

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 193/96. Suelo Municipal Zumaia)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Alonso Soto, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Fernández López, Vocal  
Berenguer Fuster, vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Rubí Navarrete, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 26 de mayo de 1997

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la presente RESOLUCION en el Expediente r 193/96 (1462/96 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Jon Etxabe Jáuregui en nombre y representación de la sociedad HORMAIZE S.L. (HORMAIZE), contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 18 de noviembre de 1996, por el que se archivaron las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia presentada por la recurrente contra la empresa ZUMAIA LANTZEN S.A. (ZUMAIA LANTZEN) y el Ayuntamiento de Zumaia por infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Por escritos de 28 y 30 de octubre de 1996 HORMAIZE presentó denuncia ante el Servicio contra ZUMAIA LANTZEN y el Ayuntamiento de Zumaia.

HORMAIZE es una empresa constituida en 1996 con el objeto de promover y construir pabellones industriales en la subparcela B.1 del ADU-21 de Zumaia.

Según la denuncia, en diciembre de 1995 el Ayuntamiento de Zumaia promovió la reparcelación del proyecto urbanístico ADU-21 por el sistema de cooperación, cediendo la urbanización del citado polígono a Zumaia Lantzen.

Zumaia Lantzen, empresa de titularidad del Ayuntamiento de Zumaia, constituida el 13 de abril de 1992, ha iniciado en la subparcela B4 (parte del suelo de cesión gratuito al ayuntamiento) del proyecto ADU-21 de Zumaia, la construcción de pabellones industriales destinados a la venta en el mercado libre o a efectuar compensaciones o permutas, subcontratando para la realización de las obras a Construcciones Galdiano S.A. y a Caldenor S.L.. Los pabellones, según la denunciante y la información publicada en el "Diario Vasco", se venden con una relación calidad-precio muy ventajosa.

ZUMAIA LANTZEN posee una posición privilegiada respecto de las empresas de construcción privadas y aprovecha las plusvalías generadas por los planes de urbanización, dando lugar a que ningún promotor privado pueda vender sus pabellones hasta que no se cubra totalmente la oferta de la empresa municipal.

El 30 de septiembre de 1996 Zumaia Lantzen, en el ejercicio de las funciones que le encomendó el Ayuntamiento, ha requerido a todos los propietarios el pago de las cargas de urbanización, cuando sólo ella puede operar en el mercado, circunstancia que llevará a la desaparición de las empresas competidoras.

Según la denunciante la constitución de la empresa municipal podría conculcar el principio de especialidad de las empresas públicas dada la amplitud de su objeto social. Su actuación empresarial no responde al requisito de interés público tanto por su objeto social como por existir suficiente iniciativa privada en la promoción de pabellones industriales, como lo acredita el hecho de que otra empresa, Askia Promociones S.L. (Askia), los haya construido y vendido con anterioridad.

Los hechos referidos infringen el artículo 1 LDC, el 6 de la misma norma por explotar abusivamente su posición de dominio en el mercado local y el 7 en relación con el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) por cuanto se han vulnerado las previsiones del artículo 118 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que regula las formas de adjudicación de los contratos de las entidades locales. A su juicio, se infringe también el artículo 38 de la Constitución que garantiza la libertad de empresa.

2. Analizada la denuncia y la documentación aneja que la acompañaba, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el archivo de las actuaciones, atendiendo a las siguientes consideraciones:

- Violación del artículo 38 de la Constitución.

Esta imputación está fuera de las competencias de esta Dirección General.

- Infracción del art. 118 del RDL 781/1986, que establece la subasta como sistema general para la contratación de obras.-

Es también una cuestión que corresponde resolver a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Cabe señalar que la actuación de ZUMAIA LANTZEN consiste en la prestación de un servicio público del ayuntamiento por medio de una empresa pública, de acuerdo con los arts. 25.2.d y 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

La forma de contratación sólo sería relevante en cuanto a la subcontratación de las obras con CONSTRUCCIONES GALDIANO S.A. y CALDENOR S.L., pero esta relación contractual no se cuestiona ni explicita en la denuncia.

- Infracción del principio de especialidad de las empresas públicas, debido al carácter demasiado general de su objeto y a la falta de "interés público" de su actividad, dada la existencia de iniciativa privada.-

Es igualmente una imputación fuera del marco de defensa de la competencia. En este sentido, la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 1ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 1989, distingue una doble dimensión de las empresas públicas:

*"La creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo o indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado".*

Esta Dirección General no puede entrar a considerar el acto administrativo de creación de la empresa pública en relación con el principio de especialidad o con el interés público. Por el contrario, es absolutamente pertinente el análisis de su actuación como operador en el mercado, a la luz de la legislación de defensa de la competencia.

- Infracción del art. 1 de la LDC por la empresa.

No se trata de ningún acuerdo, decisión, recomendación o práctica concertada o conscientemente paralela que afecte a la competencia, puesto que únicamente hay una actuación directa del ayuntamiento por medio de la empresa pública.

- Infracción del art. 6 de la LDC por la empresa con derechos en exclusiva o especiales y por el ayuntamiento.

Para estudiar el posible abuso de posición dominante por parte de la empresa pública o del ayuntamiento, como operador económico y propietario al 100% de la empresa, es preciso determinar previamente si existe posición de dominio. Según indica el art. 6.3 de la LDC, la prohibición del abuso de posición de dominio se aplicará también a los casos en que dicha posición en el mercado haya sido establecida por disposición legal.

Hay dos mercados afectados por la actuación urbanística del ayuntamiento a través de ZUMAIA LANTZEN: por una parte, el mercado de suelo urbanizable del ADU-21; en él, ZUMAIA LANTZEN sólo dispone de una cuota del 15%.

Por otra parte, el mercado de la construcción y venta de pabellones industriales en el ADU-21. De la información proporcionada se deriva que en él operan dos empresas: ASKIA PROMOCIONES S.L., que ha construido pabellones industriales en 2.329m<sup>2</sup> de la subparcela A2, y ZUMAIA LANTZEN, que está construyendo 3.250 m<sup>2</sup> de pabellones (según la denuncia) en la subparcela B4.

Siendo éste el mercado relevante, ZUMAIA LANTZEN dispone de más del 58% de los pabellones industriales en venta. No obstante, existe competencia efectiva (ASKIA PROMOCIONES S.L.) y potencial (los promotores en el resto de subparcelas, incluyendo el denunciante) en el mercado. No hay ninguna barrera legal o natural a la entrada y existe suelo urbanizable disponible. La información disponible no indica que se disponga de posición de dominio en el mercado relevante.

Aunque se llegara a la conclusión de que los denunciados ostentan posición de dominio, sería preciso determinar el abuso de la misma. De acuerdo con el art. 6.2 de la LDC, éste podría consistir en:

- a- *"La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos"*

El llamamiento al pago de la parte proporcional de los costes de urbanización por parte de la empresa pública se fundamenta en el RDL 1/1992, cuyo art. 163 establece que la distribución de los costes de urbanización entre los propietarios se hará en proporción al valor de las fincas adjudicadas en la reparcelación. De la información disponible se deriva que ZUMAIA LANTZEN no ha hecho sino seguir esta norma, sin que aparezca ningún tipo de distinción entre la empresa pública y el resto de operadores.

En virtud del citado artículo del RDL 1/1992, la denunciante podría solicitar un retraso en el pago de las cantidades que adeuda en el procedimiento de cooperación, invocando los problemas económicos que tuviere.

b- *"La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico, en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores".*

Si la realización del pago impidiese que los competidores empezaran a construir, podría haber una barrera a la entrada en el mercado. No hay indicios de que sea éste el caso, ya que la propia denuncia indica que un competidor, ASKIA PROMOCIONES S.L., ha podido llevar a cabo la construcción, promoción y venta de pabellones industriales en el mercado libre, por delante de la empresa pública.

c- *"La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros".*

Si los precios de los pabellones industriales construidos por ZUMAIA LANTZEN en el ADU-21 fuesen inferiores a los de otras promociones de iguales características, se podría estar dando esta aplicación de condiciones desiguales. La denuncia no proporciona ninguna indicación en este sentido y la actividad de la empresa pública en el ADU-21 no es necesariamente equivalente a otras promociones y, especialmente, a la actuación de los operadores privados. Es preciso tener en cuenta que los pabellones se van a destinar prioritariamente a pequeños y medianos empresarios mal ubicados, lo que dota a esta actividad de una característica particular frente a la oferta privada.

- Infracción del art. 7 de la LDC por la empresa o el ayuntamiento. -

Para que se pueda declarar la existencia de tal infracción habría que comenzar por probar la infracción de la Ley 3/1991, y especialmente de los arts. 5, 17 y 15. No obstante, ello no es necesario, dado que no se cumplen el resto de condiciones exigidas para la aplicación del art. 7 de la LDC.

En efecto, en segundo lugar se requiere que se falsee de modo sensible la competencia y ya se ha expuesto anteriormente que éste no es el caso, ya que no existe posición de dominio y hay competencia potencial y efectiva en el mercado. En tercer lugar, es preciso que la actuación presuntamente desleal afecte al interés público, lo que no parece derivarse de la información proporcionada.

Por tanto, tampoco existen indicios de la infracción del art. 7 de la LDC, sin perjuicio de que el denunciante puede acudir a los tribunales ordinarios en defensa de sus intereses si considera que puede demostrar la infracción de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

3. HORMAIZE al amparo del artículo 47 LDC interpuso recurso en plazo contra el Acuerdo de archivo.

El Tribunal, en cumplimiento del artículo 48.1 LDC, solicitó del Servicio la remisión de informe y de las actuaciones seguidas ante el mismo.

Asimismo requirió al recurrente la acreditación de poder bastante por parte de su representada, el cual fue cumplimentado en forma por D. Jon Etxabe Jáuregui.

4. Recibido el Informe del Servicio, se reiteró en el Acuerdo de archivo añadiendo, sintéticamente, lo siguiente:

- La actividad de ZUMAIA LANTZEN consiste en la prestación de servicios públicos por parte del Ayuntamiento por medio de una empresa pública, tal como se desprende de las previsiones contenidas en los artículos 85 y 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

- La cesión de suelo constituye una fuente fundamental de financiación de los ayuntamientos, siendo independiente de la construcción y promoción de pabellones industriales, y no determinando posición de dominio por parte de Zumaia Lantzen.

Además, la actividad de esta empresa no es totalmente asimilable a la de las empresas privadas, tanto por las previsiones de sus estatutos relativos a su actividad en beneficio de Zumaia y sus habitantes, como por el hecho de

que los pabellones se ofrecerán prioritariamente a pequeños y medianos industriales fuera de ordenación.

- Antes y durante la actuación de la empresa pública existía competencia potencial en el mercado sin que pueda apreciarse posición de dominio por el hecho de que otras empresas no hayan actuado.

5. Por Providencia de 15 de enero de 1997 se puso de manifiesto el expediente a los interesados y se les dió plazo para la presentación de alegaciones.

6. Los argumentos presentados por HORMAIZE tanto en el escrito de interposición del recurso como en las alegaciones formuladas son, básicamente, los siguientes:

- La construcción de pabellones industriales no constituye una prestación de servicio público, ni está justificado su interés público.

- Existe una discriminación empresarial por el hecho de haber obtenido el Ayuntamiento gratuitamente los terrenos.

- La oferta de pabellones industriales es de carácter general, dirigiéndose a cualquier empresa sea o no de origen local.

- No existe competencia en el mercado sino un claro abuso de posición de dominio que implica la imposición de precios, la limitación injustificable de la producción y la aplicación de condiciones desiguales que colocan a unos competidores en situación desventajosa frente a Zumaia Lantzen. Esta empresa vende a precios inferiores a los que anteriormente ofertó Askia los pabellones industriales que promocionó.

- ZUMAIA LANTZEN infringe la LDC en relación con el artículo 16.2 de la LCD.

- Alega la existencia de ayudas públicas al exonerar el Ayuntamiento a ZUMAIA LANTZEN de las cargas urbanísticas.

7. D. Jesús Guerrero Laverat en nombre y representación de ZUMAIA LANTZEN y del Ayuntamiento de Zumaia presentó alegaciones argumentando básicamente lo siguiente:

- La iniciativa pública en actividades económicas está reconocida en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril y en el Real Decreto Legislativo 78/1986, de 18 de abril.

- El Ayuntamiento de Zumaia constituyó ZUMAIA LANTZEN con el propósito de facilitar la gestión urbanística y promover suelo de conformidad con las necesidades del municipio y las determinaciones de los planes de ordenación, constituyendo su actividad la prestación de un servicio público.

- ZUMAIA LANTZEN no ostenta posición de dominio ni puede abusar, por tanto, de la misma. Se trata de un mercado regido principalmente por la iniciativa privada, ciñéndose la actuación de la empresa municipal a la parcela B.4, con el objetivo de solventar los problemas de ordenación existentes en relación a las industrias declaradas fuera de ordenación.

8. Son interesados:

- HORMAIZE S.L.
- ZUMAIA LANTZEN
- Ayuntamiento de Zumaia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a las conductas imputadas que no se encuentran en el ámbito de la competencia del TDC.

Así, la constitución de la sociedad municipal ZUMAIA LANTZEN por parte del Ayuntamiento de dicha localidad constituye un acto administrativo (arts. 86 de la Ley 7/1985 y 96 y 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, que atribuye dicha competencia al Pleno de la Corporación) cuya revisión no corresponde al TDC, sino a la jurisdicción contencioso-administrativa, (arts. 52 de la Ley 7/1985 y 37 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa redactado conforme a la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1992), que será la competente para enjuiciar si su objeto social responde o no a las exigencias de interés público.

Del mismo modo, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zumaia encomendando a la empresa municipal el desarrollo y gestión urbanística del proyecto ADU-21, es un acto de una Administración Pública, sujeto al derecho administrativo, cuya impugnación debe ser realizada ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El requerimiento por parte de ZUMAIA LANTZEN de la parte proporcional de los costes de urbanización se encuentra amparada por el artículo 163 del Real Decreto Legislativo 1/1992, careciendo el TDC de competencia para resolver las incidencias que puedan producirse en relación con el mismo.

2. Por la información que obra en el expediente se desprende que en la actividad de ZUMAIA LANTZEN es posible distinguir dos ámbitos diferenciados según tengan o no relación con la gestión de servicios públicos.

En el primero, estarán incluidas las facultades de gestión urbanística que el Ayuntamiento le haya encomendado en relación con el proyecto ADU-21.

En el segundo, las de promoción, construcción y venta de pabellones industriales que, no estando incluidas en el artículo 25.2.d de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, no pueden ser consideradas de gestión de servicios públicos.

En relación con estas últimas el Tribunal ya ha señalado que "el ejercicio de una actividad económica, no constitutiva de servicio público, atribuye a quien la realiza -El Ayuntamiento o la persona creada al efecto- la condición de empresario plenamente sometido, en su actividad dirigida al mercado, a las normas que lo regulan, entre ellas la de defensa de la competencia" (Resolución de 18 de octubre de 1993. Expte. A 58/93. Sabadell).

Corresponde, por tanto, analizar si hay indicios suficientes para apreciar la existencia de prácticas prohibidas por la LDC.

3. El artículo 1 LDC no puede considerarse infringido ya que la conducta ha sido realizada por un único operador económico.
4. En relación con el artículo 6 LDC, el Tribunal coincide en la delimitación de los mercados afectados realizada por el Servicio: El de suelo urbanizable en el proyecto ADU-21 y el de construcción y venta de pabellones industriales.

En el primero, ZUMAIA LANTZEN sólo dispone de una cuota del 15%, circunstancia que impide considerar la existencia de posición de dominio y, consiguientemente, el abuso de la misma.

En el segundo, ZUMAIA LANTZEN dispone de más del 58% de los pabellones industriales en venta. Sin embargo, aunque ostentara una posición de dominio, ésta sería insuficiente para admitir la existencia de práctica prohibida, si no se acredita el abuso de la misma.

En este sentido, los datos que obran en el expediente no permiten apreciar la existencia de alguna de las conductas contempladas en el artículo 6.2.

LDC. En efecto, el apartado a) debe excluirse por cuanto que en el requerimiento de la parte proporcional de los costes de urbanización, además de estar amparado por el artículo 163 del Real Decreto Legislativo 1/1992, no aparecen indicios de que se haya producido un trato no equitativo.

El apartado b) debe también descartarse porque el hecho de que haya existido una promoción de pabellones industriales por parte de Askia, pone de manifiesto que el pago de dichos costes no constituye una barrera de entrada al mercado.

En cuanto al apartado d) tampoco puede admitirse con la información existente en este momento procesal, dado que no resulta acreditada que la diferencia de precio entre los pabellones puestos en venta por ZUMAIA LANTZEN supongan la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Según ZUMAIA LANTZEN los precios de venta (60.000 y 70.000 m<sup>2</sup>) son los normales del mercado, afirmación respecto de la cual no existen datos que permitan contradecirla fundadamente.

No obstante, si los precios de venta de los locales fueran tales que pudieran ser considerados predatorios de modo que persiguieran la finalidad de expulsar a otros competidores del mercado, la conducta de ZUMAIA LANTZEN podría incurrir en prácticas prohibidas por la LDC.

5. Las alegaciones relativas a la infracción del artículo 7 LDC en relación con los artículos 15 y 16.2 LCD deben también ser rechazada. La relativa al artículo 15 LCD porque los artículos 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y 96 y 103 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, permiten a las entidades locales el ejercicio, a través de sociedades mercantiles, de la iniciativa pública de actividades económicas en régimen de libre concurrencia respecto de actividades de utilidad pública prestadas dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes, en cuyo caso resulta excluido el acudir a los sistemas de contratación previstos en la última de las normas citadas. En relación con el segundo, porque el resto de los promotores no son clientes ni proveedores, sino competidores de ZUMAIA LANTZEN en su actividad de promoción de pabellones industriales. Ahora bien, al igual que se señaló en el apartado anterior, si los precios de venta de los pabellones industriales fueran predatorios, formando parte de una estrategia dirigida a eliminar a los competidores del mercado y concurrieran los requisitos del artículo 7 LDC, la conducta de ZUMAIA LANTZEN podría incurrir en conductas prohibidas.
6. En los relativo a las ayudas públicas es doctrina de este Tribunal (Resoluciones de 6 de abril de 1992, del expte. r 107/95 Tablada S. Coop.

andaluza y de 27 de julio de 1995) que el examen de las mismas por parte del TDC debe proceder del cauce procedimental establecido en el artículo 19.1. LDC, que exige la solicitud previa del Ministro de Economía y Hacienda, por lo que debe abstenerse de pronunciamiento alguno al respecto.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

### **RESUELVE**

**Único.** Desestimar el recurso interpuesto por HORMAIZE S.L. y confirmar el Acuerdo de archivo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 18 de noviembre de 1996.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su notificación.