

Roj: SAN 4787/2001
Id Cendoj: 28079230062001100336
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 806/1997
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinte de julio de .

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la

Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 806/97, seguido a instancia de la mercantil "HORMAIZE SL", representada y asistida por el Letrado D. Jon Etxabe Jáuregui, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Han comparecido, en calidad de codemandados, el Ayuntamiento de Zumaia y la mercantil "ZUMAIA LANTZEN SA", con asistencia letrada y representada por el Procurador D.Jesús Guerrero Laverat. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:- En fecha 26-5-1997, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se acuerda confirmar la decisión de archivo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 18-11-1996, frente a la denuncia interpuesta por la recurrente contra la empresa "ZUMAIA LANTZEN SA" y el Ayuntamiento de Zumaia por infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

Para un mejor conocimiento de la petición de la recurrente resulta conveniente el poner de manifiesto los siguientes hechos:

a) HORMAIZE SL es una empresa, constituida el 9-5-1996, con el objeto de promover y construir pabellones en la subparcela B.1 del ADU-21 de Zumaia. Sus accionistas son los propietarios adjudicatarios del solar adjudicado.

b) El Ayuntamiento de Zumaia promovió, en diciembre de 1995, la reparcelación del proyecto urbanístico ADU-21 por el sistema de cooperación, cediendo, sin concurso alguno, la urbanización del citado polígono y la gestión de la reparcelación y de los terrenos obtenidos como plusvalía por el

Ayuntamiento en aplicación del 15% de cesión gratuita del suelo (Subparcelas B-2 y B-4) a ZUMAIA LANTZEN.

c)ZUMAIA LANTZEN SA es una empresa de titularidad municipal constituida el 13-4-1992, que, sin haber participado en concurso alguno, inició en el mes de septiembre de 1996, en la subparcela B-4 (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 SA" y a "Caldenor SL". Las condiciones de venta, según la denunciante y una información de "Diario Vasco", se hacía en forma muy ventajosa.

d)En septiembre de 1995, "ASKIA Promociones SL", propietaria del solar A-2, promovió y construyó 2.329 m2 de pabellones industriales que fueron vendidos en el mercado libre, lo que pone de manifiesto la falta de necesidad de iniciativa pública.

e)ZUMAIA LANTZEN requirió el 30-9-1995, en ejercicio de funciones encomendadas por el Ayuntamiento, a todos los propietarios el pago de las cargas de urbanización, lo que los recurrentes hicieron en 1/3 de su valor (9.603.651 pts), cuando sólo ella puede operar en el mercado.

En opinión de la recurrente, que manifiesta encontrarse en total falta de actividad, esta forma de proceder resulta contraria a la libre competencia, por lo que acudió al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y posteriormente al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), que rechazaron su petición por entender que la empresa en cuestión realizaba un servicio público ofreciendo los pabellones a bajo precio, lo que niega la recurrente por entender que dicha actividad no entra en la esfera de competencias exclusivas de los entes locales, ni del servicio público municipal, siendo falso lo que afirma el ayuntamiento en el sentido de que los pabellones se ofrecen a bajo precio a empresarios medios mal instalados ya que el ADU 21 es el único polígono industrial en funcionamiento ocupado de Zumaia, y en la parcela B-4, por el nº de m2 sólo pueden instalarse pequeñas y medianas empresas.

La actuación de la Administración es calificada por la recurrente como medida de efecto equivalente, con infracción del art. 118 RDL 781/86, pues la recurrente compite sin la ventaja de recibir el suelo de forma gratuita y no puede edificar hasta que la empresa pública venda todas sus parcelas. El Ayuntamiento, al no efectuar ningún concurso público para la adjudicación, infringió el art. 90 TUE al conceder una ayuda pública a la beneficiaria de la adjudicación, teniendo dicha norma efecto directo (Sentencia Pigs Marketing case (82/78) de 29-11-1978), siendo improcedente la exigencia contenida en el art. 19 Ley 16/89 de sólo proceder el examen de ayudas públicas si previamente se han 'pedido al Ministro de Economía y Hacienda.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a)Aplicación del art. 1 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993. Contrato de Obra. Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, que no ha sido correctamente traspuesta en el derecho interno.

La Directiva afecta no sólo a la Administración del Estado, la Local, o de las CCAA, sino también a "Los organismos de derecho público, vinculadas a las mismas", que son aquellos, que, dotados de personalidad jurídica, son creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y cuya actividad pueda ser influida por la Administración.

b)Huida del D^a Administrativo:

El art. 1.3 de la LCAP, traspone aparentemente de forma correcta, la Directiva mencionada, pero permite la ausencia de control de la actuación administrativa mediante la creación de empresas en las que se delega la gestión de servicios públicos y la realización de cualquier actividad económica, pues se desconoce cual es la situación al respecto de las entidades creadas al amparo del art. 6.1.b LGP.

c)Aplicación de la Directiva según el TJCE (Sentencia de 17-11-1992, Comisión contra España, Asunto C-71/92):

De acuerdo con esta sentencia se declaró incompatible con el derecho comunitario, el hoy derogado art. 2.8 de la antigua LCE, que dejó fuera de la normativa de contratación pública importantes sectores de la actividad económica. Si no se incluye en el art. 1.3 de la LCAP los organismos que ofrecen una actividad mercantil en régimen de libre competencia, deberá incluirse cuando no respete esas reglas de libertad.

d) Anexo 1 Directiva citada:

Contiene un listado en el que se citan los organismos a los que se refiere la letra b) del art. 1, y cita a "los organismos autónomos de las Corporaciones Locales", lo que no tiene reflejo en la legislación española.

e) La Directiva excluye de su ámbito de aplicación los contratos inferiores a 681.655.208 pts), mientras que el costo del proyecto de parcelación es de 700.634.818 pts, sin IVA.

En la demanda, además de solicitar la declaración de nulidad del acto impugnado, se pide a la Sala que, de acuerdo con el art. 177 TUE someta a cuestión prejudicial de legalidad e interpretación, las siguientes cuestiones:

1) Si resulta contrario a los artículos 85, 86, 90 y 92 del Tratado CEE, el hecho de la creación por el Ayuntamiento de Zumaia de una empresa pública sometida al derecho privado para que pueda urbanizar y construir pabellones industriales para su venta en el mercado libre, en las parcelas obtenidas gratuitamente por cesión efectuada por los propietarios de los solares en el seno de un procedimiento de ejecución urbanística por el sistema de cooperación, todo ello de acuerdo con los artículos 86 en conexión con los 25.2.d y 85 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, 95,96,97 y 103 RD-Leg. 781/86.

2) Si, a la vista del art. 1.3 LCAP, las sociedades públicas sometidas a derecho privado queda sujeta o no al ámbito de la Directiva 93/37 CEE

3) Si el art. 19 Ley 16/1989 de 17 de julio sobre defensa de la competencia, es conforme a derecho comunitario, y si el art. 90 tiene efecto directo y si en el presente caso, la actuación administrativa de la demandada puede ser calificada como ayuda pública.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

a) Como causa de inadmisión de recurso:

Falta de legitimación de la recurrente (art. 82.b LJCA), ya que, tratándose de un procedimiento sancionador, el denunciante ante el TDC carece de legitimación para impugnar una decisión de archivo de actuaciones ante esta jurisdicción, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar en el orden civil (STS 9-2-93, 19-5-97).

b) Confirmación del acto impugnado: ante la falta de prueba de la recurrente no puede dudarse del ajuste legal de la decisión del TDC.

CUARTO:- D. Jesús guerrero Laverat, por la representación que ostenta, se opuso a la demanda por entender que no existe prueba alguna en la que pueda fundamentarse la acusación dirigida contra su principal. Sus concretas alegaciones fueron:

a) Causa de inadmisibilidad: Reitera la tesis de la Abogacía del Estado (STS 19-5-97 Az 3961)

b) Fondo del asunto:

La actuación de la sociedad a la que representa ha sido impecable, sin que la recurrente recurriera los actos administrativos que la posibilitaron. La cuestión de las ayudas públicas se encuentra resuelta en el punto 6º de la resolución del TDC. La actuación de la empresa ASKIA demuestra que no existe posición de domicilio de la demandada. Se confunde el aprovechamiento patrimonializable correspondiente a la propiedad del suelo con las plusvalías de la Administración (art. 47 CE). No es cierto que la demandada esté exonerada del cumplimiento de las cargas urbanísticas (folio 35 y 36 expediente ad.)

QUINTO:- Practicada la prueba admitida y declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista

el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO.- Señalado el día 21 de marzo de 2001 para la votación y fallo, en la reunión del Tribunal señalada al efecto, se acordó suspender el señalamiento y fijar como nueva fecha del mismo el 11 de julio de 2001, día en el que efectivamente se produjo la deliberación, votación y fallo.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

a) Admisibilidad del recurso, habida cuenta que la recurrente en sede jurisdiccional fue la denunciante en un procedimiento administrativo sancionador que terminó con una decisión de archivo de las actuaciones.

b) Compatibilidad de la legislación española (art. 1.3 LCAP, y 95, 96, 97.1 y 103 del RDL 781/1986 sobre Administración Local, art. 86 de la Ley 7/85, y art. 19 Ley 16/1989 sobre Defensa de la Competencia, y la Directiva 93/37/CEE de 14 de junio, a propósito de la actuación empresarial de una empresa municipal.

c) Procedencia del pago de indemnización

SEGUNDO: Por un orden lógico de exposición debe abordarse en primer lugar la causa de inadmisibilidad alegada tanto por la defensa del Estado como por la codemandada. En este sentido, el examen de la STS de 19-5-1997 Az. 3961 es lo suficientemente ilustrativo para extraer la conclusión de que no procede estimar la causa de inadmisibilidad invocada por las partes. En efecto, la referida Sentencia se pronuncia en los siguientes términos: "La Sala estima que la clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del Consejo General del Poder Judicial, dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un Juez, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción al Juez puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera.....La amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1, a) de nuestra Ley Jurisdiccional (RCL 19561890 y NDL 18435), por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional (STC 143/1987 [RTC 1987143], F. 3.º) el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1 - en el que debe disolverse el concepto más restrictivo del artículo 28.1, a) LJCA-, «equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta» (SSTC 60/1982 [RTC 198260], 62/1983 [RTC 198362], 257/1988 [RTC 1988257] y 97/1991 [RTC 199197], entre otras)"

Así las cosas, debe concluirse que el interés de la recurrente no se agota con la mera satisfacción del restablecimiento de la legalidad, pues, aunque bien es cierto que su petición es confusa y dispersa, de la misma puede deducirse, tanto una concreta petición indemnizatoria, como la del cese de la conducta que, en su opinión, altera la libertad y transparencia del mercado.

TERCERO: En cuanto al fondo del asunto, el examen de sus alegaciones en sede administrativa (escrito de 10-2-1997 ante el TDC), y el de su escrito de demanda pone de manifiesto un desvío en la petición de la recurrente que oscila desde el cese de una práctica prohibida a la petición de indemnización, previo planteamiento de la cuestión de prejudicialidad ante el TJCE.

Por ello, y en aras a dispensar una real tutela judicial efectiva habida cuenta la antigüedad de las actuaciones, responderemos a ambas cuestiones sin entrar en objeciones procesales que podrían plantearse por este modo de actuar. Por lo que a la hipotética infracción del art. 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, debemos hacer nuestras las consideraciones jurídicas expuestas en las resoluciones impugnadas, en el sentido de que no existe ni previo acuerdo, ni posición de dominio por parte de la entidad demandada, y menos aún abuso de ésta, en el supuesto de que se concluyera lo contrario, todo ello desde la premisa de que no existe impedimento para la participación en el mercado de empresas de titularidad pública al margen de las leyes de contratación del Estado, siempre que actúen con fines de interés general y respeten las reglas de la libre competencia. Con claridad se aborda esta cuestión en el FJ 6 de la resolución del TDC que en síntesis destaca que constatada la existencia de dos mercados afectados, el de suelo urbanizable y el de

construcción y venta de pabellones industriales, la demandada sólo dispone de una cuota del 15% en el primero y del 58% en el segundo, sin que exista prueba alguna sobre un supuesto abuso de posición de dominio en este último caso, pues el requerimiento para hacer efectiva la parte proporcional de los costes de urbanización se hizo de acuerdo con el art. 163 del RDLeg 1/ 1992, existe prueba patente de que otras empresas en las mismas circunstancias de la recurrente han realizado sus promociones (ASKIA), y los precios en los que se ofertan a la venta los pabellones son acordes con el mercado libre, recalcando dicha resolución que en caso contrario podría estimarse la tesis de la recurrente, por lo que al no haber tampoco quedado acreditado dicho extremo en este proceso, procede confirmar la resolución impugnada. Mediante un dictamen pericial se ha intentado evidenciar que la actuación de la demandada ha obligado a paralizar la actividad de la recurrente, pero el alcance probatorio de la misma queda enormemente limitado y carente del valor probatorio que se pretende, ante el reconocimiento por el mismo perito de que en su análisis ha partido de datos obrantes en otro informe privado, que dio como ciertos y que no verificó.

A la vista de lo anterior, y dado el carácter legítimo de la actuación de la demandada, no cabe plantearse cuestión alguna sobre el ajuste de la normativa aplicable en este caso y a este supuesto con la Directiva comunitaria invocada, pues su sintonía es plena, razón por la que no cabe plantear la cuestión prejudicial, sin que tampoco pueda entenderse como "ayuda pública" la actuación del Ayuntamiento de Zumaia respecto de la demandada, pues no consta que se le haya exonerado de realizar las obligaciones a las que como las demás entidades está obligada, y tal y como hemos visto el requerimiento que efectuó para la contribución de cargas urbanísticas fue una mera aplicación de la ley vigente. Por este motivo, no procede el planteamiento de la consulta a que se refiere la recurrente (Sentencia TJCE 11-7-1996).

Finalmente, tampoco cabe conceder indemnización alguna en esta sede, pues además de no haberse planteado según los trámites legalmente previsto para ello (art. 139 y ss Ley 30/1992), la base en la que se sustenta la petición es la ilegítima actuación del Ayuntamiento y la demandada, lo que como hemos visto no ha ocurrido. Por todo ello, procede la desestimación de la demanda.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN

La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.