

RESOLUCIÓN (Expte. RA 26/2009. GIMNASIO DE FERROLTERRA)

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

Santiago de Compostela, 4 de enero de 2010.

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (Tribunal o TGDC en adelante), con la composición indicada más arriba y siendo ponente D. José Antonio Varela González, presidente, dictó la siguiente Resolución en el Expediente RA 26/2009. GIMNASIO DE FERROLTERRA, originado por la denuncia presentada por XXXX, en nombre y representación de la Asociación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra, contra el Ayuntamiento de Ferrol, por presuntas prácticas contrarias a la Ley 15/2007, del 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC). La citada denuncia fue realizada ante el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (Servicio o SGDC en adelante) el 1 de julio de 2009.

ANTECEDENTES

1.- La conducta denunciada consiste en la previsión del Ayuntamiento de Ferrol de suscribir un contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo y de ocio en el subsuelo de la plaza de España. Para el denunciante, esta conducta constituye un acto de competencia desleal, ya que algunas de las actividades de ocio que se pretenden ofertar al público en general y a precios “sensiblemente inferiores en relación con los precios del mercado”, son en la actualidad ofrecidas por los operadores privados (gimnasios) localizados en ese ayuntamiento, lo que “desestabilizará” la normal actividad de las empresas existentes, a las que potencialmente podría causar un perjuicio grave.

2.- Ante la denuncia, el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (SGDC) inició el procedimiento de asignación de casos ante la Comisión Nacional de la Competencia. Ésta le manifestó al SGDC, el 20 de julio de 2009, su conformidad con la opinión relativa a que el conocimiento del caso

correspondía a las autoridades gallegas de defensa de la competencia.

3.- El día 27 de julio de 2009 el Servicio solicitó del Ayuntamiento de Ferrol, y reiteró el 29 de septiembre, la siguiente información:

- “1. Normativa aplicable que fundamenta la realización de esta actividad por parte del ayuntamiento y, de ser el caso, razones de interés público que lo justifican.*
- 2. Previsión de los colectivos de ciudadanos de Ferrol que podrán beneficiarse del uso de las instalaciones deportivas y de ocio que se van a construir.*
- 3. Previsión sobre el equilibrio financiero de la concesión administrativa pendiente de adjudicar, con indicación de los precios que se cobrarían a los usuarios por parte de la concesionaria.”*

4.- El 9 de octubre de 2009 tuvo entrada en el SGDC la documentación remitida por el Ayuntamiento de Ferrol relativa al expediente administrativo completo referido al procedimiento de contratación de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación de un centro deportivo en la plaza de España.

5.- Con fecha 30 de octubre de 2009 (con entrada en el TGDC el día 4 de noviembre de 2009), el SGDC elevó al Pleno del TGDC, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de defensa de la competencia, la siguiente propuesta de resolución:

- “acordar la no incoación del procedimiento derivado de la presunta realización de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la ley, con el archivo de las actuaciones, en el expediente iniciado tras la denuncia presentada por XXXX, en nombre y representación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra, contra el Ayuntamiento de Ferrol.”*

6.- El Pleno del TGDC deliberó y se pronunció sobre el presente expediente en su reunión del 17 de diciembre de 2009.

7.- Son interesados:

- XXXX, en nombre y representación de la Asociación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra.
- El Ayuntamiento de Ferrol.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal considera que el presente asunto debe examinarse de acuerdo con la Ley 15/2007, del 3 de julio, de defensa de la competencia, por haberse iniciado con posterioridad a su entrada en vigor, tal y como prevé la Disposición Transitoria primera de la Ley 15/2007 que señala que sólo los procedimientos sancionadores incoados antes de la entrada en vigor de esa ley, que se produjo el pasado 1 de septiembre de 2007, se tramitarán y resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en su inicio.

SEGUNDO.- El asunto de fondo que debe decidir este Tribunal es si acepta o no la propuesta del SGDC, efectuada en su escrito de 30 de octubre de 2009, en el que este organismo propone al TGDC no incoar procedimiento derivado de la presunta realización de conductas prohibidas por el artículo 3 de la LDC, en el expediente iniciado por la denuncia de XXXX, en nombre y representación de la Asociación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra, contra el Ayuntamiento de Ferrol.

TERCERO.- En la denuncia se recoge que la apertura futura del centro deportivo afectaría a la competencia y supondría una ventaja para la empresa adjudicataria, dado el precio del suelo resultante de las condiciones de la concesión. También hace referencia a ciertas insuficiencias del estudio de viabilidad desde el punto de vista administrativo.

Además, en su escrito, el denunciante afirma que los servicios físicos del futuro centro deportivo afectarán a la competencia porque se ofertarán “a precios sensiblemente inferiores a los de mercado (ya que son gratuitos)”. El denunciante califica la conducta (futura) como desleal porque los beneficiarios de las actividades del nuevo centro deportivo y de ocio no se dirigen a ningún colectivo desfavorecido, sino que los beneficiados serán todos los habitantes del ayuntamiento e incluso de los ayuntamientos limítrofes, ya que no se restringe el acceso.

CUARTO.- Antes de entrar en el análisis del caso desde la perspectiva de la competencia, es conveniente dejar claro que el TGDC sólo tiene competencia para aplicar la LDC, no otros cuerpos normativos. Por ello, este Tribunal no es competente para resolver sobre cuestiones administrativas relativas a la hipotética vulneración del Plan General de Ordenación Municipal o de los principios establecidos

en la Ley de Contratos del Sector Público.

La evaluación del Tribunal se limitará, por lo tanto, a la consideración de si la conducta denunciada supone una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia. A tal fin, el TGDC considera relevante tener en cuenta las reflexiones contenidas en las diversas resoluciones realizadas en el pasado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en la actualidad Comisión Nacional de la Competencia (CNC), sobre centros deportivos (R 477/01, Centros Deportivos Almazora; r 493/01, Centros Deportivos Castellón; R 554/03, Centros Deportivos Almazora 2; r 572/03, Servicios Deportivos Logroño; R 592/03, Centros Deportivos Castellón; r 625/04, Centros Deportivos Castellón; r 653/04. Deportes Alava; r 648/05, Centros Deportivos Benicarló; y r 673/05, Deportes Valladolid), dada la similitud de muchos de los argumentos. Además, puesto que varias de las resoluciones antedichas fueron recurridas ante la Audiencia Nacional, también las consideraciones de este órgano jurisdiccional resultan relevantes.

En los citados expedientes, el TDC realizó un análisis detenido sobre aspectos como: la cobertura legal de las conductas municipales denunciadas; la creencia normativa sobre la intervención de las Administraciones Públicas en los mercados cuando existe iniciativa privada; el sometimiento de la conducta municipal denunciada a la Ley de Defensa de la Competencia; así como sobre la potencial deslealtad del comportamiento de los ayuntamientos y su afectación al interés público.

QUINTO.- En primer lugar es preciso indicar que el centro deportivo y de ocio corresponde a un contrato de concesión de obra pública a través de la iniciativa privada. Según el artículo 112 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, tal contrato requiere como actuación preparatoria la realización de un estudio de viabilidad; este estudio fue realizado por la empresa SIDECU. El anteproyecto de centro deportivo en la Plaza de España de Ferrol fue aprobado definitivamente en el Pleno del Ayuntamiento del día 28 de mayo de 2009. Los pliegos que regulan la contratación y la apertura del período para presentación de ofertas fueron aprobados el 22 de septiembre de 2009.

Como indica el SGDC, la denuncia se refiere a actos futuros, ya que el centro deportivo y de ocio aún no comenzó su actividad, por lo que no se puede decir, estrictamente, que en la actualidad

provoque un perjuicio a los gimnasios privados de Ferrol.

No obstante, dada la decisión firme del ayuntamiento de que ese centro se construya y explote por la empresa que resulte adjudicataria del contrato de concesión, se puede examinar el efecto previsible de la citada conducta sobre la competencia, aunque tales consecuencias estarán condicionadas a que el funcionamiento del centro realmente ocurra.

SEXTO.- La denuncia realiza una reflexión sobre si los Ayuntamientos deberían, o no, realizar ofertas de servicios que puedan entrar en competencia con servicios existentes prestados por las empresas privadas. El denunciante parece asumir la creencia normativa de que la oferta de servicios, en este caso físicos, por las Administraciones Públicas sólo está justificada cuando la iniciativa privada no satisface la demanda de forma adecuada, ya que, en otro caso, se produce una situación de competencia desleal.

En contraste con la opinión anterior, desde el lado de las Administraciones Públicas se expone que no hay razones para asumir la concepción de que la oferta pública es subsidiaria de la privada. Para el Ayuntamiento de Ferrol, la oferta pública estará justificada siempre que la normativa así lo reconozca y contribuya al interés público.

Esta cuestión requiere un análisis cuidadoso, ya que parece existir una tendencia a que las Administraciones Públicas amplíen su ámbito de actuación, lo que podría llevar a denuncias y conflictos crecientes en relación con la existencia de una competencia “justa” entre los oferentes privados y públicos de servicios.

En relación a estas dos visiones de la actuación de las Administraciones Públicas, el TDC (R 608/04 Embarcaciones Lanzarote) señaló la dificultad de establecer un equilibrio, en términos del interés público, destacando la conveniencia de que la intervención pública en el mercado cumpla cuanto está legalmente dispuesto sobre su motivación (oportunidad y conveniencia).

Por otra parte, el TDC hace referencia a que las administraciones públicas municipales, desde la libertad de ejercicio de sus propias prerrogativas, cuenten con la iniciativa personal para dotar de mayor alcance y de mayor eficiencia a los múltiples objetivos de su actuación (R 653/04 Deportes Álava), optando, si fuera el caso, por dar entrada al sector privado a la gestión de las actividades a

desarrollar. Esto es lo que hace el Ayuntamiento de Ferrol, mediante la convocatoria del oportuno concurso.

SÉPTIMO.- Aunque el Tribunal comprende la preocupación del denunciante y de la asociación que representa, dados sus legítimos intereses por hacer rentable sus centros de servicios deportivos, debe señalar que la propuesta del Ayuntamiento de Ferrol es legítima, derivada del interés de proporcionar servicios públicos con potencial para mejorar la salud de los ciudadanos.

En este sentido, la Sentencia nº 763/2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón contra un acuerdo del Ayuntamiento de Villarreal, dice que:

“si bien es verdad que el art. 43.3 no crea directamente derechos subjetivos para los ciudadanos, y sí lo hace el art. 38, relativo a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, ello no comporta, sin más, que el art. 43.3 deba ser interpretado en el sentido abonado por los recurrentes –esto es, que la iniciativa pública en este campo del deporte sólo es viable en defecto de iniciativa privada–. En primer lugar, porque junto con el art. 38, la Constitución (RCL 1978, 2836) consagra asimismo la iniciativa pública en la actividad económica. Esa iniciativa pública, es verdad, no equivale a reserva al sector público, recogida en el art. 128.2. Pero también es verdad que ambas iniciativas económicas, pública y privada, coexisten en la Constitución.

El modelo económico diseñado por ésta es un modelo amplio, en realidad un simple marco, donde caben diversas alternativas. Por supuesto, los poderes públicos podrían eventualmente optar por actuar de forma directa en la vida económica sólo cuando la iniciativa privada no exista o sea insuficiente, de acuerdo con el llamado principio de subsidiariedad. Pero este principio, por mucho que sea invocado por el TDC en las resoluciones traídas a estos autos por la actora, carece de rango constitucional; de forma que los poderes públicos pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica. Así, la STS de 24-5-84 (RJ 1984, 3132) afirma significativamente que no existe una única economía de mercado (un modelo único), sino varias. Y la STS de 10-10-89 (RJ 1989, 7352) afirma expresamente que nuestra Constitución se ha apartado del principio de subsidiariedad.”

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional, en la Sentencia del 29 de noviembre de 2007, al recurso de la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón, cuando señala que no existe un contenido esencial constitucionalmente garantizado en cada actividad económica.

OCTAVO.- La antedicha STS de 10-10-89 también indica que la iniciativa pública en el ámbito económico debe estar orientada, como toda actuación de las Administraciones Públicas (art. 103.1 CE) a la consecución de intereses generales. Esto se puede relacionar con el hecho de que, desde una perspectiva normativa, la actuación del Ayuntamiento de Ferrol se sitúa en el marco de las funciones que le atribuye el artículo 80.2.n) de la Ley 5/1997, del 22 de julio, de Administración Local de Galicia. También 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.

Para la Audiencia Nacional, en la Sentencia ya citada,

“No cabe duda a juicio de esta Sala que la puesta en práctica de determinadas actividades deportivas por el Ayuntamiento, no restringe efectivamente la libertad de empresa, persigue un fin legítimo y supera el juicio de proporcionalidad.”

NOVENO.- Ahora bien, aunque la Memoria del proyecto relaciona el centro deportivo proyectado con las ventajas de la actividad física, en base al concepto “deporte-salud”, del escrito del denunciante parece deducirse que no considera tales actividades como deportivas, debiendo ser calificadas simplemente como actividades físicas. La idea subyacente es que si no son actividades deportivas, no hay interés público.

En términos específicos, la cuestión puede enunciarse del siguiente modo: ¿resulta razonable considerar los cursos de aeróbic y musculación a desarrollar insertos en la genérica capacidad municipal de organizar actividades deportivas?

En este punto, el TDC, en su Resolución de 10 de marzo de 2006 (Expte. r 648/05, Centros Deportivos Benicarló), afirma:

“...dado el amplio apoyo jurisprudencial a la posibilidad de que la gestión de los servicios públicos no se limite a los servicios esenciales y pueda prestarse en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que sean de utilidad pública, se presten dentro del término

municipal correspondiente y en beneficio de sus habitantes, no puede atribuirse al Ayuntamiento de Benicarló una conducta abusiva.”

El TDC también señala, en la Resolución de 4 de noviembre de 2005 (Expte. r 653/04, Deportes Álava):

“...es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo relativo a la acreditación acerca de la necesaria “utilidad pública” declarada para aquellos servicios que la Administración Pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada...”

DÉCIMO.- Otra cuestión que recoge la denuncia es la aplicación de la LDC a la actuación del Ayuntamiento de Ferrol.

Como señala la Audiencia Nacional (Sentencia de 11 de noviembre de 2003, dictada en el recurso nº 839/2000), la LDC resulta aplicable no sólo a los empresarios privados, sino también a todos aquellos agentes económicos, cualquiera que sea su forma jurídica, que medien o incidan en la mediación en el mercado; es decir, cuando actúan como operadores económicos. Consecuentemente, todos los operadores, privados y públicos, deben respetarla en sus actuaciones en el mercado.

Por lo tanto, el sector público estará afectado por la normativa de competencia cuando realice actividades económicas industriales o comerciales, ofreciendo bienes y servicios en el mercado; por lo contrario, no estará sometido a ella cuando ejerza potestades administrativas, en el ejercicio de su *ius imperii*.

En el caso denunciado, el Ayuntamiento de Ferrol está sometido a la normativa de competencia ya que, mediante concesión administrativa, va a ofrecer servicios deportivos y de ocio en el mercado, rivalizando su oferta con la de las empresas privadas de ese sector.

DÉCIMO PRIMERO.- La denuncia señala que la conducta del ayuntamiento constituye un acto de competencia desleal. La aplicación del artículo 3 de la LDC requiere, en primer lugar, la existencia de un ilícito desleal, es decir, de una infracción tipificada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD). En segundo lugar, se requiere que la conducta distorsione las condiciones de competencia en el mercado de manera tal que afecte al interés público.

DÉCIMO SEGUNDO.- El denunciante califica la conducta (futura) como desleal porque:

(1) los beneficiarios de las actividades del nuevo centro deportivo y de ocio no son los miembros de un colectivo desfavorecido, sino que los beneficiados serán todos los habitantes del ayuntamiento e incluso de los ayuntamientos limítrofes, ya que no se restringe el acceso a los mismos y (2) los servicios físicos se ofertarán “a precios sensiblemente inferiores a los de mercado (ya que son gratuitos)”.

El primero punto no tiene relación con ningún artículo de la Ley 3/1991, por tanto no se puede relacionar con las conductas de competencia desleal. La oferta de los servicios físico-deportivos por el ayuntamiento corresponde a la propuesta de deporte para todos, propuesta que resulta coherente con la propia naturaleza de la actuación de las Administraciones Locales.

Para calificar como desleal la conducta recogida en el segundo punto “precios sensiblemente inferiores” se puede recurrir al art. 15 LCD, que reputa como desleal aprovecharse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de las leyes; o al art. 17 LCD, que reputa desleal ciertas modalidades de venta a pérdida.

DÉCIMO

TERCERO.- El artículo 15 LDC, sobre infracción de normas, tiene dos apartados:

“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”

Consecuentemente, una conducta que viole una norma que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial debería ser calificada cómo desleal, mientras que si la norma infringida no tiene por objeto regular la actividad competitiva, para calificar la conducta como desleal será preciso que la infractora se beneficie de la ventaja competitiva resultante y que la ventaja obtenida sea significativa.

La denuncia lleva implícita la idea de que el Ayuntamiento de Ferrol vulnera el artículo 45.1 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988 -que indica que los precios deberán cubrir los costes del servicio prestado-,

puesto que en ella se recoge que el servicio será gratuito. La gratuidad de los servicios implica que los ingresos jamás podrán cubrir los costes de funcionamiento, mantenimiento y amortización de las instalaciones.

Dado que la Ley Reguladora de Haciendas Locales no tiene como objetivo la regulación de la actividad concurrencial, resulta relevante en nuestro análisis considerar el punto 1 del art. 15, del cual derivan dos cuestiones:

1. La conducta del ayuntamiento ¿es realmente ilícita?
2. En el caso de ser ilícita, ¿se beneficia el ayuntamiento de un modo significativo de la ventaja competitiva que obtiene al infringir la norma?

En relación al primer punto, los datos recogidos en el proyecto no avalan lo manifestado por el denunciante sobre la gratuidad de los servicios proporcionados por el centro deportivo. De acuerdo con la documentación aportada por el ayuntamiento, en la partida de previsión de los ingresos de explotación, el precio del abono mensual para los usuarios será de 34,47 € (IVA incluido). Además de los ingresos derivados de las cuotas de abono, el concesionario percibirá otros ingresos: cuotas de inscripción, cursos, entradas, ventas de material deportivo y alquileres de espacios.

Los precios públicos propuestos por SIDEKU -entidad que elaboró el estudio de viabilidad- para los servicios deportivos y físicos, junto con los otros ingresos previstos, permitirán cubrir los costes, proporcionando beneficios netos a partir del quinto año. A partir del año 11º el proyecto tendría cubiertas todas las pérdidas de los primeros años. Por tanto, de los datos no se puede concluir que los precios públicos establecidos no cubran los costes del servicio prestado.

Además, de manera explícita, el ayuntamiento indica que no considera dotar ninguna partida para subvencionar los servicios del concesionario. En otras palabras, el concesionario tendrá que afrontar el 100% de la inversión (3.550.000€ en el centro y 350.000€ en equipamiento).

Consecuentemente, en el expediente no se identifica la existencia de una conducta de deslealtad del Ayuntamiento de Ferrol, derivada de aprovecharse en el mercado de una ventaja

competitiva adquirida mediante la infracción de la normativa. Dado que en la conducta analizada no se encuentra ilicitud alguna, no cabe abordar la segunda cuestión, relativa a si el ayuntamiento se beneficiaría de un modo significativa de la ventaja competitiva derivada de infringir la norma.

**DÉCIMO
CUARTO.-**

La denuncia también se puede relacionar con el artículo 17 LCD. Este artículo, relativo la venta a pérdida, se organiza en dos puntos:

“1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.”

Las consideraciones realizadas en el F.D. DÉCIMO PRIMERO sobre la cobertura de los costes de la provisión del servicio son relevantes también en éste. Dado que no existe ninguna prueba que justifique la afirmación del denunciante respecto de la venta a pérdida en la provisión del servicio, no hay infracción del artículo 17 LCD.

Además, aunque la venta de los servicios físicos se planteara por debajo del coste, no se podría calificar como un ilícito desleal, ya que no se verifica ninguno de los tres requisitos que establece el artículo 17 de la Ley 3/1991. No hay riesgo de error, no se desacredita la imagen de nadie y no hay intencionalidad de eliminar rivales, ya que los objetivos perseguidos por el ayuntamiento son de naturaleza exclusivamente social y sanitaria, no obteniendo el ayuntamiento ninguna ventaja de la desaparición de los gimnasios privados.

Dado todo el anterior, no se requiere evaluar la exigencia expresa del artículo 3 LDC sobre la aptitud de la conducta denunciada para afectar al interés público.

DÉCIMO

QUINTO.-

La referencia del denunciante a la cuantía del canon se podría relacionar con la existencia de una ayuda pública del ayuntamiento a la futura concesionaria del centro deportivo. Sobre este aspecto, se debe indicar que tal como señala el TDC (actualmente CNC), los órganos de defensa de la competencia, en nuestro caso el TGDC,

“carece de atribuciones para considerarlas [las ayudas públicas] en un expediente sancionador ya que sólo puede, según el artículo 19 LDC [artigo 11 da nova Lei de Defesa da competencia] , analizar de oficio o a instancia del Ministerio de Economía y Hacienda, los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia...”.

DÉCIMO

SEXTO.-

Dado que en la historia de la presentación de denuncias por las asociaciones de centros deportivos a la oferta de servicios deportivos y de ejercicio físico por los ayuntamientos, e incluso las diputaciones, tales asociaciones no se limitaron a presentarlas ante los órganos de defensa de la competencia, sino que también acudieron al ámbito jurisdiccional y, en éste, tanto a las instancias contencioso-administrativa como mercantil, puede tener interés completar la argumentación previa con unas breves referencias a lo resuelto en tales instancias.

DÉCIMO

SÉPTIMO.-

La Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón presentó recursos contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala del Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). En la Sentencia 763/2003, de 23 de mayo (correspondiente al Ayuntamiento de Villarreal), así como en la Sentencia nº 1132/2007, de 24 de septiembre (correspondiente al Ayuntamiento de Almazora), esta Sala realiza una detenida respuesta a los diversos argumentos del demandante, para concluir en los dos casos la desestimación del recurso. Ante estas desestimaciones, la Asociación citada interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Sala del Contencioso-Administrativo) que, en Sentencias del 20 de junio de 2006 (correspondiente al Ayuntamiento de Villarreal) y del 29 de junio de 2009 (correspondiente al Ayuntamiento de Almazora), declaró no haber lugar a tales recursos.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana señala en las dos Sentencias citadas que la primera cuestión a resolver, dada la amplitud de los argumentos expuestos, es la relativa al ámbito del juicio, particularmente en lo relativo a la

denuncia de competencia desleal. Dice:

“A este efecto, la primera cuestión a tener en cuenta es que los problemas relativos a la competencia desleal son propios del ámbito del orden jurisdiccional civil. En este sentido se expresa el art. 249 LECiv, y también el art. 22 de la Ley 3/91. Además, el art. 1 de la Ley 29/98 establece la competencia del orden judicial contencioso-administrativo cuando se trate de actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo; de forma que el elemento subjetivo es insuficiente para determinar la competencia de este orden jurisdiccional.

Bien es verdad que el art. 4.1 de la Ley 29/98 extiende la competencia del orden judicial contencioso administrativo a las cuestiones prejudiciales que se puedan plantear, lo que en casos como el presente nos permitiría analizar la cuestión relativa a la posible incursión de la conducta municipal en competencia desleal. Ello, en la medida en que el acuerdo impugnado se recurre asimismo con base en otros motivos consistentes en posibles lesiones de normas jurídico administrativas.”

Y posteriormente señala:

“En el caso de que el asunto no se hubiera llevado ante los órganos judiciales civiles, no habría habido inconveniente en que nos pronunciáramos, prejudicialmente, sobre la posible competencia desleal. Pero el tema litigioso se halla sub iudice ante el orden judicial civil, donde se ha dictado ya una sentencia estimatoria que está, hasta donde tiene noticia la Sala, pendiente de apelación. La existencia de un proceso civil pendiente, en que ya se ha dictado sentencia en primera instancia, nos impide que nos pronunciemos sobre ese motivo impugnatorio, en la medida en que nuestro pronunciamiento habría tenido, en todo caso, carácter prejudicial, con la extensión y efectos marcados por el art. 4.2 LJCA.

Aun cuando la existencia de una sentencia civil estimatoria podría haber producido la conveniencia de plantear a las partes la posible satisfacción extraprocesal de la pretensión de la actora, en este caso esta posibilidad debe descartarse, porque la recurrente plantea asimismo otros motivos impugnatorios que, aunque no individualizan la pretensión procesal, sí hacen conveniente un pronunciamiento en esta sede; a lo que debe añadirse que la demanda plantea asimismo la pretensión de reconocimiento de una solicitud de responsabilidad patrimonial, además de la de anulación del acto recurrido.”

**DÉCIMO
OCTAVO.-**

Dados los argumentos anteriores, resulta relevante considerar las Sentencias relativas a las denuncias de competencia desleal de los ayuntamientos derivadas del orden jurisdiccional mercantil.

A este ámbito se refiere el denunciante cuando recuerda la Sentencia del Juzgado nº 3 de Villarreal, fechada el 10 de mayo de 2003, que estima las pretensiones de la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón, al entender que existe competencia desleal en la actuación del ayuntamiento de Villarreal, por incurrir en venta a pérdida.

La Sentencia 763/2003, de 23 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que comenta la Sentencia del Juzgado nº 3 de Villarreal, dice:

“La sentencia entiende que, si bien no es por supuesto constitutivo de competencia desleal el mero hecho de que el Ayuntamiento realice este tipo de actividades en competencia con el sector privado, sí lo es que tales servicios se oferten con carácter general a precios sensiblemente inferiores a los de mercado, teniendo en cuenta que los gimnasios privados deben recibir un mínimo de beneficios que compense su esfuerzo. De otro modo, finalmente se llegaría de hecho a un monopolio público. Todo ello, sin perjuicio, se añade, de que el Ayuntamiento pueda subvencionar a los usuarios económicamente desfavorecidos, a fin de promover el acceso al deporte a quienes tengan menor capacidad económica. Aporta en este momento la parte actora una sentencia similar, de 30-4-03, dictada por el Juzgado de primera instancia número tres de los de Orense, asimismo resultado de un procedimiento civil por competencia desleal instado por una asociación de gimnasios privados contra la Diputación de Orense.”

La Sentencia del Juzgado nº 3 de Villarreal fue recurrida por el Ayuntamiento de Villarreal ante la Audiencia Provincial de Castellón. Esta última Sala, en Sentencia núm. 136/2004, del 15 de mayo, señala que:

“El punto de arranque del análisis ha de ser la constatación de una venta a pérdida, [...]Ahora bien, a esta constatación de una venta a pérdida ha de seguir la comprobación de que se inserta en una estrategia predatoria, esto es, que posee carácter sistemático y continuado, a la vez de comprobar que la venta a pérdida carece de toda justificación competitiva objetiva,...”

Y continúa:

“Pues bien, la Sala no puede extraer de las alegaciones vertidas por las partes ni del conjunto del acervo probatorio la existencia de esa «estrategia predatoria», esa estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado en la actuación desplegada por el Ayuntamiento de Villarreal al ofertar-prestar a los ciudadanos los productos de «aeróbic» y/o «fitness» a precios inferiores

a los de mercado, por lo que, siendo libre la fijación de precios, no podemos reputar desleal esta conducta de la Administración aunque pueda catalogarse como de «venta a pérdidas»”.

Y concluye revocando la resolución del Juzgado nº 3 de Villarreal, desestimando la demanda formulada por la representación procesal de la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón y absolviendo al Ayuntamiento de Villarreal.

Un caso semejante aconteció con la denuncia de la Federación Gallega de Empresarios de Gimnasios y Entidades de Ejercicio Físico contra la Diputación Provincial de Ourense. La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Ourense, que fallaba que los servicios ofrecidos por la Diputación incurrieran en competencia desleal, fue revocada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) en Sentencia del 10 de mayo de 2004, desestimando la demanda realizada por la citada Federación.

Y, de nuevo en Galicia, se puede citar la Sentencia del 28 de junio de 2006, del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Santiago de Compostela, relativa a la denuncia de la ya citada Federación Gallega de Empresarios de Gimnasios y Entidades de Ejercicio Físico, de competencia desleal del Ayuntamiento de Santiago de Compostela y la entidad Gestión de Actividades y Espectáculos, S.L. por la oferta de servicios deportivos de fitness y cardiovascular, aeróbic y otros. La Sentencia falló a favor del ayuntamiento, considerando que su oferta de servicios deportivos no constituía un acto de competencia desleal. El recurso de apelación de la denunciante ante la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª) fue desestimado en la Sentencia núm. 478/2008, del 22 de diciembre de 2008.

Vistos los preceptos legales aplicables y los de general aplicación, el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

RESOLVIÓ

Único.- Declarar no acreditada la existencia de prácticas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en el expediente iniciado por el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia por presuntas prácticas de competencia desleal, que tuvo su origen en la denuncia efectuada por XXXX, en nombre y representación de la Asociación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, y notifíquese al interesado y al Ayuntamiento de Ferrol, haciendo constar que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses contados desde su notificación.