

RESOLUCIÓN (Expt r 673/05, Deportes Valladolid)

Pleno

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Múñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a. María Jesús González López, Vocal

En Madrid a, 7 de noviembre de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 673/05 (2.599/05 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), interpuesto por D. A. B.M., en nombre y representación de la “ASOCIACIÓN VALLISOLETANA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS” (en adelante, ASOVED) contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 24 de octubre de 2005 de archivo de la denuncia presentada contra la “FUNDACIÓN MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID (en adelante, FMD), por la realización de presuntas conductas prohibidas por los arts. 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en la oferta por la FMD de actividades dentro del programa “Club de Ocio y Tiempo Libre” a precios predatorios, así como en la oferta por el Ayuntamiento de Valladolid de parcelas municipales, mediante concesión administrativa, para la construcción y gestión de centros deportivos y ocio, donde las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento están por debajo del precio de mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 12 de enero de 2005 ASOVED presentó ante el Servicio denuncia contra la FMD alegando que este organismo autónomo del Ayuntamiento de Valladolid, dotado de personalidad jurídica propia, ofrece dentro del “Club de Ocio y Tiempo Libre” actividades de: “gimnasia de mantenimiento, aeróbic, tonificación, estiramiento, musculación, cardiovascular, badminton, deporte, total body condition y técnicas de

trabajo corporal consciente”, en horario de 8 a 21 horas según el centro y a precios públicos que no cubren el precio del servicio prestado (con infracción del art. 45 de la Ley de Haciendas Locales), y que son inferiores hasta cuatro veces a los practicados por los empresarios privados del sector.

La denunciante manifiesta que esta conducta de la FMD se debe reputar prohibida por el art. 6 LDC. Así, argumenta (con cita de resoluciones del TDC) que esta actividad de la FMD se puede calificar de empresarial y, en consecuencia, se encuentra sometida a la LDC. Y, como se oferta a precios bajo coste, constituiría un acto de competencia desleal contrario a la cláusula general de deslealtad del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal de 1991 (en adelante, LCD), y al art. 17 LCD que reputa desleal ciertas modalidades de venta a pérdida, por cuanto la conducta de la FMD está “abocando a los empresarios del sector al cierre de la actividad”. Por último, en orden a fundamentar su petición al Servicio de Incoación de expediente sancionador contra la FMD, cita Auto de 2 de marzo de 2001 de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el que se afirma “...la práctica del aeróbic no reviste interés público que hoy por hoy, pueda justificar una promoción pública... máxime cuando ya existe una iniciativa privada que desarrolla esa actividad deportiva”.

El 28 de febrero de 2005, el Servicio se dirigió a la denunciante para que subsanase determinadas deficiencias del escrito de denuncia. El 11 de marzo de 2005 (con entrada en el Servicio el 28 siguiente), ASOVED aporta diversa información y afirma que su intención no es evitar que la FMD fomente el deporte sino que, por el contrario, debe potenciar las actividades federadas incluso de forma gratuita para todos los clubes infantiles o los dirigidos a una acción social concreta, pero que sólo las actividades federadas deben ser sufragadas con fondos públicos y no aquellas como las que son objeto de la denuncia que no pueden considerarse modalidades deportivas ni son de interés público. Afirma también que han tratado de llegar a un acuerdo con el Ayuntamiento de Valladolid para ofrecer las instalaciones de sus asociados para las personas carentes de recursos económicos, pero que la respuesta no ha sido otra que impartir las actividades denunciadas a precios por debajo de coste.

Con el objeto de conocer la realidad de los hechos denunciados y de determinar si existían indicios de infracción de la LDC, el Servicio solicitó información reservada, a modo de diligencias previas a la incoación de expediente sancionador, a la FMD y al Ayuntamiento de Valladolid. A la vista del resultado de esta información, el 24 de octubre de 2005 el Servicio adoptó Acuerdo de archivo de la denuncia.

2. El Acuerdo de archivo considera probados los hechos siguientes:

2.1. La “Fundación Pública Municipal para la Gestión y Fomento de Instalaciones Deportivas” fue creada el año 1980 por el Ayuntamiento de Valladolid, como organismo autónomo de carácter administrativo. Con fecha 9 de febrero de 1989 el Ayuntamiento aprobó nuevos estatutos, por los que aquella pasa a denominarse “Fundación Municipal de Deportes”.

2.2. El art. 5 de los estatutos de la FMD (folio 273 y ss. del expte. del Servicio) dispone que sus fines serán la promoción y fomento del deporte en Valladolid, en todas sus manifestaciones, gestionando y administrando las instalaciones deportivas municipales.

2.3. El art. 31 de los estatutos establece que la FMD se regirá por un presupuesto que, aprobado por su Comité Ejecutivo, será remitido al Pleno del Ayuntamiento de Valladolid para su aprobación definitiva.

2.4. El “Club de Ocio y Tiempo Libre” es un programa anual que la FMD oferta a sus 4200 abonados desde el año 1993, que incluye las actividades de: gimnasia de matenimiento, musculación, aeróbic, tonificación y estiramiento, total body condition, cardiovascular, badmintón, y técnicas de trabajo corporal consciente. Para el año 2004, los ingresos del programa fueron 461.637,5€ y los gastos 704.276€. (folio 83 del expte. del Servicio).

2.5. El Ayuntamiento de Valladolid contaba a 1 de enero de 2005 con 323.716 habitantes, y el programa Club de Ocio y Tiempo Libre de la FMD contaba a 13 de abril de 2005 con una asisitencia de 3759 personas. En este año, los empadronados en Valladolid pagaron una cuota anual de 135 euros (11,25€/mes) y los no empadronados 182,25 euros (15,19€/mes). El horario era de lunes a viernes, de 8 a 21 horas y estaba dirigido a las personas mayores de 16 años.

2.6. Según información del propio Ayuntamiento de Valladolid, en el año 1991 había 17 gimnasios privados abiertos, que en 2003 aumentaron a 51.

2.7. Según información de la Asociación denunciante:

a.

| GIMNASIOS PRIVADOS EN LA CIUDAD DE VALLADOLID | 2004 | 2005 |
|---|-------------|------------|
| Número de gimnasios abiertos | 41 | 41 |
| Número medio de clientes/año | 269.616 | 233.700 |
| Precio medio por cliente | 42 €/mes | 42 €/mes |
| Facturación anual | 11.323.872€ | 9.815.400€ |

b. En abril de 2002, el Ayuntamiento de Valladolid adjudicó la concesión administrativa para la construcción y gestión de un centro deportivo y ocio en una parcela municipal sita en el Palero a la única empresa que se presentó, la empresa SIDECU. Esta empresa hace una propuesta de tarifas a aplicar, y estas son luego aprobadas por el Ayuntamiento.

3. El Servicio considera que siendo la FMD un organismo autónomo del Ayuntamiento de Valladolid está sujeta a las mismas normas que la Administración Pública, por lo que la primera cuestión a dilucidar es si la conducta objeto de la denuncia está sometida al Derecho Público y si, en consecuencia, se sitúa extramuros del Derecho de defensa de la competencia. A la luz de la normativa que juzga aplicable y de determinada jurisprudencia de la Audiencia Nacional y de la doctrina de este Tribunal, el Servicio concluye que la FMD, al ofertar y gestionar las actividades incluidas dentro del Programa Club de Ocio y Tiempo Libre, “está actuando en el ámbito de sus competencias y, por tanto, el control de sus actuaciones ha de efectuarse directamente en vía judicial y cualquier perjuicio que se derivase de dicha actuación, deberá hacerse valer, en su caso, por vía de responsabilidad de la Administración”.

Pero añade el Servicio que, aunque se aceptase que la FMD actúa, en relación con la oferta del Club de Ocio y Tiempo Libre, como un operador económico plenamente sometido a la LDC, no concurrirían los elementos necesarios para considerar la conducta denunciada como prohibida por el art. 6 o por el art. 7 LDC.

4. El 15 de noviembre tuvo entrada en el Tribunal el escrito de recurso de fecha 7 de noviembre interpuesto por el representante legal de ASOVED contra el Acuerdo de archivo de la denuncia por el Servicio. De forma resumida en este escrito se alega que: a) la denuncia tiene por objeto actividades concretas que no tienen la consideración legal de deporte o modalidad deportiva; b) el hecho de que la FMD sea un organismo autónomo y que no persiga una ventaja económica en su actividad no excluye que se pueda calificar como operador económico, y que su

actividad esté excluida del ámbito de aplicación de la LDC; c) la Ley reguladora de las Haciendas Locales permite fijar precios públicos por debajo del coste cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que justifiquen una práctica. Una justificación que el Servicio no habría analizado a pesar de que la conducta denunciada está causado perjuicios a los competidores privados incompatibles con los arts. 6 y 7 LDC.

5. El 18 de noviembre de 2005 se recibió en el Tribunal el expediente del Servicio acompañado del Informe del Servicio que menciona el 48.1 LDC, en el que se reiteran de forma resumida los argumentos contenidos en la valoración jurídica del Acuerdo de archivo, y se reproduce parte de la fundamentación jurídica de la Resolución de este Tribunal de 4 de noviembre de 2005, en el expediente *Deportes Álava*.
6. Por Providencia del Pleno de 1 de diciembre de 2005 el expediente se puso de manifiesto a los interesados para que formularan las alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes, designándose ponente al Vocal D. Miguel Comenge Puig. Por Providencia del Pleno de 19 de abril de 2006 se designó al Vocal D. Julio Costas Comesaña como nuevo ponente en sustitución del anterior, que cesó en este Tribunal por RD 321/2006. Ninguna de las partes ha formulado alegaciones o presentado documentos.
7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso el día 2 de noviembre de 2006, delegando en el Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
8. Son interesados:
 - Asociación Vallisoletana de Empresarios de Servicios Deportivos (ASOVED)
 - Fundación Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Valladolid (FMD)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los arts. 36 y 36 bis LDC facultan al Servicio para acordar el archivo de las denuncias de infracción de los arts. 1, 6 y 7 LDC, sin necesidad de proceder a la incoación de un expediente sancionador, cuando considere que no hay indicios de infracción. Por tanto, este recurso contra el Acuerdo de archivo de 24 de octubre de 2005 debe ser resuelto por el Tribunal dilucidando si las conductas denunciadas y comprobadas por el Servicio pueden razonablemente dar lugar, tras la incoación del pertinente

expediente sancionador, a establecer hechos que vulneren –como afirma ASOVED– la prohibición de conductas abusivas del art. 6 LDC o la prohibición de actos de deslealtad competitiva del art. 7 LDC, que son las infracciones imputadas en la denuncia. En definitiva, el Tribunal debe resolver el recurso dilucidando si el Servicio archivó la denuncia con base suficiente o si debió instruir el oportuno expediente sancionador para investigar completamente y de forma contradictoria los hechos denunciados y, sólo después de esto, haber procedido a su calificación jurídica conforme con la LDC.

2. El Servicio fundamenta el Acuerdo de archivo objeto de impugnación en la afirmación de que la conducta de la denunciada no está sujeta a la LDC sino al Derecho Público, por así resultar de la normativa aplicable. Como ASOVED discrepa de esta opinión del Servicio, la primera cuestión a resolver es si la conducta objeto de la denuncia se sitúa bajo el ámbito de la LDC, cuya aplicación corresponde a este Tribunal.

La FMD tiene, conforme a sus estatutos, naturaleza de organismo autónomo del Ayuntamiento de Valladolid. Por tanto, para el Servicio resulta aplicable el art. 2.2 de la Ley 30/1992, que dispone: *“las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”*.

Siendo la FMD Administración Pública, el Servicio subraya que el art. 43.3 de la Constitución dispone: *“los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”*. Siendo Administración Local, el Servicio también considera que resulta de aplicación el art. 25.1 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, pues dispone que el municipio puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, especificando la letra m) del art. 25.2 como una de las competencias municipales la de las actividades e instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre y el turismo. Facultad de disponer de instalaciones deportivas de uso público que el art. 26.1. letra c) de la misma Ley convierte en obligación para los municipios con población superior a 20.000 habitantes.

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León reconoce a la Comunidad competencia exclusiva en materia de deporte y ocio (art. 26.1.17).

Competencia legislativa que fue desarrollada a través de la Ley 9/1990, de 22 de junio, de Educación Física y Deportes, cuyo art. 2 establece como competencias municipales en materias deportivas, entre otras, *“h. La programación, incentivación, construcción y gestión de instalaciones deportivas y para la ocupación del tiempo libre mediante el ejercicio físico, dotadas de los equipamientos necesarios, velando, en consecuencia, por la inclusión de reservas de espacios suficientes en la ordenación urbanística y del territorio. Todo ello en orden a facilitar a todos los ciudadanos la práctica electiva de los diversos deportes y actividades de ejercicio físico para el tiempo libre”*. Ley que ha sido derogada por la Ley 2/2003, de Deporte de Castilla y León que, en su Título Preliminar, recoge como objetivo principal *“la ordenación, planificación y promoción del deporte en la Comunidad de Castilla y León con la finalidad de asegurar a todos sus ciudadanos el acceso a la práctica de la actividad deportiva”*.

Respecto del precio de las actividades deportivas que pueden organizar y ofertar las Administraciones Locales, el Servicio considera aplicable la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, cuyo art. 41 recoge la potestad de las Entidades Locales para fijar precios públicos por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia, de acuerdo con el art. 45, que viene a decir: *“1. El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada. 2. cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconseje, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiere”*. Corresponde al Pleno del Ayuntamiento de Valladolid la competencia para aprobar la normativa reguladora de los precios públicos por prestación de servicios deportivos de la FMD. En el expte. del Servicio (folios 117 a 121) consta la aprobación de esta normativa para los años 2004 y 2005.

3. Apoyándose en la doctrina de la Audiencia Nacional (sentencias de 7 de abril y de 7 de julio de 2004, y de 28 de septiembre de 2006) de que la Administración Pública también puede actuar sometida a Derecho privado y en la posición que cualquier sujeto privado ocuparía en una relación jurídica, el Servicio concluye que lo esencial de la cuestión que plantea la denuncia radica en determinar si la conducta de la FMD de ofertar las actividades incluidas dentro del programa Club de Ocio y Tiempo Libre constituye un ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien es una actividad plenamente sometida al Derecho privado, porque “en el primer caso existiría habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor”. Una cuestión que,

amparándose en la doctrina del TDC, sólo puede ser resuelta caso por caso, porque no existe una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC.

En este punto, partiendo de la normativa aplicable y con cita de la Resolución del Tribunal de 17 de marzo de 2003 (Expte. R 554/03, *Centros Deportivos Almazora 2*), el Servicio argumenta que el Ayuntamiento de Valladolid, a través de la FMD, no sólo está facultado para ofertar y desarrollar actividades deportivas, sino que está obligado a ello al contar con una población superior a 20.000 habitantes, sin que esta obligación de hacer esté condicionada a que no exista iniciativa privada. Sobre esta base, el Servicio considera aplicable el art. 18.1.g) de la Ley 7/1985, que califica como derecho de los vecinos “exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio”. Por ello, concluye, que la FMD al ofertar actividades deportivas actúa por mandato legal, estando obligada a realizar una oferta que cumpla la función social que le es propia, razón por la que no se puede afirmar que la FMD, al realizar las actividades incluidas dentro del Club de ocio y Tiempo Libre, “esté persiguiendo la obtención de una ventaja competitiva, sino la obtención de un verdadero interés público, no estando, en consecuencia, dicha actividad sujeta a la lógica de un mercado competitivo”. Aceptado este razonamiento, el Servicio termina afirmando que “el control de estas actividades de la FMD ha de efectuarse directamente en vía judicial y cualquier perjuicio que se derivase de dicha actuación, deberá hacerse valer, en su caso, por vía de responsabilidad de la administración”.

4. La Asociación recurrente discrepa de esta valoración del Servicio. Apoyándose en un Informe del Consejo Superior de Deportes que consta en el expediente, ASOVED argumenta que las actividades ofertadas por la FMD dentro del programa Club de Ocio y Tiempo Libre no tienen la consideración legal de deporte o modalidad deportiva, por lo que carecerían del apoyo legal que le atribuye el Servicio. Cita además, el Auto de 2 de marzo de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el que este órgano jurisdiccional afirma que la práctica del aeróbic (actividad incluida dentro del Club de Ocio y Tiempo Libre) no reviste un interés público que hoy por hoy pueda justificar una promoción pública. Pero aun aceptando en hipótesis que la FMD persiga en la oferta de estas actividades la satisfacción de un interés público y no la obtención de una ventaja económica, ASOVED considera (citando las resoluciones del Tribunal de 26 de noviembre de 2001 y 18 de diciembre de 2003) que este hecho no excluye que la FMD se pueda calificar como operador económico sometido a la LDC.

5. El Tribunal ha señalado en numerosas resoluciones que la LDC es de aplicación general a toda la actividad económica, sin excepciones sectoriales, por lo que todos los operadores, privados y públicos, deben respetarla en sus actuaciones en el mercado, sin que siquiera exista una exoneración genérica de los actos de Administración Pública respecto de las prohibiciones que establece la LDC, pues como también ya ha afirmado el Tribunal *“el Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública.”* (Resolución de 18 de diciembre de 2003, Expte. r 572/03, *Servicios Deportivos Logroño*). No obstante, el Tribunal es consciente que no es posible dar una solución generalizada a la cuestión de cuándo la Administración actúa como regulador y, por tanto al margen de la LDC, y cuándo lo hace como operador económico plenamente sometido al Derecho de defensa de la competencia. Es esta una cuestión que habrá que analizar caso por caso. Es decir, una solución a este dilema sólo será posible después de analizar en el caso concreto la naturaleza de la conducta y el marco legal y económico en el que tiene lugar. Como también el Tribunal ha señalado, *“en ocasiones será necesario hacer un mayor esfuerzo interpretativo para “levantar el velo” de la actuación de las administraciones y determinar si bajo la apariencia de actuaciones regulatorias se ocultan actividades económicas...”* (Resolución de 20 de marzo de 1998, Expte. 419/97, *Cruz Roja de Fuengirola*).

6. La denuncia tiene por objeto conductas y el recurso plantea cuestiones sustancialmente idénticas o similares a otras sobre las que el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias Resoluciones; entre las últimas, en las de 25 de noviembre de 2001 (Expte. R 477/01, *Centros Deportivos Almazora*), 19 de junio de 2002 (Expte r 493/01, *Centros Deportivos Castellón*), 2 de febrero de 2005 (Expte. R 592/03, *Centros Deportivos Castellón*), 17 de marzo de 2005 (Expte. R 554/03, *Centros Deportivos Almazora 2*), 4 de noviembre de 2005 (Expte. r 653/04, *Deportes Álava*), 10 de marzo de 2006 (Expte r 648/05, *Centros Deportivos Benicarló*), y 4 de abril de 2006 (Expte. r 625/04, *Centros Deportivos Castellón*).

En las Resoluciones de 26 de noviembre 2001 y de 19 de junio de 2002 el Tribunal estimó los recursos interpuestos contra sendos acuerdos del Servicio de archivo de denuncias presentadas contra Ayuntamientos, por ofrecer cursos de aeróbic en instalaciones públicas a precios supuestamente predatorios, en horarios similares a los de los centros privados y destinados al público en general. En el Fundamento de derecho 6 de la primera de ellas, el Tribunal considera que:

“De entre las conductas posibles de un Ayuntamiento, hay que distinguir las que ejecuta en el uso del ius imperii, que serían en el caso que nos ocupa las que podrían tener cobertura legal, y las que lleva a cabo como un operador económico más, que no tendrían cobertura legal y estarían sujetas a la legislación de competencia

[...]

Para poder esclarecer de qué naturaleza son las actividades municipales denunciadas, es preciso circunstanciarlas de un modo completo. Y este Tribunal considera que no hay, a la hora actual, elementos de juicio suficientes para poder señalar si el Ayuntamiento denunciado actuó en el uso del ius imperii, en cuyo caso podría tener cobertura legal, o si lo hizo como un operador económico más, en abierta (y habría que investigar si desleal) competencia con la iniciativa privada. Un pronunciamiento al respecto exige que previamente sean aclaradas diversas circunstancias como, entre otras, los segmentos de la población a la que se ofrecían los cursos y los horarios. Porque, a los efectos que nos ocupa, no sería igual que las clases fueran para la tercera edad a horas no concurrentes, que para todo el mundo a horas punta de demanda, por ejemplo. En fin, se trata de enmarcar la conducta denunciada en el contexto de circunstancias económicas y sociales del caso. Falta este tipo de información y también falta información relativa a la prueba de predación. No hay que olvidar que el carácter de venta a pérdida invocado por la denunciante no ha sido rechazado por nadie, ni siquiera por el Ayuntamiento denunciado, y que tampoco ha sido contestada la interpretación que el denunciante hace del presupuesto trienal de ingresos y gastos por actividades deportivas del Ayuntamiento de Almazora, según la cual podrían reflejar el denunciado propósito predatorio del Ayuntamiento. A esclarecer estos aspectos de la denuncia debe encaminarse también la investigación que corresponde hacer al Servicio”.

Una argumentación que se reitera en la posterior Resolución de 19 de junio de 2002, y que es perfectamente aplicable al caso que ahora nos ocupa. En virtud de estas dos resoluciones del Tribunal, el Servicio instruyó sendos expedientes sancionadores por posible infracción del art. 7 LDC, y ambos concluyeron con acuerdo de sobreseimiento del Servicio, recurridos por los denunciantes ante el Tribunal, dando lugar a los expedientes R 592, *Centros Deportivos Castellón* y R 554/03, *Centros Deportivos Almazora 2*). En la fundamentación jurídica de las Resoluciones de 2 de febrero y de 17 de marzo de 2005 que resuelven estos expedientes, el Tribunal presupone que la Administración Local denunciada actuaba como operador económico, plenamente sometido a la LDC cuando oferta actividades o cursos de aeróbic y, por ello, analiza si se cumplen los requisitos que establece el art. 7 LDC para declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida.

Esta doctrina confirma la establecida en la Resolución de 18 de diciembre de 2003, Expte. r 572/03, *Servicios Deportivos Logroño*), donde contra el criterio del Servicio, *“el Tribunal entiende que en el caso que analizamos el Ayuntamiento de Logroño queda sometido a las prescripciones de la LDC en lo que respecta a la conducta denunciada pues su actuación en los servicios deportivos que ofrece constituye una actividad susceptible de ser calificada como empresarial y por tanto, sujeta a la LDC, y ello aunque haya actuado en el ámbito de sus competencias en materia de actividades deportivas, pues dicha exención le otorgaría el amparo legal del art. 2.1 de la LDC sólo en el supuesto de que estuviéramos ante acuerdos o decisiones prohibidos por el art. 1 de dicha Ley, lo que no acontece en el presente caso, al tratarse de actos unilaterales, por lo que cabría aplicar los artículos 6 y 7 de la LDC”*.

7. En consecuencia, el hecho de que la conducta de la FMD se presente aparentemente revista de la forma administrativa, no es impedimento para calificar a su autor como operador económico sometido a la LDC, si su actividad tiene desde una perspectiva funcional o material naturaleza económica. Y a este respecto cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en numerosas sentencias que, *“constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y que el hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial”*.

Levantado pues ese velo formal, la oferta de cursos de aeróbic y de otras modalidades de ejercicio físico incluidas en el programa Club de Ocio y Tiempo Libre se revela como una actividad materialmente económica. De modo que, contra el criterio expresado por el Servicio, cabe concluir que la FMD no actúa como regulador del mercado, sino como operador económico cuando oferta para todas las personas mayores de 16 años y en horario de 8 a 21 horas las actividades incluidas dentro del programa Club de Ocio y Tiempo Libre. Estamos en presencia de una actividad funcional o materialmente económica, que se desarrolla en competencia con los operadores privados que ofertan esas mismas actividades.

El hecho que la FMD persiga la satisfacción de un interés público no impide esta calificación jurídica. Este Tribunal, coincidiendo con las autoridades y los tribunales comunitarios, ha señalado reiteradamente que la ausencia de ánimo de lucro en el ejercicio de una actividad no obsta a su calificación como económica. Tampoco lo es la circunstancia de que la FMD (en tanto que Administración Local) goce de amparo legal para la

realización de estas actividades o, incluso como afirma el Servicio, que esté obligada a realizar esta oferta deportiva por tratarse de un municipio de más de 20.000 habitantes. Este Tribunal ha manifestado en sus dos últimas Resoluciones arriba citadas que la exención legal del art. 2.1 LDC sólo ampara conductas realizadas por dos o más personas económicamente independientes, y en este expediente se enjuicia la conducta unilateral de la FMD.

8. Supuesto lo anterior, procede ahora analizar si existen indicios racionales de que la conducta de ofertar servicios deportivos pueda constituir un abuso de posición dominante del art. 6 LDC o una infracción del art. 7 LDC como afirma la recurrente en su escrito de denuncia.

El Servicio, aun aceptando que se pueda considerar a la FMD como operador económico, subraya que se trata de un operador peculiar, y así lo ha reconocido el Tribunal en varias resoluciones, entre ellas, en la Resolución de 17 de marzo de 2005 (Expte. 554/03, *Centros Deportivos Almazora 2*), donde afirma *“si bien no es posible hablar en sentido estricto de mercados diferentes para los servicios deportivos ofrecidos por el Ayuntamiento y por los centros privados, sí podemos considerar que el conjunto de diferencias entre uno y otro permiten que no pueda plantearse una plena competencia entre unos y otros”, ya que difieren, entre otros aspectos, tanto en su objetivo principal, que es económico para la actividad privada y social y educativo para la pública, como en los sujetos a los que van dirigidos, pues la actividad pública tiene una función social e integradora que va dirigida a todos los grupos sociales”*.

Partiendo de esta premisa, el Servicio se plantea si la FMD puede ostentar posición dominante en el mercado, lo que descarta al entender que “la actuación de la FMD viene determinada por su obligación de satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal y no por la lógica del mercado, lo que le lleva a dirigir su oferta al estrato de población más amplio posible, con independencia de su poder adquisitivo, edad, etc. Sólo en este sentido cabría decir que su actuación es independiente de los competidores privados”.

Esto es, el Servicio parece sugerir que la eventual independencia de comportamiento en el mercado que pudiera tener la FMD no provendría tanto de su poder o dominio absoluto del mercado como de su obligación legal (como también afirma el Servicio) de prestar unos servicios, que sean de interés para la comunidad y cumplan la función social integradora que le es propia, lo que exige que su oferta vaya dirigida a todos los grupos sociales. En esta misma dirección se ha pronunciado el Tribunal en su reciente Resolución de 10 de marzo de 2006 (Expte. r 648/05, *Centros*

Deportivos Benicarló), en la que afirma “...dado el amplio apoyo jurisprudencial a 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 puede atribuirse al Ayuntamiento de Benicarló una conducta abusiva.”.

Pero el Servicio añade que, en la hipótesis de considerar que la FMD ostenta posición dominante, no habría existido abuso por práctica de precios predatorios como señala ASOVED. Porque para que exista esta práctica abusiva de precios predatorios deben cumplirse dos condiciones: que sean precios por debajo de costes y que se establezcan con la intención de excluir a los competidores. Respecto del primer requisito, el Servicio reconoce que de los datos que constan en el expediente resulta que los ingresos obtenidos por la FMD han sido sensiblemente inferiores a los gastos que le supuso prestar dichas actividades en el año 2004. Ahora bien, se trata de precios públicos aprobados por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid que, conforme a la normativa de régimen local, pueden ser inferiores a los costes por razones de interés público, como ya ha tenido ocasión de indicar este Tribunal en la Resolución de 4 de noviembre de 2005 (Expte. r 653/04, *Deportes Álava*), en la que además afirma que “...es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo relativo a la acreditación acerca de la necesaria “utilidad pública” declarada para aquellos servicios que la Administración Pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada...”.

Respecto al segundo requisito, el Servicio cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 (caso *Tabacalera*), en la que el Alto Tribunal sostiene que “en el concepto de precio predatorio, el elemento verdaderamente distinto y que configura la conducta predatoria es la intención de eliminar un competidor”. Una intencionalidad u objetivo predatorio que, ciertamente, no se puede atribuir a la conducta de la FMD, porque resulta difícil sino imposible apreciar el interés económico que podría tener o perseguir la FMD o el Ayuntamiento de Valladolid con la eliminación de los competidores privados. Por ello, salvo prueba en contrario, hay que presuponer que la FMD establece precios por debajo costes con el propósito de cumplir los objetivos de fomento de la actividad física y deportiva de todos los ciudadanos, que son de competencia municipal.

Esta doctrina sobre los precios predatorios del Tribunal Supremo ha sido acogida por el Tribunal (por ejemplo, en la Resolución de 4 de noviembre de 2005 (Expte. r 653/04, *Deportes Álava*), y también por la Sección Sexta

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (entre otras sentencias, en la de 10 de julio de 2006). En atención a esta doctrina, hay que descartar que existan indicios de infracción del art. 6 LDC que justifiquen la apertura de un expediente sancionador.

9. La infracción del art. 7 LDC en relación con el art. 17.2.c) LCD es la segunda imputación que realiza ASOVED en su denuncia, y que el Servicio también descarta al apreciar que no concurren las condiciones de aplicación del referido precepto de la LDC. En primer lugar, no hay conducta de competencia desleal porque, conforme al art. 17.2.c) LCD, la venta a pérdida sólo se reputa un comportamiento de competencia desleal cuando forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado, objetivo que no cabe imputar o apreciar a primera vista a una Administración Pública que oferta servicios deportivos y de gimnasia a precios bajo coste en cumplimiento de unos intereses públicos cuya tutela o promoción tiene encomendados por Ley. Pero, en segundo lugar, la denunciada práctica de precios bajo coste tampoco se ha demostrado apta para distorsionar gravemente las condiciones de competencia en el mercado, como exige expresamente el art. 7 LDC.

En efecto, de los datos aportados por el Ayuntamiento de Valladolid y por la propia Asociación denunciante, resulta que desde que la FMD ofrece el programa “Club de Ocio y Tiempo Libre” se han abierto nuevos gimnasios privados, pasando de 17 gimnasios en 1991 a 51 en 2003 (de los cuales 23 abrieron a partir del año 2000), reduciéndose a 41 gimnasios en 2004, que eran los activos en 2005. Sobre la base de estos datos, el Servicio concluye que *“los competidores no se han visto expulsados del mercado y los consumidores no han visto mermada su capacidad de elección sino que pueden elegir entre las distintas alternativas, en cuanto a calidad y precio, que les ofrece el mercado de gimnasios públicos y privados”*. El Tribunal comparte esta conclusión del Servicio. Aunque es cierto que se produjo el cierre de 10 gimnasios entre 2003 y 2004, y que durante 2005 se ha registrado un descenso en el número de usuarios de los 41 gimnasios privados activos, puede resultar muy aventurado considerar este hecho como un efecto directo de la prestación por la FMD a precios bajo coste de las actividades incluidas dentro del Club de Ocio y Tiempo Libre, teniendo en cuenta que esta oferta está dirigida a un número de potenciales clientes (sus 4.200 abonados) sensiblemente inferior al número de clientes del sector privado (269.616 en 2004 y 233.700 en 2005). Más bien cabría pensar que se está produciendo un reajuste de la oferta, habitual en mercados maduros que habían registrado un proceso de rápida expansión en los años precedentes. El programa de actividades Club de Ocio y Tiempo Libre se oferta desde el año 1993, y no ha

impedido el desarrollo (considerable) del sector privado de gimnasios en la ciudad de Valladolid, quizá también porque el precio de estos servicios puede que no sea una variable absolutamente determinante para el usuario al tiempo de optar entre la oferta privada o la pública, pues dada la naturaleza de los servicios de que se trata es razonable pensar que existen otros factores de competencia cuya importancia no se debe despreciar, como la cercanía al domicilio o al centro de trabajo. Por todo ello, el Tribunal considera que no existen indicios racionales suficientes de infracción del art. 7 LDC que justifiquen la apertura de un expediente sancionador.

Dicho esto, el Tribunal es consciente de la dificultad práctica que presenta aplicar la actual doctrina de los precios predatorios a la actuación de la Administración como operador económico. Una dificultad que proviene del hecho de que esta doctrina está construida para sancionar las conductas abusivas o desleales de operadores privados que, necesariamente, deben ajustar su comportamiento a la lógica competitiva de los mercados, por ello resulta procedente condicionar el carácter ilícito de la venta a pérdida al examen de si se producen las condiciones que permiten concluir que resulta económicamente racional una estrategia predatoria, en el sentido de que existe una razonable probabilidad de recuperación de los costes de esa estrategia predatoria, una vez eliminado el competidor o competidores actuales o potenciales. Pero este test de recuperación de costes resulta de imposible aplicación a la actividad económica de la Administración objeto de este expediente. La lealtad competitiva de la actividad de la FMD no puede ser examinada desde la ausencia de una intención/objetivo de depredar al competidor y la existencia de una justificación competitiva objetiva, porque sencillamente no existen. Pues en lugar de una estrategia predatoria lo que existe es una estrategia orientada a facilitar a toda la población y en un horario amplio el acceso a actividades deportivas y físicas. Y en lugar de una justificación competitiva objetiva lo que encontramos es la satisfacción del interés general consistente en fomentar la salud y el bienestar general de los ciudadanos mediante la realización de actividad física, con cargo al precio público que abona el usuario pero también con cargo a las aportaciones que la FMD recibe del Ayuntamiento de Valladolid, y de las subvenciones que recibe de otras entidades públicas. En definitiva, supuesto que la práctica por la Administración de precios bajo coste es apta para producir la expulsión de un competidor o competidores del mercado (o de generar una barrera de entrada significativa), su calificación como ilícito desleal o anticompetitivo no puede depender de un examen de racionalidad económica de esa conducta, porque con ella la Administración no persigue un objetivo económico sino de otra naturaleza, igualmente protegido por nuestro ordenamiento jurídico. Pero la hipótesis de partida (aptitud para causar una distorsión

grave de las condiciones de competencia en el mercado) no se cumple en la conducta de la FMD objeto de este expediente.

Por todo lo cual, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia.

RESUEVE

Desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 24 de octubre de 2005, por el que se archivan las actuaciones derivadas de la denuncia presentada A.B.M., en nombre y representación de la “ASOCIACIÓN VALLISOLETANA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS” contra la “FUNDACIÓN MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID.

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