

Roj: SAN 5364/2001
Id Cendoj: 28079230062001100109
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 972/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de septiembre de dos mil uno.

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 972/98, se tramita, a instancia de la ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS FORESTALES (ASEMFO), representada por la Procuradora Dña. Paloma Thomas de Carranza y Méndez de Vigo, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998 (R 267/97), sobre sobreseimiento de expediente, en el que ha sido parte codemandada la EMPRESA DE TRANSFORMACION AGRARIA, S. A. (TRAGSA), representada por la Procuradora Dña. Magdalena Cornejo Barranco, y la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo indeterminada la cuantía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 1 de junio de 1998, y la Sala, por providencia de fecha 3 de junio de 1998, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente contestó a la demanda la parte codemandada, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 26 de septiembre de 2001.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de marzo de 1998 (R 267/97), que desestimó el recurso interpuesto por la Asociación hoy demandante y por la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPMA), que no es parte en el presente recurso, contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 16 de octubre de 1997, por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de la denuncia formulada por la recurrente contra la Empresa de Transformación Agraria S.A. (Tragsa).

SEGUNDO.- La parte actora alega la incongruencia de la resolución del TDC que no decidió sobre las cuestiones planteadas por los recurrentes, en concreto, no resolvió sobre: a) la aplicación del artículo 6.3 de la LDC, b) ni sobre la elevación de una propuesta razonada a los Gobiernos Nacional y Autonómicos con vistas a suprimir la situación de restricción de la competencia derivada del marco legal existente y c) ni sobre la situación de ventaja y alteración de la competencia de TRAGSATEC, empresa filial de TRAGSA, que obtiene proyectos directamente de TRAGSA sin acudir a concursos públicos, por lo que considera la recurrente que la resolución impugnada incurre en vicio de ilegalidad y de anulabilidad, y el carácter revisor de esta jurisdicción permite a la Sala resolver las cuestiones solicitadas expresamente por los recurrentes.

El Abogado del Estado opone las excepciones de falta de legitimación activa de la recurrente y de inadmisibilidad de la pretensión de condena "al Gobierno de la Nación". En cuanto al fondo, considera que TRAGSA actúa como medio propio de la Administración, al amparo del artículo 153 de la ley 13/1995, y artículo 88 de la ley 66/1997, sin que su existencia y actividad impliquen conculcación alguna de los principios inherentes a la contratación pública y libertad de comercio, lo que no quiere decir que no pueda incurrir TRAGSA en algún tipo de práctica restrictiva de la competencia, cuando la misma exceda de los preceptos citados, pero será necesario que se produzcan estos supuestos concretos e hipotéticos para que se pueda presentar la oportuna denuncia ante el TDC. Además, considera el Abogado del Estado que se plantean unas cuestiones nuevas en el presente recurso, referidas a la actividad desarrollada por TRAGSATEC y a la actividad desarrollada por TRAGSA en el sector privado.

La parte codemandada expone que no existe incongruencia en la resolución impugnada porque la aplicación del artículo 6.3 LDC está tratada en el Fundamento de Derecho 3, la referencia a TRAGSATEC es una cuestión nueva, no suscitada en la denuncia y en la instrucción y que la pretensión de que se elevara una propuesta a los Gobiernos central y autonómicos no constituye uno de los pronunciamientos posibles de la resolución del TDC.

TERCERO.- Debemos tratar en primer término las excepciones alegadas por el Abogado del Estado.

Respecto de la falta de legitimación activa de la Asociación recurrente, hoy es generalmente admitido que están legitimados ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa quienes ostenten un interés legítimo, concepto este más amplio que el de interés directo a que se refería el artículo 28.1 de la LJCA de 1956, aplicable al presente recurso. Por interés legítimo debe entenderse aquel que, de prosperar el recurso, produciría algún beneficio de cualquier tipo (incluidos desde luego los económicos y jurídicos) a favor del accionante, lo que sin duda ocurre en el presente caso, en el que la Asociación recurrente asume la representación y defensa de los intereses comunes empresariales de sus asociados (artículo 2 de sus Estatutos).

Conviene además aludir a una corriente jurisprudencial que considera que, reconocida en la vía administrativa la legitimación de la recurrente, no es posible negarla en vía contencioso administrativa. El Tribunal de Defensa de la Competencia no ha opuesto reparos a la actuación de ASEMFO en el expediente tramitado, de forma que no cabe oponerlos ahora para impedir la impugnación de una Resolución dictada en dicho expediente.

Por último, en esta materia rige el principio "pro actione", ya que el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos está integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que obliga a los Jueces y Magistrados a la utilización de criterios interpretativos favorables a dicho acceso en el control de los requisitos formales que condicionan la válida interposición de los recursos (STC 3/1987, de 21 de enero).

Mantiene también el Abogado del Estado la inadmisibilidad de la pretensión del recurrente de condena "al Gobierno de la Nación" y a los "Gobiernos Autonómicos" a formular una propuesta de supresión

del régimen legal de TRAGSA. Aunque es cierto que una pretensión de esta clase excedería de la competencia de esta Sala e, incluso de los límites de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es menos cierto que la demanda no incorpora la pretensión que indica el Abogado del Estado, como resulta de su "súplico", donde no se solicita ninguna condena, sino una declaración de elevación al Gobierno de la Nación de una propuesta de supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del Estatuto de funcionamiento de TRAGSA, solicitud esta que en su momento fue defendida ante el TDC, y no atendida por este, por lo que deberá examinarse con las demás cuestiones de fondo del presente recurso.

CUARTO.- Entiende la parte recurrente que la resolución impugnada es incongruente porque el Tribunal de Defensa de la Competencia no decide sobre tres cuestiones que fueron planteadas en el recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de sobreseimiento del expediente.

El principio de congruencia está recogido en los artículos 89 y 113 de la LRJPA (ley 30/1992, de 26 de noviembre) que establecen que "...la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo..." y "...el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados...la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial..."

La congruencia exige que las resoluciones administrativas guarden la debida correspondencia con las pretensiones ejercitadas por las partes. Es decir, debe existir un paralelismo entre la decisión que se adopte y las cuestiones planteadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Considera el recurrente que el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución impugnada ha dejado sin decidir tres cuestiones planteadas, que son: a) la aplicación del artículo 6.3 de la LDC a la situación de restricción de la competencia y posición de dominio en el mercado de TRAGSA derivada de la normativa legal existente, b) la elevación de una propuesta razonada a los Gobiernos Nacional y Autonómicos con vistas a suprimir la situación de restricción de la competencia derivada del marco legal existente, y c) la situación de ventaja y alteración de la competencia de TRAGSATEC, empresa filial, que obtiene proyectos directamente de TRAGSA, sin acudir a concursos públicos.

CUARTO.- Debemos tener presente la doctrina que ha establecido el Tribunal Constitucional sobre la cuestión ahora tratada, la de ausencia de pronunciamiento expreso sobre las cuestiones planteadas, bien entendido que aunque tal doctrina se establece en relación con las sentencias judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, se considera de aplicación al caso la distinción que efectúa el Tribunal entre alegaciones y pretensiones.

Las STC 130/2000, de 16 de mayo y 271/2000, de 13 de noviembre, diferencian entre las alegaciones formuladas por las partes en apoyo de sus pretensiones y las pretensiones en si mismas consideradas, con la consecuencia de que para las primeras el derecho a la tutela judicial efectiva no exige de modo necesario una explícita y pormenorizada contestación judicial a todas y cada una de ellas, siendo suficiente una respuesta genérica o global al problema planteado. En cambio, en lo que concierne a las pretensiones la exigencia de respuesta expresa resulta obligada, y sólo excepcionalmente, cuando así pueda deducirse del conjunto de la resolución, es posible admitir la existencia de la desestimación tácita de las mismas.

El recurso que la Asociación demandante interpuso con fecha 30 de octubre de 1997, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contra la resolución del sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, contiene la pretensión de que "...dicte Resolución en la que aplique el artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia a la actuación de TRAGSA y las Administraciones Públicas que le encargan obras y trabajos distorsionando el mercado y la libre competencia, condene la actuación de TRAGSA acudiendo además a concursos públicos en concurrencia en estos casos con las empresas privadas, condene la situación de ventaja evidente de la filial TRAGSATEC que obtiene proyectos sin acudir a concursos recibiendo directamente de TRAGSA, así como eleve una propuesta razonada al Gobierno Central y Gobiernos autonómicos de supresión de la situación de restricción de la competencia existente derivada del marco legal existente."

No debe olvidarse, sin embargo, que estamos ante un escrito de recurso contra un Acuerdo de sobreseimiento de un expediente iniciado por denuncia de ASEMFO, de fecha 23 de febrero de 1996, que contenía la pretensión de que se incoara el correspondiente expediente y se dictara resolución por el TDC declarando "...la existencia de prácticas prohibidas y abuso de posición dominante por parte de la sociedad estatal TRAGSA, con vulneración del artículo 6 de la LDC y de la normativa comunitaria en la materia...",

pretensión que prácticamente en los mismos términos reproduce la Asociación denunciante en su escrito de 24 de julio de 1997, tras conocer el resultado del expediente tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia, al pedir al TDC que declare "...la existencia de prácticas prohibidas y la existencia de abuso de posición dominante en la actuación de las Administraciones Públicas y de la sociedad estatal TRAGSA en el encargo directo de obras a ésta en el ámbito agrícola, forestal y de conservación de la naturaleza sin procedimiento alguno de adjudicación, con vulneración de los artículos 1 y 6 de la Ley y normativa comunitaria sobre la materia..."

QUINTO.- En realidad, el recurso ante el TDC no incorpora siquiera una alegación o argumentación relativa al artículo 6.3 LDC, sino que únicamente aparece en su Fundamento Jurídico Séptimo una transcripción textual del artículo 6º LDC, en la que se incluyen sus tres números, y se reitera su cita en Fundamento Jurídico Undécimo sin desarrollo alguno. No puede por tanto achacarse ahora a la resolución recurrida que haya guardado silencio no ya sobre una pretensión, sino ni siquiera sobre una alegación de la parte mínimamente desarrollada en su recurso.

El artículo 6.3 LDC establece que la prohibición de practicas abusivas de posición de dominio se aplicará aún en los casos en que tal posición de dominio haya sido establecida por disposición legal. Entra en juego tal precepto, entonces, en los casos en que, primero, exista una empresa que disfrute de una posición de dominio en un determinado mercado y, segundo, cuando además tal empresa haya abusado de esa posición mediante alguna de las prácticas que prohíbe el artículo 6.1 LDC y describe el artículo 6.2 LDC.

En el presente caso no tiene ninguna virtualidad el citado apartado 3 del artículo 6 LDC porque, ni está acreditado que TRAGSA goce de una posición de dominio en un determinado mercado, ni además, supuesta esa posición de dominio, tampoco se ha comprobado alguna concreta practica abusiva. Si no hay práctica abusiva de la posición de dominio es claro que no tiene ningún sentido la aplicación del artículo 6.3 LDC.

SEXTO.- Apoya también el recurrente la incongruencia de la resolución recurrida en el silencio del TDC sobre la elevación de una propuesta razonada a los Gobiernos Nacional y Autonómicos con vistas a suprimir la - en su opinión- situación de restricción de la competencia derivada del marco legal existente.

La emisión de una propuesta motivada al Gobierno en relación con la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia que se deriven de las normas legales está prevista en el artículo 2.2 de la LDC. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que tal precepto se refiere a las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC que resulten de la aplicación de una ley, de forma que, como en el caso anterior, será necesario primero que se acredite la existencia de un acuerdo, decisión, recomendación o práctica de las prohibidas por el artículo 1 LDC que produzca el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia , además que tal práctica este autorizada por una ley y, finalmente, cumplidas las anteriores condiciones, que el Tribunal considere oportuna la formulación de la indicada propuesta.

En este caso falta ya el primero de los requisitos, que se realizado una conducta de las prohibidas por el artículo 1 LDC. Al faltar tal presupuesto, no cabe que el TDC elabore una propuesta sobre la supresión de situaciones de restricción de la competencia.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de resaltar que la propuesta a que se refieren los demandantes no es una de las declaraciones que necesariamente han integrar las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el artículo 46.1 LDC.

La parte actora reproduce en la vía de lo contencioso administrativo su pretensión y solicita a esta Sala que "declare la elevación al Gobierno de la Nación...de una propuesta de supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del Estatuto de funcionamiento de TRAGSA", pretensión que debe ser rechazada porque la remisión de propuestas al Gobierno sobre modificaciones legislativas o reglamentarias excede de los pronunciamientos que han de contener las sentencias dictadas en esta jurisdicción, de acuerdo con los artículos 68 a 71 LJCA.

SEPTIMO.- Entiende la demandante que existe incongruencia en la resolución impugnada porque se desatiende su pretensión de que se declare que TRAGSATEC incurre en vulneración de la competencia al recibir directamente de TRAGSA proyectos de las Administraciones Públicas.

Es de tener en consideración en primer lugar, como destaca la parte codemandada en sus

conclusiones, que TRAGSATEC no fue emplazada, ni compareció a lo largo de la tramitación del expediente, ni ha tenido representación ni defensa, por lo que la pretensión de "...condena de la situación de ventaja..." provocaría la indefensión de dicha empresa. Hay que añadir que esta falta de llamada de TRAGSATEC al expediente fue debida a que a lo largo de la tramitación no aparecieron datos que exigieran su personación, ni está fue solicitada por la Asociación demandante, ni en su escrito de denuncia, ni posteriormente durante la instrucción del expediente.

En el período de prueba ha quedado acreditado que la Sociedad Tecnologías y Servicios Agrarios (TRAGSATEC) se constituye al personificarse la antigua División de Ingeniería de TRAGSA. TRAGSATEC es una sociedad unipersonal cuyo único accionista es TRAGSA, siendo su régimen jurídico idéntico al de la empresa matriz, por lo que las consideraciones que en la Resolución impugnada se efectuaron sobre TRAGSA son aplicables a la filial.

Por las anteriores razones la Sala estima que no existe incongruencia en la Resolución impugnada.

OCTAVO.- El régimen jurídico de la Sociedad de Transformación Agraria se perfila en el artículo 88 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, que establece que TRAGSA es una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6º, 1 a) de la Ley General Presupuestaria, que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medioambiente. Es un medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, que esta obligada a realizar, por si misma o por sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes.

En realidad esa condición de medio propio de la Administración es una característica de TRAGSA desde su constitución. Sin extendernos en un análisis de la evolución normativa, si conviene destacar que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 (texto aprobado por D. 118/1873, de 12 de enero) prevé expresamente la creación de una empresa de transformación agraria, como instrumento de la acción del Estado en relación con la reforma y desarrollo agrario. La constitución de TRAGSA, mediante la personificación del Parque de Maquinaria del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, se autoriza por el RD 379/1977, de 21 de marzo, que en su Exposición de Motivos explica que se persigue realizar "...a través de una empresa investida de personalidad jurídica en el campo del derecho privado los trabajos actualmente encomendados al Parque de Maquinaria del Instituto, trabajos que no pueden confiarse a empresas particulares por la especialización que requieren, por su dispersión en el espacio y en el tiempo, por la necesidad de cumplir programas de trabajos que no admiten demoras, o porque son obras de escasa o nula rentabilidad en los casos en que el Gobierno, con motivo de huracanes o calamidades similares, ordena al Instituto actuaciones de urgencia en socorro de los damnificados..."

TRAGSA se configura desde su constitución como un medio propio de la Administración Pública para la realización de determinadas obras. Así resulta del R.D. antes citado y del RD 1773/1977, de 11 de julio, que indican que TRAGSA realizará las obras de nivelación, movimientos de tierras, drenajes, desmontes, roturaciones así como aquellos tipos de obras que el Parque de Maquinaria venía realizando y que dichas obras se realizarán a título obligatorio, por orden del Instituto, y se considerarán como ejecutadas por éste con sus propios medios e incluidas en el artículo 60.1 de la derogada Ley de Contratos del Estado.

Por lo tanto, desde su constitución y hoy por disposición expresa con rango de ley, TRAGSA es un medio propio y servicio técnico de la Administración, que está obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, es decir, TRAGSA es Administración Pública, que carece de autonomía para aceptar o rechazar trabajos encomendados por la Administración.

No sólo TRAGSA carece de autonomía para decidir los trabajos que acepta y los que rechaza, estando obligada a realizar los encargados por la Administración, sino que tampoco dispone de autonomía en la determinación de los precios de las obras realizadas, que se fijan por un sistema de tarifas que elabora y modifica una Comisión integrada por las Administraciones Públicas afectadas (artículo 4 del RD 371/1999).

En suma, TRAGSA no es un operador económico que goce de independencia ni en la aceptación de las demandas de trabajo provenientes de las Administraciones Públicas ni en la formación de los precios.

Las obras que realiza TRAGSA son, a todos los efectos, obras que realiza la propia Administración, supuesto este previsto en el artículo 153 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Dispone el citado precepto que la ejecución de obras por la

Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma cuando "la Administración tenga montadas fábricas...o servicios técnicos...suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución."

En definitiva, el régimen jurídico con rango de ley de TRAGSA que se ha expuesto hace inviable la tesis del recurrente, según la cual TRAGSA, amparándose en la LCAP, vulnera los principios de publicidad y concurrencia en la contratación. No se trata de un problema de relaciones contractuales, sino de una cuestión de organización, pues ya se ha visto que TRAGSA se configura legalmente como un medio propio y servicio de la Administración. O como indica el artículo 3.6 del RD 371/1999, las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas, en su condición de medio propio y servicio técnico, tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

Por las anteriores razones procede la desestimación del recurso, confirmándose de esta forma el criterio mantenido con anterioridad por esta misma Sala sobre esta cuestión. En efecto, la Sala se ha pronunciado en su sentencia de 29 de septiembre de 2000 (Recurso 1161/1998) sobre las mismas cuestiones que ahora se plantean, al resolver un recurso contra la Resolución del TDC de 30 de abril de 1998 (R 266/97) que, como en la presente ocasión, confirmó un Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia que sobreseyó el expediente tramitado contra TRAGSA a consecuencia de otra denuncia.

SEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS FORESTALES (ASEMFO) contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 30 de marzo de 1998, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE Mª DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-