

RESOLUCIÓN (Expte. R 574/03, Constructoras Las Palmas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

Torremocha y García Sáenz, Vocal

Conde Fernández-Oliva, Vocal

Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 8 de junio de 2004.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la presente Resolución en el expediente R 574/03 (2.376/02 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Félix Santiago Melián, en calidad de Presidente y en representación de la Asociación de Empresarios de la Construcción de Las Palmas (Asociación de Empresarios) contra el Acuerdo del Servicio de 8 de mayo de 2003 por el que había sobreseído una denuncia del recurrente contra varios Ayuntamientos de Gran Canaria por conductas presuntamente prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en haber cedido gratuitamente suelo para la construcción de viviendas de protección oficial, en régimen especial para su venta, a la sociedad Viviendas Sociales de Canarias S.A. (VISOCAN), de cuyo capital social es propietario único el Gobierno Autónomo de Canarias.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de julio de 1998 el Tribunal dictó una Resolución en el expediente r 311/98, Ayuntamientos Gran Canaria (1782/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), mediante la que desestimó el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de la Construcción de Las Palmas (Asociación de Empresarios) contra el Acuerdo del Servicio de 1 de abril de 1998 por el que había archivado una denuncia del recurrente contra varios Ayuntamientos de Gran Canaria por conductas

presuntamente prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC, consistentes en haber cedido gratuitamente suelo para la construcción de viviendas de protección oficial, en régimen especial para su venta, a la sociedad Viviendas Sociales de Canarias S.A. (VISOCAN), de cuyo capital social es propietario único el Gobierno Autónomo de Canarias.

El Servicio había acordado el archivo de la denuncia por considerar que de los datos aportados en la denuncia no se desprendían prácticas prohibidas, sino la existencia de *ayudas públicas* que conceden los Ayuntamientos propietarios del suelo, ayudas públicas que no están prohibidas por el ordenamiento interno ni por el comunitario europeo salvo si resultan incompatibles con el Mercado Común en los términos del art. 92 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), correspondiendo la evaluación de esta circunstancia a la Comisión Europea, no a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia. No obstante, el Servicio acordó analizar si procede la aplicación de lo previsto en el art. 19 LDC, por si la actuación de los Ayuntamientos denunciados distorsionase significativamente las condiciones de competencia en el mercado inmobiliario de la zona.

2. El 29 de junio de 2001 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó una Sentencia en la que, visto el recurso contencioso administrativo nº 6/1517/98, interpuesto, en fecha que no especifica la Sentencia, por la Asociación de Empresarios contra la citada Resolución del Tribunal de 20 de julio de 1998, confirmatoria del archivo practicado por el Servicio, falla estimar en parte dicho recurso, revocar la Resolución recurrida, ordenando el desarchivo de las actuaciones y la prosecución de las mismas, con los efectos descritos en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia, que dice así:

“Los argumentos de la demanda sobre el art. 285 del T.R, de la Ley del suelo de 1.992 y el art. 38 del Decreto nº 3.148/1978 de 10 de noviembre, inciden en la cuestión de fondo estrictamente de la nulidad de pleno derecho pretendida por la actora que excede del marco procesal de este litigio. No obstante sitúa a la Sala ante la auténtica dimensión que tiene la práctica denunciada desde el punto de vista de la Ley de Defensa de la Competencia, apuntando indicios razonables de presunta infracción de sus arts: 1, 6 y 7, pero para comprobarlo es preciso previamente acordar el desarchivo del expediente administrativo y La realización de averiguaciones suficientes por el S.D.C. para completarlo, y que conduzca al TDC a una resolución sobre el fondo del asunto en la que deberá analizar si en este caso concurre infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que considera

conducta prohibida, <<la aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a uno de los competidores en situación desventajosa frente a otros>>, por si la cesión a Visocan de forma gratuita de los solares, pudiera colocar a las demás empresas del sector de la construcción en situación desventajosa, respecto a aquella, que no tiene que integrar en los costes de las viviendas el valor del suelo, que sí repercuten en los precios finales de las viviendas que construyan las empresas privadas españolas o comunitarias. Y si la Ley 3/1991 de 10 de Enero de Competencia Desleal, aplicable según su artículo 3 apartado 1º y su artículo 5, dice que <<resulta desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe>>, por si con la cesión de los solares se pretendiera limitar libertad de empresa del sector de la construcción impidiendo a los promotores constructores privados construir viviendas en régimen de protección oficial en las mismas condiciones de igualdad y competitividad que <<Visocan>>. Todo ello en relación con el artículo 90 apartado 1º del Tratado de Roma, constitutivo de la C.E.E. según el cual "los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que se conceden derechos especiales o exclusivos, ninguna mediada contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive. Y según su apartado 2º <<las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, quedarán sometidas a las normas sobre competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ella confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectada en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad>>. Así pues, <<Visocan>> pudiera quedar incluida dentro de estas normas y, conforme al artículo 92 apartado 1º del citado Tratado, deberá valorarse que <<salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones>>.

Teniendo razón la resolución recurrida que corresponde a la Comisión Europea determinar, esta última circunstancia, pues podría impedir, o falsear el juego de la libre competencia del mercado, vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros

contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 T.R.). Y no pueden estas empresas privadas de capital público recibir ayuda ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con la sola salvedad que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado.

Por todo lo expuesto, la Sala debe estimar en parte el presente recurso, acordando la revocación de la resolución recurrida, ordenando el desarchivo de las actuaciones y la prosecución de las mismas hasta que una vez completado el expediente administrativo, el TDC tenga elementos de juicio suficiente para pronunciarse sobre el fondo del asunto y las cuestiones planteadas por la parte recurrente y aceptadas por la sala de esta sentencia. Sin perjuicio de que conforme al dictamen del Ministerio Fiscal de 28 de Abril de 2001, pueda deducirse el oportuno testimonio a los efectos penales no siendo procedente por ahora la suspensión del recurso para plantear cuestión prejudicial penal alguna, según el art. 4 de la LJCA, por no ser determinante del sentido del fallo.”

3. El 16 de noviembre de 2001 la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó un Auto, de cuyo testimonio remitido a la Audiencia Nacional ésta envía copia al Tribunal el 19 de febrero de 2002, mediante el que declara desierto el recurso de casación nº 8/5460/2001 preparado por el Ayuntamiento de la Villa de Agüimes contra la Sentencia de la Audiencia Nacional antes reseñada que, así, devino firme.
4. En consecuencia, el Tribunal, por Resolución para ejecución de Sentencia de 21 de marzo de 2002, dispuso lo siguiente:

“Único.- Ordenar al Servicio de Defensa de la Competencia el desarchivo de las actuaciones y la prosecución de las mismas, incoando el correspondiente expediente que permita al Servicio proporcionar a este Tribunal los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre el fondo del asunto y las cuestiones planteadas por la parte recurrente y aceptadas por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 29 de junio de 2001”.
5. En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en dicha Resolución, con fecha 23 de mayo de 2002, el Servicio incoó expediente con nuevo número (2376/02), incorporando al mismo todas las actuaciones realizadas anteriormente con el número 1.782/98.

6. El 8 de mayo de 2003, vista la Providencia del Instructor de 18 de marzo de 2003 y tras la investigación realizada, el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente R 574/03 que ahora se recurre, con los argumentos que se resumen en el Fundamento Jurídico 3 de esta Resolución.
7. Con fecha 5 de junio de 2003, el Presidente de la Asociación de Empresarios presentó en la Oficina de Correos de Las Palmas recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento mencionado que tuvo entrada en el Tribunal el 11 de junio de 2003 y al que se designó como R 574/03, Constructoras Las Palmas.

El citado recurso se fundamenta, resumidamente, en las siguientes razones:

- 1ª) No se ha cumplido la Sentencia de la Sala Sexta de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de junio de 2001, que ordenaba la realización de averiguaciones suficientes por el Servicio completando el expediente para que el Tribunal pudiera pronunciarse sobre el fondo del asunto.
- 2ª) Tampoco se cumplió lo establecido en el artículo 37 LDC, respecto de la instrucción del expediente, ni siquiera se recogió en un pliego de concreción -como reconoce el Acuerdo recurrido y que ya habían manifestado cuando se dio audiencia respecto de la propuesta de archivo (sic) del expediente- que se notificaría a los presuntos infractores para que pudieran contestarlo en el plazo allí establecido y proponer, en su caso, las pruebas que considerasen pertinentes, a pesar del claro tenor de las consideraciones contenidas en la Sentencia de la Audiencia Nacional a la que se hace referencia.
- 3ª) Resulta improcedente tal Convenio que cae de lleno en la práctica de las conductas prohibidas y denunciadas por esta Asociación, puesto que, si como hechos probados (página 11 del Acuerdo) se recoge como condición necesaria para ser adquirente de una VPO de régimen especial no tener ingresos ponderados que no excedan de 2,5 veces el salario mínimo interprofesional, ¿cómo se encaja que en el convenio suscrito entre VISOCAN y los Ayuntamientos denunciados se dé preferencia a “... aquellos cuyos ingresos estén más cercanos a 2,5 veces el salario mínimo profesional”?
- 4ª) En cuanto a la valoración que hace el Servicio, le parece artificiosa

la separación que hace en cuanto a “operador económico” y los que no lo son; lo mismo que en cuanto a la consideración de la cesión como acto administrativo y la construcción como actividad empresarial, por cuanto, a su juicio, es difícil separar ambas cosas en el presente caso.

Entiende también que no es aplicable el artículo 2.1 LDC, ya que los Ayuntamientos no han actuado en el marco de sus competencias.

Por último, considera que la suscripción del Convenio de 12 de febrero de 1996 entre VISOCAN, la Asociación denunciante y la Federación Provincial de Entidades de la Construcción de Tenerife, es prueba de la mala fe de los Convenios suscritos entre VISOCAN y los distintos Ayuntamientos.

8. El 12 de junio de 2003 el Tribunal requirió del Servicio la remisión del correspondiente informe y expediente, así como que, dado que en el recurso no se acreditaba la representación con la que actuaba el recurrente, se indicase si aquélla constaba en las actuaciones seguidas en el Servicio y si era bastante para recurrir.

9. Mediante escrito, que tuvo entrada en este Tribunal el 20 de junio de 2003, el Servicio comunica que el recurso debía considerarse interpuesto dentro de plazo y que las alegaciones expuestas por la recurrente en su escrito - como la escasa instrucción (art. 37 LDC) y el no haber redactado el pliego de concreción- no desvirtúan las razones que motivaron la decisión recurrida. Además, en el escrito se hicieron algunas precisiones, fundamentalmente en cuanto al argumento del recurso relativo a la no aplicación del art. 2 LDC, entendiéndose que los Ayuntamientos cumplieron la normativa vigente en la cesión de los terrenos a VISOCAN, empresa que presenta unas características particulares (sociedad 100% capital del Gobierno de Canarias, constituida al amparo del artículo 115 de la derogada Ley del Suelo aprobada por Decreto 1.346/76 y que cumple los requisitos del artículo 147 de la Ley 1/92) que la hacen poder ser destinataria de dicho suelo de manera gratuita, sin que ello suponga, como pretende el recurrente, que VISOCAN participe en los acuerdos de cesión adoptados por los Ayuntamientos.

Asimismo, señaló que en el expediente no constaba documento que acreditara a D. Félix Santiago Melián como Presidente de la Asociación de Empresarios.

10. Mediante escrito de 23 de junio de 2003 el Tribunal comunicó a D. Félix Santiago Melián que, dado que no ha acreditado la representación con la que actúa, deberá, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acreditar que ostenta poder bastante para recurrir en nombre de su representada, significándole que, si no subsana dicho defecto en el plazo de 10 días que marca el número 4 del precepto citado, se le tendrá por desistido de su recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.1 de la misma Ley.

Dicho escrito fue recibido en la Asociación de Empresarios el 30 de julio de 2003.

11. El 7 de agosto de 2003 tuvo entrada en el Tribunal escrito de la mencionada Asociación, de fecha 1 de agosto del mismo año, comunicando D^a Déborah Verde Suárez que, en virtud de las elecciones celebradas en el seno de la Asociación, había sido proclamada Presidenta y que se adhería y suscribía el recurso, acompañando la certificación notarial correspondiente.
12. Con fecha 8 de septiembre de 2003 se dictó Providencia por la que se concede plazo a los interesados para formular alegaciones, presentándose por éstos sus respectivos escritos que obran en las actuaciones y que tuvieron entrada en el Tribunal los días 7 de octubre, el de VISOCAN y el del Ayuntamiento de Agüimes y el 26 de noviembre, el de la Asociación de Empresarios, después de que le fuera ampliado el plazo.
13. El Tribunal deliberó y falló el presente expediente en su sesión plenaria celebrada el 2 de junio de 2004.
14. Son interesados:
 - Ayuntamiento de Santa Brígida
 - Ayuntamiento de Telde
 - Ayuntamiento de Agüimes
 - Viviendas Sociales de Canarias S.A. (VISOCAN)
 - Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria
 - Asociación de Empresarios de la Construcción de Las Palmas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión que hay que resolver en el presente recurso es determinar si el Servicio analizó de forma suficiente y acertada en Derecho la denuncia de la Asociación de Empresarios, ahora recurrente, formulada contra varios Ayuntamientos de Gran Canaria por conductas presuntamente prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC. Las conductas denunciadas consistieron en haber cedido gratuitamente suelo para la construcción de viviendas de protección oficial en régimen especial a la sociedad VISOCAN, de cuyo capital social es propietario único el Gobierno Autónomo de Canarias. En el expediente el Servicio decidió el sobreseimiento, sin haber formulado acusación, mediante Acuerdo de 8 de mayo de 2003.

Dado que el art. 37.4 LDC dispone que *“el Servicio podrá sobreseer el expediente, previa audiencia de los interesados”*, resulta evidente la capacidad de su Director de supeditar la continuación del procedimiento a la existencia en las conductas denunciadas de indicios de antijuridicidad. Por lo tanto, no se sostienen las dos primeras alegaciones de la Asociación de Empresarios recurrente consistentes en que el Servicio no cumplió con el procedimiento por no haber continuado con la investigación, sino haber mantenido una escasa instrucción, ni tampoco haber redactado el pliego de concreción.

2. Antes de entrar a considerar los demás argumentos del presente recurso - que se resumen en el Antecedente de Hecho 7- el Tribunal ha analizado de nuevo y cabalmente los antecedentes del caso y, concretamente, la Sentencia de 29 de junio de 2001 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que estimó en parte el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios contra la Resolución de este Tribunal de 20 de julio de 1998 en el expediente r 311/98, Ayuntamientos Gran Canaria, que había desestimado el recurso interpuesto por dicha Asociación contra un primer Acuerdo del Servicio, de fecha 1 de abril de 1998, por el que archivó la denuncia.

En el Antecedente de Hecho 2 de la presente Resolución se transcribe en su totalidad el Fundamento Jurídico Sexto de la citada Sentencia, en el que se consideraba que, al apuntarse indicios razonables de presunta infracción de la LDC, era precisa su comprobación acordando el desarchivo del expediente y la realización de averiguaciones suficientes por parte del Servicio, mediante la prosecución de las actuaciones hasta completarlo, para que este Tribunal pudiera pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En consecuencia, este Tribunal, por Resolución de 21 de marzo de 2002, ordenó al Servicio la ejecución de la mencionada Sentencia, una vez devenida firme, según se recoge en su parte dispositiva que se transcribe en el Antecedente de Hecho 4 de esta Resolución. Al haber dado cumplimiento el Servicio a lo que se le había ordenado, el Tribunal está en condición de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

3. Así, en cumplimiento preciso de lo ordenado, el Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas prohibidas por la LDC, tras lo cual recibió las alegaciones de VISOCAN, que se centraron en la cuestión establecida por la mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional de la cesión gratuita de terrenos por los Ayuntamientos y en las consiguientes actuaciones de VISOCAN y las ayudas recibidas.

Seguidamente, el Servicio realizó las averiguaciones oportunas, solicitando de VISOCAN los datos fundamentales por municipios de los terrenos para la construcción de VPO en régimen especial para su venta, su número, el precio del metro cuadrado edificado y empresas que las construyeron entre 1995 y 1998, así como copia de los Estatutos de aquella. Asimismo, obtuvo de los Ayuntamientos denunciados copia de los expedientes completos y de los acuerdos por lo que cada uno de ellos cedió a VISOCAN los terrenos objeto de la denuncia para el mismo período, las VPO en régimen especial edificadas por cada constructora y su precio, antes y después de la edificación, a quiénes se otorgaron, así como las subvenciones correspondientes, indicando las superficies totales de cada municipio aptas para construir -las de propiedad municipal y las cedidas o adquiridas por VISOCAN y el destino de las restantes, señalando las empresas que las construyeron y la utilidad a que se destinaron-. Todo ello durante seis meses y varias reiteraciones de solicitud de envío en algunos casos.

En este sentido y tras examinar con detalle las actuaciones, el Tribunal considera que el Servicio llevó a cabo un exhaustivo análisis de las circunstancias del caso (constatando que se había respetado el procedimiento en la instrucción) y un detenido estudio del marco jurídico del sector afectado -del cual el Tribunal destacará más adelante las normas que considera que son más relevantes por resultar decisivas para resolver- en relación con lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Nacional por la que se ordena completar la instrucción para averiguar si se han infringido los artículos 1 LDC, por aplicar en las relaciones comerciales o de servicio condiciones desiguales para prestaciones

equivalentes que causen desventaja a un competidor, 6 LDC en cuanto al posible abuso de posición dominadora, y 7 LDC, por infracción del artículo 5 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, al impedir a los promotores privados construir VPO en igualdad de condiciones que VISOCAN. De este modo, tras la fijación de los hechos acreditados y su valoración, el Servicio llegó a las siguientes conclusiones:

- Ha resultado acreditado que los Ayuntamientos cedieron gratuitamente terrenos a VISOCAN para la construcción de VPO en régimen especial para su venta y que ésta pudo ofrecer las viviendas. Esto significa que VISOCAN ha realizado una actividad empresarial actuando como operador económico, a diferencia de lo que ocurre con los Ayuntamientos cuya cesión de los terrenos debe considerarse como un acto administrativo.
- Así, las actuaciones unilaterales de los Ayuntamientos no pueden ser incluidas en la prohibición del art. 1 LDC porque actuaron en el marco de las competencias que tienen asignadas tanto por la Ley 7/1985, de Régimen Local, como por el Real Decreto-Ley 1/1992, del Suelo y Ordenación Urbana, en virtud de las cuales gozan del amparo legal del art. 2.1 LDC que impide la revisión por los órganos de competencia. No se ha cuestionado que dichas decisiones no sean de carácter unilateral, adoptadas con autonomía e independencia de comportamiento, por lo que no ha podido haber acuerdo de voluntades.
- Los Convenios entre los Ayuntamientos y VISOCAN, según se acredita en el expediente, fueron sometidos previamente a la aprobación por Acuerdo del Pleno de los Ayuntamientos, lo que les da la naturaleza de actos administrativos.
- Por su parte, el artículo 6.3 LDC dice que *“se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecido por disposición legal”*; por tanto, será de aplicación el artículo 6.3 cuando exista una empresa con posición de dominio en un determinado mercado y cuando ésta haya abusado mediante alguna de las prácticas prohibidas por el artículo 6.2.
- En el presente asunto cabe definir el mercado como el de la construcción y venta de VPO, en el que no ha quedado demostrado que VISOCAN tenga posición de dominio, lo cual, en todo caso, no implicaría una práctica prohibida si no se acredita, además, el

abuso.

- De acuerdo con la información suministrada, se trata de un mercado en el que hay competencia, ya que existe suelo urbanizable suficiente como para que cualquier operador pueda acometer la construcción de VPO cuya construcción no está limitada, por lo que se puede concluir que la competencia no se ha visto distorsionada.
- Pero es más, aun llegando a la conclusión de que existiera posición de dominio por parte de VISOCAN, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a uno de los competidores en situación desventajosa frente a otros podría haberse dado si los precios de venta de las viviendas hubieran sido inferiores a los de mercado, siendo precisamente de lo contrario de lo que se queja la denunciante, sin que, por otra parte, haya aportado prueba alguna.
- En cuanto al artículo 7 LDC, según el Servicio, en primer lugar, y por lo que respecta a la actuación de los Ayuntamientos, no puede hablarse de acto desleal por parte de los mismos, ya que han actuado en el marco de sus competencias, además de que no se les puede considerar como competidores en el mercado afectado, ni los acuerdos de cesión pueden calificarse como de desleales.
- En todo caso, para decidir sobre la posible deslealtad de la cesión realizada por los Ayuntamientos habría que analizar si la cesión es una decisión económica encaminada a favorecer a VISOCAN de manera injustificada, sin tener en cuenta las circunstancias del mercado y realizada al margen de las exigencias del ejercicio de las competencias municipales.
- La vivienda digna y adecuada es un derecho establecido en el artículo 47 de la CE, que exige de los poderes públicos la promoción de las condiciones necesarias y el establecimiento de normas para hacer efectivo dicho derecho, siendo las Comunidades Autónomas las que desarrollan, en exclusiva, dichas competencias. Con el fin de mitigar los efectos que produce la escasez de viviendas, se han venido elaborando planes cuatrienales de vivienda, tanto a nivel nacional como regional y local, siendo uno de los objetos de dichos planes el actuar como instrumento capaz de posibilitar que accedan a la vivienda un buen número de personas que no pueden hacerlo en las condiciones normales del mercado.

- Concretamente, la Ley 11/1989 de Viviendas para Canarias, otorga la posibilidad a su Gobierno de establecer planes plurianuales de actuación, lo que dio lugar, entre otros, al II Plan Canario de Vivienda (1992-1995), que sirve de marco al presente expediente, aprobado por el Parlamento de Canarias en su sesión de 30 de junio de 1992, en el que se establecían una serie de programas destinados a paliar el déficit que en materia de viviendas tenía Canarias.
- Siendo uno de los principales problemas el de la escasez de suelo, el II Plan estableció como uno de los programas prioritarios el de la habilitación del suelo necesario, contemplándose como una de las actuaciones la de adquisición de suelo urbanizado para la construcción de VPO en régimen especial, tanto en régimen de alquiler como en el de venta, haciendo a los Ayuntamientos los primeros responsables en cuanto a la previsión y programación de suelo para viviendas.
- Así, el II Plan Canario de Vivienda programa, para el área geográfica primera (a la que pertenecen Las Palmas, Telde y Agüimes) la construcción, rehabilitación y adquisición de un determinado número de viviendas, en concreto, 6.576 VPO de régimen especial: 3.000 en alquiler y 3.576 en venta y, para el área 2ª, a la que pertenece Santa Brígida, 2.250 VPO.
- Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2002, *“los poderes públicos no pueden realizar operaciones económicas que favorezcan de modo notable a una o varias empresas en perjuicio de otras. Sólo pueden hacerlo cuando lo imponga el ejercicio de facultades regladas o discrecionales que les atribuya el ordenamiento jurídico para conseguir sus fines, o cuando se trate de decisiones económicas razonablemente justificadas en las circunstancias del libre mercado”*.
- Por tanto, las normas estatales y autonómicas, que regulan el ejercicio de las competencias municipales, pueden suponer la creación de desigualdades justificadas por las características de los servicios y la finalidad de las prestaciones.
- En este caso, no está acreditado que la cesión no esté justificada por las circunstancias del mercado o vulnere las reglas de la competencia. Si bien existe una desigualdad en cuanto al precio del suelo cedido a la iniciativa privada y a VISOCAN, en ningún

momento se ha probado que dicha diferencia no esté compensada por el ofrecimiento por parte de VISOCAN de más garantías, así como por una gestión más favorable a los intereses del municipio, ni que la misma se encuentre sometida a una serie de contrapartidas derivadas de su carácter público.

- La promoción y gestión de viviendas envuelve una finalidad de carácter social que constituye un servicio público local, además de que se trata de viviendas cuyo precio viene establecido normativamente por las características de los destinatarios (2,5 veces el salario mínimo interprofesional), por lo que, en principio, son poco atractivas para la iniciativa privada.

- A la vista de todo lo anterior cabe concluir que no ha habido acto desleal en los acuerdos de cesión gratuita de terreno a VISOCAN por parte de los Ayuntamientos. Pero incluso en el supuesto de que se hubiese producido un comportamiento desleal, no procedería, en este caso, la aplicación del artículo 7 LDC, al no darse los otros dos requisitos de afectación del interés público ni de grave perturbación del mercado. En efecto, por un lado, la distorsión de la competencia que indudablemente causan las subvenciones de cesión gratuita del suelo se encuentran protegidas por unas normas legales (ha sido específicamente deseada por el legislador) por lo que difícilmente puede decirse que afecte al interés público en el sentido negativo que exige la aplicación del artículo 7 LDC; por otro lado, ha quedado acreditado, tanto por el escaso número de viviendas construidas como por el reducido porcentaje que representa la superficie de los solares cedidos respecto del total de terreno disponible, que la cesión gratuita no ha tenido suficiente entidad como para ser considerada susceptible de entrañar una grave alteración en los mecanismos del mercado ya que la trascendencia en el conjunto del mercado es escasa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2002 antes mencionada, establece que *“la gestión mediante una sociedad mercantil municipal de funciones de promoción de la vivienda no sustrae a ésta de las normas que desarrollan el principio de libre competencia. La LDC viene a asegurar el orden constitucional en el sector de la economía de mercado pero sin oponerse al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tan hondo sentido social como es la urbanística, ni puede impedir que se desarrollen legítimamente las finalidades previstas en las leyes urbanísticas, de promoción de suelo o en la legislación básica local mediante la constitución de empresas privadas.”*

En este sentido, concluye el Servicio señalando que las sociedades mercantiles como VISOCAN desarrollan su actividad con ventajas, pero ello no significa que se esté infringiendo la LDC, ni que se esté creando un grave problema al sector privado. Las ventajas adquiridas por VISOCAN no tienen virtualidad suficiente para suponer el quebrantamiento de la libre competencia, quedando compensadas mediante las contrapartidas que el carácter público del fin perseguido impone a dichas sociedades y ello además de que no ha quedado acreditado que la actuación de VISOCAN haya paralizado la actividad de los denunciados ni que, en todo caso, éstos hubieran logrado las viviendas a un menor precio que VISOCAN, que sí ha acreditado las pérdidas que le han supuesto la construcción de las viviendas objeto de la denuncia.

En definitiva, para el Servicio *“la mera existencia de VISOCAN también queda fuera del alcance de las competencias del TDC, no así su comportamiento que queda sometido a las reglas de competencia, sin que pueda decirse que la misma haya actuado de manera contraria a la competencia. Los posibles efectos sobre la competencia no responden a la estrategia desarrollada por VISOCAN sino que proceden del acto de cesión de los Ayuntamientos. VISOCAN ha actuado conforme a los requerimientos del Ayuntamiento”*.

4. El Tribunal considera que, en general, como es natural, aun en los mercados más intervenidos, como es el caso de la promoción y construcción de VPO en régimen especial para su venta, debe darse a la competencia el mayor juego posible, como único medio de conseguir la máxima transparencia y eficiencia que tan precisas resultan en la totalidad del mercado de la vivienda en España.

Esto mismo establece el art. 1.1 del Real Decreto-Ley 3/1980, de 14 de marzo, sobre creación de suelo y agilización de la gestión urbanística que, precisamente, cita el Ayuntamiento de Agüimes a propósito de la posible distinción entre promoción pública de viviendas y VPO: *“Con la finalidad de fomentar la construcción de viviendas de protección oficial, la Administración del Patrimonio Social Urbano y el Instituto Nacional de Urbanización podrán ceder terrenos de su propiedad, por precio inferior a su coste, incluso con carácter gratuito, con los requisitos, precios y condiciones que se determinen en el correspondiente concurso que al efecto convoquen. Igualmente, y en los términos expresados, el Instituto Nacional de la Vivienda podrá ceder terrenos para la promoción pública de viviendas de protección oficial.”* (Subrayado y énfasis del Tribunal).

5. En el presente caso, tal y como resume el Servicio en el Hecho Acreditado 10 de su Acuerdo (folio 963 del expediente del Servicio) la construcción de las 421 viviendas en los cuatro Ayuntamientos denunciados fue adjudicada por concurso, a determinadas empresas que cita. Asimismo, el Tribunal entiende que, según la reiteradamente mantenida tesis de su falta de competencia para enjuiciar actos administrativos y siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de febrero de 1981 (citada por el Tribunal en su Resolución de 28 de julio de 1994, Expte. 339/93, C.O.A.M., cuando señaló que no hay potestad sin norma previa), es correcto el razonamiento del Servicio al llegar a la conclusión de que la cesión de los terrenos por los Ayuntamientos debe considerarse un acto administrativo por emanar de una Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa y mediante un Acuerdo del Pleno de los propios Ayuntamientos.

En este sentido, el Tribunal estima que es acertada la apreciación del Servicio de que los Ayuntamientos no actuaron como operadores económicos, sino que lo hicieron en el marco de las competencias que tienen asignadas, fundamentalmente, tanto por la Ley 7/1985, de Régimen Local, como por el Real Decreto-Ley 1/1992, de Suelo y Ordenación Urbana que, en su art. 3.1, establece como una de las finalidades de la acción urbanística sobre el régimen del suelo la de procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad.

Además, como acertadamente recoge el Servicio, esta última norma legal en su artículo 285 dispone que las Administraciones públicas urbanísticas y entidades instrumentales de éstas podrán transmitirse, directamente y a título gratuito, terrenos con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social.

Por último, considera el Tribunal que resulta definitivo el amparo legal dispuesto en el artículo 286.2 del tantas veces citado Real Decreto-Ley 1/1992 cuando afirma que: *“cuando la permanencia de los usos a los que se destinen los terrenos lo requiera podrán también los Ayuntamientos ceder directamente, por precio inferior al de su valor urbanístico o con carácter gratuito, el dominio de terrenos a favor de Entidades o Instituciones privadas de interés público o sin ánimo de lucro para destinarlos a usos de interés social que redunden en beneficio manifiesto de los respectivos municipios”*.

Por todo lo expuesto y dada la claridad, amplitud y contundencia de esta última causa de exención legal el Tribunal ha de concluir que no puede deducirse la existencia de infracción del art. 1 LDC. Tampoco cabe reconocer la existencia de infracción de los artículos 6 y 7 de la misma, al compartir al respecto el análisis y las conclusiones del Servicio que se exponen en el Fundamento Jurídico 3.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, según ha alegado el Ayuntamiento de Agüimes, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, por Sentencia nº 1.005/2000, de 14 de julio de 2000, declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Empresarios contra el Acuerdo, de 30 de junio de 1997, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Agüimes, habiendo declarado desierto, la Sección 7 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, el recurso de casación nº 3/7.753/00, preparado por la Asociación de Empresarios, por Auto de 16 de febrero de 2001. Dicho recurso se interpuso contra un acuerdo del Ayuntamiento como el que ha dado lugar a este expediente.

6. En cuanto a las alegaciones de la recurrente ante el Tribunal, considera aquella que VISOCAN ha actuado como operador económico que obtuvo una ventaja en el suelo que le fue cedido gratuitamente, por lo que cae en el supuesto de la prohibición del art. 1 LDC como práctica concertada en virtud de convenio.

Pues bien, la contestación del Tribunal no puede ser otra que reiterar los razonamientos contenidos en los Fundamentos Jurídicos 3 y 5 en el sentido de que no está acreditado que la mencionada cesión no esté justificada por las circunstancias del mercado o que vulnere la LDC, puesto que no se ha probado que la diferencia de trato no esté compensada por mayores garantías de VISOCAN o por una gestión más favorable a los intereses municipales, dada la finalidad de carácter social de la promoción y gestión de la construcción de estas viviendas; todo ello, con el claro amparo legal mencionado y en el sentido de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2002, por lo que debe rechazarse esta alegación.

Alega también la Asociación recurrente su desacuerdo con el Servicio por concebir la cesión como un *“acto administrativo unilateral, en el sentido de considerarlo exento de la aplicación del art. 1 LDC, por emanar de un ente público”* y que los acuerdos del Pleno de cada Ayuntamiento constituyen una parte del proceso de concertación entre VISOCAN y cada uno de ellos, pues ha habido un concierto bilateral de voluntades. Además,

considera la recurrente que los Ayuntamientos denunciados suscribieron con VISOCAN un Convenio tipo de cesión de parcelas para la promoción de las viviendas por lo que la concertación o el concierto de voluntades es palmario.

El Tribunal tampoco puede estimar esta alegación por considerar que, como afirma la recurrente, el Convenio es un instrumento que se articula como una fórmula voluntaria de colaboración entre Administraciones, como establece el art. 57 de la Ley 7/1985, de Régimen Local, porque VISOCAN, en realidad, no es más que un ente instrumental de la Comunidad Autónoma con forma de sociedad. En este sentido, según se recoge en los Fundamentos Jurídicos 3, 4 y 5, lo que resulta definitivo para resolver el expediente es el amparo legal que en ellos se destaca porque es lo que permite a los Ayuntamientos realizar las actuaciones administrativas, es decir, los actos administrativos correspondientes. Todo ello, como se ha indicado en el Fundamento Jurídico 5, en el sentido de lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de febrero de 1981: *“No hay potestad sin norma previa y todas las potestades están tasadas, no existiendo potestades intermedias”* (siguiendo la cita que hacía el Tribunal en su antes mencionada Resolución de 28 de julio de 1994). A este respecto, debe citarse también la Resolución del Tribunal de 20 de marzo de 1998, en el expediente 419/97, Cruz Roja de Fuengirola, relativo a la denuncia contra el Ayuntamiento de dicha ciudad por suscribir un Convenio de Colaboración con la citada entidad a la que le concedió unas licencias para instalar máquinas de venta de refrescos en la vía pública. Pues bien, en esta Resolución el Tribunal, tras realizar un interesante resumen de las posturas mantenidas por él mismo al enjuiciar actuaciones de las Administraciones Públicas, manifestó: *“...con frecuencia se acude al contenido del artículo 2.1 LDC para considerar que cuando las Administraciones Públicas actúan sometidas a Derecho no pueden ser sometidas a enjuiciamiento concurrencial por actuar bajo el amparo legal a que se refiere el mencionado precepto (Resoluciones de 28 de julio de 1994 -C.O.A.M.- y 19 de abril de 1996 -Ayuntamiento de Madrid-).”*

A continuación, en la misma Resolución de 20 de marzo de 1998 el Tribunal señaló respecto de la actuación del Ayuntamiento de Fuengirola que: *“Es preciso realizar un esfuerzo para evitar que la firma de un Convenio con quien actúa como operador económico y el hecho de que existan contraprestaciones al mismo, produzca confusión sobre el carácter con el que actúa el Ayuntamiento”*. Como conclusión de ese esfuerzo por delimitar con certeza la naturaleza de la actuación del Ayuntamiento, el Tribunal resolvió que no había habido ninguna conducta prohibida a tenor

de lo dispuesto en los artículos 1 y 6 LDC.

Por último, la Asociación recurrente alega, en cuanto a la posibilidad de aplicación del artículo 6 LDC, que VISOCAN ha ocupado una posición de dominio de la que abusó, sin que sea acogible que se diga que existe bastante suelo urbanizable para que cualquier operador acometa la construcción de VPO porque las ayudas del caso distorsionan la competencia (suelo gratuito).

El Tribunal también ha de desestimar esta alegación por lo manifestado al respecto en el Fundamento Jurídico 3 y, concretamente, al coincidir con la acertada afirmación del Servicio, entre otras consideraciones, señalando que los Ayuntamientos no actuaron como operadores económicos y que la estrategia desarrollada por VISOCAN procede de los actos de cesión de los Ayuntamientos. No se trata de analizar si los Ayuntamientos podían realizar las limitaciones alegadas, pues ello corresponde a la decisión de otras instancias que hasta ahora no lo han admitido. Lo cierto es que las cesiones de terrenos no se hicieron con carácter exclusivo, porque la construcción de VPO, que ha sido el mercado relevante de producto definido por el Servicio, no tiene limitación alguna y definirlo como un supuesto mercado de cesión gratuita de terrenos no tiene sentido. En definitiva, lo que procedía averiguar era si los Ayuntamientos actuaron como operadores económicos y resulta incontrovertido que ello no ha ocurrido, así como que en ningún caso se abusó de una hipotética posición dominadora.

7. Por todo ello, gozando de amplio amparo legal las conductas denunciadas, el Tribunal considera que procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, de 8 de mayo de 2003, al entender que éste analizó de forma plenamente suficiente y acertada en Derecho el expediente abierto por orden de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de la Construcción de Las Palmas contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 8 de mayo de 2003, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que podrá interponerse en el plazo de dos meses contados desde su notificación.