

RESOLUCIÓN (Exp. R 592/03, Centros Deportivos Castellón)

Pleno

Excmos. Sres.:

- D. Gonzalo Solana González, Presidente
- D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
- D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
- D. Miguel Comenge Puig, Vocal
- D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
- D. Antonio Torremocha y García-Sáenz, Vocal
- D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
- D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 2 de febrero de 2005

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 592/03 (2243/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 25 de septiembre de 2003, por el que se sobresee el expediente nº 2243/01 que tuvo su origen en su denuncia contra el Ayuntamiento de Villarreal por presunta infracción de los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), al ofertar con precios predatorios cursos de *aerobic* y gimnasia de musculación en instalaciones públicas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 12 de enero de 2001 tuvo entrada en el Servicio denuncia formulada por Aprodeport contra el Ayuntamiento de Villarreal por presunta infracción de los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), al ofertar con precios predatorios cursos de *aerobic* y gimnasia de musculación en instalaciones públicas.
2. El 11 de junio de 2001 el Servicio dictó Acuerdo de archivo de las actuaciones.

3. El 27 de junio de 2001 tuvo entrada en el Tribunal recurso de Aprovechamiento de Aprovechamiento contra el mencionado acuerdo de archivo.
4. Por Resolución de 19 de junio de 2002 el Tribunal estimó parcialmente el recurso de Aprovechamiento, interesando del Servicio la incoación de expediente para investigar la denunciada venta a pérdida por el Ayuntamiento de Villarreal, así como sus posibles fines predatorios, repercusión en el mercado y evaluación del interés público afectado.
5. El 14 de octubre de 2002 el Servicio, en cumplimiento de la mencionada Resolución del Tribunal, procedió a incoar el expediente 2243/01 y, tras los actos de instrucción que consideró oportunos, acordó su sobreseimiento el 25 de septiembre de 2003.
6. Aprovechamiento presentó ante el Tribunal el 10 de octubre de 2003 recurso contra el acuerdo de sobreseimiento citado en el anterior antecedente de hecho.
7. El 10 de Octubre de 2003 el Tribunal solicitó del Servicio el informe requerido por el artículo 48.1 LDC y el expediente seguido en el Servicio, recibiendo ambos en el Tribunal el 16 de octubre de 2003.
8. El 22 de octubre de 2003 el Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados concediendo plazo para la formulación de alegaciones, recibiendo el 30 de octubre de 2003 las alegaciones de Aprovechamiento y el 10 de octubre de 2004 las del Ayuntamiento de Villarreal.
9. Con posterioridad Aprovechamiento remitió los siguientes escritos:
 - 17 nov 2003, adjuntando recurso de casación contra la Sentencia de 23 de mayo de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
 - 30 enero 2004, adjuntando precios practicados por el Ayuntamiento de Almazora.
 - 3 febrero 2004, sobre la Resolución TDC de 18 de diciembre de 2003 (Servicios Deportivos Logroño).
 - 28 junio 2004, sobre nuevas ofertas del Ayuntamiento de Villarreal.
 - 19 de julio 2004, sobre la jurisprudencia de precios predatorios del TJCE.
 - 11 enero 2005, adjuntando acuerdo de la CMT que sanciona al Ayto. de ATARFE.

10. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 19 de enero de 2005, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

11. Son interesados:

Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport)

Ayuntamiento de Villarreal (Castellón).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Servicio acuerda el sobreseimiento al considerar que el Ayuntamiento de Villarreal ha actuado en el marco de sus competencias, tanto al promover el deporte como al aprobar las tasas y precios públicos correspondientes y que el examen del procedimiento solo puede ser revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Considera también el Servicio que no ha existido ningún acto desleal del Ayuntamiento y que, en todo caso, sólo puede haber infracción del artículo 7 LDC si se acredita que la deslealtad produce grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado con afectación del interés público.

En consecuencia, el Servicio procede a analizar la capacidad del Ayuntamiento para alterar las condiciones del mercado. Tras señalar que la actividad del Ayuntamiento en este mercado se inicia en 1992, indica que diez años después ingresaba por los cursos de *aerobic* 38.000 euros, mientras que los gimnasios privados facturaron más de 300.000 euros por el mismo concepto. En términos de plazas ofertadas, el Ayuntamiento ofreció 286 plazas en el curso 2001-2002, al tiempo que los gimnasios privados ofertaron 1.109 plazas en 2002.

El Servicio descarta también la existencia de efectos predatorios con eliminación de competidores de esta actividad municipal al constatar que el número de gimnasios en Villarreal creció desde cinco en 1998 a siete en 2002.

Considera también el Servicio, en consonancia con la Sentencia de 23 de mayo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad

Valenciana, que el interés público se ha visto beneficiado al poder disponer los ciudadanos de una mayor oferta y mejores precios para la práctica del deporte con indudable influencia en la protección de la salud.

2. En su escrito de recurso APRODEPORT, tras referirse a las Resoluciones del Tribunal estimando los recursos contra el archivo por el Servicio de las denuncias contra los Ayuntamientos de Villarreal y Almazora y tras dar por reproducidas las consideraciones presentadas al Servicio ante su propuesta de sobreseimiento (consideraciones que constan junto a la contestación del Servicio en los folios 796-802 del expediente del SDC), señala que la libertad de empresa merece la tutela de este Tribunal, que el Ayuntamiento de Villarreal ha actuado como operador económico concurriendo con empresas privadas, que el problema tiene ya ámbito nacional y que Aproveport ha presentado recurso de casación contra la Sentencia de 23 de mayo de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Por último, explica que el Tribunal de Justicia de la U.E. remite a la jurisdicción nacional la protección del respeto que la política económica debe a la economía abierta de mercado y de libre competencia de donde deduce la función de máximo garante de la libertad de empresa que corresponde al TDC.

Con respecto a la concreción de los hechos, señala que las empresas representadas en el recurso obtienen el 80% de sus ingresos de las actividades de *aerobic y fitness*, así como que los Ayuntamientos de La Plana están abriendo instalaciones de *"primerísima calidad"* y, además, modernas piscinas climatizadas *"de monto inasumible para el sector privado"*.

3. El Servicio señala en su informe sobre el recurso que no hay en éste alegaciones diferentes a las que ya presentó el denunciante ante la propuesta de sobreseimiento, por lo que tales alegaciones ya han sido objeto de análisis en el propio acuerdo de sobreseimiento. Por ello, se reafirma en el contenido del Acuerdo de sobreseimiento.
4. En alegaciones posteriores, con las fechas que se detallan en los antecedentes de hecho octavo y noveno, Aproveport se ha referido extensamente a principios doctrinales sobre el carácter complementario y subsidiario que debe tener la intervención pública en los mercados, sobre el concepto de empresa a la luz del derecho de la Competencia y sobre la jurisprudencia de precios predatorios con numerosas referencias a Resoluciones de este Tribunal así como a Sentencias del Tribunal

Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

5. También se ha referido a cuestiones de procedimiento señalando que no es necesario que en la apertura de procedimiento se incorpore con toda precisión la calificación definitiva y que el Servicio no tenía que ceñirse a lo solicitado por el Tribunal (investigación de la denunciada venta a pérdida) sino que podía haber investigado otros supuestos de competencia desleal (mala fe, imitación, violación de normas) y también la aplicación anticompetitiva de ayudas públicas.
6. El Ayuntamiento de Villareal adjunta un informe comparativo de precios del que deduce que los servicios ofrecidos son diferentes y que no puede decirse que los precios del Ayuntamiento sean inferiores a los precios de mercado.
7. El Tribunal estima que el recurso se extiende en la enumeración de principios teóricos, poco discutibles, algunos del propio Tribunal, pero sin aplicación directa al caso que nos ocupa y sin concreción suficiente para rebatir los argumentos del Servicio sobre las conductas imputadas al Ayuntamiento de Villarreal, en particular, sobre la ausencia de indicios de que la actividad municipal haya producido graves distorsiones en el mercado o haya afectado negativamente al interés público, circunstancias necesarias para que la deslealtad pueda subsumirse en el artículo 7 LDC.

Alega el recurrente que, aunque existe amplio apoyo jurisprudencial sobre la posibilidad de que la gestión de los servicios públicos no se limite a los servicios esenciales y pueda prestarse en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que sean de utilidad pública, se presten dentro del término municipal correspondiente y en beneficio de sus habitantes, no ha existido en el presente caso el previo expediente acreditativo de su conveniencia y oportunidad al que se refiere el artículo 86.1 de Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. El Tribunal estima que esta cuestión es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que, por otra parte, ya se ha dirigido Aprodeport.

Con respecto a la sanción de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones contra el Ayuntamiento de Atarfe, que el recurrente presenta como caso análogo al que es objeto de este expediente, hay que señalar que tal sanción se produce por incumplimiento de la obligación de notificación previa de la actividad a la misma CMT, con infracción del artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones y no propiamente por interferir con la de competidores privados.

Entre las escasas referencias en las alegaciones del recurrente a las circunstancias del mercado, se encuentra la de que los ayuntamientos están abriendo instalaciones de “*primerísima calidad*” y, además, modernas piscinas climatizadas “*de monto inasumible para el sector privado*”. Así descrita la actividad del Ayuntamiento, más que desleal, parecería ajustarse al principio de subsidiariedad al suplir a la iniciativa privada en la oferta de un servicio público de gran influencia en la salud pública.

Por otra parte, la ya lejana fecha de iniciación de la actividad por el Ayuntamiento de Villarreal, el crecimiento durante el periodo del número de gimnasios privados, señalado por el SDC y no discutido por el recurrente, y los datos de participación en el mercado que se exponen en el primer fundamento de derecho parecen indicar que no existe afán predatorio ni tácticas de eliminación de competidores, así como que hay sitio en el mercado que se analiza tanto para la iniciativa privada como para la pública, manteniendo esta última una parte discreta del mercado.

Con respecto al interés público, nada objeta el recurrente a los beneficios señalados en el acuerdo del Servicio, al poder disponer los ciudadanos de una mayor oferta, con instalaciones que la iniciativa privada no hubiera podido ofrecer, y mejores precios para la práctica del deporte con indudable influencia en la protección de la salud, sin perjuicio sensible del mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

Todo lo cual lleva a este Tribunal a confirmar el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio y a desestimar el recurso.

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

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 25 de septiembre de 2003, por el que se sobresee el expediente nº 2243/01.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.