

RESOLUCIÓN (Expte. r 653/04. Deportes Alava)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio Del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
D. Miguel Cuervo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid, a 4 de Noviembre de 2005

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Miguel Cuervo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 653/05, (2466/03 del Servicio de Defensa de la Competencia –SDC, el Servicio-), del recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios Deportivos de Álava (AEDA) contra el Acuerdo de la Ilma. Sra. Directora General de Defensa de la Competencia, de 5 de mayo de 2005, por el que se archivó la denuncia presentada por AEDA, contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por supuesto abuso de posición de dominio por precios predatorios y por competencia desleal, infringiendo con su conducta los arts 6 y 7 LDC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 12 de mayo de 2003 entró en el SDC escrito de denuncia de la Asociación de Empresarios Deportivos de Álava, AEDA, contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por ofertar servicios deportivos “en amplitud de horarios y con precios subvencionados, que compiten deslealmente y en abuso de posición dominante con los de la Asociación denunciante, perjudicando el desarrollo de su actividad empresarial por la saturación de servicios deportivos ofertados de manera pública”. AEDA considera que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz realiza una política de precios predatorios en estos servicios.
2. Con fecha 5 de mayo de 2005 el SDC acuerda el archivo de la denuncia de AEDA basándose en que el Ayuntamiento de Vitoria “no sólo está facultado para ofertar y desarrollar actividades deportivas; está obligado a ello”. Además, [...esta obligación de actuar...] no está condicionada a que

no exista iniciativa privada en esta materia o ésta sea insuficiente...En definitiva, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz actúa por mandato legal, porque “está obligado a ello”. Señala que este carácter peculiar del Ayuntamiento como operador en este ámbito “ha sido reconocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución 554/03, Centros Deportivos Almazora 2”. En todo caso, el SDC considera que aunque se plantease el asunto desde la perspectiva del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz como operador económico, “tampoco concurren los elementos necesarios para considerar que infringe los artículos 6 y 7 de la LDC con su conducta”.

3. Con fecha 25 de mayo de 2005 se recibe en este Tribunal escrito de recurso presentado por Juan Manuel Rodríguez Fernández, actuando en nombre y representación de la Asociación de Empresarios Deportivos de Álava (AEDA), contra la decisión de archivo de la denuncia por parte del SDC, mediante Expediente 2466/03. Contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.
4. Con fecha 26 de mayo de 2005 el Tribunal envía escrito al SDC, en el que adjunta fotocopia del escrito de recurso del representante de AEDA, y le solicita informe de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC.
5. Con fecha 1 de junio de 2005 se recibe en el Tribunal escrito del Servicio, en el que se adjunta todo el expediente y se pone de manifiesto que el recurso ha sido interpuesto en el plazo de 10 días establecido en el artículo 47 LDC. Considera el SDC que se repiten los argumentos expuestos en la denuncia en la que AEDA acusaba de abuso de posición de dominio y competencia desleal al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. En relación con el escrito de recurso, el SDC manifiesta que hay que precisar que el carácter mensual o trimestral de las cuotas aplicadas por el Ayuntamiento no ha sido argumento considerado por el Servicio. Además, los precios aplicados son precios públicos ajustados a las ordenanzas municipales y en uso de las facultades que le confiere el artículo 43 de la Ordenanza Foral 41/89, de 19 de julio. Se cita la Resolución del TDC de 18 de diciembre de 2003. Por otro lado, el SDC señala que la oferta del Ayuntamiento no puede estar constreñida a la existencia o no de iniciativa privada para determinadas actividades.
6. Con fecha 8 de junio de 2005, el Pleno del Tribunal decide la admisión a trámite del recurso, designando ponente al Vocal Miguel Cuerdo Mir.
7. Con fecha 9 de junio de 2005, mediante providencia, el Tribunal pone de manifiesto el expediente a los interesados para que formulen alegaciones y presenten aquellos documentos que estimen pertinentes al caso.

8. Con fecha 13 de julio de 2005 se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de AEDA.
9. Con fecha 26 de octubre de 2005 el Pleno del Tribunal deliberó y falló el presente recurso.
10. Son interesados:
 - ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEPORTIVOS DE ÁLAVA (AEDA)
 - AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurrente basa su escrito de recurso (que en lo fundamental reproduce en las alegaciones finales) en la supuesta existencia de un “error en la apreciación de los hechos” por parte del SDC que lleva al archivo de la denuncia. El error de apreciación está fundamentado, según el recurrente, en que “los precios aportados por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz no son los reales y el compareciente no ha podido rebatirlos y aclarar cuáles son los verdaderos”. Más concretamente, el recurrente considera que se están manejando cuotas de carácter mensual, cuando las cuotas son trimestrales, por lo que al dividir por tres “la cuota real es verdaderamente ridícula comparada con la que tiene que ofrecer los Gimnasios Privados para cubrir sus gastos”. El recurrente subraya más el argumento observando que “ni siquiera se habían actualizado los precios en función del IPC”.

Además, el recurrente rechaza el argumento del SDC respecto de la no existencia de competencia desleal basado en la aparición de nuevos gimnasios en los últimos años, al considerar que este aumento en la oferta se debe sobre todo al crecimiento poblacional, comercial y territorial de la ciudad.

Por otra parte, el recurrente acusa al ayuntamiento de precios predatorios. Para el denunciante el concepto de precio predatorio “no está definido de forma clara por la jurisprudencia”, por lo que considera que el SDC no ha tenido en cuenta que habría que añadir a la definición “la estimación del tiempo aproximado en que esos competidores pueden quedar eliminados”.

El recurrente también argumenta que, dado que se ha probado que en los servicios de gimnasia ofertados por el ayuntamiento los gastos superan a los ingresos, se está vulnerando “de forma clara” el artículo 45.1 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. De igual modo el recurrente cree que el apartado 2 de ese mismo artículo por el que se puede eximir la obligación

del apartado 1 en función de las circunstancias que acompañan a la oferta del servicio, éstas se tienen que probar y no dirigir una oferta general a toda la población.

El recurrente considera que la lectura del artículo 43.3 de la Constitución relativo al derecho de las instituciones públicas para ofrecer servicios deportivos, así como la obligación por parte de éstas de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte, no puede “ser un derecho absoluto y tiene sus límites”. Para apoyar este argumento el recurrente señala la Resolución del TDC 493/01, Centros Deportivos de Castellón, en la que el Tribunal interpreta que el tipo de deporte a que se refiere la Constitución, es precisamente el denominado deporte para todos...”Este deporte para todos o deporte popular es el que puede practicar cualquier ciudadano libremente, sin necesidad de integrarse en organización alguna que dote de oficialidad a la actividad que realice”. De igual forma, el recurrente cita el voto particular en la citada Resolución en torno a la teoría de los precios subvencionados y sus efectos sobre la “pureza y eficacia” que se necesitan en “mercados saneados”.

Finalmente, destaca en los argumentos del recurrente su idea de que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz esté ofertando servicios de mercado y actuando por tanto como operador en el libre mercado. En su opinión esta oferta de servicios deportivos “no supone interés público”. Para el recurrente “interés público es que todos los ciudadanos tengan trabajo y vivienda digna [...] y no...” “clases de gimnasia y de aeróbic”.

SEGUNDO. Los argumentos del SDC a través de su Informe se basan en que el Ayuntamiento en su oferta de servicios deportivos opera por mandato legal de acuerdo con “la Constitución en su artículo 43.3 y con la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, por la que se establece como una competencia municipal la de “las actividades e instalaciones culturales y deportivas”. De acuerdo con el SDC, este mandato y estas competencias quedarían reforzadas por la Ley 14/1998 sobre Deportes del País Vasco que obliga a promover actividades e instalaciones deportivas en los municipios con una población superior a los 20.000 habitantes.

El SDC entiende también que el TDC ya se ha pronunciado en otros expedientes similares, como por ejemplo en su Resolución 554/03, Centros Deportivos Almazora 2 en el que se enfatizan las diferencias, desde la perspectiva de la competencia, entre los servicios deportivos ofertados por Ayuntamientos y centros privados. Fundamentalmente, se argumenta que no se puede plantear la cuestión en términos de “plena competencia entre unos y otros”, dado que el objetivo principal de cada uno de ellos no es el mismo, ni los sujetos a los que va dirigido tampoco. El Ayuntamiento desarrolla estas

actividades en busca del interés público y no de una ventaja competitiva “sujeta a la lógica de un mercado competitivo”.

El SDC no analiza si el Ayuntamiento de Vitoria tiene posición de dominio, pero considera que al verse en la necesidad de dirigirse en sus actuaciones al mayor espectro posible de población, dados sus objetivos, podría actuar con independencia de los demás operadores privados. Aunque ello no haya sido obstáculo para que en los últimos años haya aparecido nueva oferta privada de servicios deportivos (cinco nuevos centros), por lo que entiende que no cabría hablar de barreras de entrada.

En lo relativo a la competencia desleal y, más concretamente, en la cuestión de los precios por debajo de los costes en el caso de la gimnasia, el SDC recuerda la doctrina del Tribunal en su Resolución de 18 de diciembre de 2003, Servicios Públicos de Logroño, en la que se hace referencia al artículo 45.2 de la ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales, “permite que estos sean inferiores a los costes, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen...”. En línea con el argumento de la competencia desleal, el SDC también cita la Resolución 405/97 del Tribunal, Expertos Inmobiliarios, en la que se considera que el factor determinante de afectación del interés público es la capacidad para eliminar competidores. Para el SDC la aparición de nuevos gimnasios en los últimos años neutralizaría el argumento en favor de la existencia de competencia desleal en el caso.

TERCERO. Un ayuntamiento puede realizar una actividad económica sometida al derecho de la competencia, tal y como se señala en la Resolución del TDC de 18 de diciembre de 2003 (r 572/03). Es decir, el TDC considera que no se puede descartar con carácter general que la Administración Pública pueda realizar actividades económicas como operador económico en concurrencia con otros operadores privados y, por lo tanto, pueda estar sujeta a la LDC si el caso en concreto así lo prescribiera.

CUARTO. El problema en el expediente que aquí se ventila es que, como ya ha señalado el Tribunal en otras resoluciones, el análisis está obligado a partir de planos competitivos diferentes para el Ayuntamiento que promueve y desarrolla la práctica deportiva y para los centros privados oferentes de práctica deportiva. Lo que hace difícilmente comparable, en términos de competencia, la política de precios del ayuntamiento y la política de precios de los gimnasios privados.

QUINTO. Los distintos planos competitivos, en los que se debe situar el desarrollo de las actividades deportivas de ambos, vienen dados por un conjunto de requerimientos y condicionantes legales en el desarrollo de

actividades deportivas por parte de los ayuntamientos. Es decir, la actividad deportiva municipal viene determinada en gran parte por un conjunto de objetivos múltiples fijados en distintas leyes que son diferentes, y probablemente mucho más ambiciosos, que los de la aritmética de la iniciativa privada, quien por otra parte no tiene por qué contemplarlos.

En ese conjunto de obligaciones habría que incluir el mandato constitucional del artículo 43, que dice en uno de sus apartados que los poderes públicos “fomentarán” el deporte y “facilitarán” la adecuada utilización del ocio. Este mandato queda reforzado por el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco que en su artículo 10.36 establece competencias exclusivas para los ayuntamientos en materia deportiva. De igual modo, la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local establece en su artículo 25 que el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:.../...m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo... En el artículo 26 de la misma ley se dice en su apartado 1: “Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:.../...c) En los Municipios con población superior a 20.000 “habitantes-equivalentes”, además de...protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público”.

A mayor abundamiento, para definir mejor el conjunto de objetivos a los que está sometido el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para el desarrollo de este ámbito competencial, se aprobó la Ley 11/1998 de 11 de junio, Ley Reguladora del Deporte en el País Vasco. En ella y de acuerdo con su artículo 2, se dice que el deporte es considerado como “una actividad social de interés público”, en la que se reconoce el “fundamental derecho” de todas las personas a su práctica y obliga a los poderes públicos a garantizar su adecuado ejercicio. Para continuar en el artículo 6 de la misma ley diciendo que corresponde a los municipios el ejercicio de las competencias de ejecución de programas de deporte escolar, de construcción y mejora de los equipamientos deportivos municipales, así como su gestión y mantenimiento, además de la ejecución de los programas aprobados por los órganos forales para la extensión del “deporte para todos”. En definitiva, garantizar la práctica deportiva a todos los ciudadanos que lo deseen y, como no, a personas con problemas físicos, personas de avanzada edad u otro tipo de grupos sociales, lo que conlleva desarrollarlo prácticamente al margen de su capacidad adquisitiva.

Esta multiplicidad de objetivos a partir de la práctica deportiva está fundamentada en la consolidada idea de que la práctica deportiva, adaptada a cada grupo y situación, puede considerarse un apéndice importante de otros objetivos públicos relacionados con el sistema de salud o con los

sistemas de integración e inserción social, bien desde una perspectiva preventiva o bien desde una perspectiva curativa. Utilizando una terminología más económica, para explicar esta multiplicidad de objetivos, el legislador consideró que las actividades deportivas están sujetas a importantes externalidades positivas que los poderes públicos están obligados a explotar para mejorar el bienestar general. Obviamente, estas externalidades positivas, aunque modifican el nivel del bienestar general, no pueden ser tenidas en cuenta por el sector privado de actividad, en tanto que no pueden traducirlo en una minoración de costes o en mayores ingresos. Por lo tanto, los precios de unos y de otros, administración pública y sector privado, se determinan con arreglo a una estructura de costes diferente. Así se explica que, en los precios por persona presentados por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, se diferencie en función de las características de la población, desarrollando hasta 10 'Campañas Deportivas' diferentes. Es decir, en las 'Campañas Deportivas' se atiende a criterios no estrictamente económicos, como la edad, el estado físico y psíquico, la integración social, etc. (página 563 del Expediente del SDC). En consecuencia con lo anterior, los precios se fijan con relativa independencia de la capacidad de gasto de cada uno de los individuos que componen cada uno de esos grupos y, por lo tanto, derivan en una voluntad pública de discriminar a través precios diferenciados que tengan en cuenta esos aspectos socioculturales y, no tanto, niveles de renta de los practicantes, o costes directamente imputables a cada una de las actividades realizadas por esos grupos. Lógicamente y como no puede ser de otra manera, los centros privados fijan precios atendiendo a un legítimo criterio de costes privados. Otra cosa bien distinta, y no está de más señalarla, es que las administraciones públicas municipales, desde la libertad de ejercicio de sus propias prerrogativas, pueden contar con la iniciativa privada para dotar de mayor alcance y de mayor eficiencia a los múltiples objetivos señalados, optando, si fuera el caso, por reconocerles esa misma capacidad para generar externalidades positivas, que evidentemente habría que retribuir.

SEXTO. En cuanto a que los precios de las actividades de gimnasia estén por debajo de los costes, como bien ha señalado el SDC y ha citado el TDC en otras resoluciones, la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 señala en su artículo 41 que las Entidades locales podrán establecer precios públicos por la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia de la Entidad local. De igual modo, en su artículo 45, apartado 1, la misma ley señala que los precios deberán cubrir los costes del servicio prestado. No obstante, en el apartado 2, también señala que "cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés públicos que así lo aconsejen, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior". Es decir, el Ayuntamiento puede desarrollar actividades deportivas a pérdida, si está justificada la utilidad pública de las mismas. En este sentido, el Tribunal estima 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 y en consonancia con el artículo 86.1 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local.

SÉPTIMO. En todo caso, de las alegaciones del recurrente, una vez visto todo el expediente, se desprende que lo único realmente novedoso en el recurso –en relación con la denuncia inicial- es su análisis acerca de los precios trimestrales fijados por el ayuntamiento y no mensuales, como parecía desprenderse del análisis del SDC. Este Tribunal, dadas las consideraciones anteriores, entiende que esta cuestión no es especialmente relevante, toda vez que lo sustantivo tendría que ser, a tenor de la acusación formulada, si los precios están por debajo de los costes; Es decir, si los ingresos son inferiores a los costes. Pues bien, esto ha sido analizado por el SDC sobre montantes totales anuales (página 541 del Informe del SDC). Precisamente, al observar esos montantes de ingresos y gastos totales anuales de las dos actividades denunciadas, aeróbic y gimnasia, solamente en el caso de la gimnasia los gastos son superiores a los ingresos, y no así en el caso del aeróbic, tanto para la temporada 2001/2002 como para la 2002/2003. Es decir, lo que quedaría realmente en cuestión, haciendo abstracción de lo referido en fundamentos anteriores, es si el Ayuntamiento ha abusado de su posición de dominio a través de una política de precios predatorios, contraviniendo el artículo 6 LDC y, simultáneamente, ha quebrantado el artículo 7 LDC, cuando en concreto oferta sus actividades de gimnasia.

OCTAVO. En lo relativo a los precios predatorios, este Tribunal entiende que las dos circunstancias que se tienen que dar son que, por una parte, los costes sean superiores a los precios y, por otra, que haya una intención clara de eliminar competidores. El SDC cita entre los fundamentos de su archivo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004, Tabacalera, en la que se señala que el concepto de precio predatorio tiene como “elemento verdaderamente distintivo” la intención de eliminar a un competidor. Esto obligaría al Ayuntamiento a actuar bajo una lógica de mercado que se niega por sí misma atendiendo a los fines y objetivos citados como Administración Pública en materia deportiva. Por tanto, no cabe alegar interés alguno por parte del Ayuntamiento en eliminar competidores. Más bien habría que probar de forma inequívoca lo contrario. Lo que resultaría difícil si aceptamos que el fomento de la práctica deportiva genera más práctica deportiva, cuyo crecimiento revertirá positivamente también sobre la oferta privada. En este sentido, el Tribunal no hace sino subrayar lo señalado por el SDC en cuanto al crecimiento de centros privados en los últimos años, probablemente debido en parte al crecimiento del municipio, pero también debido al fomento del

deporte en años anteriores. En todo caso, con estos datos de crecimiento de centros privados, no parece observarse saturación de mercado, argumento que radicaba en el fundamento de la denuncia. De igual modo, tampoco parece que el tiempo esté reduciendo la oferta, por lo que no es un argumento relevante a favor de la existencia de prácticas predatorias.

NOVENO. El recurso también hace referencia a la denuncia por competencia desleal. Este Tribunal considera, de acuerdo con los fundamentos anteriores, que la acusación no ha lugar en la medida en que la fijación de precios por parte del ayuntamiento no sigue la misma lógica que la de la iniciativa privada y el resultado, lejos de ser una afectación grave del interés público, refuerza ese interés al fomentar el deporte, lo que sin duda tiene que revertir también en un aumento de la actividad privada en este sector de actividad. Por otra parte, en este expediente y como señaló el Tribunal en otras resoluciones, el supuesto perjuicio al interés general no se compadece la dinámica de crecimiento del sector privado en la ciudad de Vitoria-Gasteiz de gimnasios en los últimos años.

DÉCIMO. En definitiva, el Tribunal considera que, en consonancia con los fundamentos jurídicos desarrollados en esta Resolución, el Acuerdo de archivo del SDC de la denuncia por abuso de posición de dominio y competencia desleal en el desarrollo de la práctica deportiva contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz se ajusta a derecho. Por tanto, solamente cabe la desestimación del recurso por este Tribunal, fundamentalmente porque la denuncia tiene causa en los precios fijados por estas administraciones Públicas en el ejercicio de unas competencias tasadas legalmente, que permite el desarrollo de actividades con objetivos públicos diferentes de los de la iniciativa privada.

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

HA RESUELTO

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

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.