para la enseñanza del esquí en el MUP 300, adjudicada por el Ayuntamiento de Sallent de Gállego a la Escuela Española de Esquí (EEE) en el año 1988 por un período de cincuenta años (hasta 2038) no debería ser un obstáculo para otorgar el aprovechamiento forestal a Kaihopara. El reclamante estima que la concesión otorgada no debería interpretarse como "exclusiva" y "excluyente" de otros derechos, como el aprovechamiento solicitado por Kaihopara.

SEGUNDO. – Mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2021, la CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA PROVINCIA DE HUESCA-CEPYME, solicita a esta Comisión la interposición del recurso especial del artículo 27 LGUM contra la misma Orden indicada en el Antecedente anterior.

TERCERO.- Con anterioridad, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM), en el marco del expediente 28/20005, dictó informe de fecha 20 de abril de 2020 en el que concluía que:

> *En este caso, si bien está justificada la existencia de un régimen de autorización para el acceso a la enseñanza de deportes de nieve en un monte público, y existe una RIIG a proteger, la autoridad competente debe justificar el nexo causal y la proporcionalidad de limitar el número de operadores económicos a uno solo.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - ACTO OBJETO DEL REQUERIMIENTO Y MOTIVOS PARA SU FORMULACION.

El presente requerimiento se formula contra la Orden dictada el 14 de diciembre de 2020 por el Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente en el expediente de referencia 6v (312/20) por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la sociedad Kaihopara Ski School S.L. contra la anterior resolución del Director del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca de 21 de enero de 2020 (véanse como **ANEXOS 1 y 2** la Orden de 14.12.2020 y la Resolución de 21.01.2020).

A juicio de esta Comisión, los principales motivos que fundamentan el presente requerimiento son los siguientes:

A) Todos los actos administrativos, inclusive el otorgamiento de concesiones administrativas o de aprovechamientos forestales sobre montes de utilidad pública, deben interpretarse de acuerdo con los principios de la LGUM, según se prevé en el artículo 9 LGUM.

B) La denegación de un aprovechamiento forestal a Kaihopara por supuesta incompatibilidad con la previa concesión administrativa a la entidad EEE, debería haberse basado en alguna o algunas de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009. Así lo señaló la SECUM en su Informe 28/20005 de fecha 20 de abril de 2020

C) El Tribunal de Defensa de la Competencia aragonés, en su Acuerdo 1/2020 de 29 de mayo de 2020[1] (expediente 04/2019), ha señalado que impedir la entrada de otras escuelas de esquí en Formigal elimina la competencia en el mercado de la enseñanza de deportes de invierno, sin apreciarse ningún objetivo público legítimo.

D) El Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 2012 (RC 5924/2009), declara la compatibilidad de la concesión otorgada sobre bienes de dominio público con otros usos o aprovechamientos, siempre que se cumplan las finalidades de gestión de los bienes públicos (servicio del interés general), no se produzcan afecciones negativas sobre los derechos del primer concesionario y todo ello redunde en una mayor eficiencia económica de la explotación del bien demanial.

E) El artículo 79.2 de la Ley de Montes de Aragón habilita al Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente para autorizar, mediante resolución motivada, un aprovechamiento en montes de utilidad pública que no haya sido incluido previamente en el Plan Anual de Aprovechamientos.

[1] http://www.tdca.es/resolucion-1-2020/.

SEGUNDO. - LEGITIMACIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA PARA FORMULAR REQUERIMIENTO PREVIO.

El artículo 127bis de la LJCA, en consonancia con el artículo 27 de la LGUM, prevé que cuando la CNMC considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la citada LGUM, podrá presentar el recurso contencioso-administrativo.

La CNMC entiende, por los motivos arriba expuestos, que está legitimada para impugnar la disposición y resolución antes citadas.

Partiendo de esta apreciación, y teniendo en cuenta que el artículo 44 de la LJCA prevé que *"cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada*", la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para realizar el presente requerimiento previo.

El Tribunal Supremo ha confirmado la aplicación del artículo 44 de la LJCA en el procedimiento especial del artículo 27 LGUM en sus Sentencias de 4 de junio de 2018 (recurso 438/2017) y 23 de junio de 2020 (RC 1371/2019).

TERCERO. - VULNERACIÓN POR PARTE DE LAS DISPOSICIONES REQUERIDAS DE LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5 LGUM.

3.1) Alcance de la restricción impuesta.

Tal y como señala el Tribunal de Defensa de la Competencia Aragonés en su Acuerdo 1/2020 de 29 de mayo de 2020[2] (expediente 04/2019) la restricción tiene un alcance máximo, puesto que no solo impide la enseñanza de deportes de invierno a la empresa reclamante sino a cualquier otra empresa distinta de la entidad EEE, titular de la concesión primera y única sobre el monte de utilidad pública.

3.2) Normativa aplicable sobre concesiones y aprovechamientos forestales en montes de utilidad pública.

El artículo 69.1 de la Ley de Montes de Aragón (Decreto Legislativo 1/2017, de 20 de junio) define concesión en los montes de dominio público forestal en los siguientes términos:

[2] http://www.tdca.es/resolucion-1-2020/.

la cesión de uso que implique su utilización privativa mediante cualquier tipo de obra o instalación de carácter fijo, sin que pueda exceder de un plazo de treinta años, y sin perjuicio de su prórroga bajo los límites que establezca a tal fin la legislación básica estatal en materia de patrimonio.

Por su parte, el artículo 69.3 de la misma Ley conceptúa el aprovechamiento forestal como

toda explotación del monte o de sus recursos renovables o no renovables, cualquiera que sea su finalidad, siempre que implique una actividad que tenga valor de mercado o que exija el pago de un precio o contraprestación económica por su realización.

Por su parte, en el artículo 15 de la Ley estatal 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, distingue entre régimen de autorización y concesión, dependiendo de la naturaleza del uso (no privativa o privativa).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de octubre de 2012 (RC 5924/2009), declara la compatibilidad de la concesión otorgada sobre bienes de dominio público con otros usos o aprovechamientos solicitados posteriormente, siempre que se cumplan las finalidades de gestión de los bienes públicos (servicio del interés general), no se produzcan afecciones negativas sobre los derechos del primer concesionario y todo ello redunde en una mayor eficiencia económica de la explotación del bien demanial.

En el artículo 79 de la Ley de Montes de Aragón se prevé que:

1. El departamento competente en materia de medio ambiente o, en su caso, la comarca correspondiente, establecerán las condiciones técnico-facultativas que hayan de regir la adjudicación y explotación de los aprovechamientos en los montes catalogados, y que se ajustarán en lo económico a la legislación en materia de patrimonio y de contratación administrativa que resulte en cada caso de aplicación.

2. Las referidas condiciones técnico-facultativas constarán en el plan anual de aprovechamientos, que concretará para cada monte catalogado, de acuerdo con lo dispuesto en el instrumento de gestión forestal previsto en el artículo 64 de la presente ley, la relación de los que han de realizarse para ese periodo de tiempo.

(…)

6. Excepcionalmente, mediante resolución motivada, el departamento competente en materia de medio ambiente podrá autorizar la realización de aprovechamientos en montes catalogados no contemplados en el correspondiente plan anual.

Por tanto, en este caso, y aunque el aprovechamiento solicitado por la Kaihopara no haya sido incluido en el Plan Anual de Aprovechamientos incluido en el apartado 79.2 de la misma Ley, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Aragón está facultado para autorizar la realización del citado aprovechamiento.

3.3) Análisis del asunto desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y del artículo 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Del artículo 2 LGUM en relación con la letra b) del Anexo de la misma norma se desprende que la LGUM se aplica a "cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios".

Por tanto, y siendo la actividad de enseñanza de deportes de invierno una actividad económica, le resulta de plena aplicación las disposiciones de la LGUM.

En lo que se refiere al principio de necesidad y proporcionalidad, el artículo 5 de la LGUM los define de la siguiente manera:

> *1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*
>
> *2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.*

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que recoge los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

En cuanto a la necesidad de la restricción, ésta debe motivarse en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por remisión al mismo del artículo 5 LGUM. El citado artículo 3.11 define "razón imperiosa de interés general" como:

> *"razón definida e protección interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude,* ***la protección del medio ambiente*** *y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e*

industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural."

Por su parte, el artículo 17.1.c) de la LGUM prevé la necesidad de autorización previa:

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

Y, precisamente, en la página 28 de la Orden objeto de requerimiento, amparándose en el artículo 17.1.c) transcrito, se dice textualmente lo siguiente:

Por tanto, la concesión de uso privativo en monte demanial, en la medida en que está contemplada en la normativa forestal, tanto estatal (Ley 43/2033, de 21 de noviembre, de Montes), como autonómica (Decreto legislativo 1/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Montes) supone un límite a la libre prestación de servicios por los operadores económicos.

Sin embargo, y como acertadamente señaló la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM), en su Informe 28/20005 de fecha 20 de abril de 2020, una cosa es la justificación de la necesidad del régimen de autorización previa del uso o aprovechamiento sobre bienes de dominio público y otra muy distinta es el hecho que solamente se autorice a un solo operador económico:

En este caso, si bien está justificada la existencia de un régimen de autorización para el acceso a la enseñanza de deportes de nieve en un monte público, y existe una RIIG a proteger, la autoridad competente debe justificar el nexo causal y la proporcionalidad de limitar el número de operadores económicos a uno solo.

De hecho, en la página 26 de la Orden objeto de requerimiento se llega a admitir la posible compatibilidad entre la concesión de EEE y el aprovechamiento forestal recreativo solicitado por Kaihopara, rechazándose únicamente el otorgamiento por razones competenciales:

Si bien es claro que podría reconocerse la compatibilidad de usos, en el sentido de que el aprovechamiento recreativo puede ser realizado, a la vez, por una o más empresas "siempre que no suponga un menoscabo a los valores naturales por los que se declara el monte como de utilidad pública", lo que en ningún caso cabe es que, tal como concluye el recurrente en la alegación primera de este recurso (página 29 in fine), sea la Comunidad Autónoma la que autorice el uso pretendido por Kaihopara

Sin embargo, como señalábamos antes en el presente requerimiento, el artículo 79.6 de la Ley de Montes de Aragón faculta expresamente a la Comunidad Autónoma, a través de esta Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, para otorgar aprovechamientos forestales.

Por todo ello,

SE DIRIGE **AL CONSEJERO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y MEDIO AMBIENTE** el presente escrito y, con él, se formula en tiempo y forma **REQUERIMIENTO PREVIO a la interposición de recurso contencioso-administrativo** para que se proceda, previos los trámites oportunos, a anular y dejar sin efecto la Orden dictada el 14 de diciembre de 2020 por el Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente en el expediente de referencia 6v (312/20) por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la sociedad Kaihopara Ski School S.L. (en adelante, Kaihopara) contra la anterior resolución del Director del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca de 21 de enero de 2020 (véanse como **ANEXOS 1 y 2** la Orden de 14.12.2020 y la Resolución de 21.01.2020), denegatoria de un aprovechamiento forestal en el Monte de Utilidad Pública HU-300, denominado “Formigal y La Montaña”.

Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Aragón
Plaza San Pedro Nolasco, 7
50001 Zaragoza (Zaragoza)

Voto particular que formula el Consejero D. Mariano Bacigalupo Saggese, al que se adhieren los consejeros D. Bernardo Lorenzo Almendros y D. Xavier Ormaetxea Garai, en relación con el Acuerdo del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 17 de marzo de 2021, por el que se formula requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, de 14 de diciembre de 2020, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la sociedad Kaihopara Ski School S.L. contra la Resolución del Director del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca, de 21 de enero de 2020, por la que se deniega un aprovechamiento forestal en el Monte de Utilidad Pública HU-300, denominado "Formigal y La Montaña".

Antecedentes

Mediante escrito presentado el 19 de enero de 2021 por KAIHOPARA SKI SCHOOL, S.L., entidad dedicada a la enseñanza de deportes de invierno, se solicita a esta Comisión la interposición del recurso especial del artículo 27 LGUM contra la Orden del Consejero de Agricultura Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, de 14 de diciembre de 2020, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por Kaihopara contra la Resolución del Director del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca, de 21 de enero de 2020, que, a su vez, desestimó la solicitud de Kaihopara, de fecha 16 de diciembre de 2019, para que se le autorizase el ejercicio de la actividad de enseñanza de deportes de invierno en el Monte de Utilidad Pública HU-300, denominado "Formigal y La Montaña".

Tanto la solicitud inicial como el recurso de alzada fueron desestimados en atención a que sobre el citado monte existe una cesión en exclusiva a favor de la Escuela Española de Esquí de Formigal otorgada por el Ayuntamiento de Sallent de Gállego mediante una concesión de uso privativo de fecha 21 de octubre de 1988.

La legalidad de la citada concesión, que se otorgó por un plazo de 50 años, fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón mediante Sentencia 982/1989, de 21 de diciembre.

A juicio de la reclamante, la Orden de 14 de diciembre de 2020, al denegarle la autorización de la actividad de enseñanza de esquí en el indicado monte demanial en atención a la existencia de una concesión de uso privativo previamente otorgada a un tercero, resulta contraria a diversas previsiones de la LGUM.

Decisión mayoritaria de la que se discrepa

El Pleno del Consejo de la CNMC ha acordado por mayoría dirigir al Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón un requerimiento previo a la interposición de un recurso contencioso-administrativo para que proceda a anular la Orden dictada el 14 de diciembre de 2020 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la sociedad Kaihopara contra la Resolución del Director del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca, de 21 de enero de 2020, por la que se deniega un aprovechamiento forestal en el Monte de Utilidad Pública HU-300, denominado "Formigal y La Montaña".

Los principales motivos que fundamentan el requerimiento son los siguientes:

> *"A) Todos los actos administrativos, inclusive el otorgamiento de concesiones administrativas o de aprovechamientos forestales sobre montes de utilidad pública, deben interpretarse de acuerdo con los principios de la LGUM, según se prevé en el artículo 9 LGUM.*
>
> *B) La denegación de un aprovechamiento forestal a Kaihopara por supuesta incompatibilidad con la previa concesión administrativa a la entidad EEE, debería haberse basado en alguna o algunas de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009. Así lo señaló la SECUM en su Informe 28/20005 de fecha 20 de abril de 2020.*
>
> *C) El Tribunal de Defensa de la Competencia aragonés, en su Acuerdo 1/2020 de 29 de mayo de 2020 (expediente 04/2019), ha señalado que impedir la entrada de otras escuelas de esquí en Formigal elimina la competencia en el mercado de la enseñanza de deportes de invierno, sin apreciarse ningún objetivo público legítimo.*
>
> *D) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de octubre de 2012 (RC 5924/2009), declara la compatibilidad de la concesión otorgada sobre bienes de dominio público con otros usos o aprovechamientos, siempre que se cumplan las finalidades de gestión de los bienes públicos (servicio del interés general), no se produzcan afecciones negativas sobre los derechos del primer concesionario y todo ello redunde en una mayor eficiencia económica de la explotación del bien demanial.*
>
> *E) El artículo 79.2 de la Ley de Montes de Aragón habilita al Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente para autorizar, mediante resolución motivada, un aprovechamiento en montes de utilidad pública que no haya sido incluido previamente en el Plan Anual de Aprovechamientos."*

Razones de nuestra discrepancia

A nuestro juicio, el requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo del que discrepamos encubre en realidad, pese a que se dirige formalmente contra un acto de la Administración autonómica, una suerte de impugnación *indirecta* -extemporánea e inadmisible- de una concesión demanial firme de uso privativo otorgada hace 32 años por el Ayuntamiento de Sallent de Gállego de conformidad con la legislación de montes (tanto estatal como autonómica) y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

En efecto, el objeto material real de la impugnación no es el acto (autonómico) contra el que se dirige el requerimiento previo, sino la concesión (municipal) firme cuya naturaleza privativa y efectos excluyentes (aún hoy vigentes) la Administración autonómica no puede desconocer al resolver la solicitud de un aprovechamiento forestal (concurrente) en el Monte de Utilidad Pública HU-300. La eventual autorización de un aprovechamiento concurrente a favor de la solicitante (Kaihopara) por parte de la Administración autonómica comportaría *de facto* privar a la concesión de su naturaleza privativa y efectos excluyentes [expresamente habilitados por los artículos 15.5.b) de la Ley estatal de montes y 70.2.b) del Texto Refundido de la Ley de montes de Aragón], es decir, implicaría de hecho la revocación o el rescate -siquiera parcial- de la concesión de uso privativo otorgada en su día por el Ayuntamiento de Sallent de Gállego, una medida (que, por cierto, tendría carácter expropiatorio por entrañar la privación de un derecho patrimonial consolidado) para cuya adopción solo es competente el Ayuntamiento otorgante de la concesión (y no la Administración autonómica). Resulta notorio, por tanto, que la medida cuya adopción requiere la CNMC a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón produciría "afecciones negativas sobre los derechos del primer concesionario", en términos de la STS invocada. En todo caso, ninguna Administración debe requerir o invitar a otra a adoptar medidas que no son de su competencia, ni a ignorar o inaplicar, por su propia autoridad, normas con rango de ley (en este caso, los artículos 15 de la Ley estatal de Montes y 70 del Texto Refundido de la Ley de Montes de Aragón), es decir, a prescindir del principio de legalidad por entender que dichos preceptos legales vulneran el principio de libre competencia.

De ahí precisamente que el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón se haya limitado en el acuerdo que sobre este mismo asunto ya tuvo ocasión de adoptar el pasado día 29 de mayo de 2020 a *"recomendar al Ayuntamiento de Sallent de Gállego que revise de oficio la concesión en favor de la Escuela Española de Esquí de Formigal, eliminando los aspectos de la misma restrictivos de la competencia, en particular su carácter exclusivo y excluyente"*.

En suma, el requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo del que discrepamos:

(i) encubre una suerte de impugnación indirecta –extemporánea e inadmisible- de una concesión demanial firme, así como el cuestionamiento incidental de la validez de las leyes de montes (estatal y autonómica) que amparan su carácter privativo o exclusivo (la legitimación activa para impugnar actuaciones administrativas lesivas de las libertades de circulación y de establecimiento que la CNMC ostenta ex artículo 27 LGUM no se extiende naturalmente a las normas con rango de ley), y

(ii) exige de la Administración autonómica una conducta contraria a derecho, a saber: desconocer la naturaleza y efectos privativos de la citada concesión municipal y privarla de los mismos mediante el otorgamiento de una autorización (autonómica) concurrente a favor de un tercero que comportaría *de facto* la revocación o el rescate de la concesión municipal de uso privativo, una medida para la que la Administración autonómica carece de competencia.

Quienes suscribimos el presente voto particular consideramos, por tanto, que el Pleno del Consejo de la CNMC debería haber desestimado la solicitud de impugnación formulada por Kaihapora siguiendo el criterio expresado por la Asesoría Jurídica de la CNMC en su nota-informe elevada a la sesión del Pleno del día 24 de febrero de 2021, cuyos términos fueron los siguientes:

> *"Esta cuestión ha sido anteriormente analizada tanto por la SECUM como por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Aragón.*
>
> *Por un lado, la SECUM, en su informe 28/20005 de 20 de abril de 2020, reconoce la existencia de una razón de interés general para someter la actividad a un régimen de autorización previa (pero no de concesión, como el actual) con base al artículo 17.1.c) LGUM, aunque exige que la autoridad competente justifique el nexo causal y la proporcionalidad de limitar el número de escuelas de deportes de invierno a una sola (Escuela Española de Esquí). Sin embargo, en su informe, la SECUM no aclara cuál es la autoridad competente responsable de la cuestión, esto es, si el Ayuntamiento de Sallent de Gállego (titular registral del Monte) o bien el Departamento de Medio Ambiente de Aragón. Esta cuestión sí es aclarada por el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón y también se desprende de la normativa sectorial aplicable.*
>
> *Por otro lado, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, en su Acuerdo 1/2020 de 29 de mayo de 2020 (expediente 04/2019) admite expresamente la existencia de un "cierre de mercado", al autorizarse únicamente*

la concesión de una escuela de esquí en Formigal. De hecho, en el informe (página 68) declara que "la enseñanza del esquí debe desarrollarse en un marco competitivo", debiendo las Administraciones abstenerse de introducir "barreras injustificadas". No obstante, también es cierto que en la página 70 de su resolución declara que lo procedente sería que el solicitante requiriera al Ayuntamiento de Sallent de Gállego (y no la Comunidad Autónoma) para que acomodara la concesión a la legalidad en materia de competencia y, en caso contrario, interpusiera procedimiento contencioso.

Al analizar la normativa aplicable en materia de montes, se observa que las concesiones administrativas en exclusiva, como la otorgada en su día a la Escuela Española de Esquí, están expresamente previstas tanto en el artículo 15 de la Ley estatal 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes como en los artículos 70 y 71 del Texto Refundido de la Ley de Montes de Aragón (TRLMA) aprobada por el Decreto Legislativo 1/2017, de 20 de junio. A esta circunstancia se une el hecho de que la concesión ha sido declarada conforme al ordenamiento jurídico por el TSJ de Aragón, como se ha señalado anteriormente.

Por ello, a pesar de constatar la existencia de un cierre del mercado como consecuencia de la concesión en exclusiva a favor de la Escuela Española de Esquí de Formigal, no se aprecian motivos para poder atender la solicitud de impugnación.

La única alternativa posible sería que el Ayuntamiento de Sallent de Gállego, como titular registral del monte- acordase revisar el régimen de concesión aplicable al mismo de acuerdo con los principios de competencia y unidad de mercado."

Madrid, a 17 de marzo de 2021

Fdo.: Mariano Bacigalupo Saggese

Consejero de la CNMC