

RESOLUCIÓN (Expte. R 477/01, Centros Deportivos Almazora)

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

En Madrid, a 26 de noviembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición antedicha y siendo Vocal ponente el Sr. PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 477/01, interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (APRODEPORT) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) de archivo de la denuncia que había formulado la recurrente contra el Ayuntamiento de Almazora, 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 aerobio en instalaciones públicas, a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas y en horario idéntico al practicado por el único centro deportivo privado del mismo municipio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 21 de marzo de 2001 tiene entrada en el Tribunal un escrito de recurso que interpone APRODEPORT contra el Acuerdo del Servicio de 13 de febrero de 2001 por el que archiva la denuncia que el 27 de octubre de 2000 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 cursos de

aerobic en instalaciones públicas, a precios supuestamente predatorios cobrados mediante tasas y en el mismo horario al de idénticos cursos en el centro deportivo privado del municipio que los viene realizando desde hace tiempo, "Gimnasio Celvic", perteneciente a la Asociación denunciante. En el escrito de recurso se suplica la admisión de la denuncia y la incoación del oportuno expediente.

2. El 22 de marzo 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 28 de febrero de 2001. En su informe, el Servicio hace constar que el recurso ha sido presentado dentro del plazo legal.
3. El 2 de abril 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 únicamente la denunciante que, con su escrito de alegaciones de 11 de abril de 2001, aporta copias de los siguientes documentos: 1) Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSCV) de 2 de marzo de 2001. 2) *Guía del Concejal de Deportes*, de la Federación Española de Municipios y Provincias y el Consejo Superior de Deportes.
4. El Pleno deliberó y falló el 13 de noviembre de 2001.
5. Son interesados:
 - Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón (APRODEPORT).
 - Ayuntamiento de Almazora (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 Almazora por conducta supuestamente desleal con afectación al interés público y abusiva de posición de dominio, consistente en ofrecer clases de aerobic con propósitos predatorios respecto de un gimnasio privado existente en la localidad. 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.

2. El Servicio, aunque considera acreditado que el Ayuntamiento de Almazora, desde el 2 de octubre de 2000, ofrece 65 plazas de clase de aerobio, en tres grupos, con diferentes horarios, 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 Almazora 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, y asimismo ha aprobado por Ordenanza la tasa correspondiente a la prestación de los servicios de enseñanza y la utilización para la misma de las instalaciones deportivas municipales, 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, *Aparejadores de Cádiz* (24-VII-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 Almazora queda sometido a las prescripciones de la LDC en lo que respecta a la conducta denunciada porque ha actuado como un operador económico más.

La recurrente esgrime en su favor el Auto del TSCV aportado, que es firme, el cual, aunque no entra en el fondo del asunto, ordena la inmediata suspensión de las denunciadas clases municipales de aerobio 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 aerobio 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 aerobio, el TSCV 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 fomentaran 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 aerobio 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).

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 y Municipios, 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 que el Ayuntamiento de Almazora ha pretendido la *municipalización encubierta* de la enseñanza del aerobio, 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 la única empresa que venía prestando con anterioridad el servicio, lo cual contraviene flagrantemente la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), en su art. 17. Como indicios de la supuesta intención municipal de expulsar del mercado a la empresa privada existente en el municipio dedicada a la misma actividad y subir posteriormente los precios, la recurrente presenta el presupuesto municipal agregado de ingresos y gastos de las actividades deportivas

para los años 2000, 2001 y 2002, en los que, de unos resultados negativos de 1,8 millones de pesetas en el año 2000, se pasa a unos resultados positivos previstos en 4,9 millones de pesetas en el año 2002.

Finalmente, la denunciante hace constar en su escrito de alegaciones que la conducta municipal denunciada es también abusiva de su posición de dominio porque, de manera ilegal, habría elegido la cobertura de la tasa para liquidar las tarifas cuando únicamente es posible hacerlo bajo el estatuto de precios públicos.

4. El Tribunal considera prioritario dilucidar la presunta cobertura legal de la conducta municipal denunciada, cuestión que no se puede abordar, sin embargo, de modo tan elemental a cómo lo hace el Servicio. 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 unos concretos cursos de aeróbic ofrecidos por el Ayuntamiento de Almazora, presuntamente en idéntico horario y mucho más baratos a los que viene dando desde hace tiempo un gimnasio privado de la localidad. 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 TSCV ha considerado que no, 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.*
5. Es opinión de este Tribunal que resulta pertinente al caso 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 TSCV, este Tribunal considera que la pretendida cobertura legal del Ayuntamiento de Almazora 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.

6. De 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 competencia.

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 deben 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.

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. Un pronunciamiento al respecto exige que previamente sean aclaradas diversas circunstancias como, entre otras, los segmentos de la población a la que se ofrecían los cursos y los horarios. Porque, a los efectos que nos ocupa, no sería igual que las clases fueran para la tercera edad a horas no concurrentes, que para todo el mundo a horas punta de demanda, por ejemplo. En fin, se trata de enmarcar la conducta denunciada en el contexto de circunstancias económicas y sociales del caso. Falta este tipo de información y también falta información relativa a la prueba de predación. 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 trienal de ingresos y gastos por actividades deportivas del Ayuntamiento de Almazora, 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 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:

“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, ningún atisbo de abuso de posición de dominio en la denunciada conducta del Ayuntamiento de Almazora y más bien considera, por el modo de concretarse la denuncia en este aspecto, que la denunciante no alcanza a comprender de un modo adecuado el contenido y alcance de esta figura transgresora de la legislación de competencia.
9. El expediente que el Servicio deberá incoar al Ayuntamiento de Almazora habrá de desarrollarse dentro de un marco de análisis que contemple las siguientes etapas: 10) Esclarecimiento del carácter con el que ha actuado el Ayuntamiento. b) Si hubiera actuado como operador económico, investigar si ha practicado la venta a pérdida. c) De haber vendido a pérdida como operador económico, investigar si lo ha hecho con fines predatorios. d) De resultar acreditado todo lo anterior, apreciar la repercusión de la conducta en el mercado afectado y evaluar su afectación al interés público.

10. 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

HA RESUELTO

1. Estimar el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón (APRODEPORT) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 13 de febrero de 2001, de archivo de la denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Almazora (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 aerobio supuestamente a pérdida con fines predatorios y afectación del interés público.
2. Interesar al Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente para investigar cuanto se señala en el fundamento de derecho nº 9 de esta Resolución.

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