

Id. Cendoj: 28079230062006100184
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 06/04/2006
Nº de Recurso: 65/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a seis de abril de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 65/04 que ante la Sala de lo Contencioso

Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido DIRECCION000 ,
BLUE GYM SL. ACQUA DEPORTE OCIO Y SALUD S. L. Ángel Daniel y Jose
Francisco representados por

la Procuradora Sra. Castro Rodríguez frente a la Administración del Estado, dirigida y representada

por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandado el Excmo. Ayuntamiento de Logroño,

representado por el Procurador Sr. Abajo Abril sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de diciembre de 2003, relativa a archivo de denuncia y la cuantía del

presente recurso es indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal de los actores indicados interpuso recurso contencioso- administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2004. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia

por la que declare nula la resolución impugnada "y ordenando la inmediata cesación de las prácticas prohibidas; con la prohibición expresa dirigida al Ayuntamiento de Logroño de prestar cualesquiera servicios deportivos de carácter mercantil por si mismo o mediante persona interpuesta por debajo del coste de generación del servicio; y ordene la publicación del contenido de la sentencia en los dos diarios de información general de mayor circulación en la provincia de La Rioja a cargo de la Administración demandada".

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La parte codemandada presentó igualmente escrito de contestación a la demanda, para solicitar su desestimación, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que dejó expuestos.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora y la codemandada, con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando por votación y fallo del recurso la fecha del 4 de abril de 2.006 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 18 de Diciembre de 2003, en el expediente 572/03 (2300/01 del Servicio de Defensa de la Competencia) por la que se resuelve:

"Unico-. Desestimar el recurso interpuesto por D. Alvaro González-Cuevas en nombre y representación de D. Ángel Daniel , D. Jose Francisco , Jose Luis y otro sociedad civil, Polideportivo Riojano de Educación Física y Artes Marciales, CB Blue Gym SL. Simona Vosatkova y Acqua Deporte Ocio y Salud SL. 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".

SEGUNDO-. Antes de entrar a conocer del recurso debe señalarse que recurrido el acto administrativo por los denunciantes con la pretensión de que se abra expediente sancionador y se condene al denunciado, esta Sala no puede entrar a valorar la cuestión relativa a si en este supuesto el Ayuntamiento de Logroño ha actuado como Administración pública, tesis del voto particular, o como operador económico, tesis de la mayoría del TDC, quedando dicha cuestión fuera de los límites de este recurso contencioso-administrativo

La parte actora sostiene que la codemandada ostenta posición de dominio en el mercado relevante, y que ha abusado de la misma imponiendo lo que califica de "precios predatorios".

El artículo 6 de la Ley 16/1989, en la redacción que tenía antes de la modificación y adición operada en él por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y, por tanto, en la redacción que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, era del tenor literal siguiente:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en

a) La imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

El Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de mayo de 2003 ha establecido claramente las circunstancias en las que una conducta puede ser constitutiva de abuso de posición de dominio, en los siguientes términos:

"A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de

exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno".

La primera cuestión a resolver es la definición del mercado relevante, respecto de la cual las partes no están de acuerdo y que es la base sobre la que podrá alcanzarse la conclusión de si el Ayuntamiento ostenta o no posición de dominio. En primer lugar, el marco geográfico, es decir, si debe tenerse en cuenta únicamente la ciudad de Logroño o la Comunidad Autónoma de La Rioja, cuestión que queda aclarada en la resolución impugnada ("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..") es decir, el mercado relevante es el de los servicios deportivos en la ciudad de Logroño, extremo no impugnado en los escritos de las partes.

El codemandado ofrece la realización de actividades deportivas a niños entre 6 meses y 5 años (edad preescolar) a niños entre 6 y 16 años (edad escolar), a jóvenes y adultos (17 a 55 años) a personas mayores (más de 55 años) y a personas con discapacidad.

Los denunciantes ofrecen servicios especializados en instalaciones de pequeño tamaño.

La codemandada cuenta con un campo de fútbol, un Centro Deportivo Municipal con varias piscinas, campo de fútbol, tenis, frontones, rugby, golf, petanca, voley playa etc. Dos Parques Municipales igualmente con variedad de instalaciones, más polideportivos en los centros de enseñanza públicos, complejos dedicados al fútbol, piscinas y pistas varias.

Igualmente se ha acreditado que otras Administraciones públicas ofrecen servicios relacionados con la actividad deportiva, contando con instalaciones de importancia en el contexto de la ciudad de Logroño. Así la Comunidad Autónoma de La Rioja cuenta con dos complejos polideportivos y un polideportivo en la ciudad de Logroño, con piscina, frontón, atletismo, galería de tiro, salas de musculación etc. Uno gestionado directamente con distintos usos (abierto al público o de uso por federaciones o clubes), otro cedido a la Federación Riojana de ciclismo y a la Federación Riojana de tiro, y un tercero gestionado por una Residencia Universitaria.

La Universidad de la Rioja a su vez tienen instalaciones propias: piscina, sala de musculación, de usos múltiples, frontón, rocódromo, sauna, etc, gestionados directamente por su Servicio de Actividades Deportivas y cedido en ocasiones a usuarios particulares y equipos, desarrollando igualmente actividades de aeróbic, gimnasia etc.

Al tiempo, se desarrollan actividades deportivas asociativas privadas, entre las que se destacan la Fundación Cultural Recreativa Cantabria, con amplitud y variedad de instalaciones deportivas y 27.000 asociados. La Sociedad Hípica Deportiva Militar, con

5.000 abonados, instalaciones y actividades deportivas.

Finalmente se encuentra la oferta deportiva privada mercantil, con actividad mayoritaria en gimnasia de mantenimiento, aeróbic, artes marciales, squash, sauna, hidromasaje, y en ocasiones pequeñas piscinas.

La resolución impugnada parece haber considerado que es el relevante el mercado de los servicios deportivos, y concluye que dada la oferta deportiva en la ciudad no puede considerarse que el Ayuntamiento de Logroño goce de independencia de comportamiento en el mercado de prestación de servicios deportivos.

A la vista de los antecedentes obrantes en el expediente administrativo, y de los datos sobre la realización de actividades deportivas en aquel territorio (parte de los cuales se han recogido en este fundamento jurídico) esta Sala llega a la misma conclusión: no se ha acreditado que el Ayuntamiento codemandado ostente una posición de dominio en la realización de actividades deportivas, compitiendo con otras Administraciones Públicas y con clubes privados y asociaciones deportivas, además de con las empresas privadas, parte de las cuales denunciaron su actuación ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Debe en consecuencia desestimarse el primer motivo de impugnación.

TERCERO: En cuanto a la competencia desleal, mediante el (doctrinalmente polémico) artículo 7 de la Ley 16/1989 , y sobre la base de su antecedente inmediato, el artículo 3 de la derogada Ley 110 de 1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, el legislador español dispuso que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales pudieran, en lo sucesivo, ser tachadas de anticompetitivas según la Ley 16/1989 y castigadas por vía administrativa como tales. Con esta importante ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7 , comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas, cuya respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia.

Procede en consecuencia examinar, en primer lugar si hay actos "desleales" en la actuación del Ayuntamiento codemandado.

En el supuesto enjuiciado, existen precedentes jurisprudenciales en sentencias dictadas por la jurisdicción civil, entre las que cabe citar las sentencias dictadas el 10-V-2004 por la Audiencia Provincial de Orense, recurso de apelación 250/2003, y la Audiencia Provincial de Castellón el día 15-IV-2004 en el recurso de apelación num. 273/2003 , resolviendo para estimarlos sendos recursos interpuestos por la Administración respectivamente condenada, contra sentencias dictadas por Juzgados de Primera Instancia estimando demanda formuladas por Empresarios privados dedicados a la actividad deportiva, concretamente, Gimnasia, aeróbic, fitness, y actividades ligadas a estas.

Los Juzgados habían estimado las demandas de los empresarios privados y declarado que las actividades del Ayuntamiento de Villarreal en el caso de la Audiencia de Castellón y de la Diputación Provincial de Orense en el otro supuesto incurrieran en

competencia desleal al haber actuado de mala fe "al aprobar unos precios o condiciones notablemente inferiores a los asumibles por el sector privado" (sentencia del Juzgado de 1ª I. num. 3 de Orense)) y "que infringían la legislación de competencia desleal en cuanto que se ofertaban productos idénticos a los que el sector privado está ofreciendo con aprovechamiento del mercado creado por los gimnasios privados... productos para los que en definitiva, ha establecido unas tarifas (precios públicos y tasas) predatorias que perjudican a los competidores privados". (sentencia del Juzgado de 1ª I. núm. 3 de Villareal).

Por el contrario, la A.P. de Orense consideró que "no cabe afirmar en esta sede que los precios de los servicios prestados sean bajo coste, lo que determina igualmente la imposibilidad de someter la actuación de la Diputación a la censura correspondiente con el artículo 25.1 de la ley 8/89 " y la A.P. de Castellón que "no es un empresario que actúa en el mercado guiado por el lucro económico, sino que su actividad de fomento del deporte se enmarca dentro de sus propios fines como administración pública de estimular y propagar la salud a través del deporte

La cuestión de la realización de actos de competencia desleal por el cobro de precios inferiores a los facturados por los empresarios privados no es pacífica en la valoración que de estos hechos ha realizado la jurisdicción civil

Resulta en consecuencia que como requisito inicial para la incoación de expediente sancionador debe comprobarse que existen datos que muestran la posibilidad de que el denunciado haya cometido actos constitutivos de una infracción de la Ley de Competencia Desleal; y en el supuesto enjuiciado no se han acreditado tales datos indiciarios, en ausencia de los cuales, no procede la pretendida continuación de un expediente sancionador

A ello se suma el hecho de que para que la infracción de la Ley de Competencia Desleal sea además constitutiva de una infracción del Art. 7 LDC deben concurrir otros dos requisitos, normativos (falseamiento sensible de la libre competencia y afectación del interés público) que de manera conjunta -pues la afectación de dicho interés se produce precisamente "por falsear" la libre competencia- configuran el tipo del artículo 7 de la Ley 16/1989 , y que no se aprecian indiciariamente

Deben en consecuencia desestimarse igualmente este motivo de recurso

CUARTO-. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución

FALLAMO

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de DIRECCION000 O, BLUE GYM SL. ACQUA DEPORTE OCIO Y SALUD S. L. Ángel Daniel I y Jose Francisco o contra el Acuerdo dictado el día 18 de diciembre de 2003 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativ