

Roj: SAN 2835/2004
Id Cendoj: 28079230062004100449
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 629/2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de abril de dos mil cuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Asociación Andaluza de Industriales Desgranadores de Piñas, Elaboradores de Piñón y Comerciantes de Piñas, y en su nombre y representación el Procurador

Sr. Dº Luciano Rosch Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el

Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 27

de abril de 2001, siendo Codemandadas EGRASA y la Junta de Andalucía y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Asociación Andaluza de Industriales Desgranadores de Piñas, Elaboradores de Piñón y Comerciantes de Piñas, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Luciano Rosch Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 27 de abril de 2001, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando a tal fin lo que estimó oportuno, e igualmente hizo la codemandada.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día catorce de abril de dos mil cuatro.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 27 de abril de 2001, por la que se confirma el archivo de las actuaciones acordado por el Servicio de Defensa de la Competencia de 6 de julio de 2000, iniciadas frente a la Junta de Andalucía y EGMADSA por prácticas restrictivas de la libre competencia, en virtud de escrito presentado por la hoy actora.

Las referidas prácticas imputadas consisten en el otorgamiento por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía a EGMADSA - Empresa de Gestión Medioambiental de Andalucía S.A. -, licencia para el aprovechamiento y posterior venta de piñas procedentes de los montes públicos.

SEGUNDO: Previamente al análisis de la cuestión planteada conviene recordar:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...".

En cuanto al artículo 6 del mismo Texto Legal , tipifica el abuso de posición de dominio.

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal , establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 ... multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...". En su párrafo segundo el citado precepto establece criterios de graduación de las sanciones atendiendo a la importancia de la infracción.

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Del segundo de los preceptos citados resulta, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido mediante la explotación de la posición de dominio o la realización de la practica anticompetitiva, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto o la explotación de tal posición, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

La reforma operada por Ley 52/1999 no afecta en nada la regulación contenida en los artículos 1 y 6 en lo que aquí interesa respecto a la tipificación de la conducta.

Tampoco afecta la citada reforma al artículo 10 , pues aún cuando se añaden dos números, no se alteran los antes transcritos que son los de aplicación - tampoco se incide en aspectos relevantes a este recurso en la posterior reforma -.

Pues bien, el problema de autos parte del análisis de las competencias ejercidas por el Ayuntamiento a la luz del artículo 2 de la Ley 16/1989 , en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 7/1996 en cuanto incluye en el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia los supuestos de ejercicio de potestades administrativas no amparadas legalmente.

TERCERO: 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 el la Comunidad Autónoma 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.

CUARTO: Con lo dicho hasta ahora, entramos en el examen de la segunda de las cuestiones enunciadas: naturaleza y alcance de las funciones actuadas. Es obvia la incidencia de tal extremo en el conflicto de autos: la afirmación de que el comportamiento de la Comunidad lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el *artículo 2 de la Ley 16/1989* , y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado.

Pues bien, como correctamente se recoge en la Resolución impugnada, el aprovechamiento que nos ocupa se refiere a la piña procedente de los pinos de los montes públicos de titularidad de la Comunidad o de su competencia, habiendo sido aplicada la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, *Ley 2/1992 de 15 de junio Forestal de Andalucía* y *Ley 8/1997 de 23 de diciembre de la Junta de Andalucía* .

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: En cuanto a la aplicación del *artículo 6 de la LDC* , correctamente señala el TDC que ha de partirse de una posición de dominio en el mercado relevante definido, que no concurre en la entidad EGMASA, sin que la recurrente haya acreditado que tal posición de dominio concurre o existan indicios racionales para entenderlo así. Y ello sin perjuicio de que, de existir comportamientos desleales entre operadores económicos, pueda acudir a la vía civil.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Asociación Andaluza de Industriales Desgranadores de Piñas, Elaboradores de Piñón y Comerciantes de Piñas, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Luciano Rosch Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 27 de abril de 2001, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso

de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el *artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985* , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.