

Id Cendoj: 28079230062007100611
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 180 / 2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Archivo de expediente sancionador por conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional y bajo el número 180/06, se tramita a instancia de ASOCIACION PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS

PRIVADOS DE CASTELLON representada por el Procurador Sr. Juanas Blanco contra resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 10 de marzo de 2006, sobre archivo de expediente sancionador por

conductas prohibidas por la *Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* ; y en el que la Administración demandada ha

estado representada y

defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandado el Ayuntamiento de Burriana, siendo

la cuantía del mismo

indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. El día 27 de abril de 2006 se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia por ASOCIACION PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS PRIVADOS DE CASTELLON contra la resolución de 10 de Marzo de 2006 del T.D.C.

La Sala dictó providencia de admisión a trámite, con reclamación del expediente administrativo y publicación de los anuncios previstos por la ley.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la actora presentó mediante escrito de 19 de junio de 2006 escrito de demanda, en el cual, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que dejó expuestos solicitó se dicte sentencia estimatoria del recurso revocando y anulando la resolución impugnada. Y en su lugar:

"1.- Como pronunciamiento de plena jurisdicción y en relación con la oferta de gimnasias dirigidas por monitor con acompañamiento de música y con la oferta de acondicionamiento físico en sala fitness a través de aparatos de musculación, tonificación y máquinas de trabajo cardiovascular, se declare:

1.1.- Que el Ayuntamiento de Burriana ha incurrido en abuso de posición de dominio.

1.2.- Que el Ayuntamiento de Burriana ha incurrido en competencia desleal (por comportamiento objetivamente contrario a la buena fe, por imitación, por oferta por debajo del precio de mercado con pérdidas para el patrimonio municipal y/o por vulneración de normas, que le han supuesto una ventaja competitiva o son de carácter concurrencial), con distorsión del mercado y afectación al interés público.

1.3.- Que el Ayuntamiento de Burriana no ha adoptado las medidas apropiadas que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones de respeto al principio de economía de mercado abierto y de libre competencia.

1.4.- Que el Ayuntamiento de Burriana ha incurrido en falta de liberalización por ir más allá de lo necesario en su misión de fomento del deporte y/o de intervenir en el mercado de forma desproporcionada.

1.5.- Que el Ayuntamiento de Burriana ha facilitado ayudas públicas, cuando no existe fallo de mercado.

2.- Se ampare, proteja y reconozca la situación jurídica individualizada en que se encuentra el gimnasio privado en cuyo interés mi representada litiga, y a dicho fin y como otro pronunciamiento de plena jurisdicción se ordene al Ayuntamiento de Burriana a que cese en su oferta de aparatos fitness o, al menos que la preste en condiciones de igualdad para con las empresas privadas, sin perjuicio de la dispensa o protección a realizar a favor de quienes la precisan (discapacitados, tercera edad, personas con insuficiencia de medios económicos o con problemática social, etc.)

3.- Subsidiariamente al anterior punto "2", se reabra el procedimiento y se orden al TDC para que inste al SDC a que incoe procedimiento sancionador, formule pliego de cargos contra el Ayuntamiento de Burriana por la comisión de las prácticas a que se acaba de hacer referencia, mandando que, tras los trámites oportunos, se eleven las actuaciones al TDC para que se resuelva el procedimiento, de forma y manera que decrete el cese de las prestaciones denunciadas que se persiguen o, al menos, obligue al Ayuntamiento a que haga todo lo necesario para que se oferten en igualdad de condiciones para con las empresas privadas locales concurrentes, sin perjuicio de la dispensa a favor de los sectores más desprotegidos a que se ha hecho referencia.

4.- Se condene a la Administración General del Estado y al Ayuntamiento de Burriana a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos."

TERCERO-. De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó se desestime el presente recurso contencioso administrativo declarando la resolución administrativa impugnada conforme a Derecho.

La representación procesal de la codemandada igualmente se opuso a la misma, y solicitó su desestimación con base en los fundamentos de hecho y de derecho que dejó expuestos.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 27 de noviembre de 2007 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO-. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de abril de 2006 en el expediente r 625/04 (2319/01 del

Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) hoy actora, contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 2 de julio de 2004, de archivo de la denuncia contra el Ayuntamiento de Burriana por presunta infracción de los *artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC)*, al ofertar cursos de aeróbic y acondicionamiento físico en sala fitness en instalaciones públicas a precios predatorios, con deslealtad y abuso de posición dominante.

El TDC resolvió literalmente:

"Único.- Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) contra el Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, de 2 de julio de 2004, que confirmamos en todas sus partes."

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes, tal y como aparecen descritos en el acto administrativo impugnado y no han sido contradichos por la prueba practicada en los autos:

El día 18 de septiembre de 2001 se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por el representante de la Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón (APRODEPORT) contra el Ayuntamiento de Burriana. La denunciante imputaba a éste la práctica de conductas contrarias a la libre competencia, mediante la oferta de clases de aeróbic y "acondicionamiento físico en sala fitness" a precios predatorios, utilizando instalaciones públicas y ofreciendo descuentos sobre las tasas previstas, sin pago de impuestos, con perjuicio para los gimnasios privados de la localidad.

Recibida la denuncia y la documentación acompañada, el Servicio de Defensa de la Competencia, tras la práctica de las diligencias que estimó oportunas, dictó el 2 de julio de 2004 un Acuerdo de archivo de la denuncia por estimar que el Ayuntamiento denunciado había actuado en el ámbito de sus competencias administrativas, no estando su actuación sujeta a examen bajo el prisma de la Ley de Defensa de la Competencia. Añadía que, en todo caso, el Ayuntamiento denunciado no se encuentra en posición de dominio en el mercado de los gimnasios de Burriana, ya que cuenta con 77 alumnos frente a los 639 de los centros privados, que a su vez facturaron 169.741 € en 2002 frente a los 3.487 € que facturó el Ayuntamiento. Finalmente, concluye que no se dan en los hechos denunciados ninguno de los presupuestos exigidos por el *artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia* para la infracción de competencia desleal.

TERCERO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: la resolución impugnada infringe el *artículo 38* de la Constitución sobre libertad de empresa en una economía de mercado que los poderes públicos garantizan, y los *arts. 3.1.g), 4, 92 y 98* del Tratado de Ámsterdam.

Considera la recurrente que en el caso de las gimnasias dirigidas y el "fitness" solo cabe reputar a la iniciativa pública como subsidiaria y "extremadamente respetuosa con el quehacer empresarial". A su juicio debe partirse de la base, para valorar la denuncia de la actora, que existe oferta privada en el municipio litigioso, y en consecuencia, la iniciativa pública tiene que "sujetarse y respetar ciertos límites".

Finalmente, reitera la existencia de posición de dominio del Ayuntamiento denunciado, y la existencia de competencia desleal de este a través de la concesionaria.

El Abogado del Estado, al igual que la codemanda, oponen que lo que prevalece en la actuación municipal es la actividad de servicio público, según dispone el *Art. 43.3* de la Constitución en relación con el *Art. 53.3 de la Carta Magna* y el *Art. 25 de la ley de Bases de Régimen Local*. Alega que no se ha acreditado ni la existencia de la posición de dominio, ni el abuso de la misma, como tampoco la supuesta deslealtad

CUARTO.- La cuestión litigiosa fue tratada por esta Sala y Sección en la sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2006, en el recurso contencioso-administrativo 183/2005 interpuesto igualmente por la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS PRIVADOS DE CASTELLÓN.

En dicha sentencia se trataron algunas de las cuestiones ahora planteadas por la recurrente, principalmente la relativa al sometimiento del Ayuntamiento denunciado a las normas de defensa de la competencia:

"La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la actuación pública y privada de la Administración justifica el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúa con sometimiento a Derecho Privado; si bien, actuando en ejercicio de las funciones que le viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los *preceptos de la Ley 16/1989* .

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, es determinar qué competencias actúa en la entidad local denunciada, esto es, debe establecerse si la conducta objeto de autos se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada."

La conclusión alcanzada entonces por la Sala, y plenamente de aplicación al supuesto enjuiciado, coincidía con la apreciación del Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) este ha señalado en la resolución impugnada que "el Ayuntamiento denunciado había actuado en cumplimiento de sus facultades administrativas, que su oferta deportiva no se había llevado a cabo con venta a pérdida de los servicios prestados, puesto que se han ajustado a costes en cumplimiento de la normativa reguladora de las Haciendas Locales, que su finalidad no puede considerarse que sea la de eliminar a hipotéticos competidores del mercado, ya que los objetivos perseguidos son de naturaleza exclusivamente social y educativa, y que, finalmente, el interés general en la actividad denunciada se encuentra en el fomento de la salud y el deporte, todo lo cual conduce al Servicio a acordar el sobreseimiento que ahora se impugna".

b) esta Sala coincidió con tal apreciación al recordar que "la actividad que nos ocupa se refiere a la promoción del deporte, habiendo sido aplicada la *Ley 4/1993 de la Generalidad Valenciana que en su artículo 22* establece:

"Artículo veintidós . Competencias municipales

Son competencias municipales en materia deportiva:

a) El fomento de la actividad físico- deportiva, mediante la elaboración y ejecución de planes de promoción del deporte para todos, dirigidos a los diferentes sectores de su población.

b) La organización de su estructura local administrativa en materia deportiva.

c) El desarrollo de sus competencias deportivas mediante la aprobación de ordenanzas municipales.

d) La promoción del asociacionismo deportivo local.

e) La construcción, mejora y equipamiento de instalaciones deportivas municipales y mancomunadas.

f) La gestión de sus instalaciones deportivas.

g) La organización de campeonatos de ámbito local y de eventos deportivos de carácter extraordinario.

- h) La organización de acontecimientos deportivos de carácter extraordinario, pudiendo solicitar la colaboración de las federaciones deportivas correspondientes.
- i) La organización de conferencias, seminarios o similares en su población con finalidad divulgativa.
- j) Las demás competencias atribuidas por la presente Ley, por sus normas de desarrollo o por las demás disposiciones legales vigentes"

Y así, en caso de discrepancia sobre la actuación en este ámbito de la Administración, el régimen del control de legalidad de la misma viene determinado por los correspondientes recursos en vía administrativa y judicial frente al propio acto, pero no se somete al control de un órgano regulador como es el TDC, pues la actuación administrativa se desarrolla en ejercicio de potestades públicas atribuidas legalmente. Por otra parte, cualquier perjuicio que derive de tal actuación administrativa, habrá de hacerse valer, en su caso, por vía de responsabilidad patrimonial de las Administraciones."

QUINTO-. Aún suponiendo el sometimiento del Ayuntamiento demandado en este supuesto concreto a la *ley 16/1989*, es preciso recordar que el artículo 38 de la Constitución reconoce "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" y obliga a los poderes públicos a proteger su ejercicio "de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación".

La doctrina constitucional formulada por el Tribunal Constitucional ha aclarado que no cabe hablar de un contenido esencial constitucionalmente garantizado en cada actividad económica, sino que la libertad de empresa ha de entenderse como el derecho a:

"iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los artículos 35.1 o 38 . No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (artículos 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los artículos 35.1 y 38 de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley." (STC 83/1984, de 24 de julio).

En este ámbito la evaluación constitucional se ha de llevar a cabo, según la doctrina, comprobando en primer lugar si la medida restringe efectivamente la libertad de empresa, en segundo lugar si la medida impuesta persigue un fin legítimo para realizar a continuación el juicio de proporcionalidad, es decir, valorando si la medida impuesta es proporcional al fin perseguido. 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.

Finalmente, esta Sala comparte la apreciación de la autoridad de Defensa de la Competencia en cuanto considera que:

1º el artículo 43.3 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de fomento de la educación física y el deporte;

2º la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local en su art. 25 define como "servicios que debe prestar todo municipio con población superior a 20.000 habitantes, los de instalaciones deportivas de uso público";

3º la citada Ley 4/1993 de la Generalidad Valenciana atribuye al Ayuntamiento la promoción y gestión del "deporte para todos".

SEXTO-. En relación con la alegada existencia de competencia desleal del Ayuntamiento, del tenor literal del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia resulta que no cualquier competencia desleal es constitutiva de una infracción sancionable por el T.D.C.: resulta que como requisito inicial para la incoación de expediente sancionador por esta conducta concreta debe previamente comprobarse que existen datos que muestran la posibilidad de que el denunciado haya cometido actos constitutivos de una

infracción de la Ley de Competencia Desleal; y en el supuesto enjuiciado no se han acreditado tales datos indiciarios, en ausencia de los cuales, no procede la pretendida continuación de un expediente sancionador.

A ello se suma el hecho de que para que la infracción de la *Ley de Competencia Desleal* sea además *constitutiva de una infracción del Art. 7 LDC* deben concurrir otros dos requisitos, normativos (falseamiento sensible de la libre competencia y afectación del interés público) que de manera conjunta -pues la afectación de dicho interés se produce precisamente "por falsear" la libre competencia- configuran el tipo del *artículo 7 de la Ley 16/1989*, y que no se aprecian indiciariamente.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

SEPTIMO-. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional*, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION PROVINCIAL DE CENTROS DEPORTIVOS PRIVADOS DE CASTELLON contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada el 4 de abril de 2006, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso- Administrativo Doy fe.