

Roj: SAN 4045/2007
Id Cendoj: 28079230062007100421
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 697/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ARCHIVO DE LA DENUNCIA CONTRA EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ POR SUPUESTO ABUSO DE POSICION DE DOMINIO POR PRECIOS PREDATORIOS Y POR COMPETENCIA DESLEAL.

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de mayo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 697/05, se tramita a instancia de la entidad ASOCIACION DE EMPRESARIOS DEPORTIVOS DE ALAVA (AEDA) DE VITORIA-GASTEIZ, representada por la Procuradora Dña. Aurora Gómez-Villaboa Mandri, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 4 de noviembre de 2005, sobre denuncia presentada por competencia desleal; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, habiéndose personado como codemandado el AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ representado por la Procuradora Dña. Paloma Solera Lama; siendo la cuantía del mismo Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 13 de diciembre de 2005, este recurso respecto de los actos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "Que tenga por presentado este escrito de demanda con sus copias y previos los trámites legales sea estimada, declarando no ser conforme a derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 4 de Noviembre de 2005 y en consecuencia la anule, declarando que al Excmo. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por su actuación es merecedor del correspondiente trámite por Competencia Desleal y Abuso de Posición, con expresa condena a costas a la parte demandada si se opusiere

Se fija la cuantía del presente recurso en indeterminable."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "tenga por contestada la demanda, con

devolución de expediente administrativo y desestime el presente el recurso contencioso administrativo declarando la resolución administrativa impugnada conforme a Derecho."

3 Mediante diligencia de ordenación de 26 de julio de 2006 se dio traslado a la Procuradora Dña. Paloma Solera Lama, en representación del codemandado AYUNTAMIENTO DE VITORIA- GASTEIZ, para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma en el que literalmente dijo: "Tenga por contestada la demanda con devolución del expediente administrativo y desestime el presente recurso contencioso administrativo declarando la resolución administrativa impugnada conforme a derecho, así mismo suplico que siendo la cuestión que se dirime netamente jurídica no es necesario el recibimiento del pleito a prueba sobre la cuestión planteada por la parte recurrente máxime cuando versa sobre una cuestión que es sobre la que no cabe prueba alguna como es la utilidad pública del deporte promocionado por el Ayuntamiento."

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 5 de octubre de 2006 , acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones; finalmente, mediante providencia de 19 de abril de 2007 se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2007 , en que efectivamente se deliberó y votó.

6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 4 de noviembre de 2005 dictada por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (expediente 653/04; Deporte Alava) por la que resolviendo el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios Deportivos de Alava (AEDA) contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 5 de mayo de 2005 por el que se había archivado la denuncia presentada por la referida asociación contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por supuesto abuso de posición de dominio por precios predatorios y por competencia desleal, se acuerda:

"Unico. Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios Deportivos de Alava (AEDA) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 5 de mayo de 2005, confirmando así el archivo acordado de las actuaciones que tuvieron origen en su denuncia contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz."

La referida denuncia de AEDA contra el Ayuntamiento se refería a la oferta de servicios deportivos en amplitud de horarios y con precios subvencionados, que compiten deslealmente y en abuso de posición dominante con los de la Asociación denunciante, perjudicando -según puede leerse en dicha denuncia- el desarrollo de su actividad empresarial por la saturación de servicios deportivos ofertados de manera pública. AEDA considera, además, que el Ayuntamiento de Vitoria realiza una política de precios predatorios en estos servicios.

El archivo de la denuncia inicialmente acordado se basó -según el Servicio de Defensa de la Competencia- en que el Ayuntamiento de Vitoria no sólo estaba facultado para ofertar y desarrollar actividades deportivas sino que -se consideró- estaba obligado a ello por mandato legal y, aunque se plantease desde la perspectiva del Ayuntamiento como operador económico, se entendió que tampoco concurrían los elementos necesarios para considerar que se habían infringido los *artículo 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia* con la conducta denunciada.

2. La denunciante sigue considerando en su demanda que es necesario investigar la conducta municipal llevada a cabo y que reputa desleal, debiendo esclarecerse si el Ayuntamiento ha actuado como operador económico e investigar si ha practicado la venta a pérdida y, en último término, de haber vendido a pérdida como operador económico se debe investigar, se dice también en la demanda, si lo ha hecho con fines predatorios y, de resultar acreditado todo lo anterior, apreciar la repercusión de la conducta en el mercado afectado y evaluar su afectación al interés público e interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente para investigar tales extremos.

El Abogado del Estado, tras poner de relieve el contenido parcialmente similar del presente recurso con los recursos nº 160 y 183 del año 2005 que, efectivamente, se tramitan ante la misma Sala y Sección,

hace hincapié en la necesidad de partir para el análisis de las cuestiones planteadas de dos planos competitivos diferentes para el Ayuntamiento que promueve y desarrolla la práctica deportiva y para los centros privados oferentes de práctica deportiva lo que, a su juicio, hace difícilmente comparable, en términos de competencia, la política de precios del Ayuntamiento y la política de precios de los gimnasios privados, lo que es tanto como decir que en estos campos no comparables no puede hablarse de que uno de estos esté restringiendo la competencia en el otro (que es lo que vino a alegar la denunciante ahora recurrente). También reitera que es lícita y está prevista por el Legislador la actividad municipal de promoción deportiva y, finalmente, rechaza la alegación actora de que el Ayuntamiento plantease precios predatorios.

Por su parte el Ayuntamiento codemandado se adhiere expresamente a los fundamentos alegados por el Sr. Abogado del Estado en su contestación haciéndolos suyos y añadiendo, en síntesis, sus razonamientos acerca de la legitimación municipal para realizar ofertas deportivas, el fundamento del interés general de la programación deportiva municipal y, en general, en el fomento de la actividad del deporte a la generalidad de los ciudadanos así como, finalmente, la imposibilidad de establecer un método comparativo entre las ofertas del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y la de los recurrentes y sobre la inexistencia de competencia desleal a los empresarios privados deportivos y de abuso de posición en el mercado.

3. Las cuestiones que se plantean en el presente recurso son, en efecto, sustancialmente idénticas a las planteadas en el recurso número 183/2005 que fue ya resuelto en nuestra SAN de fecha de 12 de diciembre de 2006 y a cuyos fundamentos nos atenemos y transcribimos a continuación.

"TERCERO: La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica -con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública-. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la actuación pública y privada de la Administración justifica el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúa con sometimiento a Derecho Privado; si bien, actuando en ejercicio de las funciones que le viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los *preceptos de la Ley 16/1989*.

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, es determinar qué competencias actúa el la entidad local denunciada, esto es, debe establecerse si la conducta objeto de autos se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia -y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa-, pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada.

CUARTO: Con lo dicho hasta ahora, entramos en el examen de la segunda de las cuestiones enunciadas: naturaleza y alcance de las funciones actuadas. Es obvia la incidencia de tal extremo en el conflicto de autos: la afirmación de que el comportamiento de la entidad local lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el *artículo 2 de la Ley 16/1989*, y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado.

Pues bien, como correctamente se recoge en la Resolución impugnada, la actividad que nos ocupa se refiere a la promoción del deporte, habiendo sido aplicada la *Ley 4/1993 de la Generalidad Valenciana que en su artículo 22* establece:

"*Artículo veintidós*. Competencias municipales

Son competencias municipales en materia deportiva:

- a) El fomento de la actividad físico- deportiva, mediante la elaboración y ejecución de planes de promoción del deporte para todos, dirigidos a los diferentes sectores de su población.
- b) La organización de su estructura local administrativa en materia deportiva.
- c) El desarrollo de sus competencias deportivas mediante la aprobación de ordenanzas municipales.
- d) La promoción del asociacionismo deportivo local.
- e) La construcción, mejora y equipamiento de instalaciones deportivas municipales y mancomunadas.
- f) La gestión de sus instalaciones deportivas.
- g) La organización de campeonatos de ámbito local y de eventos deportivos de carácter extraordinario.
- h) La organización de acontecimientos deportivos de carácter extraordinario, pudiendo solicitar la colaboración de las federaciones deportivas correspondientes.
- i) La organización de conferencias, seminarios o similares en su población con finalidad divulgativa.
- j) Las demás competencias atribuidas por la presente Ley, por sus normas de desarrollo o por las demás disposiciones legales vigentes"

Y así, en caso de discrepancia sobre la actuación en este ámbito de la Administración, el régimen del control de legalidad de la misma viene determinado por los correspondientes recursos en vía administrativa y judicial frente al propio acto, pero no se somete al control de un órgano regulador como es el TDC, pues la actuación administrativa se desarrolla en ejercicio de potestades públicas atribuidas legalmente. Por otra parte, cualquier perjuicio que derive de tal actuación administrativa, habrá de hacerse valer, en su caso, por vía de responsabilidad patrimonial de las Administraciones.

QUINTO: Añade además el TDC, que no puede aceptarse la concurrencia de competencia desleal ya que los precios ofrecidos no son inferiores al coste de la prestación, ni tienen la finalidad de expulsar a otros competidores. No pueden por ello ser calificados de predatorios. También se señala que la finalidad que rige la actuación de la codemandada es de carácter social y educativo, e integrador de grupos sociales. Es de resaltar la apreciación, que la sala comparte, en orden a la subsidiariedad de la prestación, en cuanto suple una deficiencia de la oferta privada en el municipio, pues no existe tal oferta en las mismas condiciones de calidad.

Este planteamiento no contradice ni la regulación de la UE ni los pronunciamientos de sus Tribunales, pues el régimen de libre competencia para de la distinción entre actividad pública y privada, y no niega las facultades administrativas de dotaciones y promoción en relación al deporte.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso."

4. Habiendo sido, pues, resueltas del modo que antecede las cuestiones aquí suscitadas precedente resulta también precedente resulta la desestimación del presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad ASOCIACION DE EMPRESARIOS DEPORTIVOS DE ALAVA (AEDA) DE VITORIA- GASTEIZ contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 4 de noviembre de 2005 a que las

presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo doy fe.