

## **RESOLUCIÓN (Expte. A 58/93. Sabadell)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 18 de octubre de 1993.

Reunido el Pleno del Tribunal, con asistencia de las personas reseñadas, para deliberar y fallar el recurso interpuesto por D. José Tormos Ferrer contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 28 de mayo de 1993 que ordena archivar las actuaciones originadas por la denuncia interpuesta por el ahora recurrente contra el Ayuntamiento de Sabadell por abuso de posición de dominio y competencia desleal (Expte. 937/93 del Servicio y A 58/93 del Tribunal), teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 16 de marzo de 1993 tiene entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de D. José Tormos Ferrer, empresario que se dedica a impartir enseñanzas especializadas de formación empresarial en dos establecimientos, uno en Sabadell y otro en Tarrasa, en el que expone:
  - 1.1. Que Sabadell (200.000 habitantes) cuenta con numerosos centros privados de enseñanzas empresariales cuya oferta es suficiente para atender la demanda de toda la comarca -el Vallés Occidental- de la que Sabadell es cabecera, que cuenta con una larga tradición industrial y cuya población se estima en unas 750.000 almas.
  - 1.2. Que el Ayuntamiento de Sabadell ha rehabilitado lujosamente la antigua fábrica textil "Vapor Llonch" para dedicarla a Centro de enseñanzas de formación empresarial. En noviembre de 1992 el Ayuntamiento realiza una gran campaña publicitaria, una de cuyas modalidades es el envío de propaganda a domicilio utilizando las bases de datos de que el Ayuntamiento dispone, con la que consigue atraer una clientela que

hubiera ido a los centros privados existentes -incluido el del Sr. Tormos- hasta el punto de provocar el cierre de algunos de ellos. Los precios de los cursos del Centro son inferiores a los del mercado.

- 1.3. Que el Ayuntamiento de Sabadell no ha incoado el expediente que exige el Art. 227 de la ley catalana 8187, de 15 de abril, para inicial actividades económicas, ni ha adoptado alguna de las formas legales para el ejercicio de la actividad. Ésta se presta directamente por sus funcionarios y ni siquiera se refleja con separación en el presupuesto municipal. El incumplimiento de estas normas, que tienen por objeto disciplinar la actividad concurrencial de los municipios, es un supuesto de competencia desleal (Art. 15.2).
  - 1.4. Que no consta la aprobación de la Comunidad Autónoma a las tarifas de los cursos. Y que el Ayuntamiento emplea las subvenciones que recibe del Fondo Social Europeo en cursos distintos de los previstos.
  - 1.5. El Sr. Tormos pide al Servicio que incoe e instruya el expediente que permita al Tribunal decretar el cese de la actividad impugnada según la Ley 16/1989 por abuso de posición dominante y competencia desleal. Acompaña a la denuncia folletos de publicidad del Ayuntamiento y un recorte del Diari de Sabadell del 3 de noviembre de 1992.
2. El Servicio acuerda -el Acuerdo no está en el expediente- practicar una información reservada "*con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos*". En este trámite comunica la denuncia al Ayuntamiento de Sabadell al tiempo que le solicita, invocando el deber de colaboración de las Administraciones Públicas que impone el Art. 51.1 de la Ley 16/1989, que informe sobre sus cursos de formación empresarial.
  3. A la vista de la contestación del Ayuntamiento, el Servicio entiende que en los cuatro grupos de cursos que aquél dice celebrar se ha cumplido la normativa a aplicar y no hay violación del Art. 15 de la Ley de competencia desleal ni posición de dominio del Ayuntamiento al dirigirse su oferta a un colectivo claramente diferenciado de los habituales alumnos de los centros privados. Por lo que archiva la denuncia.
  4. La Resolución es recurrida por el Sr. Tormos quien insiste en que la actividad del Ayuntamiento es económica, en cuanto ofrece servicios al mercado por un precio, y que el Ayuntamiento ha incumplido las normas para ejercitarla; y que no es cierto que la clientela del Ayuntamiento sea distinta de la que acude a los centros privados. Cualquiera que pague la matrícula puede asistir. Se incumple también la legislación que regula el empleo de las subvenciones del Fondo Social Europeo.

5. Recibido el recurso por el Tribunal, y solicitado informe del Servicio (Art. 48.1 Ley 16/1989), este manifiesta que el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo y puntualiza que los cursos están excluidos de la Orden de 24 de septiembre de 1991 (Fondo Social Europeo) por lo que no la incumplen, y que en todos los casos el Ayuntamiento ha cumplido la normativa a aplicar y que si ha cobrado matrículas ha sido autorizado por una ordenanza municipal.
6. El 30 de junio de 1993 el Tribunal comunica al recurrente que se le da vista del expediente para alegaciones; y, al no haber constancia de que hubiera recibido la notificación, de nuevo el 20 de agosto de 1993. El recurrente no contesta.
7. Es interesado en este expediente D. José Tormos Ferrer.

Ha sido Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La denuncia del Sr. Tormos plantea la cuestión de si es posible que el Tribunal revise y juzgue la actuación de un Ayuntamiento que decide realizar una actividad económica; porque si el Tribunal no fuera competente, procedería rechazar, sin más, la petición de apertura del expediente (Arts. 4 y 8 de la LPA de 1958 y 12 y 20 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

En este punto hay que distinguir entre la decisión del Ayuntamiento de Sabadell de realizar la actividad y el posterior ejercicio de la actividad elegida.

- 1.1. La decisión es un acto administrativo del Ayuntamiento cuya adopción está sometida a normas de derecho público que regulan su forma y su fondo (Art. 227 de la Ley 8/87, de 15 de abril). Tomada la decisión, goza de la presunción de validez y su impugnación por inobservancia del Art. 227 deberá seguir las reglas generales de impugnación de los actos de los Ayuntamientos, normas que no atribuyen competencia al Tribunal para decidir el recurso. Tampoco, desde el punto de vista de la Ley 16/1989, el supuesto incumplimiento del Art. 227 integra ninguno de los tipos que la ley contempla; ni siquiera el de competencia desleal por infracción de normas porque aquéllas a las que se refiere expresamente el Art. 15.2 son las "*que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*", no las que se refieren a la decisión de iniciarla y de constituir una empresa. En suma, la orden al Ayuntamiento de Sabadell de que cese en la actividad ya iniciada por supuesto incumplimiento del Art. 227, que es la pretensión del denunciante, deben darla los Tribunales y no el Tribunal de Defensa de la Competencia.

- 1.2. En cambio, el ejercicio de una actividad económica, no constitutiva de servicio público, atribuye a quien la realiza -el Ayuntamiento o la persona creada al efecto- la condición de empresario plenamente sometido, en su actividad dirigida al mercado, a las normas que lo regulan, entre ellas la de defensa de la competencia. En este caso es la propia ley la que realiza el reenvío y legitima, sin ninguna duda, la competencia del Tribunal: *"El ejercicio de la actividad se realizará en régimen de libre competencia"* (Art. 227.3 de la Ley catalana). Afirmada la competencia del Tribunal, debe decidirse a continuación si las conductas denunciadas, en el supuesto de que fuesen ciertas, se encontrarían tipificadas por la Ley 16/1989. Porque si no lo están no tendría razón de ser la apertura del expediente.
2. Centrada la cuestión de este modo, hay que descartar la primera parte de la denuncia, esto es, la petición de apertura del procedimiento para decidir si el Ayuntamiento ha incumplido el Art. 227. Desde este punto de vista estaría bien archivada.

Por lo que atañe al posterior desarrollo de la actividad de enseñanza, esta conducta no es tipificable como acuerdo colusorio del Art. 1, al que no se hace mención en la denuncia, ni como abuso de posición de dominante del Art. 6, porque lo que el denunciante califica de tal es la posibilidad de que las pérdidas que tenga el Centro del Ayuntamiento se imputen a la hacienda municipal; pero sí podría constituir un caso de competencia desleal del Art. 7 si la oferta de los cursos se dirige a la misma clientela del denunciante, si los cursos son similares y si los precios que realmente practica el Ayuntamiento son predatorios, de modo que perjudican a los competidores e incluso podrían llevar, como también afirma el denunciante, a la indebida eliminación de algunos de ellos. La aclaración de estos hechos exige, además, estudiar el régimen de las subvenciones que el Ayuntamiento recibe y el destino efectivo y real que ha dado a las mismas.

La complejidad de los hechos denunciados y la posibilidad de que, de ser ciertos, puedan estar incluidos en la Ley 16/1989, es suficiente para que el Servicio incoe el expediente. Dentro de él, con arreglo al principio de contradicción podrá el denunciante probar los hechos que alega y criticar la prueba de descargo del Ayuntamiento; y viceversa.

3. En resumen, como existen indicios racionales de existencia de posibles prácticas restrictivas, el Servicio debe incoar expediente.

Por todo ello el Tribunal

## **RESUELVE**

Estimar el recurso interpuesto por el Sr. Tormos contra el acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 28 de mayo de 1993 por el que se archivan las actuaciones derivadas de la denuncia de la actividad de enseñanza que realiza el Ayuntamiento de Sabadell a través de su centro Vapor Llonch, dejando a este acuerdo sin efecto e interesando del Servicio la solicitada incoación de expediente sancionador.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.