

RESOLUCIÓN (Expte. r 493/01, Centros Deportivos Castellón)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 19 de junio de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición antedicha y siendo Vocal Ponente el Sr. Dr. Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 493/01, interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (APRODEPORT) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) de 11 de junio de 2001 de archivo de la denuncia que había formulado la recurrente contra el Ilmo. Ayuntamiento de Villarreal, de la provincia de Castellón, por una conducta presuntamente abusiva de posición de dominio y desleal, a la que sería de aplicación los arts. 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que habría consistido en ofrecer cursos de aeróbic en instalaciones públicas, a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas y en horarios similares a los practicados por centros deportivos privados del mismo municipio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 27 de junio de 2001 tiene entrada en el Tribunal un escrito de recurso que interpone APRODEPORT contra el Acuerdo del Servicio, de 11 de junio de 2001, por el que archiva la denuncia que el 12 de enero de 2001 había presentado la recurrente contra el citado Ayuntamiento por una conducta presuntamente abusiva de posición de dominio en el mercado, como tal prohibida por el art. 6 LDC, y presuntamente desleal con afectación al mercado, como tal prohibida por el art. 7 LDC. La conducta

municipal denunciada habría consistido en ofrecer al público numerosos cursos de aeróbic en instalaciones públicas con distintos y muy variados horarios, a precios supuestamente predatorios cobrados mediante tasas y cuando existen idénticos cursos en otros centros deportivos privados del municipio que los vienen realizando desde hace tiempo. En el escrito de recurso se suplica la admisión de la denuncia y la incoación del oportuno expediente.

2. El 28 de junio de 2001 el Tribunal remite al Servicio copia del escrito de recurso y recaba el preceptivo informe así como las actuaciones seguidas, lo cual es cumplimentado el 4 de julio de 2001. En su informe, el Servicio hace constar que el recurso ha sido presentado dentro del plazo legal.
3. El 6 de julio de 2001 el Pleno del Tribunal dicta Providencia, mediante la que designa Ponente y ordena poner de manifiesto el expediente a los interesados para que, en el plazo legal, puedan formular alegaciones y presentar documentos. Comparece en este trámite el Ayuntamiento de Villarreal, denunciado, que aporta también un informe jurídico y un Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Comparece también la recurrente y denunciante que alega de nuevo y aporta diversa documentación relativa al caso.
4. El Pleno deliberó y falló en sus reuniones plenarias de los días 14 de mayo y 18 de junio de 2002.
5. Son interesados:
 - Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón (APRODEPORT).
 - Ilustrísimo Ayuntamiento de Villarreal (Castellón).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente es un expediente de recurso contra el archivo que hace el Servicio de una denuncia al Ayuntamiento de Villarreal por conducta supuestamente desleal con afectación al interés público y abusiva de posición de dominio, consistente en ofrecer cursos de aeróbic en instalaciones públicas, a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas, sin pago de impuestos, ofreciendo descuentos sobre las tasas previstas y en horarios similares a los practicados por centros deportivos privados del mismo municipio. El asunto que se ventila es si el Servicio archivó con base suficiente la denuncia o si debió instruir el oportuno expediente para investigar

completamente y de modo contradictorio los hechos denunciados y, sólo después de esto, haber procedido a su calificación.

En la denuncia se daban a conocer los siguientes hechos:

Por impartir clases de aeróbic a personas mayores de 14 años, la Corporación denunciada ha promovido y organizado nada más y nada menos que 15 grupos (25 plazas por grupo) con distintos y muy variados horarios, por cuya inscripción liquida los siguientes e irrisorios precios públicos:

3.600.- Ptas. Por trimestre (una sesión semanal)

6.000.- Ptas. Por trimestre (dos sesiones semanales)

8.000.- Ptas. Por trimestre (tres sesiones semanales)

Y, por lo que al uso de las instalaciones de musculación se refiere, cabe reseñar que, mediante el pago de una ridícula tasa anual de 16.000.- Ptas., 2.000 socios pueden disfrutar de las piscinas cubiertas y la de verano, de los mentados gimnasios de musculación. Del pistódromo, de la sauna y del jacuzzi municipal, todo ello sin limitación alguna de frecuencia y con continuado asesoramiento técnico a la musculación y preparación de programas individualizados de acondicionamiento físico, natación, carrera o ciclismo (...).

Desde luego, estos precios y condiciones son un claro contraste con los que la iniciativa privada y, con ella, los centros deportivos privados de Villarreal pertenecientes a la Asociación que represento, pueden ofertar, cuyos precios, en junto y por el nombrado aeróbic y uso de aparatos de musculación, difícilmente pueden situarse por debajo de las 5.000.- Ptas. al mes so pena de incurrir en pérdidas que irremisiblemente les arrastrarían a la total ruina económica.

Por otra parte, también denuncia que el Ayuntamiento de Villarreal:

a).- Está dando a conocer de forma muy activa entre la población adulta los cursos de aeróbic que imparte y sus instalaciones de musculación.

b).- Su oferta se dirige precisamente a los mismos clientes que los de los centros privados, quienes desde hace muchos años han dedicado su ilusión y, en definitiva, han creado el mercado que el Ayuntamiento de Villarreal ha tratado a toda costa de monopolizar y apropiarse ilegítimamente del esfuerzo ajeno.

c).- Los cursos son idénticos a los que el sector privado está ofreciendo.

d).- Los precios (precios públicos y tasas) son notoriamente predatorios, pues están perjudicando gravísimamente a los competidores privados del Ayuntamiento y llegarán a la indebida eliminación de todos ellos.

e).- Las instalaciones donde se imparten han sido cedidas por una Fundación, adscrita a una conocida Caja de Ahorros de esta Comunidad, desconociéndose en estos momentos qué tipo de convenio económico se ha podido suscribir, o bien se trata de bienes públicos municipales que han sido sufragados por aplicación sus presupuestos, subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas.

f).- Las instalaciones de musculación se ofrece con productos complementarios “señuelos comerciales”- como el uso de las piscinas públicas, pistódromo, sauna y jacuzzi.

g).- El Ayuntamiento ha organizado, cual si de una empresa se tratara y por medio del llamado “Servei Municipal d’Esports”, una gestión integral de las actividades físico-deportivas que oferta, con recursos humanos permanentes en las dependencias municipales, monitores contrados y puesta a disposición de medios materiales y técnicos incalculables.

h).- Al aplicar Precios Públicos por la prestación del aeróbic y Tasas por el uso de sus aparatos de musculación, su prestación queda exenta del pago del Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 20.1.13)

Por último, ninguna tasa se ha devengado por la construcción de los edificios municipales donde se encuentran los aparatos de musculación ni por la obtención, caso de haberse otorgado, de la preceptiva licencia de funcionamiento para dicha actividad y la de los cursos de aeróbic, cuando el sector privado sí tiene que pechar con estos costes para la apertura de su negocio.

2. El Servicio considera acreditado que el Ayuntamiento de Villarreal ha organizado 15 grupos (25 plazas por grupo) para impartir clases de aeróbic a personas mayores de 14 años, con distintos horarios, cuyos precios eran entonces:

- 3.000.- pesetas por trimestre (una sesión semanal)
- 6.000.- pesetas por trimestre (dos sesiones semanales)
- 8.000.- pesetas por trimestre (tres sesiones semanales)

También entiende el Servicio que queda acreditado que, mediante el pago de una tasa anual de 16.000 ptas., los ciudadanos de Villarreal pueden

disfrutar de los gimnasios de musculación y otros servicios municipales con el correspondiente asesoramiento técnico.

Sin embargo, a pesar de estimar acreditadas tales actuaciones, procede a archivar la denuncia porque considera que no puede enjuiciar, desde el punto de vista de la legislación sobre competencia, la conducta municipal denunciada por gozar de amparo legal según el art. 2.1 LDC ya que, en su opinión, el Ayuntamiento de Villarreal ha actuado en uso de las facultades que, en materia de organización de actividades deportivas, le confiere el art. 25.2.m) de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, de 2 de abril, en relación con el art. 26.1.c) de la misma norma y, asimismo, ha procedido a promulgar las Ordenanzas Fiscales nº 26/2000 Reguladora del Precio Público por Prestación del Servicio de Actividades Deportivas y la Ordenanza Fiscal nº 13/2000 Reguladora de la Tasa por Uso de Instalaciones Municipales Deportivas, como prescriben los arts. 20.4.o) y 58 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, de 28 de diciembre, reformada por la Ley 25/1998, de Prestaciones Patrimoniales Públicas.

3. Las alegaciones de la recurrente se oponen a la tesis del Servicio y señala que se excede éste al pretender que una genérica potestad administrativa del Ayuntamiento para la promoción deportiva le proporcione cobertura legal para llevar a cabo las actuaciones denunciadas. Invoca la recurrente la doctrina del Tribunal sostenida, entre otras, en la Resolución, hoy firme, del expediente 393/96, *Aparejadores de Cádiz*, de 24 de julio de 1997, según la cual *el carácter de operador económico de una entidad* (también municipal, en el caso allí estudiado) *depende de lo que hace, no de quien lo hace*, y defiende que el Ayuntamiento de Villarreal queda sometido a las prescripciones de la LDC en lo que respecta a la conducta denunciada porque ha actuado como un operador económico más. Considera la recurrente que *pueden superarse las lógicas dificultades de que, desde una Administración, en este caso adscrita a la General del Estado, se examinen actos pertenecientes a una Corporación Local, pues no se advierte obstáculo alguno a que se realice un enjuiciamiento no contencioso, esto es, puramente administrativo y limitado al ámbito de la LDC.*

La recurrente esgrime en su favor el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV) aportado, que es firme, el cual, aunque no entra en el fondo del asunto, ordena la inmediata suspensión de las denunciadas clases municipales de aeróbic y de la aplicación de la Ordenanza municipal aprobada al efecto. En efecto, el Auto de 2 de marzo de 2001 confirma otro de 15 de enero de 2001 de la misma Sala que acordó la suspensión de la ejecución del Decreto de la Alcaldía del

Ayuntamiento de Almazora de 11 de octubre de 2000, relativo a los cursos de aeróbic que son objeto ahora de expediente de recurso ante el TDC. En su Auto de 2 de marzo de 2001, después de señalar que el Ayuntamiento de Almazora parece competir deslealmente con el Gimnasio "Celvic" en los referidos cursos de aeróbic, el TSJCV hace constar expresamente lo siguiente:

Es cierto que el Ayuntamiento está legitimado para llevar a cabo actividades o instalaciones deportivas (Art. 25.2. m) Ley 7/85 de 2 de abril de Bases de Régimen Local), en concordancia con lo previsto en el artículo 43.3 CE, cuando dice que “los poderes públicos fomentarán la educación física y el deporte”, gestión y autoridad que se concreta, más precisamente, en la Ley 4/93 de 20 diciembre del Deporte de la Comunidad Valenciana. Pues bien, del examen general de esa normativa, proyectándola en el caso concreto debatido y en esta incidencia procesal se deduce que la tarea básica de la Administración viene a ser la de promoción y desarrollo del deporte, a través de una serie de iniciativas donde irían incluidas la construcción de instalaciones y la práctica de deportes específicos en relación con la concreta demanda que de los mismos exista en el lugar o constituyan actividades más receptivas dada su generalidad. En esta línea se considera que la práctica del aeróbic no reviste un interés público que, hoy por hoy, pueda justificar una promoción pública en una localidad como Almazora (se habla de 14.000 habitantes), máxime cuanto ya existe una iniciativa privada que desarrolla esa actividad deportiva. En conclusión: el interés público en este caso y dadas las circunstancias, no presenta razones bastantes para justificar su prevalencia sobre el interés privado, que estimamos dentro del concreto objeto de este incidente, debe prevalecer (Art.130 L.J).

Recuerda la recurrente que la libertad de empresa es un bien jurídico constitucional de mayor tutela que el fomento y promoción del deporte y que por ello no es posible que un Ayuntamiento quiera acaparar y hacer suyas las clases de aeróbic y los aparatos de musculación que los centros privados vienen de antaño ofreciendo. Cita en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1986 donde se dice: *Esta libertad puede ser limitada, y en el propio art. 38 CE se mencionan algunos de esos límites. Eso es lo que supone, por de pronto, que la libertad de empresa actúe en el marco de la economía de mercado que, con todas sus imprecisiones, nos remite a un modelo económico, compartido al menos por los países de la Unión Europea, frente a una economía planificada centralmente, que es otro modelo desde luego no compatible con la economía de mercado como modelo aceptado por la Constitución, habiendo señalado el STC 225/93 de 8 de julio que el contenido esencial de libertad de empresa es “iniciar y sostener en libertad*

la actividad empresarial.”

En este orden de cosas, cita también la Resolución de este Tribunal de 30 de diciembre de 1993, de recurso contra un Acuerdo de sobreseimiento, donde se dice: *“Quinto: a).- La defensa de la competencia se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como un mandato relacionado directamente con el art. 38 de la Constitución. Tal mandato vincula a todos los niveles de la Administración, en concordancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional del día 1 de julio de 1986”*.

La recurrente señala, por otra parte, que esta conducta municipal desleal se lleva a cabo en directa contravención de las directrices que, para la promoción de actividades deportivas de los Ayuntamientos, se establecen en la *Guía del Concejal de Deportes* de la Federación Española de Municipios y Provincias, entre las cuales figura expresamente la siguiente:

Cooperación con el sector privado para no duplicar ofertas, y aprovechamiento de sus recursos para evitar el crecimiento desmesurado del servicio municipal y la competencia desleal (función coordinadora y administradora).

La denunciante también expone así que el Ayuntamiento de Villarreal ha pretendido la *municipalización encubierta* de la enseñanza del aeróbic en abierta contradicción con el régimen de libre empresa que, en el marco de la economía de mercado, consagra la Constitución en su art. 38 -mediante una actuación de "venta a pérdida" con el propósito de expulsar del mercado a las empresas que venían prestando con anterioridad el servicio- lo cual contraviene flagrantemente la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), en su art. 17. En este sentido señala también que *si el Tribunal valora que los centros particulares tienen que conseguir un mínimo de ganancia que justifique su esfuerzo y existencia (STC 49/1988) y que les permita pagar los gastos adicionales que, a diferencia del sector público -exento del pago de tributos- su ejercicio supone, fácilmente se puede establecer la presunción de que la entrada del sector público en las ofertas esenciales y específicas, en este caso el aeróbic y el fitness, sobre los que los gimnasios privados se sustentan y fundan sus expectativas de ganancia va a provocar, antes o después y en muchos municipios de España, un monopolio municipal y mercado cautivo donde la libertad de empresa pasará a ser un derecho sin contenido y, al final, acabará perdiendo el usuario como consecuencia de la municipalización encubierta a la que estamos asistiendo y sólo contará con una sola oferta: la pública.*

Finalmente, la denunciante hace constar en su escrito de alegaciones que la conducta municipal denunciada es también abusiva de su posición de dominio en el mercado de productos físico-deportivos aprovechándose de manera irregular de sus prerrogativas inherentes a su condición de Administración Pública.

4. El Ayuntamiento de Villarreal, denunciado, alega resumidamente, que *resulta obligado referirse en primer lugar al artículo 43.3 de la Constitución, por cuanto en el mismo se señala que “los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.*

Pues bien, en este sentido hay que dejar constancia que, según la mayoría de la doctrina, el tipo de deporte a que se refiere la Constitución, es precisamente el denominado “deporte para todos”, como objeto de atención obligatoria por parte de los poderes públicos. Este “deporte para todos”, o “deporte popular”, es el que puede practicar cualquier ciudadano libremente, sin necesidad de integrarse en organización alguna que dote de “oficialidad” a la actividad que realice.

Entiende correcta la argumentación del Servicio, en concreto que el art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que se cita en el acto de archivo, toda vez que la realización de las actividades deportivas que lleva a cabo este Ayuntamiento y a que se refiere la Asociación que inicia el procedimiento, resultan de necesaria realización para este Ayuntamiento. En efecto, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, (art. 25.2.m) atribuye a la competencia de los Ayuntamientos las actividades deportivas y, más en particular, el art. 26.1.c) establece como servicio de prestación obligatoria, en los Municipios de más de 20.000 habitantes (como es el caso de esta Ciudad), el de instalaciones deportivas de uso público. Es particularmente relevante esta última previsión legal, toda vez que la obligación municipal de prestar el indicado servicio enlaza con el derecho de los vecinos a demandar la implantación del mismo y su prestación, conforme dispone el art. 18.1.g) de la misma Ley.

Sobre el contenido y extensión de la competencia y obligación municipal a que se ha hecho referencia se da aquí por reproducida la argumentación contenida en el informe jurídico de fecha 30 de marzo de 2001 que se acompaña. En dicho amplio informe, se dice, resumidamente:

Se entiende ajustado a derecho la realización de campañas por parte del Ayuntamiento de Vila-real referidas a actividades deportivas en general, poniendo a disposición de los vecinos las instalaciones deportivas precisas para ello, como los profesionales que permitan que los usuarios de las

mismas llevan a cabo con plenas garantías su actividad, siendo las modalidades deportivas a ofrecer por el Ayuntamiento aquellas que en cada momento la sociedad (comunidad de vecinos) demande, por lo tanto, es legítimo que se ofrezcan los servicios deportivos de “aeróbic”, si dicha modalidad en la actualidad constituye una práctica mayoritariamente demandada, y de otra parte, si las instalaciones deportivas municipales están equipadas con gimnasios de musculación, igualmente pueden ofrecerse dichos servicios para obtener un óptimo y efectivo rendimiento de la instalación misma.(...)

5. El Tribunal, como no podía ser de otra forma, tal y como ya hizo en la Resolución del expediente de recurso r 477/01, Centros Deportivos Almazora, de 26 de noviembre de 2001, en la que se resolvía sobre una cuestión muy similar, debe, también ahora, dilucidar en primer lugar la presunta cobertura legal de la conducta municipal denunciada, cuestión que no se puede abordar de modo expeditivo y elemental ya que están en juego principios de actuación de las Administraciones Públicas que su extensión puede llevar a vulneraciones cada vez más graves de las leyes que defiende la libre competencia en el marco de la economía de mercado que nuestra Constitución establece y protege.

En efecto, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en su art. 25.2m), faculta genéricamente a los Ayuntamientos para organizar, directa o indirectamente, actividades deportivas y los arts. 20.4.o) y 58 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, para cobrar tasas por la enseñanza y la utilización de instalaciones deportivas municipales. Pero esa constatación no es bastante para confirmar la cobertura legal de la conducta municipal denunciada. Porque lo que se denuncia son un conjunto amplio de cursos de aeróbic ofrecidos por el Ayuntamiento de Villarreal, presuntamente en horarios atractivos similares y mucho más baratos que los que vienen ofertando desde hace tiempo distintos gimnasios privados de la localidad y de municipios contiguos. De lo que se trataría, pues, en primer término, es de considerar si esos particulares cursos es razonable considerarlos englobados dentro de la genérica facultad municipal de organizar actividades deportivas. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJCV consideró que no, respecto al Ayuntamiento de Almazora, haciendo notar en su Auto que *la práctica del aeróbic no reviste un interés público que, hoy por hoy, pueda justificar una promoción pública en una localidad como Almazora ... de 14.000 habitantes, máxime cuanto ya existe una iniciativa privada que desarrolla esa actividad deportiva.*

Téngase en cuenta, además, que la Constitución Española consagra en su art. 38 el sistema de libre empresa en el marco de la economía de mercado. Ciertamente, en un sistema económico como éste, la prestación de bienes y servicios por los poderes públicos debe sujetarse al "principio de subsidiariedad", el cual exigiría a éstos no prestar servicios (o proporcionar bienes) que, sin ser de interés público, estén atendidos por la iniciativa privada. De hecho, no es superfluo recordar que en el comienzo de la Exposición de Motivos de la LDC se proclama de modo solemne que *la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y mas importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.*

6. En este sentido se debe recordar que entre las conductas posibles de un Ayuntamiento, hay que distinguir las que ejecuta en el uso del *ius imperii* que serían, en el caso que nos ocupa, las que podrían tener cobertura legal y las que lleva a cabo como un *operador económico* más, que no tendrían cobertura legal y estarían sujetas a la legislación de defensa de la competencia.

Por ello, en este caso, es opinión de este Tribunal -tal y como también se dijo en la citada Resolución de 26 de noviembre de 2001 del expediente de recurso r 477/01- que resulta pertinente aplicar la doctrina denominada de las "circunstancias económicas", que tan reiteradamente han proclamado el Tribunal de Justicia Europeo y el Tribunal de Primera Instancia, según la cual la aplicación de las normas de competencia exige una apreciación de las conductas, no sólo en función de su naturaleza jurídica, sino también de su contexto y de sus consecuencias económicas (cfr., entre otras, Sentencias *Lancôme*, 10-VII-1980, y *Delimitis*, 28-II-1991, del TJE, y Sentencia *Vidrio Plano*, 10-III-1992, del TPI). Tomando en consideración el contexto y las circunstancias del caso, y comprendiendo las reflexiones que, al respecto, hace la Sala del TSJCV, este Tribunal considera que la pretendida cobertura legal del Ayuntamiento de Villarreal para practicar la conducta denunciada no puede deducirse de las sumarísimas actuaciones hechas por el Servicio antes de archivar la denuncia y que se impone abrir un expediente que permita un mayor esclarecimiento de la conducta municipal denunciada.

Para poder esclarecer de qué naturaleza son las actividades municipales denunciadas, es preciso circunstanciarlas de un modo completo. Y este Tribunal considera que no hay, a la hora actual, elementos de juicio suficientes para poder señalar si el Ayuntamiento denunciado actuó en el uso del *ius imperii*, en cuyo caso podría tener cobertura legal, o si lo hizo

como un *operador económico* más, en abierta (y habría que investigar si desleal) competencia con la iniciativa privada. Se trata de enmarcar la conducta denunciada en el contexto de circunstancias económicas y sociales del caso. No hay que olvidar que el carácter de venta a pérdida invocado por la denunciante no ha sido rechazado por nadie, ni siquiera por el Ayuntamiento denunciado y que tampoco ha sido contestada la interpretación que el denunciante hace del presupuesto de ingresos y gastos por actividades deportivas del Ayuntamiento de Villarreal, según la cual podrían reflejar el denunciado propósito predatorio del Ayuntamiento. A esclarecer estos aspectos de la denuncia debe encaminarse también la investigación que corresponde hacer al Servicio.

7. Todas estas consideraciones las hace una vez más el Tribunal para señalar la necesidad de investigar una conducta municipal denunciada como desleal con afectación al interés público y abusiva de posición de dominio, es decir, a las que supuestamente cabría aplicar los arts. 7 y 6 LDC, respectivamente.

Al Tribunal no le ha pasado desapercibido, sin embargo, que el Servicio precisa en su Acuerdo de archivo de la denuncia que: "El Ayuntamiento ha actuado, por tanto, en el ámbito de sus competencias en materia de actividades deportivas, tratándose, en definitiva, de conductas que gozan del amparo legal según el artículo 2.1 de la LDC". Esta precisión del Servicio obliga al Tribunal a recordar lo que estipula el citado art. 2 LDC, en su primer párrafo:

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 (el subrayado es nuestro) no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley.

Por el contrario, serán de aplicación 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.

Es decir, las exenciones legales reconocidas en el artículo 2.1 LDC lo son respecto de las prohibiciones del art. 1 LDC, no de las que resultan de la aplicación de los arts. 6 y 7 de la misma LDC.

8. El Tribunal considera, por todo lo dicho, que el archivo de la denuncia se acordó prematuramente y que es necesario investigar la conducta denunciada y las circunstancias en las que se llevó a cabo la misma, con vistas a esclarecer si tal conducta puede ser reputada como desleal,

contraventora del art. 17 LCD, con afectación al interés público y, en consecuencia, aplicable a la misma el art. 7 LDC. El Tribunal no aprecia, sin embargo, indicios solventes de abuso de posición de dominio en la denunciada conducta del Ayuntamiento de Villarreal.

Por lo tanto, en el expediente que el Servicio deberá incoar al Ayuntamiento de Villarreal debe esclarecerse si el Ayuntamiento ha actuado como operador económico e investigar si ha practicado la venta a pérdida. De haber vendido a pérdida como operador económico, se debe investigar si lo ha hecho con fines predatorios y, de resultar acreditado todo lo anterior, apreciar la repercusión de la conducta en el mercado afectado y evaluar su afectación al interés público.

9. Contra esta Resolución no cabe recurso contencioso-administrativo porque la misma no da fin al expediente sino que, por el contrario, ordena que se reabra, y no produce indefensión porque tanto ante el Servicio, primero, como ante el Tribunal, después, los interesados podrán hacer las alegaciones que estimen oportunas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría,

HA RESUELTO

1. Estimar parcialmente en cuanto a competencia desleal, y desestimar en cuanto al abuso de posición de dominio, el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón (APRODEPORT) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 11 de junio de 2001, de archivo de la denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Villarreal (Castellón) por conducta, prohibida por el art. 17 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, a la que sería de aplicación el art. 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en ofrecer cursos de aeróbic supuestamente a pérdida con fines predatorios y afectación del interés público.
2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente para investigar cuanto se señala en el fundamento de derecho nº 8 de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que no es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso alguno en tal vía, pudiéndose interponer, en su momento, únicamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución del Tribunal que dé fin al expediente.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL VOCAL JOSÉ JUAN FRANCH MENÉU AMPLIANDO LOS ARGUMENTOS DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

He querido redactar este voto particular concurrente, ampliando argumentos, para resaltar, aún más, la importancia que estas cuestiones tienen en nuestro ordenamiento Constitucional que, a su vez, está en sintonía con los principios constitutivos de la Unión Europea donde la economía de libre mercado y el principio de subsidiaridad se presentan como fundamentales.

La Constitución Española, efectivamente, consagra en su art. 38 el sistema de libre empresa en el marco de la economía de mercado y, seguidamente, también se afirma que *los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad. A su vez, como ya se ha dicho en esta misma Resolución, en la exposición de motivos de la LDC se proclama con claridad que la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y mas importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.*

El ejercicio de esa libertad de empresa que está inserta en el ámbito de los derechos fundamentales de nuestra Constitución es lo que cabalmente permite introducir la fuerza económica de la libertad (y con ella la competencia) en la producción de estos bienes y servicios. Si las Administraciones Públicas son las únicas que acaban practicando este tipo de actividades y servicios, desaparece la potencia creadora de la libre competencia en la producción de múltiples necesidades y preferencias que distintos grupos de ciudadanos desean por una u otra razón. Además, difícilmente se puede hablar adecuadamente de verdaderos precios cuando nos referimos a tasas o precios públicos. Téngase en cuenta que los verdaderos precios son los precios de mercado que son determinados por los juicios valorativos de los intervinientes y que reflejan la escasez relativa de los diferentes bienes y servicios y el deseo relativo de conseguirlos por parte de los diversos individuos. Dichos precios auténticos en libre competencia funcionan entonces como un sistema de señales que indican cuándo comprar y cuándo no hacerlo, cuándo producir más y cuándo producir menos, permitiendo que sean las libres decisiones personales de todos y cada uno de los individuos las que determinen la asignación de recursos de esa sociedad. El resultado de todas esas decisiones individuales y dispersas es una asignación de los recursos eficiente y conforme con quienes participan.

Las intervenciones públicas pueden distorsionar esas informaciones degradando el sistema. Sin los mercados en competencia no existen precios, las valoraciones subjetivas de miles de personas no se pueden manifestar, el sistema de

orientación falla y resulta imposible, no sólo el cálculo económico, sino también lo que la gente podría producir, cuánto y cómo, o en qué, cuándo y cómo trabajar diariamente. De ahí la importancia de ir eliminando progresivamente las interferencias directas en los sistemas de libre de mercado con iniciativa y elección individual.

A ello se debe añadir que la teoría económica explica lo que ocurre con los precios subvencionados, es decir, cuando se pretenden imponer precios máximos por debajo de los precios de equilibrio que se establecerían en los mercados con libre competencia. Los precios máximos forzados en esas circunstancias suelen dar lugar a distorsiones en la dinámica de los mercados. Con los precios inferiores al mercado se crean tensiones porque la demanda a esos precios establecidos siempre es mayor que la oferta. La demanda insatisfecha busca y presiona para no quedar discriminada y las empresas normales que respetan las reglas del juego no pueden actuar con la pureza y eficacia que requieren los mercados saneados.

Cabe recordar también que en el modelo presupuestario clásico de las finanzas de las distintas Administraciones Públicas, éstas tratan de ser políticamente neutrales, en el sentido de que, en cuanto a sus fines, sólo gastan para producir los bienes y servicios necesarios para su existencia y funcionamiento así como para la organización y orden públicos de la sociedad. Es también neutral frente a la multiseccional economía de mercado. Esta neutralidad está inspirada en el supuesto de la eficaz actuación de la empresa privada y fundamentada en que la determinación de los productos que hay que fabricar, de los servicios que se prestan, y de los precios y las rentas que han de pagarse, se determinan por el libre juego, enriquecedor para todos, de la oferta y la demanda. Supone que la economía de mercado garantiza un crecimiento equilibrado de la producción nacional, a plazo medio, en condiciones aproximadas a las de una situación de pleno empleo de los recursos productivos que posee la economía. Los gastos que las empresas hacen para producir todos y cada uno de sus productos garantiza las ventas de esas mismas empresas en el conjunto global debido a que los gastos de producción que hicieron son rentas para los trabajadores y propietarios de los capitales empleados. Esas rentas se utilizan, bien para adquirir bienes directamente de las mismas empresas, bien para aportarlos a estas empresas para que compren, a su vez, bienes a otras. Puesto que este proceso lleva tiempo, se pueden producir "fallos" momentáneos, pero serán corregidos automáticamente por el propio juego de la oferta y la demanda.

Considero que la Administración difícilmente puede mejorar el funcionamiento del mecanismo multiseccional y equilibrador del mercado. Pero ello no implica la eliminación de su intervención, sino limitarla a la creación y defensa del marco previsible y estable para el sector privado dotándole de seguridad jurídica en todos los ámbitos abiertos a su iniciativa y creatividad. Conviene distinguir en

definitiva la actuación de las distintas Administraciones como reguladoras y su actuación como productoras de bienes y servicios de carácter general. Como también conviene distinguir entre producción pública y provisión pública. El interés público que justifica la intervención de los órganos de Defensa de la Competencia puede ser interpretado como tal cuando afecta a muchos consumidores y usuarios. Pero también se debe entender que queda vulnerado el interés público competencial cuando una determinada actuación ponga en peligro las expectativas de mantenimiento y continuidad del sector privado que, por otra parte, es el creador de riqueza y base esencial de la imposición fiscal y de otros muchos elementos que permiten el mantenimiento de las funciones públicas y del Estado de Bienestar.

Madrid, 20 de junio del año 2002