

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 xaneiro de 2010.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (Tribunal ou TGDC en adiante), coa composición indicada máis arriba e sendo relator D. José Antonio Varela González, presidente, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA 26/2009. GIMNASIO DE FERROLTERRA, orixinado pola denuncia presentada por XXX, en nome e representación da *Asociación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra*, contra o Concello de Ferrol, por presuntas prácticas contrarias á Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC). A citada denuncia foi realizada ante o Servizo Galego de Defensa da Competencia (Servizo ou SGDC en adiante) o 1 de xullo de 2009.

ANTECEDENTES

1.- A conduta denunciada consiste na previsión do Concello de Ferrol de subscribir un contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación dun centro deportivo e de lecer no subsolo da Praza de España. Para o denunciante, esta conduta constitúe un acto de competencia desleal, xa que algunhas das actividades de lecer que se pretenden ofertar ao público en xeral e a prezos “sensiblemente inferiores en relación cos prezos do mercado”, son na actualidade ofrecidas polos operadores privados (ximnasios) localizados nese concello, o que “desestabilizará” a normal actividade das empresas existentes, ás que potencialmente podería causar un prexuízo grave.

2.- Ante a denuncia, o Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC) iniciou o procedemento de asignación de casos ante a Comisión Nacional da Competencia. Esta manifestoulle ao SGDC, o 20 de xullo de 2009, a súa conformidade coa opinión relativa a que o coñecemento do caso correspondía ás autoridades galegas de defensa da competencia.

3.- O día 27 de xullo de 2009 o Servizo solicitou do Concello de Ferrol, e

reiterou o 29 de setembro, a seguinte información:

- “1. Normativa aplicable que fundamenta a realización desta actividade por parte do concello e, de se-lo caso, razóns de interese público que o xustifican.
2. Previsión dos colectivos de cidadáns de Ferrol que poderán beneficiarse do uso das instalacións deportivas e de ocio que se van construír.
3. Previsión sobre o equilibrio financeiro da concesión administrativa pendente de adxudicar, con indicación dos prezos que se cobrarían ós usuarios por parte da concesionaria.”

4.- O 9 de outubro de 2009 tivo entrada no SGDC a documentación remitida polo Concello de Ferrol relativa ao expediente administrativo completo referido ao procedemento de contratación de concesión de obra pública para a redacción do proxecto, construción e explotación dun centro deportivo na Praza de España.

5.- Con data 30 de outubro de 2009 (con entrada no TGDC o día 4 de novembro de 2009), o SGDC elevou ao Pleno do TGDC, en aplicación do disposto no artigo 49.3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, a seguinte proposta de resolución:

“acorda-la non incoación do procedemento derivado da presunta realización das condutas prohibidas polo artigo 3 da lei, co arquivo das actuacións, no expediente iniciado trala denuncia presentada por XXXX, en nome e representación de *Gimnasios y Actividades Físicas* de Ferrolterra, contra o Concello de Ferrol.”

6.- O Pleno do TGDC deliberou e pronunciouse sobre o presente expediente na súa reunión de 17 de decembro de 2009.

7.- Son interesados:

- XXX, en nome e representación da Asociación de *Gimnasios y Actividades Físicas* de Ferrolterra.
- O Concello de Ferrol.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- Este Tribunal considera que o presente asunto debe examinarse de acordo coa Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, por terse iniciado con posterioridade a súa entrada en vigor, tal e como prevé a Disposición Transitoria primeira da Lei 15/2007 que sinala que só os procedementos sancionadores incoados antes da entrada en vigor desa lei, que se produciu o

pasado 1 de setembro de 2007, se tramitarán e resolverán de acordo coas disposicións vixentes no seu inicio.

SEGUNDO.- O asunto de fondo que debe decidir este Tribunal é se acepta ou non a proposta do SGDC, efectuada no seu escrito de 30 de outubro de 2009, no que este organismo propón ao TGDC non incoar procedemento derivado da presunta realización de condutas prohibidas polo artigo 3 da LDC, no expediente iniciado pola denuncia de XXXX, en nome e representación de la *Asociación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra*, contra o Concello de Ferrol.

TERCEIRO.- Na denuncia recóllese que a apertura futura do centro deportivo afectaría á competencia e suporía unha vantaxe para a empresa adjudicataria, dado o prezo do solo resultante das condicións da concesión. Tamén fai referencia a certas insuficiencias do estudo de viabilidade dende o punto de vista administrativo.

No seu escrito, o denunciante afirma que os servizos físicos do futuro centro deportivo afectarán á competencia porque se ofertaran “a prezos sensiblemente inferiores aos de mercado (xa que son gratuítos)”. O denunciante cualifica a conduta (futura) como desleal porque os beneficiarios das actividades do novo centro deportivo e de lecer non se dirixen a ningún colectivo desfavorecido, senón que os beneficiados serán todos os habitantes do concello e mesmo dos concellos limítrofes, xa que non se restrinxen o acceso.

CUARTO.- Antes de entrar na análise do caso dende a perspectiva da competencia, cómpre deixar claro que o TGDC só ten competencia para aplicar a LDC, non outros corpos normativos. Por iso, este Tribunal non é competente para resolver sobre cuestións administrativas relativas á hipotética vulneración do Plan Xeral de Ordenación Municipal ou dos principios establecidos na Lei de Contratos do Sector Público.

A avaliación do Tribunal limitarase, polo tanto, á consideración de se a conduta denunciada supón unha infracción do artigo 3 da Lei 15/2007, de defensa da competencia. A tal fin, o TGDC considera relevante ter en conta as reflexións contidas nas diversas resolucións realizadas no pasado polo *Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)*, na actualidade *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 a similitude de moitos dos argumentos. Ademais, posto que varias das resolucións anteditas foron recorridas ante a Audiencia Nacional, tamén as consideracións deste órgano xurisdiccional resultan relevantes.

Nos anteditos expedientes, o TDC realizou unha análise detida sobre aspectos como: a cobertura legal das condutas municipais denunciadas; a crenza normativa sobre a intervención das Administracións Públicas nos mercados cando existe iniciativa privada; o sometemento da conduta municipal denunciada á Lei de Defensa da Competencia; así como sobre a potencial deslealdade do comportamento dos concellos e a súa afectación ao interese público.

QUINTO.- En primeiro lugar cómpre indicar que o centro deportivo e de lecer corresponde a un contrato de concesión de obra pública a través da iniciativa privada. Segundo o artigo 112 da Lei 30/2007, de Contratos do Sector Público, tal contrato require como actuación preparatoria a realización dun estudo de viabilidade; este estudo foi realizado pola empresa SIDECU. O anteproxecto de centro deportivo na Praza de España de Ferrol foi aprobado definitivamente no Concello Pleno do día 28 de maio de 2009. Os pregos que regulan a contratación e a apertura do período para presentación de ofertas foron aprobados o 22 de setembro de 2009.

Como indica o SGDC, a denuncia refírese a actos futuros, xa que o centro deportivo e de lecer aínda non comezou a súa actividade, polo que non se pode dicir, estritamente, que na actualidade estea a provocar un prexuízo aos ximnacios privados de Ferrol.

Non obstante, dada a decisión firme do Concello de que ese centro se constrúa e explote pola empresa que resulte adxudicataria do contrato de concesión, pódese examinar o efecto previsible da antedita conduta sobre a competencia, aínda que tales consecuencias estarán condicionadas a que o funcionamento do centro realmente ocorra.

SEXTO.- A denuncia fai unha reflexión sobre se os concellos deberían, ou

non, realizar ofertas de servizos que poidan entrar en competencia con servizos existentes prestados polas empresas privadas. O denunciante parece asumir a crenza normativa de que a oferta de servizos, neste caso físicos, polas Administracións Públicas só está xustificada cando a iniciativa privada non satisfaga a demanda de forma adecuada, xa que doutro xeito prodúcese unha situación de competencia desleal.

En contraste coa opinión anterior, dende o lado das Administracións Públicas expónse que non hai razóns para asumir a concepción de que a oferta pública é subsidiaria da privada. Para o Concello de Ferrol, a oferta pública estará xustificada sempre que a normativa así o recoñeza e contribúa ao interese público.

Esta cuestión require unha análise coidadosa xa que parece existir unha tendencia a que as Administracións Públicas amplíen o seu ámbito de actuación, o que podería levar a denuncias e conflitos crecentes en relación coa existencia dunha competencia “xusta” entre os oferentes privados e públicos de servizos.

En relación a estas dúas visións da actuación das Administracións Públicas, o TDC (R 608/04 Embarcaciones Lanzarote) sinalou a dificultade de establecer un equilibrio, en termos do interese público, salientando a conveniencia de que a intervención pública no mercado cumpra canto está legalmente disposto sobre a súa motivación (oportunidade e conveniencia).

Por outra parte, o TDC fai referencia a que, en tales casos, as administracións públicas municipais, dende a liberdade de exercicio das súas propias prerrogativas, contén coa iniciativa privada para dotar de maior alcance e de maior eficiencia aos múltiples obxectivos da súa actuación (R 653/04 Deportes Álava), optando, se fose o caso, por dar entrada ao sector privado á xestión das actividades a desenvolver. Isto é o que fai o Concello de Ferrol, mediante a convocatoria do oportuno concurso.

SÉTIMO.- Aínda que o Tribunal comprende a preocupación do denunciante e mais da asociación que representa, dados os seus lexítimos intereses por facer rendible os seus centros de servizos deportivos, debe sinalar que a proposta do Concello de Ferrol é lexítima, derivada do interese de proporcionar servizos públicos con potencial para mellorar a saúde dos cidadáns.

Neste sentido, a Sentenza nº 763/2003 do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana ao recurso contencioso-administrativo interposto pola Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón contra un acordo do Concello de Villarreal, di 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.”

No mesmo sentido pronúnciase a Audiencia Nacional na Sentenza do 29 de novembro de 2007, ao recurso da Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón, cando sinala que non existe un contido esencial constitucionalmente garantido en cada actividade económica.

OITAVO.- A antedita STS de 10-10-89 tamén indica que a iniciativa pública no ámbito económico debe estar orientada, como toda actuación das Administracións Públicas (art. 103.1 CE) á consecución de intereses xerais. Isto pódese relacionar co feito de que, dende unha perspectiva normativa, a actuación do Concello de Ferrol

sitúase no marco das funcións que lle atribúe o artigo 80.2.n) da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia. Tamén a Lei 7/1985, de Bases de Réxime Local, no seu art. 25.2m), faculta xenericamente aos concellos para organizar, directa ou indirectamente, actividades deportivas.

Para a Audiencia Nacional, na Sentenza xa 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.- Agora ben, aínda que a Memoria do proxecto relaciona o centro deportivo proxectado coas vantaxes da actividade física, en base ao concepto “deporte-saúde”, do escrito do denunciante parece deducirse que non considera tales actividades como deportivas, debendo ser cualificadas simplemente como actividades físicas. A idea subxacente é que se non son actividades deportivas, non hai interese público.

En termos específicos, a cuestión pode enunciarse do seguinte modo: ¿resulta razoable considerar os cursos de *aeróbic e musculación* a desenvolver insertos na xenérica capacidade municipal de organizar actividades deportivas?

Neste punto, o TDC na súa 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.”

O TDC tamén sinala, na Resolución de 4 de novembro 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.- Outra cuestión que recolle a denuncia é a aplicación da LDC á

actuación do Concello de Ferrol.

Como sinala a Audiencia Nacional (Sentenza de 11 de novembro de 2003, ditada no recurso nº 839/2000), a LDC resulta aplicable non só aos empresarios privados, senón tamén a todos aqueles axentes económicos, calquera que sexa a súa forma xurídica, que medien ou incidan na mediación no mercado; é dicir, cando actúan como operadores económicos. Consecuentemente, todos os operadores, privados e públicos, deben respectala nas súas actuacións no mercado.

Polo tanto, o sector público estará afectado pola normativa de competencia cando realice actividades económicas industriais ou comerciais, ofrecendo bens e servizos no mercado; polo contrario, non estará sometido a ela cando exerza potestades administrativas, no exercicio do seu *ius imperii*.

No caso denunciado, o Concello de Ferrol está sometido á normativa de competencia xa que, mediante concesión administrativa, vai ofrecer servizos deportivos e de lecer no mercado, rivalizando a súa oferta coa das empresas privadas dese sector.

DÉCIMO

PRIMEIRO.- A denuncia sinala que a conduta do concello constitúe un acto de competencia desleal. A aplicación do artigo 3 da LDC require, en primeiro lugar, a existencia dun ilícito desleal, é dicir, dunha infracción tipificada na Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (LCD). En segundo lugar, requírese que a conduta distorsione as condicións de competencia no mercado de xeito tal que afecte ao interese público.

DÉCIMO

SEGUNDO.- O denunciante cualifica a conduta (futura) como desleal porque: (1) os beneficiarios das actividades do novo centro deportivo e de lecer non son os membros dun colectivo desfavorecido, senón que os beneficiados serán todos os habitantes do concello e mesmo dos concellos limítrofes, xa que non se restrinxe o acceso aos mesmos e (2) os servizos físicos se ofertaran “a prezos sensiblemente inferiores ós de mercado (xa que son gratuítos)”.

O primeiro punto non ten relación con ningún artigo da Lei 3/1991, por tanto non se pode relacionar coas condutas de competencia desleal. A oferta dos servizos físico-deportivos polo concello corresponde á proposta de deporte para todos, proposta que resulta coherente coa propia natureza da actuación das

Administracións Locais.

Para cualificar como desleal a conduta recollida no segundo punto –prezos sensiblemente inferiores- pódese recorrer ao art. 15 LCD, que reputa como desleal o aproveitarse no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante infracción das leis; ou ao art. 17 LCD, que reputa desleal certas modalidades de venta a perda.

DÉCIMO

TERCEIRO.- O artigo 15 LDC, sobre infracción de normas, ten dous 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, unha conduta que viole unha norma que teña por obxecto a regulación da actividade concurrencial debería ser cualificada como desleal, mentres que se a norma infrinxida non ten por obxecto regular a actividade competitiva, para cualificar a conduta como desleal será preciso que a infractora se beneficie da vantaxe competitiva resultante e que a vantaxe obtida sexa significativa.

A denuncia leva implícita a idea de que o Concello de Ferrol vulnera o artigo 45.1 da Lei Reguladora das Facendas Locais, de 28 de decembro de 1988 -que indica que os prezos deberán cubrir os custos do servizo prestado-, posto que nela se recolle que o servizo será gratuíto. A gratuidade dos servizos ofertados implica que os ingresos endexamais permitirán cubrir os custos de funcionamento, mantemento e amortización das instalacións.

Dado que a Lei Reguladora de Facendas Locais non ten como obxectivo a regulación da actividade concurrencial, resulta relevante na nosa análise considerar o punto 1 do art. 15, do cal derivan dúas cuestións:

1. A conduta do concello ¿é realmente ilícita?
2. No caso de ser ilícita, ¿beneficiase o concello dun modo significativo da vantaxe competitiva que obtén ao infrinxir a norma?

En relación ao primeiro punto, os datos recollidos no proxecto non avalan o manifestado polo denunciante sobre a gratuidade dos servizos proporcionados polo centro deportivo. De acordo coa documentación achegada polo concello, na partida de previsión dos ingresos de explotación, o prezo do abono mensual para os usuarios será de 34,47 € (IVE incluído). Ademais dos ingresos derivados das cotas de abono, o concesionario percibirá outros ingresos: cotas de inscrición, cursos, entradas, vendas de material deportivo e alugueiros de espazos.

Os prezos públicos propostos por SIDECU –entidade que elaborou o estudo de viabilidade- para os servizos deportivos e físicos, xunto cos outros ingresos previstos, permitirán cubrir os custos, proporcionando beneficios netos a partir do quinto ano. A partir do ano 11º o proxecto tería cubertas todas as perdas dos primeiros anos. Polo tanto, dos datos non se pode concluír que os prezos públicos establecidos non cubran os custos do servizo prestado.

Ademais, de xeito explícito, o concello indica que non considera dotar ningunha partida para subvencionar os servizos do concesionario. Noutras palabras, o concesionario terá que afrontar o 100% do investimento (3.550.000€ no centro e 350.000€ en equipamento).

Consecuentemente, no expediente non se identifica a existencia dunha conduta de deslealdade do Concello de Ferrol, derivada de aproveitarse no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción da normativa. Dado que na conduta analizada non se atopa ilicitude algunha, non cabe abordar a segunda cuestión, relativa a se o concello se beneficiaría dun modo significativo da vantaxe competitiva derivada de infrinxir a norma.

**DÉCIMO
CUARTO.-**

A denuncia tamén se pode relacionar co artigo 17 LCD. Este artigo, relativo a venda a perda, organízase en dous 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.”

As consideración realizadas no F.D. DÉCIMO PRIMEIRO sobre a cobertura dos custos da provisión do servizo son relevantes tamén neste. Dado que non existe ningunha proba que xustifique a afirmación do denunciante respecto da venda a perda na provisión do servizo, non hai infracción do artigo 17 LCD.

Ademais, aínda que a venda dos servizos físicos fora por baixo do custo, non se podería cualificar coma un ilícito desleal, xa que non se verifica ningún dos tres requisitos que establece o artigo 17 da Lei 3/1991. Non hai risco de erro, non se desacredita a imaxe de ninguén e non hai intencionalidade de eliminar rivais, xa que os obxectivos perseguidos polo concello son de natureza exclusivamente social e sanitaria, non obtendo o concello ningunha vantaxe da desaparición dos ximnasiaos privados.

Dado todo o anterior, non cómpre avaliar a esixencia expresa do artigo 3 LDC sobre a aptitude da conduta denunciada para afectar ao interese público.

DÉCIMO QUINTO.-

A referencia do denunciante á contía do canon se podería relacionar coa existencia dunha axuda pública do concello á futura concesionaria do centro deportivo. Sobre este aspecto, débese indicar que tal como sinala o TDC (actualmente CNC), os órganos de defensa da competencia, no noso caso o 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 Defensa 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 na historia da presentación de denuncias polas asociacións de centros deportivos á oferta de servizos deportivos e de exercicio físico polos concellos, e mesmo as deputacións, senón que tamén acudiron ao ámbito xurisdiccional e, neste, tanto ás instancias contencioso-administrativa como mercantil, pode ter

interese completar a argumentación previa cunhas breves referencias ao resolto en tales instancias.

**DÉCIMO
SÉTIMO.-**

A *Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón* presentou recurso contencioso-administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Na Sentenza 763/2003, de 23 de maio (correspondente ao Concello de Villarreal), así como na Sentenza nº 1132/2007, de 24 de setembro (correspondente ao Concello de Almazora), esa Sala realiza unha detida resposta aos diversos argumentos do demandante, para concluír en ámbolos dous casos a desestimación do recurso. Ante estas desestimacións, a Asociación citada interpuxo recurso de casación ante o Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo) que, en Sentenzas do 20 de xuño de 2006 (correspondente ao Concello de Villarreal) e do 29 de xuño de 2009 (correspondente ao Concello de Almazora), declarou non haber lugar a tales recursos.

Nas dúas Sentenzas, o Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana sinala como primeira cuestión a resolver, dada a amplitude dos argumentos expostos, a relativa ao ámbito do xuízo, particularmente no relativo á denuncia de competencia desleal. Así, di:

“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.”

E posteriormente sinala:

“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 OITAVO.-

Dados os argumentos anteriores, resulta relevante considerar as Sentenzas relativas ás denuncias de competencia desleal dos concellos polo fomento do deporte realizadas no orde xurisdiccional mercantil.

A este ámbito refírese o denunciante cando lembra a Setenza do Xulgado nº 3 de Villarreal, datada o 10 de maio de 2003, que estima as pretensións da Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón, entendendo que existe competencia desleal na actuación do concello de Villareal, por incurrir en venda a perda.

A Sentenza 763/2003, de 23 de maio, do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana, que comenta a Sentenza do Xulgado nº 3 de Villarreal, di:

“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.”

A Setenza do Xulgado nº 3 de Villarreal foi recorrida polo Concello de Villarreal ante a Audiencia Provincial de Castellón. Esta última Sala, en Sentenza núm. 136/2004, do 15 de maio, sinala 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,...”

E 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»”.

E conclúe revocando a resolución do Xulgado nº 3 de Villarreal, desestimando a demanda formulada pola representación procesal da Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón e absolvendo ao Concello de Villarreal.

Un caso semellante aconteceu coa denuncia da *Federación Gallega de Empresarios de Gimnasios y Entidades de Ejercicio Físico* contra a Deputación Provincial de Ourense. A Sentenza do Xulgado de 1ª Instancia núm. 3 de Ourense, que fallaba que os servizos ofrecidos pola Deputación incorrían en competencia desleal, foi revocada pola Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) en Setenza do 10 de maio de 2004, desestimando a demanda realizada pola citada Federación.

E, de novo en Galicia, pódese citar a Sentenza do 28 de xuño de 2006, do Xulgado de 1ª Instancia nº 3 de Santiago de Compostela sobre a denuncia da xa citada *Federación Gallega de Empresarios de Gimnasios y Entidades de Ejercicio Físico*, de competencia desleal do Concello de Santiago de Compostela e a

entidade Xestión de Actividades e Espectáculos, S.L. pola oferta de servizos deportivos de fitness e cardiovascular, aeróbic e outros. A Sentenza fallou a favor do concello, considerando que a súa oferta de servizos deportivos non constituía un acto de competencia desleal. O recursos de apelación da denunciante ante a Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª) foi desestimado na Sentenza núm. 478/2008, do 22 de decembro de 2008.

Vistos os preceptos legais aplicables e os de xeral aplicación, o Tribunal Galego de Defensa da Competencia

RESOLVEU

Único.- Declarar non acreditada a existencia de prácticas contrarias á Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia, no expediente iniciado polo Servizo Galego de Defensa da Competencia por presuntas prácticas de competencia desleal, que tivo a súa orixe na denuncia efectuada por XXXX, en nome e representación da *Asociación de Gimnasios y Actividades Físicas de Ferrolterra*.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese ao interesado e ao Concello de Ferrol, facendo constar de que contra ela non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso Contencioso Administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados dende a súa notificación.