

Id Cendoj: 28079230062008100329  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 160 / 2005  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Conductas prohibidas.

**SENTENCIA**

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional y bajo el número 160/05, se tramita a instancia de ASOCIACION PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS

PRIVADOS DE **CASTELLON** representada por el Procurador Sr. Juanas Blanco contra resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 2 de febrero de 2005 sobre archivo de expediente sancionador por conductas prohibidas por la *Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y

defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo la cuantía del mismo indeterminada y codemandado el Ayuntamiento de Vila-

Real representado por la Procuradora Sra. Morales Merino. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero-. El día 28 de marzo de 2005 se interpuso recurso contencioso-administrativo por la ASOCIACION PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS PRIVADOS DE **CASTELLON** contra la resolución de 2 de febrero de 2005 del T.D.C.

La Sala dictó providencia de admisión a trámite, con reclamación del expediente administrativo y publicación de los anuncios previstos por la ley.

Segundo-. En el momento procesal oportuno la actora presentó mediante escrito de 11 de mayo de 2005 escrito de demanda, en el cual, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que dejó expuestos solicitó se dicte sentencia estimatoria del recurso revocando y anulando la resolución impugnada. Y en su lugar:

"1.- Como pronunciamiento de plena jurisdicción y en relación con la oferta de gimnasias colectivas dirigidas por monitor con música de fondo (aerobic, step, gac, ritmefit, de mantenimiento etc.) y su oferta de acondicionamiento físico en sala fitness a través de aparatos de musculación, tonificación y máquinas de trabajo cardiovascular, se declare:

1.1.- Que el Ayuntamiento de Villareal ha incurrido en abuso de posición de dominio.

1.2.- Que el Ayuntamiento de Villareal ha incurrido en competencia desleal (por comportamiento objetivamente contrario a la buena fe, por imitación, por vulneración de normas y/o por prestaciones a pérdida) con distorsión del mercado y afectación al interés público.

1.3.- Que el Ayuntamiento de Villareal no ha adoptado las medidas apropiadas que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones de respeto al principio de economía de mercado abierto y de libre competencia.

1.4.- Que el Ayuntamiento de Villareal ha incurrido en falta de liberalización por ir más allá de lo necesario en su misión de fomento del deporte y/o de intervenir en el mercado de forma desproporcionada.

1.5.- Que el Ayuntamiento de Villareal ha facilitado ayudas públicas, cuando no existe fallo de mercado.

2.- Se ampare, proteja y reconozca la situación jurídica individualizada en que se encuentra el gimnasio privado en cuyo interés mi representada litiga, y a dicho fin y como otro pronunciamiento de plena jurisdicción se ordene al Ayuntamiento a que cese en su oferta de gimnasias dirigidas y aparatos fitness, o al menos que las preste en condiciones de igualdad para con las empresas privadas, sin perjuicio de la dispensa o protección a realizar a favor de quienes la precisan (discapacitados, tercera edad, personas con insuficiencia de medios económicos o con problemática social, etc.)

3.- Subsidiariamente al anterior punto "2", se reabra el procedimiento y se ordene al TDC para que inste al SDC a que incoe procedimiento sancionador, formule pliego de cargos contra el Ayuntamiento de Villareal por la comisión de las prácticas a que se acaba de hacer referencia, mandando que, tras los trámites oportunos, se eleven las actuaciones al TDC para que se resuelva el procedimiento, de forma y manera que decrete el cese de las prestaciones denunciadas que se persiguen o, al menos, obligue al Ayuntamiento a que haga todo lo necesario para que se oferten en igualdad de condiciones para con las empresas privadas locales concurrentes, sin perjuicio de la dispensa a favor de los sectores más desprotegidos a que se ha hecho referencia.

4.- Se condene a la Administración General del Estado y al Ayuntamiento de Villareal a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos."

Tercero-. De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó se desestime el presente recurso contencioso administrativo declarando la resolución administrativa impugnada conforme a Derecho.

La representación procesal de la codemandada presentó escrito el día 16 de diciembre de 2005 contestando a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación.

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

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

Quinto-. La Sala dictó providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 24 de junio de 2008 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO-. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de marzo de 2006 en el expediente 648/05 (2366/02 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de **Castellón** (Aprodeport) hoy actora, contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 14 de febrero de 2005, de archivo del expediente nº 2366/02 que tuvo su origen en su denuncia contra el Ayuntamiento de Benicarló por presunta infracción de los *artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC)*, al ofertar cursos de aeróbic y gimnasia de musculación en instalaciones públicas a precios predatorios, con deslealtad y abuso de posición dominante.

El TDC resolvió literalmente:

"Único.- Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de **Castellón** (Aprodeport) contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 25 de septiembre de 2003, por el que se sobresee el expediente nº 2243/01.."

SEGUNDO.- Se dan por expresamente reproducidos los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso tal y como aparecen descritos en el acto administrativo impugnado y no han sido contradichos por la prueba practicada en los autos.

TERCERO.- Constituyen un antecedente inmediato de esta sentencia las dictadas por esta Sala y Sección los días 29 de noviembre de 2007 en el recurso 180/2006 y en la misma fecha en el recurso 178/2006 interpuestos por la hoy actora contra resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia siendo codemandado en el primero el Ayuntamiento de Burriana, y el 12 de diciembre de 2006 en el recurso 183/2005 con la misma parte actora y codemandado el Ayuntamiento de Almazora.

CUARTO.- La cuestión litigiosa fue tratada por esta Sala y Sección en las sentencias dictada el día 12 de diciembre de 2006, en el recurso contencioso-administrativo 183/2005 y el día 29 de noviembre de 2007 en el recurso contencioso-administrativo 178/06 interpuestos igualmente por la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS PRIVADOS DE **CASTELLON** .

En dichas sentencias se trataron algunas de las cuestiones ahora planteadas por la recurrente, principalmente la relativa al sometimiento del Ayuntamiento denunciado a las normas de defensa de la competencia:

"La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la actuación pública y privada de la Administración justifica el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúa con sometimiento a Derecho Privado; si bien, actuando en ejercicio de las funciones que le viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los *preceptos de la Ley 16/1989* .

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, es determinar qué competencias actúa en la entidad local denunciada, esto es, debe establecerse si la conducta objeto de autos se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada."

La conclusión alcanzada entonces por la Sala, y plenamente de aplicación al supuesto enjuiciado, coincidía con la apreciación del Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) este ha señalado en la resolución impugnada que "no está legalmente habilitado para enjuiciar actos administrativos, es decir dictados por autoridad competente en aplicación de potestades legalmente conferidas. Estos actos deben ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

b) esta Sala coincidió con tal apreciación al recordar que "la actividad que nos ocupa se refiere a la promoción del deporte, habiendo sido aplicada la *Ley 4/1993 de la Generalidad Valenciana que en su artículo 22* establece:

*"Artículo veintidós . Competencias municipales*

Son competencias municipales en materia deportiva:

- a) El fomento de la actividad físico-deportiva, mediante la elaboración y ejecución de planes de promoción del deporte para todos, dirigidos a los diferentes sectores de su población.
- b) La organización de su estructura local administrativa en materia deportiva.
- c) El desarrollo de sus competencias deportivas mediante la aprobación de ordenanzas municipales.
- d) La promoción del asociacionismo deportivo local.
- e) La construcción, mejora y equipamiento de instalaciones deportivas municipales y mancomunadas.
- f) La gestión de sus instalaciones deportivas.
- g) La organización de campeonatos de ámbito local y de eventos deportivos de carácter extraordinario.
- h) La organización de acontecimientos deportivos de carácter extraordinario, pudiendo solicitar la colaboración de las federaciones deportivas correspondientes.
- i) La organización de conferencias, seminarios o similares en su población con finalidad divulgativa.
- j) Las demás competencias atribuidas por la presente Ley, por sus normas de desarrollo o por las demás disposiciones legales vigentes"

Y así, en caso de discrepancia sobre la actuación en este ámbito de la Administración, el régimen del control de legalidad de la misma viene determinado por los correspondientes recursos en vía administrativa y judicial frente al propio acto, pero no se somete al control de un órgano regulador como es el TDC, pues la actuación administrativa se desarrolla en ejercicio de potestades públicas atribuidas legalmente. Por otra parte, cualquier perjuicio que derive de tal actuación administrativa, habrá de hacerse valer, en su caso, por vía de responsabilidad patrimonial de las Administraciones."

QUINTO-. Aún suponiendo el sometimiento del Ayuntamiento demandado en este supuesto concreto a la *ley 16/1989*, es preciso recordar que el artículo 38 de la Constitución reconoce "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" y obliga a los poderes públicos a proteger su ejercicio "de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación".

La doctrina constitucional formulada por el Tribunal Constitucional ha aclarado que no cabe hablar de un contenido esencial constitucionalmente garantizado en cada actividad económica, sino que la libertad de empresa ha de entenderse como el derecho a:

"iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los *artículos 35.1 o 38* . No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (*artículo 1.1* ) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (*artículos 9.3 y 103.1* ) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los *artículos 35.1 y 38* de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley." (STC 83/1984, de 24 de julio ).

En este ámbito la evaluación constitucional se ha de llevar a cabo, según la doctrina, comprobando en primer lugar si la medida restringe efectivamente la libertad de empresa, en segundo lugar si la medida impuesta persigue un fin legítimo para realizar a continuación el juicio de proporcionalidad, es decir, valorando si la medida impuesta es proporcional al fin perseguido. No cabe duda a juicio de esta Sala que la puesta en práctica de determinadas actividades deportivas por el Ayuntamiento, mediante concesión no

restringe efectivamente la libertad de empresa, persigue un fin legítimo y supera el juicio de proporcionalidad.

Finalmente, esta Sala comparte la apreciación de la autoridad de Defensa de la Competencia en cuanto considera que:

1º el *artículo 43.3* de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de fomento de la educación física y el deporte;

2º la *Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local en su art. 25* define como "servicios que debe prestar todo municipio con población superior a 20.000 habitantes, los de instalaciones deportivas de uso público";

3º la citada *Ley 4/1993 de la Generalidad Valenciana* atribuye al Ayuntamiento la promoción y gestión del "deporte para todos".

A esto se suma que el Ayuntamiento ha utilizado el procedimiento de concurso para la concesión a una empresa privada de la gestión de las instalaciones municipales, concurso abierto a cuantas empresas tuvieron interés en participar en dicha actividad.

SEXTO-. En relación con la alegada existencia de competencia desleal del Ayuntamiento y de haber facilitado ayudas públicas a la concesionaria, del tenor literal del *artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia* resulta que no cualquier competencia desleal es constitutiva de una infracción sancionable por el T.D.C.: como requisito inicial para la incoación de expediente sancionador por esta conducta concreta debe previamente comprobarse que existen datos que muestran la posibilidad de que el denunciado haya cometido actos constitutivos de una infracción de la Ley de Competencia Desleal; y en el supuesto enjuiciado no se han acreditado tales datos indiciarios, en ausencia de los cuales, no procede la pretendida continuación de un expediente sancionador.

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

Por último, como correctamente señala el acto administrativo impugnado "el Tribunal carece de atribuciones para considerarlas en un expediente sancionador ya que sólo puede, según el *artículo 19 LDC*, analizar, de oficio o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros."

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

SEPTIMO-. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional*, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS PRIVADOS DE **CASTELLON** contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada el 2 de febrero de 2005, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.