

ELOY FERNÁNDEZ PÉREZ-ARADROS, SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN,

CERTIFICA: Que en la reunión del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante TDCA), celebrada el día 6 de noviembre de 2013, adoptó por unanimidad el siguiente

“ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN. EXPEDIENTE 7/2011, ASUNTO “GUARDERÍAS DE CALATAYUD”.

Pleno

Presidente
D. Javier Oroz Elfau,

Vocales
D. Ignacio Moralejo Menéndez
D.^a Mercedes Zubiri de Salinas
D. Carlos Corral Martínez
D. Javier Nieto Avellaned

Zaragoza, a 6 de noviembre de 2013

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada y actuando como ponente D. Javier Nieto Avellaned, ha dictado esta Resolución en el expediente 7/ 2011, Asunto “Guarderías de Calatayud”, tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón por supuestas prácticas restrictivas de la competencia y prohibidas por el artículo 3 de la Ley 15/ 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Denuncia.

Con fecha 24 de noviembre de 2011 tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón escrito de denuncia presentado por D^a. Ana Casado Melendo contra el Ayuntamiento de Calatayud, por una presunta conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, en concreto, por la realización de una práctica desleal por parte de dicho Ayuntamiento consistente en que el Ayuntamiento de Calatayud abrió dos guarderías municipales que están creando una competencia insalvable para la guardería privada de la denunciante.

SEGUNDO.- Fase de asignación de expediente.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas

en materia de Defensa de la Competencia, se arbitró la pieza correspondiente a la asignación de la competencia para la tramitación y resolución de este expediente, que culminó con el reconocimiento de la competencia de las autoridades aragonesas.

TERCERO.- Inicio de fase de información reservada.

Mediante Resolución del Director General de Economía de 25 de diciembre de 2011 se acordó *“el comienzo de una fase de información reservada a fin de determinar si en la conducta realizada por el Ayuntamiento de Calatayud concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador por vulneración de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”*.

CUARTO.- Desarrollo de la información reservada.

En cumplimiento de la Resolución anterior, el SDCA requirió al Ayuntamiento de Calatayud para que informase de la situación y aportase determinada documentación en fechas 26 de enero de 2012 y 11 de abril de 2013. En ambos casos se prestó cumplida atención a los requerimientos y se aportó documentación de la que se deduce que las escuelas infantiles de primer ciclo existentes en dicho municipio son:

- La escuela municipal infantil “MARGARITA”, de titularidad municipal.
- La guardería “VIRGEN DEL CARMEN” de titularidad autonómica.
- Las guarderías “PEQUEAYUD” y “MAFALDA”, ambas privadas. La segunda de ellas titularidad de la denunciante.

Asimismo en abril de 2013 se remitió por el Ayuntamiento de Calatayud una copia de los expedientes de contratación tramitados por el Ayuntamiento en relación con la concesión y cesión de uso de instalaciones municipales para la gestión y actividad de la escuela infantil de primer ciclo “PEQUEAYUD” y de determinada información sobre el ejercicio de la actividad de las dos guarderías municipales del municipio.

Finalmente, el SDCA, de oficio, optó por incorporar al expediente determinada documentación consistente en información general de relativa a los centros de educación infantil de primer ciclo existentes en la provincia de Zaragoza obtenida a través de la página corporativa del Gobierno de Aragón, el Decreto autonómico de creación de una Escuela de Educación Infantil de primer ciclo en Calatayud; la Orden del Consejero de Presidencia y Justicia sobre publicación del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Calatayud y el Gobierno de Aragón en materia de educación infantil de primer ciclo; y finalmente, diversas noticias de prensa relacionadas con el cierre y apertura de escuelas infantiles municipales en Calatayud.

QUINTO.- Con fecha 11 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro del TDCA propuesta de resolución del Director General de Economía, acompañada de original del expediente administrativo, relativa al expediente de referencia, en la que se propone no acordar la incoación de un procedimiento sancionador por no existir indicios racionales de conducta prohibida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra el Ayuntamiento de Calatayud, y por tanto proceder al archivo

de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

SEXTO.- El TDCA, en sesión celebrada el día 30 de julio de 2013, acordó admitir a trámite el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse, en su Resolución de 8 de octubre de 2013 (Asunto “autoescuelas de Zaragoza”) sobre la incidencia que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, y la constitución y puesta en funcionamiento de este nuevo organismo tiene sobre las atribuciones de la autoridad aragonesa de defensa de la competencia, para concluir que es puramente testimonial y no afecta a la asignación de competencias entre el órgano estatal y las autoridades autonómicas y que tampoco afecta a la delimitación orgánica entre las fases de instrucción y resolución que se venía aplicando hasta el momento.

En consecuencia, solventado el trámite exigido en el artículo 2 de la Ley 1/2001, de 21 de febrero, de Coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, el pronunciamiento relativo al presente expediente corresponde, según el artículo 1 de la citada Ley, a los órganos aragoneses de defensa de la competencia, por cuanto la conducta denunciada no afecta al ámbito superior de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En ejercicio de dicha atribución, corresponde dictar la presente resolución, previa propuesta de archivo elevada por el SDCA, al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, de acuerdo con los artículos 49.3 LDC y 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC), la disposición adicional octava LDC y la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio; y el artículo 3.a) del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón.

SEGUNDO.- Objeto del expediente.

El objeto del presente expediente se concreta en analizar si la oferta realizada por el Ayuntamiento de Calatayud de precios inferiores en el ámbito de las guarderías públicas de la localidad es constitutiva de una conducta prohibida por el artículo 3 LDC.

TERCERO.- Condición de interesada de la denunciante.

Se reconoce la condición de interesados en el presente expediente a los siguientes sujetos:

- a) La Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en sustitución de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia) tiene la condición de interesada en el presente expediente en aplicación de lo señalado en el artículo 5.tres de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, que le faculta a comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas, tal y como solicitó en su escrito de fecha 20 de septiembre de 2011.
- b) D^a. Ana Casado Melendo quien, además de la condición de denunciante, ostenta también un derecho o interés legítimo en los términos establecidos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal y como ha justificado acertadamente el SDCA en su propuesta de resolución, **lo que permite reconocerle la condición de interesada.**
- c) Obviamente, el Ayuntamiento de Calatayud, en su condición de denunciado.

CUARTO.- Conducta denunciada: consideraciones previas.

La conducta denunciada y objeto de la presente resolución viene delimitada por la actuación desarrollada por el Ayuntamiento de Calatayud, **según indica la denuncia**, en su condición de titular de dos guarderías municipales en la localidad y en la competencia **insalvable para la guardería privada de la denunciante, que ha visto descender de forma brusca el número de alumnos hasta el punto de peligrar su supervivencia y tener que prescindir de parte de sus trabajadores, debido también al menor coste de las guarderías municipales.**

Según se indica en el escrito de denuncia, las dos guarderías municipales (Margarita y Pequeayud) están creando una competencia insalvable para la guardería privada de la denunciante (Mafalda), que ha visto descender de forma brusca el número de alumnos, hasta el punto de peligrar su supervivencia y tener que prescindir de parte de sus trabajadores, debido al inferior coste para el usuario de las guarderías municipales.

La conducta descrita es calificada por la denunciante como contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, y más concretamente, como un acto de competencia desleal.

No obstante, con carácter previo al examen de la cuestión de fondo planteada en el expediente, hay que indicar que según consta en la documentación obrante en el mismo, solo existe una guardería municipal en el municipio de Calatayud. Así lo manifiesta el Ayuntamiento en el escrito remitido en fecha 13 de febrero de 2012 en contestación al requerimiento efectuado durante la fase de información reservada (folio 29). En él se indica que *“el número de guarderías o escuelas infantiles de primer ciclo que existen en la actualidad en la localidad de Calatayud son 4, dos de titularidad pública y dos de titularidad privada”*.

Las guarderías o escuelas infantiles de primer ciclo existentes son las siguientes:

- *Escuela Municipal de Educación Infantil “Margarita” de Calatayud.* Escuela de Educación Infantil (Código 50018933)
- *Nuestra Señora del Carmen.* Guardería del Gobierno de Aragón (Código 50600105).
- *Pequeayud.* Centro privado de Educación infantil (Código 50017084)
- *Mafalda.* Guardería infantil privada.

Dicha relación contradice la afirmación realizada por la denunciante sobre la existencia de dos guarderías infantiles en el municipio (Pequeayud y Margarita). En efecto, según se desprende de la documentación obrante en el expediente, la única guardería municipal existente en Calatayud es la Escuela Municipal Infantil de Primer Ciclo de 0 a 3 años “Margarita”, que fue creada mediante Decreto 68/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (BOA num. 68, de 28 de marzo de 2011), con una capacidad de 123 plazas, siendo su titular el Ayuntamiento de Calatayud.

Es cierto que la escuela infantil “Pequeayud” se configuró inicialmente como una guardería de promoción municipal cuya gestión privada fue adjudicada a la empresa BIEDMA Y DIEZ S.C. mediante acuerdo plenario de 20 de junio de 2005, una vez concluida la tramitación del concurso para la Adjudicación de la concesión de la explotación de un centro de Educación Infantil de primer ciclo en el antiguo colegio de los Hnos. Claretianos, conforme queda acreditado en el expediente. Dicha concesión, que constituía una continuación de una anterior adjudicada a la misma empresa en 2001, se extinguió el 31 de agosto de 2011 tras agotarse las cuatro prórrogas que permitía el contrato de concesión (cláusula 4ª del pliego).

A partir de 1 de septiembre de 2011 Pequeayud es un centro educativo infantil privado, tal como consta en la relación y régimen jurídico de escuelas infantiles de primer ciclo que aparece en la página corporativa del departamento de Educación, Universidad y Cultura del Gobierno de Aragón (<http://www.educaragon.org>) (folio 47), ocupando instalaciones municipales cuyo uso fue adjudicado a la misma empresa (BIEDMA Y DIEZ S.C.) -único licitador que presentó oferta- “*por procedimiento abierto mediante concurso convocado para la adjudicación de cesión de uso de instalaciones municipales sitas en el edificio claretianos de Calatayud para desarrollar la actividad de Educación Infantil, primer Ciclo*” mediante Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Calatayud de fecha 15 de diciembre de 2010 y contrato de formalización de cesión temporal de uso de bien municipal fechado el 21 de diciembre de 2010 (folio 29 y folios 116 a 166). El contrato establece que su objeto exclusivo es la prestación de la actividad de escuela infantil de primer ciclo (cláusula 3ª), fija un canon anual de 4.750 € más IVA (cláusula 2ª) y señala el 1 de septiembre como fecha de comienzo de la actividad (cláusula 7ª).

El nuevo régimen jurídico privado y titularidad del centro vinieron determinados por la necesidad de mantener la continuidad de dicha escuela tras la extinción del contrato que vinculaba al Ayuntamiento de Calatayud con la empresa gestora, con el fin de satisfacer la demanda existente en el municipio y garantizar la escolarización de los menores de 0 a 3 años. Por ello, tal como consta en la documentación municipal remitida por el Ayuntamiento de Calatayud y por la denunciante, el Ayuntamiento acordó en fecha

29 de marzo de 2010 *“agotar la prórroga del contrato de cesión de la Escuela Infantil de Primer Ciclo sita en locales municipales hasta agosto de 2011”* (folio 15 y 117) e iniciar *“en un plazo no superior de tres meses, el expediente administrativo para la adjudicación del arrendamiento o cesión de uso de las instalaciones municipales sita en el edificio Claretianos, donde se ubica la Escuela Infantil de Primer Ciclo, mediante el procedimiento legal oportuno y en las condiciones que los servicios técnicos del consistorio propongan y que se consideren oportunos para garantizar la viabilidad de dicha escuela, y que deberá entrar en vigor a partir del curso 2011-2012”* (folio 15).

La necesidad de mantener la continuidad de las dos escuelas infantiles queda también reflejada en las noticias de prensa que se han incorporado al expediente (folios 61 y 62), que muestran con claridad la oposición de la población de Calatayud al cierre de la guardería “Pequeayud” y la demanda social de más número de plazas de educación infantil de primer ciclo en la localidad.

En definitiva, en el municipio de Calatayud solo existe una escuela infantil de primer ciclo de titularidad municipal en la actualidad, así como en la fecha en la que la denunciante presentó su denuncia, si bien, como reconoce el Ayuntamiento de Calatayud, durante el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2010 y el 31 de agosto de 2011 estuvieron funcionando ambas guarderías municipales, si bien una de ellas (Pequeayud) gestionada por una empresa privada que desarrolló su actividad hasta agotar la última prórroga permitida por el contrato.

Al margen de lo expuesto, no debe olvidarse que la creación de centros de educación infantil es una actividad regulada que requiere la oportuna autorización del Gobierno de Aragón previo cumplimiento de los trámites legales oportunos y cumplimiento de la normativa aplicable (Real Decreto 82/1996 de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas de Educación Infantil y de los centros de Educación Primaria; Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria; y órdenes del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón reguladoras de la organización y el funcionamiento de los Colegios Públicos de Educación Infantil y Primaria y los Centros Públicos de Educación Especial de la Comunidad Autónoma de Aragón de fechas 22 de agosto de 2002, 7 de julio de 2005 y 8 de junio de 2012).

En contra de lo indicado por la denunciante, ninguna de estas normas impide la existencia de más de una escuela infantil de titularidad municipal, correspondiendo al Gobierno de Aragón valorar la procedencia de su creación. En este sentido se puede indicar que existen municipios con más de una guardería infantil municipal como sucede con Zaragoza, Utebo y Ejea de los Caballeros.

SEXTO.- Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al Ayuntamiento denunciado.

Como se ha indicado, la denuncia por supuestas prácticas restrictivas de la competencia se interpone contra el Ayuntamiento de Calatayud. Por ello, antes de

analizar cualquier otra cuestión, resulta necesario determinar si dicho Ayuntamiento en la actuación denunciada, consistente en la prestación de servicios de guardería infantil, está o no sujeto a la Ley de Defensa de la Competencia.

A tal respecto hay que indicar que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ya señaló en numerosas Resoluciones que 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 artículo 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 LDC, se desprende también el sometimiento, en principio, de la actuación de la Administración Pública a dicha normativa, al exonerarse en el artículo 4 la actuación administrativa contraria a la Ley, sólo cuando se encuentre expresamente amparada por una norma de rango legal, disponiendo, en el párrafo segundo de dicho precepto, que *“las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán 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, tal como señala la Audiencia Nacional, en Sentencia de 11 de noviembre de 2003, dictada en el recurso núm. 839/2000. También es claro que en virtud del citado precepto, cualquier operador, ya sea público o privado, está legitimado para realizar una conducta concreta que sea, en principio, contraria al derecho de la competencia, si tal conducta se ha llevado a cabo en cumplimiento de una ley.

En virtud de lo expuesto, hay que concluir que no existe una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC. Por ello, resulta 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, así como determinar cuando existe una ley que ampara dicho comportamiento.

En este sentido, hay que recordar que, según reiterada jurisprudencia del TJCE (entre otras, Ss. 2002/299, asunto C-82/01P [TJCE 2002, 299]), *“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 (LCEur 1986, 8” y TJCE 2002, 299) , 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 (LCEur 1986, 8) hay que examinar cuál es la naturaleza de dichas actividades”. También debemos 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”.

En el presente caso, el Ayuntamiento de Calatayud actúa como titular y gestor de una guardería infantil de primer ciclo (Margarita), prestación por la que percibe una remuneración económica de los usuarios, si bien, a través del pago de una tasa que se regula mediante una ordenanza municipal.

Podemos afirmar, por lo tanto, que la administración municipal participa en la producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios, como oferente de unos servicios de guardería a cambio de un precio, en competencia con otras empresas del sector privado y que por ello puede considerarse como un operador económico que queda sometido a las prescripciones de la LDC. No obstante, es cierto que dicha administración desarrolla una actividad vinculada a la prestación de un servicio público, como es el educativo, que incide en un ámbito típico de la prerrogativa del poder público.

Como bien señala la doctrina, existe dificultad para calificar a la administración como operador por las prerrogativas de poder público, a la que se une la escasa y variante doctrina y jurisprudencia nacional al respecto, quizás como consecuencia de las diversas modificaciones de una normativa que, en un principio estaba pensando únicamente en las empresas. En este sentido, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ha indicado 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 ésta 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 7 de noviembre de 2006, Expte. r 673/05, Deportes Valladolid).

Por ello, lo relevante para el derecho de la competencia no es el estatuto jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino la conducta, su naturaleza jurídica en función del contexto y de sus consecuencias económicas, y si ésta ha causado o es apta para restringir la competencia en el mercado.

Y sobre esta cuestión, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ya ha reconocido en varias resoluciones, el carácter empresarial de la actividad desarrollada por la Administración en casos que pudieran resultar similares y equiparables a los planteados en el presente expediente. Así, en referencia a la prestación de servicios públicos deportivos, destacan los pronunciamientos de las siguientes resoluciones:

Resoluciones 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 2005 , 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), 4 de abril de 2006 (Expte. R. 625/04, Centros Deportivos Castellón), 7 de noviembre de 2006, Expte. r. 673/05, Deportes Valladolid). En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 29 de febrero de 2012, confirmatoria de la Resolución del Tribunal Galego de Defensa de la Competencia, en relación con la prestación de unos servicios educativos (idiomas) por parte del Ayuntamiento.

Por ello, debemos concluir que en el presente caso, aunque la conducta del Ayuntamiento de Calatayud se presenta revestida de la forma administrativa, no es impedimento para calificarlo como operador económico sometido a la LDC, al tener su actividad desde una perspectiva funcional o material, naturaleza económica. En efecto, siguiendo la doctrina del TDC cabe afirmar que el Ayuntamiento no actúa como regulador del mercado, sino como operador económico cuando oferta para todos los niños de 0 a 3 años los servicios de guardería en el municipio de Calatayud. Estamos en presencia de una actividad funcional o materialmente económica, que se desarrolla en competencia con los operadores privados que ofertan esas mismas actividades, como es el caso de la denunciante, titular de una guardería privada.

El hecho que el Ayuntamiento persiga la satisfacción de un interés público no impide esta calificación jurídica. El TDC, 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. Cuestión distinta es que el Ayuntamiento realice dicha actividad en el ámbito de sus competencias en materia de educación y que en su ejercicio goce de amparo legal, como veremos a continuación.

Finalmente, hay que indicar que estas consideraciones son aplicables únicamente en relación con la gestión directa por el Ayuntamiento de Calatayud de la escuela infantil Margarita, no respecto de la escuela Pequeayud, que siempre ha sido gestionada por una empresa privada, ya que en este caso resulta evidente que el Ayuntamiento de Calatayud ha actuado en ejercicio de potestades públicas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, por cuanto la decisión de convocar y adjudicar el contrato de concesión de la explotación de un centro de Educación Infantil de primer ciclo en el antiguo colegio de los Hnos. Claretianos, corresponde al Ayuntamiento, no como operador económico, sino en el ejercicio del *ius imperii* del que es titular, estando sometido en su actuación al derecho administrativo. En estos casos, es reiterada la doctrina del TDC al señalar que la concesión por la Administración Pública de derechos económicos exclusivos a favor de terceros queda en general exenta de la LDC por tratarse de una mera actuación administrativa, incluso aunque haya una contraprestación económica por parte de la empresa adjudicataria (RRTDC de 26 de junio de 1997, Exp. R. 193/96 y de 15 de julio de 1998, Exp. 419/1997; RTDC de 20 de marzo de 1998, Exp. 419/1997).

SEPTIMO.- Aplicación del artículo 4 de la LDC: exención por habilitación legal.

El artículo 4 de la LDC establece lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán 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.”

Ello significa que si bien el Ayuntamiento de Calatayud queda sometido a las prescripciones de la LDC en lo que respecta a la conducta denunciada, pues la actuación en los servicios de educación infantil de primer ciclo que ofrece constituye una actividad susceptible de ser calificada como empresarial en sentido estricto, y por tanto, sujeta a la LDC, la existencia de una habilitación legal para realizar dicha actividad le otorgaría el amparo legal del artículo 4 de la LDC, tanto en los supuestos en que estuviéramos ante acuerdos o decisiones prohibidos por el artículo 1 de dicha Ley, como ante actos unilaterales prohibidos en los artículos 2 (abuso de posición de dominio) y 3 (actos de competencia desleal).

Por ello, dado que con independencia de la calificación de la conducta del Ayuntamiento como prohibida, la existencia de habilitación legal en el ejercicio de la actividad denunciada determinará que no sean aplicables las prohibiciones recogidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, se considera preciso, con carácter previo a cualquier otra consideración, analizar esta cuestión.

La doctrina de las autoridades españolas de defensa de la competencia (el Tribunal de Defensa de la Competencia, posteriormente reemplazado por la Comisión Nacional de La Competencia), han evolucionado sobre la interpretación de la exención legal regulada en el citado artículo 4 LDC. La inicial interpretación amplia de la exención legal (cuando una norma legal autoriza a un agente económico a realizar una conducta en el mercado, este goza de amparo legal y no puede quedar simultáneamente prohibida por la LDC) se fue endureciendo de manera progresiva hacia una interpretación estricta e incluso restrictiva, de manera que solo podían quedar fuera de la LDC las conductas anticompetitivas que respondieran a una voluntad explícita del legislador.

En la actualidad, sobre todo tras la Sentencia de 6 de julio de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cabe inferir una interpretación general del artículo 4 LDC en el sentido de que cuando la conducta restrictiva esté autorizada por una norma de rango de ley no podrá entenderse prohibida por la LDC aun cuando la conducta en cuestión no venga impuesta como obligatoria, siendo meramente permitida por la norma legal. El propio Tribunal Supremo proclama expresamente que basta con una mera autorización, no con la imposición de un comportamiento, pero lo autorizado debe ser el propio comportamiento en cuestión, rechazando la tesis anterior que suponía, en términos muy simplificados, que solo no estaba prohibido lo que fuera obligatorio.

En cualquier caso, el artículo 4 LDC no puede equipararse con una simple previsión o habilitación legal para actuar en beneficio de una Administración Pública o entidad de carácter público, pues ello supondría, precisamente, el exceptuarlas de manera genérica del sometimiento al derecho de la competencia. La cláusula del artículo 4 de la ley debe entenderse, por el contrario, como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría o podría estar incurso en las prohibiciones de la Ley.

En el caso presente resulta incuestionable que el artículo 42 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón y el artículo 25 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, prestan cobertura normativa suficiente a la actuación del Ayuntamiento de Calatayud en el ámbito educativo y para el cumplimiento de fines de interés general, con el objetivo de satisfacer la demanda de educación y escolarización de los menores de 0 a 3 años residentes en el municipio. De acuerdo con dichos preceptos, los municipios, en el ejercicio de su autonomía y en el ámbito de sus competencias, *"pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal"* y como señala el artículo 42 de la Ley aragonesa, uno de los ámbitos en los que los municipios podrán prestar servicios públicos y ejercer competencias, con el alcance que determinen las Leyes del Estado y de la Comunidad Autónoma reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, será *"La participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la Administración educativa en la creación, construcción y mantenimiento de los centros docentes públicos; la intervención en los órganos de gestión de los centros docentes y la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria; la promoción de actividades educativas"* (letra ñ).

En ese sentido, el artículo 28 de la Ley 7/1985 establece que *"Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación..."*. En el mismo sentido el artículo 46 de la Ley de Administración local de Aragón declara que *"para la satisfacción de los intereses y necesidades de los vecinos y una vez que esté garantizada la prestación de los servicios obligatorios, el municipio también podrá realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas."*

Con ello se pone de manifiesto que, si bien la educativa no es una competencia básica del municipio, se enmarca en un campo en el que la legislación abre a los Ayuntamientos opciones para implicarse en ella a fin de mejorar la calidad de la educación, que en este caso se lleva a cabo con un incremento de la oferta de plazas públicas en el primer ciclo de Educación Infantil en el municipio de Calatayud con el fin de asegurar la oferta educativa en este ciclo, así como con el establecimiento de unos precios públicos. Y por tanto se cumple lo exigido, para quedar bajo el abrigo de la cobertura legal dada por el artículo 4 de la LDC, por la Sentencia de 6 de julio de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el sentido de que basta con una mera autorización ex lege, no con la imposición de un comportamiento, pero lo autorizado debe ser el propio comportamiento en cuestión.

Y lo que es más relevante, de esta forma se da cumplimiento al mandato legal establecido en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación,

norma básica en la materia, que establece que ***“las administraciones públicas deben promover un incremento progresivo de la oferta de plazas públicas en el primer ciclo de Educación Infantil, estableciendo, además las políticas de cooperación entre ellas y con otras entidades para asegurar la oferta educativa en este ciclo”***. Para facilitar la participación de otras administraciones públicas se alude en ese mismo artículo a la necesidad de establecer condiciones de participación en esta oferta educativa, entre otras, de las corporaciones locales, siendo el Real Decreto 2274/1993, de 22 de diciembre, de cooperación de las corporaciones locales con el Ministerio de Educación y Ciencia el que establece las bases de esta colaboración.

En este contexto hay que situar la aprobación del Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Educación y la Comunidad Autónoma de Aragón para la financiación de plazas públicas del primer ciclo de educación infantil en el marco del Plan Educa3 suscrito el 29 de diciembre de 2009, en el que se indica que el objetivo es *“que se atienda a la demanda creciente de este periodo educativo.(...) Aún así la cobertura es todavía insuficiente para responder a las demandas de la sociedad española actual”*.

Dicho Convenio incluye al municipio de Calatayud en la relación de escuelas infantiles cuya creación se cofinancia a través del mismo, (*Administración titular: Ayuntamiento; nº de unidades: 9; nº de plazas: 123*), siendo el Convenio de Colaboración suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Calatayud en materia de educación Infantil de primer ciclo el que establece la participación de la Administración educativa autonómica en la financiación de la escuela de educación infantil de primer ciclo de Calatayud (publicado mediante Orden del Consejero de Presidencia y Justicia de 19 de diciembre de 2012).

Es evidente, por lo tanto, que el Ayuntamiento de Calatayud desarrolla su actuación –apertura de una nueva escuela infantil de primer ciclo- cumpliendo un mandato legal establecido con claridad en el artículo 15.1 de la LOE y en ejercicio de potestades públicas atribuidas legalmente. La creación, como se ha expuesto, tiene carácter regulado y exige la autorización del Gobierno de Aragón y la firma de un convenio que regule el régimen económico y de funcionamiento del mismo (artículos 1 y 3 del Real Decreto 82/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las Escuelas de Educación infantil y de los Colegios de Educación Primaria), además de los informes favorables pertinentes.

Es por ello que se cumple lo exigido por la Sentencia de 6 de julio de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, para quedar bajo el abrigo de la cobertura legal dada por el artículo 4 de la LDC, en el sentido de que basta con una mera autorización ex lege, no con la imposición de un comportamiento, pero lo autorizado debe ser el propio comportamiento en cuestión.

Asimismo, es claro que el Ayuntamiento de Calatayud cumple un fin legítimo, asegurar la oferta educativa en este ciclo y permitir conciliar la vida familiar y laboral de los padres y madres en el municipio de Calatayud. Y la medida adoptada con la creación de una nueva escuela infantil de primer ciclo debe entenderse proporcional a dicho fin, atendiendo al número de niños de 0 a 3 años empadronados en el municipio (713 en el año 2011 y 652 en el año 2012, según datos del INE), al número total de plazas de

escuelas infantiles ofertadas en Calatayud (357 según los datos del expediente) y al aumento de la demanda de plazas de guardería o escuelas infantiles que ha quedado acreditada en el expediente, tanto en las noticias de prensa aportadas como en las enmiendas y propuestas que fueron debatidas y votadas por el pleno del Ayuntamiento el 29 de marzo de 2010 que culminó con el acuerdo de agotar la prórroga de la concesión de la escuela Pequeayud y su continuidad como centro privado mediante un contrato de arrendamiento de las instalaciones municipales (folios 8 a 15, 113 a 117) para satisfacer la demanda de plazas de educación infantil existente en el municipio.

En efecto, si atendemos a los datos demográficos concurrentes en el municipio de Calatayud y a la información obrante en el expediente, podemos concluir lo siguiente:

1. El municipio de Calatayud es uno de los municipios con mayor población en la Comunidad Autónoma de Aragón (21.174 habitantes¹), en el que la población entre 0-3 años constituye actualmente el 3,08% del total de los habitantes.

TABLA 1. Población 0-3 años en Calatayud años 2011/2012.

	TOTAL	Pob Inf./Pob total(%)
2012	652	3,08
2011	713	3,4

Fuente: INE. Padrón municipal año 2001-2012

2. Son cuatro las empresas que desarrollan la actividad de educación infantil de primer ciclo (0-3 años) en Calatayud. Son las siguientes:

TABLA 2. Centros de educación infantil primer ciclo/guarderías en Calatayud.

NOMBRE	TIPO	CALLE
.I Ntra Sra Del Carmen	Público	Ramón y Cajal s/n
E.E.I de Calatayud "Margarita"	Público	Benedicto XIII,3
C.E.I Pequeayud	Privado	Fernández Ardavín, 3
C.E.I Mafalda	Privado	Urb. Galápago, bl. 2, bajos

Fuente: Educ Aragón.Org

3. Estos cuatro centros ofertan en los siguientes precios, plazas y horarios, según la información obrante en el expediente y la obtenida por este Servicio de Defensa de la Competencia (procedente de los indicados por la denunciante, el decreto de creación de la escuela municipal infantil y la ordenanza municipal reguladora de la tasa aplicable a la escuela municipal, así como con el contenido de las Resoluciones de la Dirección General de Ordenación Académica de 14 de marzo de 2011 y de 23 de marzo de 2012 que establecen, entre otras cosas, las cuotas de comedor para los cursos escolares 2011/2012 y 2012/2013 con una diferencia máxima de 2€):

¹ Fuente: INE. Padrón municipal año 2012.

TABLA 3. Horarios y precios de escuelas infantiles de Calatayud.

Nombre centro educativo	Plazas totales	Horarios	Precios
MAFALDA	60	9 a 14 horas	185 €
		9 a 17 horas	235 €
MARGARITA ²	123	Jornada mañana	140 €
		Jornada continua	175 €
		Jornada partida	100 €
N. SRA. DEL CARMEN	108	9 a 17 horas	Gratuita (precios distintos por servicio de comedor: entre 30 y 102 €)
PEQUEAYUD ³	66	9 a 14 horas	175 €
		9 a 17 horas	235 €

4. Si tenemos en cuenta el número de plazas de alumnos ofertadas, se observa que no existe ningún centro educativo infantil de primer ciclo en Calatayud que domine dicho mercado (actividades de educación preprimaria (CNAE 8510)), si bien se constata que es un mercado caracterizado por una mayor oferta de plazas públicas. Así se desprende de las siguientes tablas:

Tabla 4. Plazas de escuelas infantiles ofertadas en Calatayud 2011/2012

Año	Población			Plazas de guardería			
	Total	Infantil (0-3)	% Infantil/total	Públicas	Total	% cobertura	% públicas/totales
2012	21.174	652	3,1	231	357	54,7	64,7
2011	20837	713	3,4	231	357	50	64,7

Tabla 5. Distribución de plazas de guardería en Calatayud

Centro educativo	Plazas	% Plazas total
MAFALDA	60	16,80 %
MARGARITA	123	34,45 %
N. SRA. DEL CARMEN	108	30,25 %
PEQUEAYUD ⁴	66	18,49 %

Las tablas expuestas reflejan que los cuatro centros infantiles existentes en la actualidad en el municipio (entre ellos, el de titularidad del Ayuntamiento) dan cobertura a la mitad de la población infantil de 0 a 3 años de la localidad. Si excluyésemos las plazas ofertadas por la nueva guardería municipal (123 plazas) obtendríamos como resultado que dicha cobertura se reduciría considerablemente hasta situarse en el 32,8% (año 2011) y el 35 % (año 2012).

Asimismo no hay que olvidar que la creación de la nueva escuela infantil por el Ayuntamiento de Calatayud obedece a la extinción del contrato de concesión de la escuela Pequeayud (de gestión privada) y a la necesidad de satisfacer una demanda de

² La tasa por prestación de servicios establece 4 modalidades y aplica reducciones por renta familiar (30% y 50%). Tras su modificación (BOPZ nº 294 de 24 de diciembre de 2012) se incluyen bonificaciones por familia numerosa.

³ Existe una diferencia de 5 € con los precios indicados por la denunciante, por cuanto los expresados se corresponden con los precios del curso escolar 2012/2013. El número de plazas declarado por el Ayuntamiento de Calatayud es de 66 plazas disponibles y de 75 según la página de la Diputación Provincial de Zaragoza (servicio social de base).

⁴ El número de plazas existente se ha obtenido de la página de la Diputación Provincial de Zaragoza (servicio social de base).

plazas de educación infantil claramente insuficiente tras del cierre de esta guardería (la cobertura de plazas con solo dos centros infantiles –Mafalda y Nuestra Señora del Carmen- se hubiese situado en torno al 25%).

Precisamente por ello, el Ayuntamiento de Calatayud, **cumpliendo el mandato legalmente establecido al que se ha hecho referencia**, inició los trámites para la creación de una nueva guardería municipal. **A este respecto hay** que destacar que la necesidad de nuevas plazas en el municipio ha quedado suficientemente acreditada en el expediente tanto por el contenido de las enmiendas presentadas por los grupos municipales y el rechazo de la población al cierre de esta guardería por la apertura del nuevo centro infantil municipal, como por los datos anteriormente expresados.

Es por ello, que no cabe sino considerar plenamente justificada la decisión del Ayuntamiento de crear una nueva guardería municipal (“Margarita”) con el fin de satisfacer la demanda de plazas de educación infantil de primer ciclo existente en el municipio y garantizar la educación de los menores de 0 a 3 años, proporcionando la atención educativa necesaria que complementa a la atención parental y que permita conciliar la vida familiar y laboral de los padres y madres en la medida en que la acción educativa está asimismo asociada al cuidado de los menores.

No puede afirmarse que con ello se restrinja la libertad de empresa; otra conclusión conllevaría que el Ayuntamiento nunca pudiera adoptar medidas en sectores (como el educativo) en los que operasen empresas privadas, pese a que la Ley permitiese su actuación en ese campo, pues siempre podrían entender que con aquella iniciativa se restringía aquella libertad de empresa o se producían determinados efectos anticompetitivos, aunque estos se contrarrestasen con las posibles eficiencias que la conducta también pudiese producir.

En este mismo sentido se pronunció el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su 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*”.

Tampoco puede afirmarse que en el desarrollo de tal actividad el Ayuntamiento se haya excedido de las potestades públicas atribuidas legalmente y del amparo legal otorgado en el artículo 15.1 de la LOE, ya que ha quedado suficientemente acreditado que la decisión municipal se halla suficientemente motivada y no puede afirmarse que la existencia en el municipio de Calatayud de una oferta de plazas infantiles de primer ciclo que cubre a la mitad de la población infantil de 0 a 3 años sea, en ningún caso, excesiva o desproporcionada.

Las afirmaciones realizadas no pueden ser desvirtuadas por el hecho de que en la actualidad no se hallen ocupadas todas las plazas ofertadas, tal como señala el Ayuntamiento en el último escrito presentado (folio 69), circunstancia fácilmente explicable

por el descenso de la población infantil (ya observada en 2012) y sobre todo, por el importante incremento del paro registrado en Calatayud desde marzo de 2010, fecha en la que se adopta la decisión por el Ayuntamiento de crear una segunda escuela infantil y de prorrogar por un año la concesión de Pequeayud, hasta la actualidad (un incremento del desempleo del 25,4% según datos suministrados por IAEST relativos al paro registrado en Calatayud: 1.616 personas (marzo 2010) - 2.166 personas (abril 2013)).

En todo caso, hay que añadir que no se puede plantear el debate como un conflicto de intereses entre la Administración municipal y los intereses de las empresas en el sector de la educación infantil o guarderías, como pretende la denunciante, ya que si la Administración ejercita **sus competencias** con arreglo a la Ley, ha de preponderar aquel interés general que vela por las finalidades públicas relativas a la educación.

Finalmente, hay que señalar que los precios fijados por el Ayuntamiento no son precios predatorios, son precios públicos establecidos al amparo de lo dispuesto en el **artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo**, precepto que permite “*sean inferiores a los costes, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen..*” y 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...>*”.

En virtud de lo expuesto, hay que concluir que procede calificar los hechos denunciados de conducta autorizada por ley, a la que resulta aplicable el artículo 4 LDC y por ello, sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, no son aplicables al Ayuntamiento de Calatayud las prohibiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

Y en estos casos, el control de la legalidad de su actuación viene determinado por los correspondientes recursos en vía administrativa y judicial frente al propio acto, pero no se somete al control de las autoridades de defensa de la competencia; cualquier perjuicio que derive de dicha actuación administrativa amparada legalmente habrá de hacerse valer, en su caso, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así se ha interpretado por los órganos de defensa de la competencia en Resoluciones diversas como las dictadas en relación con la prestación de servicios públicos deportivos que han sido mencionadas en esta resolución, y por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en Sentencia de 29 de febrero de 2012, confirmatoria de la Resolución del Tribunal Galego de Defensa de la Competencia, en relación con la prestación de unos servicios educativos (idiomas) por parte del Ayuntamiento.

Como se indica en esta última resolución “*Con ello no se está otorgando una patente de corso para poder operar con carácter general en contravención de la normativa vigente, como afirma la parte actora, sino que se reconduce la fiscalización a sus verdaderos cauces, excluyendo la intervención del Tribunal de Defensa de la competencia debido a que no rigen las prohibiciones del artículo 1 de la LDC (RCL 2007, 1302) . Y ello es así porque no resulta correcto plantear el debate como un conflicto de intereses entre la Administración municipal y los intereses de las empresas en el sector de la educación,*

como pretende la demandante, ya que si la Administración ejercita las potestades públicas con arreglo a la Ley, ha de preponderar aquel interés general que vela por las finalidades públicas relativas a la educación, no pudiendo reconducir la controversia a una pura competencia en el mercado."

OCTAVO.- Consideraciones complementarias.

Con independencia de la exención legal referida en el fundamento jurídico anterior, este Tribunal considera procedente realizar unas breves consideraciones sobre la conducta denunciada con objeto de clarificar la actuación realizada por el Ayuntamiento y de dar una respuesta a las cuestiones planteadas por la denunciante.

1. La conducta denunciada que ha sido descrita implica la actuación unilateral del denunciado (Ayuntamiento de Calatayud) frente a la denunciante, por lo que no cabe apreciar la existencia de bilateralidad y por lo tanto, no cabría la aplicación del artículo 1 de la LDC, precepto que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en los mercados.
2. Respecto a la posible infracción del artículo 2 de la LDC, precepto que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición dominante, es elemento imprescindible del tipo infractor de este artículo la existencia de una posición de dominio de una empresa en el mercado afectado en el que se desarrolla la conducta. Hay que tener en cuenta que la legislación española no sanciona la mera posición dominante, puesto que ésta puede ser resultado de un buen desempeño empresarial, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores.

En el presente caso, ya se ha expuesto que en el mercado considerado relevante (el de prestación de servicios de educación preprimaria en el municipio de Calatayud) ninguna de las cuatro escuelas infantiles existentes se impone totalmente en el mercado y por lo tanto, ninguna tiene una posición de dominio en el mismo de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, que considera que cuotas de mercado superiores al 50% evidencian una posición dominante salvo en circunstancias excepcionales⁵. Es, asimismo, un mercado en el que la cuota mayoritaria la ostentan los centros públicos (64,7%), tal como sucede en otros municipios de la provincia de Zaragoza con población similar (74,3% en Utebo y 57,6% en Ejea de los Caballeros).

No existe una posición de dominio del Ayuntamiento denunciado en el mercado de las guarderías o escuelas infantiles de Calatayud (posee una cuota del 34,45%), por lo que no cabría apreciar la concurrencia del primer requisito esencial para determinar la existencia de una conducta prohibida en el artículo 2 de la LDC.

Tampoco cabría considerar una posible posición dominante durante el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2010 y el 31 de agosto de 2011 en el que

⁵ Véase Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche c. Comisión, párrafo 41 (cuota de mercado del 50%); Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86 Akzo c. Comisión, párrafo 60, y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia ("TPI"), de 28 de febrero de 2002, Asunto T-395/94 Atlantic Container Line c. Comisión, párrafo 328. En el Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche c. Comisión, párrafo 56, el TJCE consideró una cuota de mercado cercana al 86% evidencia suficiente de una posición dominante.

estuvieron prestando servicios dos guarderías municipales (Margarita y Pequeayud) que ofertaban el 52,94% de las plazas de guarderías o escuelas infantiles del municipio, ya que, como ha quedado acreditado en el expediente, la escuela Pequeayud siempre ha sido gestionada por una empresa privada y el Ayuntamiento en este caso no ha actuado como operador económico sino como administración concedente que recibe un canon por la concesión.

Sin perjuicio de lo expuesto, en ningún caso cabría apreciar abuso por parte del Ayuntamiento de Calatayud y ello es así porque la actuación realizada por el Ayuntamiento resulta suficientemente justificada y proporcional a las necesidades existentes en el municipio de Calatayud, lo que impide apreciar la existencia de un posible abuso y efectos anticompetitivos que, en todo caso quedarían contrarrestados con las evidentes eficiencias que la conducta, esto es, la apertura de una nueva guardería municipal, produce en el municipio.

Por otra parte, hay que recordar que en la prestación del servicio de guardería o educación infantil en el municipio, el Ayuntamiento no actúa con fines concurrenciales, con la lógica del mercado, puesto que su objetivo no es la captación de clientes para obtener un beneficio económico ni la intervención en un mercado competitivo en concurrencia con otros operadores, sino lograr un fin de interés general, el fin de satisfacer la demanda de plazas de educación infantil de primer ciclo existente en el municipio y garantizar la educación y asistencia de los menores de 0 a 3 años cumpliendo el mandato establecido en la LOE.

Asimismo, tampoco puede hablarse de práctica abusiva de precios predatorios ya que los precios conforme a la normativa de régimen local, pueden ser inferiores a los costes por razones de interés público (son precios públicos) y además, no existe una intencionalidad u objetivo predatorio, un ánimo de eliminar competidores por parte del Ayuntamiento, que cumple con su actividad un fin público y un mandato legal.

3. En cuanto a la posible calificación de la actuación del Ayuntamiento de Calatayud como una práctica anticompetitiva por crear una competencia insalvable para la guardería privada de la denunciante, debido al inferior coste de las guarderías municipales, hay que resaltar que las conductas desleales a las que se refiere el artículo 3 de la Ley están constituidas por *“los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”*.

La denunciante parece entender desleal el comportamiento del Ayuntamiento de Calatayud desde la perspectiva del artículo 15 de la **Ley de Competencia Desleal (LCD)** que *“considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa”*, por cuanto considera que el Ayuntamiento se ha prevalido de sus prerrogativas administrativas para intervenir en el mercado de la educación infantil en la ciudad de Calatayud al abrir una segunda guardería municipal y por establecer precios inferiores a los del mercado, en perjuicio de la denunciante, titular de una guardería privada.

La primera cuestión -segunda guardería municipal- ya ha sido analizada de forma amplia en esta resolución. En cuanto a las alegaciones formuladas sobre precios predatorios, sancionados en el artículo 17 de la **LCD** que considera desleal la venta realizada bajo coste *“cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”*, hay que indicar que en el presente caso, la diferencia existente entre los precios de las escuelas infantiles públicas y privadas debe analizarse partiendo de planos competitivos diferentes para

el Ayuntamiento que promueve y desarrolla el servicio educativo y para los centros privados oferentes de los servicios de educación infantil. Lo que hace difícilmente comparable, en términos de competencia, la política de precios del Ayuntamiento y la política de precios de las guarderías privadas.

La prestación del servicio municipal de educación infantil de primer ciclo viene determinada en gran parte por un conjunto de objetivos públicos y de interés general fijados en distintas leyes que son diferentes y que difieren de los objetivos de la aritmética de la iniciativa privada, quien por otra parte, no tiene por qué contemplarlos. Por ello, los precios de las escuelas infantiles o guarderías públicas- municipales y autonómicas- se fijan atendiendo a criterios de carácter público, a una voluntad pública de discriminar a través precios diferenciados que tengan en cuenta unos aspectos socioculturales y familiares, niveles de renta de los practicantes, o costes directamente imputables a cada una de las actividades realizadas por los sujetos a los que van dirigidos. Lógicamente y como no puede ser de otra manera, los centros privados fijan precios atendiendo a un legítimo criterio de costes privados.

En el presente caso, los precios establecidos por la guardería municipal "Margarita" se hallan en una ordenanza municipal que regula una tasa por prestación de servicios en la escuela municipal de educación infantil (folios 39 a 43), cuyo hecho imponible está constituido por *"la prestación de servicio de estancia, atención educativa, formativa y asistencial a la primera infancia, dirigida a los/as niños de cero a tres años de edad, en la Escuela Municipal de Educación Infantil"* y la cuantía se determina aplicando las tarifas por servicios según las modalidades que se regulan en el artículo 7 de la Ordenanza, así como las reducciones según la renta de la unidad familiar.

Nos encontramos, por lo tanto, con unos precios públicos aprobados por el Pleno del Ayuntamiento de Calatayud 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 el TDC al afirmar que el **artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo**, *"permite que éstos (los precios) sean inferiores a los costes, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen.."* y 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..."*. Por ello, no cabe calificar los precios fijados por el Ayuntamiento como precios predatorios, aunque los datos que constan en el expediente permiten constatar que los ingresos obtenidos por el Ayuntamiento en la gestión de la escuela infantil han sido sensiblemente inferiores a los gastos que le supuso prestar dichos servicios en los años 2010 y 2011, tal como consta de la información aportada por el Ayuntamiento (folios 27 y 28).

Por otra parte, tampoco cabe apreciar la existencia de un elemento intencional en el presente caso, ya que resulta difícil si no imposible apreciar el interés económico que podría tener o perseguir el Ayuntamiento de Calatayud con la eliminación de los competidores privados por cuanto, como se ha expuesto con anterioridad, el desarrollo de la actividad y los precios fijados atienden al propósito de cumplir el objetivo de satisfacer la demanda de servicios de atención educativa, formativa y asistencial a la primera infancia en el municipio de Calatayud.

Es por ello que no cabe hablar de una estrategia predatoria, sino de una estrategia orientada a la prestación de unos servicios educativos a la población infantil de Calatayud, que se justifica en la satisfacción del interés general y que se financia con cargo al precio público que abona el usuario pero también con cargo a las aportaciones que el Ayuntamiento de Calatayud recibe de otras entidades públicas, tal como queda reflejado en el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Educación y la Comunidad Autónoma de Aragón, para la financiación de plazas públicas del primer ciclo de Educación Infantil en el marco del Plan Educa3 que ha permitido cofinanciar la creación de la escuela infantil Margarita en Calatayud.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón

RESUELVE

Único.- No acordar la incoación de un expediente sancionador contra el Ayuntamiento de Calatayud, por gozar la conducta objeto de denuncia de habilitación legal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la LDC **y porque, en cualquier caso, tampoco concurre indicio alguno de infracción. En consecuencia, procede** el archivo de la denuncia y de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la citada Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.

7 de noviembre de 2013