

RESOLUCIÓN (Expte. R 266/97, Tragsa 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 30 de abril de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la presente Resolución en el expediente R 266/97 (nº 1239/95 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio) de recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 16 de octubre de 1997, por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de la denuncia formulada por la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra la Diputación General de Aragón, la Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (antiguo IRYDA) y la Empresa Nacional de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) por presuntas prácticas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la celebración del Convenio de 12 de febrero de 1986 entre las entidades denunciadas para el encargo directo a TRAGSA de las obras en el sector agrario.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 10 de mayo de 1995 la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas (en adelante, la Agrupación) formuló denuncia contra TRAGSA y otras entidades por supuestas conductas prohibidas por la LDC consistentes en la celebración del Convenio de 12 de febrero de 1986 (en adelante, el Convenio) y su aplicación para el encargo directo a TRAGSA de las obras de carácter agrario y mejora del medio rural, lo que impide a los denunciados la realización de obras en este sector.
2. Con fecha 30 de noviembre de 1995 el Servicio acordó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la citada LDC, llevar a cabo una información

reservada.

3. Con fecha 9 de febrero de 1996 el Servicio acordó el archivo de las actuaciones que tuvieron como origen la denuncia presentada, Acuerdo que fue recurrido en plazo ante este Tribunal.
4. Con fecha 30 de abril de 1996 el Tribunal dictó Resolución por la que estimó el recurso interpuesto, revocó el archivo e interesó del Servicio la incoación de expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados y, en su caso, la formulación de pliego de concreción de hechos que podrían ser constitutivos de infracción de la LDC y del artículo 85 de TUE o la remisión al Tribunal de lo actuado para que éste decidiera sobre la pertinencia de una propuesta razonada de supresión de la restricción de competencia detectada.
5. Mediante Providencia del Director General de fecha 10 de julio de 1996, en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución citada y de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.1 y 3 de la LDC, el Servicio acordó la admisión a trámite y la incoación del expediente.
6. El Servicio, tras estudiar la información aportada por las partes interesadas, constató que la distorsión de la competencia no se debe a la actuación de TRAGSA, sino a la existencia de un marco legal específico.

Analizado dicho marco legal, el Real Decreto de transferencias a la Comunidad Autónoma de Aragón, el mencionado Convenio, su aplicación práctica y el mercado pertinente concluyó, en síntesis, lo siguiente:

- El Convenio actualmente en vigor entre la Comunidad de Aragón, la extinta Secretaría General de Desarrollo Rural y Conservación de la Naturaleza y TRAGSA se enmarca dentro del proceso de transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas, de modo que cuenta con el amparo legal previsto en el artículo 2 de la LDC.
- El comportamiento de TRAGSA no es autónomo, aunque existan o no empresas en condiciones de ejecutar las obras encargadas por las Administraciones a TRAGSA. La relación que une a TRAGSA con las distintas Administraciones es de jerarquía y subordinación, sin que le quepa intervención alguna en la determinación de los criterios de selección de las obras en las que va a participar.
- TRAGSA no obstaculiza una competencia efectiva, ya que las obras que realiza lo son por encargo y no es ella quien elige la obligatoriedad de realizarlas (las obras no están dentro del mercado ni del marco de la competencia).

- TRAGSA, por tanto, no abusa de ninguna posición de dominio prohibida por el artículo 6 de la LDC aunque ejecutara la totalidad de las obras requeridas por las Administraciones Públicas en el campo de actividad de TRAGSA, siempre que fueran realizadas en la calidad de medios propios de la Administración.
- En consecuencia, no puede estimarse que se hayan producido conductas prohibidas por la LDC.

Por consiguiente, el Servicio sobreseyó el expediente.

7. La denunciante interpuso recurso en plazo, mediante escrito presentado el 30 de octubre de 1997, argumentando lo siguiente:

- El Servicio manifiesta que la distorsión de la competencia no se debe a la actuación de TRAGSA, sino a la existencia de un marco legal específico. En concreto, este marco vendría compuesto por el Convenio de 12 de febrero de 1986, el Real Decreto 643/1985, de 2 de abril, sobre traspaso de servicios y funciones del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario a la Comunidad Autónoma de Aragón, y el Estatuto de Autonomía de Aragón.

Sin embargo, la denuncia de la recurrente va encaminada a que se declare que el Convenio celebrado entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el IRYDA y TRAGSA viola las normas y principios sobre la libre competencia.

- Según el Servicio, el Convenio no puede entenderse restrictivo de la competencia por su falta de tipificación. El artículo 1 de la LDC requiere la existencia de un acuerdo entre operadores económicos, presupuesto de hecho que no se da en la presente situación. El Convenio denunciado lo es entre Administraciones Públicas y se enmarca dentro de los mandatos constitucionales de coordinación entre Administraciones y de ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado y las CC.AA.

No obstante, según el criterio de la recurrente, ninguno de los datos aportados justifican la no inclusión del citado Convenio en el artículo 1 de la LDC.

- La Resolución del Tribunal decía en su día que había que conocer si TRAGSA realiza o no la mayor parte de las obras y servicios agrarios de reforma rural y si lo hace al margen del sistema general de

licitación.

Sin embargo, la actuación extraordinaria de TRAGSA (por motivos de urgencia, por inundaciones, huracanes, etc.) no llega a un 10% de su actuación ordinaria (obras de nivelación, movimientos de tierras, drenajes, desmontes, rotulaciones, etc.), en la que de manera más patente es sustituible por cualquier otra empresa contratista de obras públicas.

- Por ello, la conclusión ha de ser que, con la aplicación del Convenio, se está concediendo a TRAGSA una ventaja monopolística frente a las empresas privadas que serían sus competidoras naturales, por lo que corresponde imputar la comisión de prácticas restrictivas de la competencia a los participantes en el Convenio.

8. El Informe del Servicio, recibido con fecha 5 de noviembre de 1997, señala que el recurso no aporta datos o argumentos nuevos que desvirtúen el contenido del Acuerdo recurrido, en el que, tras la instrucción pertinente, se ha estudiado y valorado detenidamente cuanto dispuso este Tribunal, por lo que el Acuerdo debe mantenerse y desestimarse el recurso.
9. Por Providencia de 19 de noviembre de 1997 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones.

La Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas manifiesta ratificarse en su escrito recibido el 30 de octubre de 1997, de recurso del Acuerdo de sobreseimiento del expediente de referencia. Por su parte, TRAGSA, la Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y la Diputación General de Aragón argumentan en favor del mantenimiento del Acuerdo de sobreseimiento, señalando que la decisión de este Tribunal fue cumplida por el Servicio de forma exacta y que el recurso no aporta datos o argumentos nuevos, cuando resulta imprescindible que el recurrente explicita los motivos de disconformidad con la decisión que impugna, para que exista verdaderamente un recurso. Por último, terminan señalando que el caso ha sido enjuiciado y archivado por la Comisión de la Comunidad Europea por no existir infracción a su Derecho.

10. Son interesados:
 - Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas.
 - Empresa Nacional de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA).
 - Diputación General de Aragón.
 - Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural del Ministerio de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El recurso se limita a plantear la disconformidad de la Agrupación, que en su día fue denunciante, con el Acuerdo de sobreseimiento, por entender que no habría respetado el contenido de la Resolución de este Tribunal de 30 de abril de 1996.

Sin embargo, en aquella ocasión la decisión del Tribunal fue que se completase la instrucción con el fin de poder estar en situación de determinar -y no de predeterminar- si el Convenio de 12 de febrero de 1986 y su aplicación para el encargo directo a TRAGSA de las obras de carácter agrario y de mejora del medio rural es susceptible de ser considerado un acuerdo restrictivo de la competencia; si, en caso afirmativo, tiene amparo legal suficiente para acogerse a la excepción del artículo 2 de la LDC; y si existen indicios de que el acuerdo o su aplicación práctica puedan constituir un abuso de posición de dominio en la contratación de obras públicas de carácter agrario en la Comunidad Autónoma de Aragón.

El pronunciamiento sobre tales extremos exige un análisis del régimen jurídico de TRAGSA y de su compatibilidad o no con las normas de defensa de la competencia, cuestión que se aborda en los siguientes Fundamentos de Derecho.

2. El Real Decreto 379/1977, que autorizó la creación de TRAGSA, le atribuyó la consideración de servicio técnico de la Administración, incluyendo en su objeto social la ejecución de obras de carácter agrario, actuando al amparo de las órdenes emanadas de la propia Administración. La norma citada añadía que "la empresa estará obligada a realizar con carácter de entidad colaboradora del Instituto [de Reforma y Desarrollo Agrario], y bajo el régimen del artículo ciento noventa y tres del Reglamento de Contratos del Estado, las obras de nivelación, movimientos de tierras, drenajes, desmontes, roturaciones, así como aquellos tipos de obras que el Parque de Maquinaria del Organismo viene realizando en la actualidad".

Asimismo, incluía en su objeto social "la realización, a instancia de particulares, Corporaciones Locales y otras entidades Públicas, de obras de carácter agrario" (art. 2).

3. El Real Decreto 1773/1997, de 11 de junio, dio una nueva redacción al artículo 6 de la norma citada disponiendo que "las obras que, a título obligatorio, realice la empresa por orden del Instituto (citado) se considerarán como

ejecutadas por éste con sus propios medios e incluidas, por tanto, en el artículo sesenta, apartado uno, de la vigente Ley de Contratos del Estado".

4. Por posterior Real Decreto 424/1984, de 8 de febrero, se vuelve a modificar el de creación y con ello el objeto social de TRAGSA (art. 2.4), que queda con el siguiente contenido: *"La prestación de asistencia técnica y la ejecución de obras de carácter agrario o de mejora del medio rural a instancia de particulares, Corporaciones locales u otras Entidades públicas, así como la realización de actividades que tiendan a la promoción y desarrollo de nuevas tecnologías relacionadas con los cometidos de la Empresa"*.
5. El Real Decreto 1422/1985, de 17 de julio, modifica una vez más el de creación de TRAGSA para incorporar a los trabajos y actividades que ésta debe realizar obligatoriamente las que le ordene ICONA que sean competencia de este organismo, quedando sujetos al mismo régimen establecido para las obras obligatorias encargadas por el IRYDA, ampliándose los organismos públicos respecto de los cuales su actuación tiene carácter obligatorio y, en tal medida, el objeto social (art. 3).
6. El Real Decreto 643/1985, por el que se opera el traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón, incardina la cobertura jurídica del Convenio y, en consecuencia, el régimen jurídico de TRAGSA en su condición de servicio técnico de dicha Administración Autonómica. Dicha norma se enmarca así en el Título VIII de la Constitución Española y en el Estatuto de Autonomía de Aragón.
7. Finalmente, el Real Decreto 1055/1995, de 23 de junio, de modificación parcial de la estructura básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, reitera la consideración de TRAGSA como medio propio en relación con la nueva organización que se aprueba (D. Adicional Tercera) y dispone la subrogación por el Ministerio en los Convenios vigentes (D. Adicional Tercera); subrogación que ha sido ratificada por el Real Decreto 1890/1996, de 2 de agosto, al regular, de nuevo, la estructura orgánica básica del Ministerio citado.

Por otro lado, la aplicación práctica de dicho sistema se explicita detalladamente en el Acuerdo de sobreseimiento, siendo innecesaria su reiteración.

8. En consecuencia, atendiendo a lo establecido en las normas y en el Convenio mencionados, el Tribunal concluye que cuando TRAGSA ejecuta obras por orden de las Administraciones Públicas, incluidas en el ámbito de aplicación de aquellas disposiciones, la calificación jurídica procedente es la de considerar que se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la

Administración, contemplado en el artículo 153 de la LCAP. En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas por este Tribunal porque tienen amparo legal.

9. Por otra parte, todas las alegaciones que formula la Agrupación recurrente han sido tenidas en cuenta y razonadas acertadamente por el Servicio en el Acuerdo de sobreseimiento que da debido cumplimiento a la Resolución del Tribunal de 30 de abril de 1996 por la que se remitió el expediente al Servicio, habiendo quedado demostrado después de todas las actuaciones la inexistencia de conductas que puedan ser consideradas prohibidas por la LDC. Por el contrario, la recurrente no ha acreditado la existencia de otros datos contradictorios que conduzcan a una valoración distinta de este asunto.
10. Asimismo, está acreditado en el expediente el enjuiciamiento del caso por la Comisión de la Comunidad Europea con el nº 91/4476, que fue archivado con fecha 17 de enero de 1995 sin formular reserva alguna, dando con ello por concluido el procedimiento de infracción abierto a TRAGSA por no encontrar vulneración al Derecho comunitario.

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

RESUELVE

- Unico.** Desestimar el recurso interpuesto por la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de octubre de 1997, por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de la demanda formulada por la recurrente contra la Empresa Nacional de Transformación Agraria S.A.

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