

RESOLUCIÓN

Ilmo. Sr. D. José Luis Juan Sanz, Presidente.

Ilma. Sr^a. D^a. Carmen Galipienso Calatayud, Vocal

En Valencia a diecisiete de febrero de dos mil doce.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Ilma. Sr^a. D^a Carmen Galipienso Calatayud, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente número SAN 5/2011 Centros de día Alicante que fue tramitado como consecuencia de la denuncia presentada por el Centro de Día Senelx S.L., denuncia en la que manifestaba la posible vulneración de la libre competencia que podía suponer la oferta de servicios por debajo de costes llevada a cabo por los centros de día Novaire, hecho éste que podía impedir que otros centros pudieran competir.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El 6 de junio de 2011 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana la consulta efectuada por el Centro de día Senelx S.L. a la Comisión Nacional de la Competencia relativa a la posible vulneración de la libre competencia que supondría la oferta de servicios por debajo de costes llevada a cabo por los centros de día Novaire, que impediría a otros centros poder competir.

Tras la subsanación del escrito inicialmente presentado y la confirmación de que se pretendía presentar denuncia, se acordó, el 21 de junio de 2011, la práctica de una información reservada y se sometió el asunto al trámite de designación de órgano competente en virtud 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. De acuerdo con los criterios de asignación de asuntos recogidos en su artículo 1, se acordó que el conocimiento de los hechos denunciados era competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, al valorarse que las conductas denunciadas tenían unos efectos puramente locales y no afectaban a un ámbito superior. Las actuaciones quedaron registradas con el número 5/2011.

2.- La denuncia se presentó por Centros de Día Senelx S.L., mercantil que tiene por objeto la asistencia y servicios sociales, actividades culturales y recreativas, actividades ocupacionales y rehabilitadoras, actividades de convivencia, cooperación y autoayuda, y proyectos de formación-investigación. Dicha entidad ostenta la titularidad de un centro de día para personas mayores dependientes en Elche (Alicante) que se encuentra autorizado por la Generalitat y en el que se ofrecen, además de otros servicios complementarios, los siguientes: valoración geriátrica integral, seguimiento y asistencia sanitaria, servicio de auxiliares de enfermería, servicio de comedor, higiene personal, fisioterapia y rehabilitación, terapia ocupacional, terapia cognitiva, trabajador social, formación y orientación para familiares y cuidadores, desarrollo de actividades de ocio y tiempo libre con programación por monitor especialista.

3.- La empresa denunciada es Sacova Centros Residenciales S.L., mercantil cuyo objeto es la atención socio sanitaria a personas mayores a través de una red de centros que se agrupa bajo el nombre comercial genérico "Novaire". Dispone de 1540 camas y 330 plazas de centro de día en 11 centros autorizados por la Generalitat, 10 de ellos ubicados en la provincia de Alicante (Alcoy, Alicante capital (2), Cocentaina, el Campello, Elda, Elche (2), San Vicente, Santa Pola) y uno en la de Castellón (Vila-Real). Además de los servicios residenciales, de atención diurna y temporales, según la información disponible en su página web, presta servicios de asistencia sanitaria (médica, enfermería, auxiliares de enfermería y geriatría, fisioterapia, rehabilitación, farmacia, podología, material de

ortopedia), socio-asistenciales (trabajo social, técnico de animación sociocultural, psicología y estimulación cognitiva) y servicios generales (limpieza, lavandería, servicio de comidas con menús adaptados, recepción, mantenimiento, transporte adaptado, servicios de peluquería, biblioteca y servicios religiosos).

4.- Según consta en la denuncia, en los Centros gestionados por la denunciada, denominados Novaire Elche Carrús y Novaire Santa Pola, se ofertan servicios de centro de día por 360€/mes, circunstancia ésta que, según la antedicha denuncia, implicaría actuar por debajo de costes dado que, a título meramente orientativo, la Conselleria de Bienestar Social valora estos servicios en 845 €, IVA incluido (Orden 42/2010, de 28 de diciembre, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se regula el programa para financiar estancias en centros de día para personas mayores dependientes) y habría provocado que varios usuarios del centro de la denunciante se hayan trasladado a centros de la denunciada. Esta conducta, según la denunciante, podría constituir competencia desleal entre centros de día.

5.- Una vez recibido el expediente en el Servicio de Defensa de la Competencia, se comunicó esta circunstancia a la denunciante y se le requirió la subsanación de la denuncia, habiéndose acordado, a la vista de las alegaciones formuladas, realizar una información reservada al amparo de lo dispuesto por el artículo 49.2 de la LDC. En este marco, se realizaron diversos requerimientos de información tanto a la mercantil Senelx S.L. como a la denunciada, requerimientos que fueron atendidos y contestados en el sentido que consta en las actuaciones.

Así mismo, al Servicio de Autorización y Acreditación de Centros y Servicios de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social, se le solicitó información referente a los centros de día autorizados y en funcionamiento en las localidades de Elche, Santa Pola, Crevillente y Aspe, así como el número de plazas que había en cada uno de ellos, información que fue recibida en el Tribunal el 9 de noviembre de 2011.

6.- De los trámites realizados en el marco de la información reservada acordada se desprende lo siguiente:

1º) La denunciante, Senelx S.L., es titular de un centro de día para personas mayores dependientes en la localidad alicantina de Elche. El citado centro cuenta

con una capacidad de 30 plazas, según la información facilitada por el Servicio de Autorización y Acreditación de Centros y Servicios. Del total de plazas del centro, 15 están adheridas al programa para financiar estancias en centros de día para personas dependientes, manteniéndose dicho cupo desde el año 2008 hasta la actualidad. El número total de usuarios del centro de día durante el periodo 2008-2011 y el número de plazas ocupadas por los beneficiarios del programa bono centro de día durante el mismo periodo ha sufrido, en ambos casos, un notable descenso de ocupación.

2º) La denunciada, Sacova Centros Residenciales, S.L., es titular de once centros de día: diez en la provincia de Alicante y uno en la provincia de Castellón, gestionados bajo el nombre comercial "Novaire". Concretamente, en el municipio de Elche es titular y gestiona dos centros de día, denominados Novaire Elche Benejúzar (Novaire Elche Aljub, según su página web) y Novaire Elche II (Novaire Elche Carrús, según su página web), cuya capacidad es de 40 y 30 plazas, respectivamente. Adicionalmente se ha constatado en la página Web de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social a través del buscador de centros, que los centros Novaire gestionados por Sacova Centros Residenciales, S.L. son, al tiempo que centros de día, residencias para personas mayores dependientes.

3º) En la ciudad de Elche existen, además de los citados, otros dos centros de día, uno de titularidad privada, el centro de día residencial Elche Senior, autorizado con 25 plazas; y otro de titularidad pública (Generalitat), la residencia para personas mayores dependientes de Elche, autorizada con 20 plazas.

En conjunto, en la localidad de Elche existen cinco centros de día que globalmente ofertan 145 plazas, de las cuales 70 (48,27%) son gestionadas por la denunciada, frente a las 30 (20,68%) que gestiona la denunciante. En las localidades limítrofes más importantes, la situación es la que a continuación se expone:

- En Santa Pola existen dos centros de día para personas mayores dependientes: el centro de día Sanyres Santa Pola, autorizado con 36 plazas, y el centro de día Novaire Santa Pola, autorizado con 30 plazas. En conjunto, en el municipio de Santa Pola existe actualmente una oferta de 66 plazas de centro de día.

- En Aspe y Crevillente no existen centros de día para personas mayores dependientes en funcionamiento.

Por tanto, en los municipios considerados existe un total de 211 plazas de centro de día, de las cuales 100 (47,39%) son gestionadas por la denunciada, frente a las 30 (14,21%) que gestiona la denunciante.

4º) La denunciada, en sus primeras alegaciones, señaló que se adhirió al programa para financiar estancias en centros de día para personas dependientes en el año 2010, concretamente el 1 de diciembre. Esta afirmación es aplicable a los centros Novaire Elche Benezúzar (Aljub), Novaire Elche II (Carrús) y Novaire Santa Pola. En todos los casos, el número de plazas adheridas es el mismo, 15, y se mantiene invariable hasta la fecha.

En un escrito posterior se matiza, al menos en lo que al centro Novaire Santa Pola respecta, que dicho centro se adhirió al programa para financiar estancias en centros de día para personas mayores dependientes en fecha 1 de junio de 2005 y que causó baja en fecha 12 de septiembre de 2007. En dicho centro se cubrió una plaza desde el 7 de noviembre de 2005 hasta el 3 de mayo de 2010.

De la documentación obrante en el presente expediente, se aprecia un incremento progresivo de usuarios de centro de día en los referidos centros durante los cuatro años considerados, si bien durante el ejercicio 2011 y según los datos a fecha 25 de diciembre, se ha producido una disminución en torno al 50%.

5º) La empresa denunciada publicita y oferta desde el año 2010, tanto en sus centros de Elche como en el resto de los que ostenta la titularidad, los servicios de centro de día a un precio de 360 euros (a excepción de los situados en la ciudad de Alicante, Novaire Babel y Novaire Condomina, en los que el precio de la promoción asciende a 500 euros) para nuevos usuarios o clientes. Los servicios, que se ofrecen de lunes a viernes en horario de 9:00 a 17:00, incluyen las prestaciones legalmente exigidas por el artículo 23 de la Orden de 4 de febrero de 2005, a excepción del transporte que no está incluido en el precio y se abona aparte (250 euros).

Desde el comienzo de la promoción 65 usuarios se han acogido a la misma en todos los centros Novaire, de los cuales 29 lo son o han sido de los centros de día Novaire Elche Benejúzar, Novaire Elche Carrús y Novaire Santa Pola. En la documentación obrante en el expediente se aprecia un incremento de usuarios acogidos a la promoción de un ejercicio a otro pero, a fecha 25 de diciembre de 2011, se aprecia una disminución del 50% en el primero de los centros considerados y del 33% en el segundo y en el tercero.

6º) La denunciante considera que los precios ofertados por la denunciada se sitúan por debajo de costes y, para justificarlo, pretende que se adopte como término de comparación el precio que la Conselleria de Bienestar Social establece en la Orden 42/2010, de 28 de diciembre, por la que se regula y convoca el programa para financiar estancias en centros de día para personas mayores dependientes. La norma fija el precio de la plaza en 845 euros mensuales, en horario mínimo de 8:00 a 20:00 horas, e incluye la alimentación, el transporte y los servicios que la misma determina y alega que *“tomando esta cantidad como referencia, los centros de día Novaire, deberían establecer sus tarifas por centro de día, 8h/diarias de lunes a viernes en 563,33 euros mensuales y no en los 360 euros, en los que actualmente ofertan”*.

7.- El 26 de enero de 2012, el SDC del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, como consecuencia de las actuaciones practicadas en el presente expediente, remitió al Presidente del Tribunal el informe-propuesta en el que proponía la *“no incoación y archivo de la denuncia”*, acompañando en dicha remisión la denuncia causa del presente expediente, las actuaciones practicadas y el informe justificativo de la mencionada Propuesta.

8.- El Pleno deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de diecisiete de febrero del año en curso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El artículo 119. Cinco. a), de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre de la Generalitat Valenciana, en su actual redacción dada por la Ley 16/2008, de 22 de diciembre, dispone que corresponde al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, la resolución de los procedimientos que tengan por objeto los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo.- De conformidad con el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el Pleno del TDC, a propuesta del SDC, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por el Servicio de Defensa de la Competencia cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Tercero.- Vistos los hechos acreditados, que se resumen en el antecedente 6, anteriormente expuesto, el Pleno considera que la Propuesta, realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia, de no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de actuaciones, es la consecuencia que procede en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia.

El primer análisis que este Pleno debe hacer es la posible existencia de un abuso de posición de dominio en el que es necesario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la LDC, la concurrencia de dos elementos, esto es la existencia de posición de dominio y el abuso de esa posición (ss. TS 8 de mayo de 2003 -rec.4495/1998-, 15 de octubre de 2008 -rec.709/2006-, 1 de junio de 2010 -rec. 4222/2007):

1.- Existencia de posición de dominio: La doctrina viene a definir la posición de dominio como la situación de fortaleza económica en que se encuentra una empresa que le permite evitar que en el mercado en cuestión se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse con un grado apreciable de independencia frente a competidores, proveedores y clientes y, finalmente, los consumidores.

2.- Existencia de un abuso de esa posición de dominio. Como señala el Tribunal Supremo, la explotación abusiva es una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. La valoración ha de atender al carácter objetivamente antijurídico de la actuación.

La posición de dominio ha de analizarse en el marco de un mercado concreto. El mercado de referencia, en este caso, es el mercado de la prestación de servicios sociales especializados, concretamente para la tercera edad, a través de centros de día para personas mayores, mercado que debe quedar acotado al municipio de Elche y limítrofes (Santa Pola, Aspe y Crevillente) ya que los usuarios de centros de día deben residir, por lógica, cerca de los centros. Según la información que ha podido contrastarse a lo largo del expediente, en el mercado analizado existen 5 centros de día de los cuales 3 son gestionados por Sacova Centros Residenciales S.L. En cuanto a plazas, de las 211 que suman la totalidad de los centros, la denunciada gestiona 100, lo que representa el 47,39% del total.

De los datos expuestos, en una aproximación a la posición de dominio, se podría inferir, en términos de número de plazas, una posición de dominio de la empresa denunciada, tanto por el número de centros como por las plazas que gestiona en el mercado considerado. No obstante, según la jurisprudencia, el hecho de que una empresa esté en posición dominante no es ilegal en sí mismo por cuanto ésta tiene derecho a competir basándose en sus méritos y buscando una mayor eficiencia, si bien tiene la responsabilidad de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado (Sentencia del TJE de 1981 caso Michelin y, más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004, recaída en el recurso de casación nº 915/2002). Corresponde, por tanto, analizar si, además de

ostentar una posición de dominio, resulta apreciable el elemento de abuso que determinaría la génesis de una conducta prohibida por el artículo 2 LDC por parte de la denunciada. En ese sentido este Pleno considera que la oferta realizada por la empresa denunciada no es más que una promoción que se ofrece en la totalidad de centros Novaire (con la salvedad de los ubicados en la ciudad de Alicante) y no sólo en los que se ubican en el mercado de referencia analizado, lo cual difumina la probabilidad de cierre anticompetitivo del citado mercado y que la oferta, además, se enmarca en un contexto de crisis económica, que el precio ofertado es para nuevas incorporaciones y tiene una duración limitada (aunque prorrogada), circunstancias éstas que, junto con el hecho de que se aplica en todos los centros de día Novaire y no solo en los ubicados en Elche o Santa Pola, son indicativas de una estrategia comercial coyuntural y alejada de la intención, en palabras de la denunciante, de *“acabar con la competencia”*

Pese a las manifestaciones de la denunciante, los servicios ofertados por la denunciada no son comparables con los que se deben prestar en el marco del programa bono centro de día, y no lo son porque se prestan en un horario distinto (el de la promoción comprende 8 horas, de 9:00 a 17:00; el del programa 12 horas, de 8:00 a 20:00) y existen diferencias sustanciales en cuanto al transporte (que no se incluye en la promoción, dado que se cobra aparte, y sí se incluye en el precio del programa regulado por la Conselleria).

Además, si tal y como pretende la denunciante el precio de cualquier plaza de centro de día se debiese aproximar a los 845 euros, se produciría el efecto homogeneizador de precios y, paradójicamente, una perversión de la libre competencia. Por el contrario, existen indicios que inclinan a este Pleno a opinar que la denunciada, por su estructura y dimensiones (debemos tener en cuenta que Sacova, además de los centros de día aludidos, tiene también residencias para la tercera edad de tal manera que pueden beneficiarse de las sinergias y economías de escala entre una y otra tipología de centros, hecho éste que le podría permitir incrementar su eficiencia y ofertar precios más competitivos), está en condiciones de ofertar una promoción como la analizada sin incurrir necesariamente en un sacrificio económico, no habiendo quedado acreditado que haya aplicado de forma sistemática una política de precios que, deliberadamente,

le hayan producido pérdidas y que lo haya hecho a fin de excluir a uno o varios de sus competidores.

Este Pleno considera que su conducta se dirige a hacer atractivos sus servicios a los potenciales demandantes bajo un nuevo escenario económico marcado por una profunda crisis.

La denunciante centra sus acusaciones en el bajo precio que oferta la denunciada sin aportar pruebas o indicios de los costes en los que incurre ésta última. Tal y como ya se ha expuesto, la cantidad fijada como precio por plaza en el marco del programa para financiar estancias en centros de día para personas mayores por la Conselleria de Bienestar Social, no puede utilizarse como término de comparación al analizar el precio fijado en la promoción de los centros Novaire, toda vez que se trata de prestaciones distintas. Además, la propia denunciante reconoce el carácter meramente orientativo que se le puede atribuir a dicho precio.

El segundo análisis se dirige al estudio de las conductas tipificadas en el artículo 3 de la LDC en relación con el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal (en adelante LCD), y ello en atención a que la denunciante califica la conducta de la denunciada como competencia desleal. Por tanto, corresponde aquí comprobar la existencia de un acto desleal y dilucidar si el interés público puede verse afectado por la realización de una práctica de fijación de precios predatorios.

La aplicación del artículo 3 de la LDC exige que los hechos sean subsumibles en alguno de los tipos de la LCD y, además, que la conducta desleal produzca unos efectos gravemente perturbadores del funcionamiento del mercado, y ello porque la LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados, toda vez que de esto se encarga la LCD. El artículo 3 de la LDC es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y, como pudiera pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal

funcionamiento del mercado, exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia Expte. 368/95).

La LDC, como norma de derecho público, persigue un interés de este carácter, como apunta la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de marzo de 2008 (Expte. S/0041/08): “(...) *cabe entender que sólo caen bajo el ámbito de alguna de las tres cláusulas generales de prohibición que establece la LDC las conductas que son aptas para causar daño relevante (ex art. 5 LDC) a ese bien jurídico tutelado*”. Esto implica que la afectación de los supuestos actos desleales, de haberlos, ha de tener la suficiente trascendencia como para alterar significativamente la situación de competencia en el mercado o sector en el que esos actos desleales se han producido, no bastando con que haya afectado a alguno o algunos operadores concretos.

Por ello, los órganos de defensa de la competencia no podrían conocer conductas, en su caso, desleales, llevadas a cabo por un único operador de forma aislada en las que no concurren en principio los requisitos de afectación sensible a las condiciones de competencia en el mercado y afectación al interés público.

En particular en este caso debería analizarse si la denunciada, mediante la promoción que efectúa, está vendiendo sus servicios a bajo coste con la intención de expulsar a sus competidores del mercado definido, obteniendo de ese modo una posición que perjudique el interés general.

No es preciso reiterar las razones que han llevado a este Pleno a concluir que no existe venta a bajo coste de los servicios de centro de día por parte de Sacova Centros Residenciales, S.L. Adicionalmente tampoco se ha constatado la intención de dicha empresa de expulsar a los competidores del mercado, por cuanto la conducta se enmarca dentro de una coyuntura de crisis económica y existen indicios razonables de su proporcionalidad. Finalmente, no se aprecia perjuicio al interés general, dado que la competencia de precios suele ser beneficiosa para los consumidores.

En conclusión, no se han hallado indicios de que la conducta analizada vulnere precepto alguno de la LDC y, por el contrario, sí existen argumentos que permiten concluir su proporcionalidad y justificación.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana

RESUELVE

UNICO.- No incoar expediente sancionador y archivar las actuaciones seguidas por el Servicio de Defensa de la Competencia como consecuencia de la denuncia presentada por el Centro de Día Senelx S.L. contra la mercantil Sacova Centros Residenciales S.L.

Comuníquese esta resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la presente resolución pone fin a la vía administrativa y que contra la misma se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante el TSJCV en el plazo de dos meses contados desde su notificación.