

RESOLUCIÓN (Expte. r 572/03, Servicios Deportivos Logroño)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 18 de diciembre de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r572/03 (2300/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Director General de Defensa de la Competencia, de 13 de mayo de 2003, por el que se archivó la denuncia formulada por D. Álvaro González-Cuevas, en nombre y representación de D. Francisco Ascorbe Marín, D. Jenaro Ortega Izquierdo, Oscar Muñoz Ramírez y otro, sociedad civil, Polideportivo Riojano de Educación Física y Artes Marciales, C.B., Blue Gym S.L., Simona Vosatkova y Acqua Deporte, Ocio y Salud S.L. contra el Ayuntamiento de Logroño, por supuestas prácticas prohibidas por los arts.6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 3 de julio de 2001 D. Álvaro González-Cuevas, en nombre y representación de D. Francisco Ascorbe Marín, D. Jenaro Ortega Izquierdo, Oscar Muñoz Ramírez y otro, sociedad civil, Polideportivo Riojano de Educación Física y Artes Marciales, C.B., Blue Gym S.L., Simona Vosatkova y Acqua Deporte, Ocio y Salud S.L. denunció ante el Servicio al Ayuntamiento de Logroño, por una conducta presuntamente abusiva de posición de dominio en el mercado, como tal prohibida por el art. 6 de la LDC y presuntamente desleal con afectación al mercado, como tal prohibida por el art. 7 de la LDC.

Los hechos relatados en la denuncia consistían en los siguientes: De acuerdo con la normativa aplicable la cuantía de los precios públicos para la utilización de las instalaciones deportivas debe cubrir los costes generados por la utilización del servicio; sin embargo, los precios públicos aprobados por el Ayuntamiento denunciado no cumplen con dicha normativa, puesto que no son suficientes para cubrir los gastos de mantenimiento y amortización de las respectivas instalaciones, siendo, además, muy inferiores a los precios de mercado. Esta situación, según los denunciantes, constituye un abuso de posición de dominio por la imposición de precios no equitativos que pueden considerarse predatorios y también constituye una vulneración del art. 7 de la LDC, por actos desleales, en relación con los arts. 15 y 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que proscriben la venta a pérdida, así como el prevalimiento en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de las leyes.

Por lo que se refiere a la oferta deportiva, los denunciantes consideran también que existe por parte del Ayuntamiento de Logroño una vulneración de los arts 6 y 7 de la LDC. Así, afirman que el denunciado, haciendo un uso abusivo de su posición de dominio en el sector de las instalaciones deportivas de la ciudad, realiza una oferta de cursos deportivos con unos precios predatorios y, por tanto, suponen una imposición de precios no equitativos (infracción del art. 6). Afirman, además, que la prestación de estos servicios se realiza con infracción de normas legales y mediante venta a pérdida. A ello hay que añadir los gastos de promoción y obsequios que tampoco se cubren con las cantidades recaudadas por el Ayuntamiento.

2. Con fecha 13 de mayo de 2003, tras la apertura de una información reservada, el Director General de Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo motivado, en el que se declara la procedencia del archivo de la denuncia, como consecuencia de considerar que no procedía la incoación de expediente.

La argumentación contenida en dicho Acuerdo es la siguiente: se afirma que el Ayuntamiento de Logroño como organizador de actividades deportivas está sujeto al Derecho público. Así, se señala que el Ayuntamiento denunciado realiza estas actividades deportivas amparado por el art. 43.3 de la Constitución, el art. 25 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, de Deportes y la Ley 8/1995, de 2 de mayo, de normas reguladoras del deporte en la Rioja, cuyos arts. 3 y 8 atribuyen expresamente a los Municipios de la Rioja la prestación de los servicios deportivos, señalando, de otra parte, que, al amparo del Real-Decreto legislativo 2/2000 de 16 de

junio, Texto refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas y la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, el Ayuntamiento de Logroño aprobó la Ordenanza general para el establecimiento, modificación y gestión de los precios públicos. Por todo ello, se considera que el Ayuntamiento de Logroño, como organizador de actividades deportivas, está sujeto al derecho público y no actúa como operador económico y, por lo tanto, no le es de aplicación la LDC, no siendo tampoco el TDC el competente para revisar las actuaciones administrativas que deben ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otro lado, el Servicio entiende que, aún en el caso de que el Ayuntamiento de Logroño hubiese actuado como operador económico y, por ello, le fuese de aplicación la LDC, ninguna de las prácticas denunciadas incumple el artículo 1, ni el 6 y 7 de la LDC, no existiendo indicios de vulneración de dichos preceptos.

En consecuencia, el Servicio ordena el archivo la denuncia conforme a lo establecido en el art. 36 de la LDC.

3. Contra dicho Acuerdo, los denunciantes interpusieron recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 6 de junio de 2003, en el que, básicamente, muestran su disconformidad con el análisis del Servicio y reiteran los argumentos esgrimidos en su escrito de denuncia.
4. Mediante escrito de 10 de junio de 2003, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas, según lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC. El Servicio, mediante escrito con fecha de entrada 13 de junio de 2003, comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 de la LDC. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones.
5. Por Providencia del Tribunal de 17 de junio de 2003 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, presentándose escritos, por los denunciantes el 21 de julio de 2003 y por el denunciado el 16 de julio de 2003.
6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 3 de diciembre de 2003.
7. Son interesados:

- D. Francisco Ascorbe Marín, D. Jenaro Ortega Izquierdo, Oscar Muñoz Ramírez y otro, sociedad civil, Polideportivo Riojano de Educación Física y Artes Marciales, C.B., Blue Gym S.L., Simona Vosatkova y Acqua Deporte, Ocio y Salud S.L.. (representados por D. Álvaro González-Cuevas).
- El Ayuntamiento de Logroño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

Los recurrentes impugnan el Acuerdo de 13 de mayo de 2003, del Director General de Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denunciada por ellos formulada, alegando como fundamento de su recurso, básicamente, lo siguiente:

- En primer lugar, consideran que el Servicio efectúa una valoración errónea de la aplicación de las normas de Defensa de la Competencia a las Administraciones Públicas. Así, señalan que el Servicio afirma que cuando un Ayuntamiento actúa en aplicación de una Ley que le habilita no actúa, por ello, como operador económico y que dicha afirmación llevaría al absurdo de estimar que sólo en los casos en que la Administración actuase sin habilitación legal (en el supuesto de las llamadas vías de hecho), podría actuar como operador económico. Estiman, por ello, que la existencia de una habilitación legal para la prestación del servicio no es argumento suficiente para excluir dicha actividad de las normas de la competencia, sino que, como afirma este Tribunal, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico, siendo necesario atender a las circunstancias económicas del caso.

En este sentido, señalan que en el presente caso, dentro de la oferta de servicios deportivos que presta el Ayuntamiento denunciado, se encuentran las llamadas actividades deportivas de tiempo libre:- yoga, natación, etc-, junto con judo y kárate, y que dichas actividades encajan en el concepto de “actividad económica”, puesto que son voluntarias y se paga por ellas un precio que cobra el Ayuntamiento, estimando que dichas actividades se encuentran en competencia con la empresa privada. Por ello, consideran que ha de aplicarse al presente caso la LDC.

- En segundo lugar, una vez determinada la sujeción de la actuación del Ayuntamiento a la LDC, y para la apreciación de la infracción del art. 6 de

la misma, los recurrentes señalan que ha de indicarse que el mercado relevante es el de los servicios deportivos en la ciudad de Logroño y que, en dicho mercado, el Ayuntamiento tiene posición de dominio, toda vez que para un 37% de logroñeses que realizan algún tipo de actividad deportiva durante el año, el Ayuntamiento tiene 13.131 plazas dentro de su programa, frente al nº total de plazas que tienen los denunciados que, entre todos, ascienden a 1.711. Estiman que la posición de dominio del Ayuntamiento denunciado también se manifiesta en el número y capacidad de las instalaciones públicas frente al equipamiento privado. Afirman que el abuso de posición de dominio se produce por la imposición de precios no equitativos mediante la oferta de actividades y servicios a precios muy inferiores a los de mercado. Así señalan que los precios del Ayuntamiento oscilan entre 11,86 y 77,35 euros para cursos de ocho meses de duración, frente a los gimnasios deportivos privados cuyas tarifas ascienden a 30 euros mensuales de término medio (240 euros para cursos de ocho meses de duración).

- Finalmente, señalan la existencia de infracción del art. 7 de la LDC afirmando que, frente a lo señalado por el Servicio, sí que existe una situación de competencia entre el Ayuntamiento y los centros deportivos privados y que la misma se extiende a todo el ámbito de los servicios deportivos, puesto que las actividades deportivas del Ayuntamiento van dirigidas a todos los grupos sociales y de edad, al igual que la de los centros privados. Dicen que existe infracción de los arts. 7, 8, 15 y 17 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que los precios del Ayuntamiento son predatorios, no cubriendo los costes de generación del servicio.

Por todo ello, acaban los recurrentes solicitando la revocación del Acuerdo, ordenando al Servicio la apertura de expediente.

SEGUNDO.

A la vista del contenido del Acuerdo recurrido así como de la argumentación de los recurrentes, la primera cuestión que es preciso resolver consiste en determinar si el Ayuntamiento denunciado, en la actuación hoy denunciada, consistente en la prestación de determinados servicios deportivos, está o no sujeto a la Ley de Defensa de la Competencia.

La solución de dicha cuestión requiere que comencemos efectuando varias precisiones iniciales sobre la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, como ha señalado este Tribunal en numerosas Resoluciones, la LDC es una Ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y que ha de respetarse por todos ellos en sus actuaciones,

sin que exista una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC, pues el Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública.

Tal afirmación se desprende del contenido del propio art. 103-1 de la Constitución Española cuando declara que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

Es más, de la propia regulación de la Ley de Defensa de la Competencia, se desprende también el sometimiento, en principio, de la actuación de la Administración Pública a dicha normativa, al exonerarse en el art.2.1 de dicha ley, la actuación administrativa, contraria al art. 1 de la misma, sólo cuando se encuentra expresamente amparada por una Ley, disponiendo, en el párrafo 21, que *“las prohibiciones del art. 1 sí serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”*.

En definitiva, es claro que la aplicación de la LDC se extiende no sólo a los empresarios, sino también a todos aquellos agentes económicos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado (como señala la Audiencia Nacional, en Sentencia de 11 de noviembre de 2003, dictada en el recurso nº 839/2000).

Por tanto, es cierto, como señalan los recurrentes, que no existe una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC, teniendo también razón aquéllos cuando afirman que la habilitación legal no excluye sin más la aplicación de las normas de defensa de la competencia pues, además de las razones por ellos expuestas, ha de indicarse que, en todo caso, la exención legal exculparía a la Administración tan sólo ante una conducta infractora del artículo 1 LDC, pues, como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones, dicha exención legal recogida en el art. 2.1. de la LDC sólo lo es respecto de las prohibiciones del art. 1 LDC, y no de las que resultan de la aplicación de los arts. 6 y 7 de la misma LDC.

En definitiva, el Tribunal es consciente de la imposibilidad de dar una solución generalizada, siendo preciso determinar en cada caso cuándo la Administración actúa, o no, como operador económico incidiendo con su conducta en la estructura y funcionamiento del mercado; es decir, habrá que analizar caso por caso para determinar de qué naturaleza son las actividades realizadas por la Administración y si a las mismas es posible aplicar los arts 1, 6 y 7 de la LDC.

En este sentido, no resulta ocioso recordar que, según reiterada jurisprudencia del TJCE (entre otras, Ss 2002/299, asunto C-82/01P), “el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de actividad, no impide calificarla de empresa a efectos del art. 86 del Tratado”, señalándose que “el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación” y que “para determinar si las actividades de que se trata son las de una empresa en el sentido del art. 86 del Tratado hay que examinar cuál es la naturaleza de dichas actividades”. Debiéndose también tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “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”.

TERCERO.

Pues bien, aplicando estos principios al presente caso y, en contra de lo que sostiene el Servicio en el Acuerdo recurrido, 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.

Como consecuencia inmediata del planteamiento expuesto, debe, entonces, examinarse ya si la oferta deportiva que efectúa el Ayuntamiento denunciado infringe o no los arts. 6 y 7 de la LDC antes expresados.

En cuanto a ello, es de indicar que el Tribunal entiende que el Servicio ha actuado correctamente al valorar que la inexistencia de infracción del art. 6 de LDC, habida cuenta de que, para que una empresa incurra en abuso tipificado en dicho precepto, es preciso que tenga una posición de dominio en el mercado y, en el caso que examinamos, no existen indicios de que el Ayuntamiento de Logroño tenga posición de dominio en el mercado de servicios deportivos, toda vez que la oferta deportiva en la referida ciudad es muy variada, existiendo instalaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, de la Universidad de la Rioja y de otros clubes deportivos; además, no puede considerarse que el

Ayuntamiento de Logroño goza de independencia de comportamiento en el mercado de prestación de servicios deportivos. Por tanto, no habiendo posición de dominio, difícilmente puede hablarse de que haya habido abuso.

Por lo que se refiere a la infracción del art. 7 de la LDC, su aplicación al caso tampoco resulta posible pues, como acertadamente señala el Servicio en su Acuerdo de archivo, la conducta denunciada no se puede considerar como una práctica desleal, toda vez que, de una parte, pese a lo expuesto por los recurrentes en cuanto a los precios públicos, lo cierto es que, el art. 45.2 de la Ley 39/1988 reguladora de las Haciendas Locales, permite que éstos sean inferiores a los costes, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen...” y, por otra parte, ha de señalarse que para que los precios predatorios se puedan considerar desleales es preciso, como dispone el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal que “formen parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”. Y, en el presente caso, resulta obvio que el Ayuntamiento denunciado carece de interés alguno en proceder a la eliminación de los gimnasios privados que, además, como se refleja en el Acuerdo impugnado, en los últimos años se han incrementado.

De todo lo anteriormente expuesto se concluye la procedencia de desestimar el presente recurso, confirmando el archivo acordado por el Servicio.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por D. Álvaro González-Cuevas, en nombre y representación de D. Francisco Ascorbe Marín, D. Jenaro Ortega Izquierdo, Oscar Muñoz Ramírez y otro, sociedad civil, Polideportivo Riojano de Educación Física y Artes Marciales, C.B., Blue Gym S.L., Simona Vosatkova y Acqua Deporte, Ocio y Salud S.L. contra el Ayuntamiento de Logroño, contra el Acuerdo del Servicio de 13 de mayo de 2003, confirmando, por tanto, el archivo acordado de las actuaciones que tuvieron origen en su denuncia contra el Ayuntamiento de Logroño.

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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA VOCAL DÑA. M^a JESÚS MURIEL ALONSO Y AL QUE SE ADHIERE EL VOCAL D. JAVIER HUERTA TROLÈZ

Aceptando los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la Resolución de este Tribunal anteriormente transcrita, esta Vocal se ve obligada a formular voto en discrepancia con el criterio mayoritario del Tribunal al no poder asumir la tesis que en Fundamento de Derecho Tercero se contiene, en lo que respecta a que la conducta denunciada del Ayuntamiento de Logroño constituye una actividad susceptible de ser calificada como empresarial y, por tanto, sujeta a la LDC.

En efecto, considero que, si bien es cierto, como sostiene la postura mayoritaria, que el concepto de “empresa” comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico, estimo, sin embargo que a la hora de calificar la actividad que una entidad realiza, no sólo se debe atender a la calidad de la misma, sino también al destino y destinatarios de ella; es decir, no se puede olvidar que la Administración Pública sirve a una “colectividad”, entendida como un conjunto de individuos y que, dentro de la actividad que aquélla realiza, existe un tipo que va dirigida a proporcionar una utilidad a los ciudadanos en el orden económico-social, en relación con necesidades generales, y por ello, aunque tenga derecho el órgano que la gestiona, a la correspondiente retribución económica por el desarrollo de dicha actividad, a través de la percepción de unas tarifas, no deja de tener un carácter público; es decir, se trata de actividades que aunque tienen una cierta repercusión económica, no responden a una actividad empresarial, sino que suponen el ejercicio de una misión de carácter público, de manera que el órgano o entidad que las realiza no persigue en su desarrollo la obtención de ventaja competitiva alguna, sino la obtención del verdadero interés público, no estando, en consecuencia, dicha actividad sujeta a la lógica de un mercado competitivo, sino a un control jurisdiccional para determinar que no se aparte de verdadero interés público que así lo exige.

En tal sentido, no resulta ocioso recordar que, como señalan el Tribunal Constitucional, (Sent 227/1993, 9 julio), y el Tribunal Supremo, “el derecho a la libertad de empresa, proclamado en el art. 38 de la CE, no es un derecho absoluto, sino que ha de ejercerse dentro de un marco general configurado por diferentes reglas, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores, marco en el que las potestades administrativas de intervención y de control están justificadas”.

Pues bien, en el presente caso, de la lectura de las actuaciones denunciadas, se observa, a mi juicio, que las mismas no se pueden calificar como actividad empresarial a efectos de los arts. 6 y 7 de la LDC, toda vez que en la oferta de actividades deportivas, el Ayuntamiento de Logroño actúa, sin duda, por mandato

y amparo del ordenamiento jurídico regulador de su actividad. Basta recordar que la Constitución, en su art. 43.3 dispone que “los Poderes Públicos fomentarán la...educación física y el deporte...”, que la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su art. 25 define como “servicios que debe prestar todo municipio con población superior a 20.000 habitantes, los de instalaciones deportivas de uso público,” así como que la Ley 10/1990, de 15 de octubre, de Deportes y la Ley 8/1995 de 2 de mayo, de normas reguladoras del deporte en la Rioja, en sus arts. 3 y 8 atribuyen expresamente al Ayuntamiento el “fomento, favorecimiento y desarrollo del deporte y de la actividad física...”

En definitiva, por las razones expuestas, considero que en el caso analizado, la actuación del Ayuntamiento de Logroño no es sino una potestad administrativa impuesta por razones de carácter general, no sometida, por tanto, a la libertad empresarial, sino que se desarrolla en ejercicio de potestades públicas atribuidas legalmente, de manera que su control 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.

Por ello, en el criterio de quien este voto suscribe, el Acuerdo del Servicio de archivo debe ser confirmado pero, en discrepancia de la postura mayoritaria, no por no vulnerar la LDC, sino al estimarse que las actuaciones del Ayuntamiento denunciadas tienen carácter puramente administrativo y que no están sujetas a la LDC, de manera que su impugnación deberá, en su caso, realizarse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sin que este Tribunal deba efectuar examen alguno de la vulneración de la LDC.