

Roj: SAN 5805/2000
Id Cendoj: 28079230062000100262
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1161/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Competencia Practicas restrictivas.

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 06/**1161/1998** se tramita a instancia de AGRUPACIÓN DE CONTRATISTAS ARAGONESES DE OBRAS PUBLICAS representados por la Procuradora D^a Africa Martín Rico, con asistencia Letrada, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de Abril de 1.998, sobre prácticas restrictivas, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo Indeterminada. Han sido Codemandados EMPRESA DE TRANSFORMACION AGRARIA, S.A. (TRAGSA), Procuradora D^a Magdalena Cornejo Barranco y DIPUTACION GENERAL DE ARAGON, Letrado D. Luis Murillo Jaso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por AGRUPACIÓN DE CONTRATISTAS ARAGONESES DE OBRAS PUBLICAS frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de Abril de 1.998, solicitando a la Sala la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 27 de Septiembre de 2000. -

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

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución (Expte. R.266/97, TRAGSA; de 30 de abril de 1.998, del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, en que se acordó: "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 1.997, 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."

SEGUNDO.- La denuncia de la de Agrupación de Contratistas Aragonesa 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 1.986 entre las entidades denunciadas para el encargo directo a TRAGSA de las obras en el sector agrario, fue el origen de la presente controversia jurídica.

Según la versión actora el encargo directo a TRAGSA de la obras de carácter agrario y mejora del medio rural impide a los denunciados la realización de obras.

TERCERO.- La motivación del sobreseimiento recurrido se basa en que la distorsión de la competencia no se debe a la actuación de TRAGSA, sino a la existencia de un marco legal específico, llegándose a las siguientes conclusiones: "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 ejecutar la totalidad de las obras requerida por las Administraciones Públicas en el campo de actividades de TRAGSA, siempre que fueran realizadas en la calidad de medios propios de la Administración".

"En consecuencia, no pueden estimarse que se hayan producido conductas prohibidas por la LDC".

CUARTO.- Sin embargo, la denuncia de la recurrente pretende 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. El Servicio de Defensa de la Competencia concluyó que 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 que no se da en este caso. 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 siendo preciso 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. La actuación extraordinaria de TRAGSA por motivos de urgencia, por inundaciones, huracanes,

etc. no llega a un 10% de su actuación ordinaria por 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.

En opinión de la actora, 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.

QUINTO.- En el recurso se plantea la disconformidad de la actora, con el sobreseimiento, por entender que no respetó la Resolución del TDC de 30 de Abril de 1.996, de que se completase la instrucción con el fin de determinar si el Convenio de 12 de Febrero de 1.986 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.

SEXTO.- El Real Decreto 379/1977, que autorizó la creación de TRAGSA, le atribuyó la consideración de servicio técnico de la Administración consistiendo su objeto social la ejecución de obras de carácter agrario, actuando al amparo de las órdenes emanadas de la propia Administración Y que "la empresa estará obligada a realizar con carácter de entidad colaboradora del IRYDA, 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". E incluía en su objeto social "la realización, a instancia de particulares, Corporaciones Locales y otras entidades Públicas, de obras de carácter agrario", según el art. 2 de la citada norma. El Real Decreto 643/1985, 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.

El Real Decreto 1055/1995, de 23 de Junio, 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.

Tanto el art. 88 de la ley 30 de Diciembre de 1.997, nº 66/97 como el Real Decreto 317/1999, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de TRAGSA se le define como "medio propio instrumental y servicio técnico" de las Administraciones Públicas, y su art. 2º dice que su capital es de titularidad pública en su integridad. En dicho capital pueden participar las Comunidades Autónomas. Y el art. 3 dispone "Las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado".

SEPTIMO.- El TDC entiende que "cuando TRAGSA ejecuta obras por orden de las Administraciones Públicas, incluídas en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones, la clasificación 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. Y, 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 1.995 sin formular reserva alguna, dando con ello por concluído el procedimiento de infracción abierto a TRAGSA por no encontrar vulneración del Derecho comunitario".

El precedente normativo del art. 153 de la Ley 13/95, de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, fue el art. 60 de la antigua Ley de Contratos del Estado de 8 de Abril de 1.965, modificada por las siguientes leyes: 5/1973, 50/1984, 46/1985, 21/1986, 33/1987, 37/1988; y desarrollado por los arts. 187 a 195 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de Noviembre de 1.975, modificado por el RD 2528/1986 de 28 de Noviembre.

El mero Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de Junio de

2000, reproduce en su art. 152, el texto a que hemos hecho referencia de las anteriores leyes.

OCTAVO.- Las excepciones procesales opuesta por la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda no son de recibo porque según consta en el expediente administrativo la recurrente tiene legitimación activa e interés directo en el asunto, así figura en el antecedente fáctico décimo de la resolución recurrida. La supuesta falta de litis consorcio pasivo necesario tampoco se ha producido porque en este recurso no faltan los litisconsortes que enuncia la Abogada del Estado.

Así pues, no concurren las causas de inadmisibilidad del recurso formuladas en las contestaciones a la demanda, de los codemandados, en cuanto coinciden con las del representante de la Administración. Aunque sea el fin último del recurso, que se declare la nulidad de un convenio, de fecha 12 de febrero de 1.986, celebrado entre la Diputación General de Aragón y el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, con la presencia del representante legal de TRAGSA. Y sea su naturaleza jurídica un convenio organizativo que adapta el régimen de organización y funcionamiento interno de TRAGSA, a la relación entre la Administración General del Estado -de la que es medio propio- y la Comunidad Autónoma como consecuencia de la asunción de competencias en la materia por ésta, sin modificaciones materiales respecto a las determinaciones previas.

No concurriendo desviación procesal en la demanda, porque la crítica de la resolución del TDC recurrida va implícita en el fin declarativo de que TRAGSA no es un medio propio de la Administración, y la anulación del Convenio.

La promulgación de la Ley 66/97, de 30 de Diciembre (R-3.106) de Política Económica, cuyo artículo 88 regula el régimen jurídico de TRAGSA, no significa que este recurso haya perdido su objeto, porque la fecha de la denuncia el 10 de Mayo de 1.995, fue anterior a dicha ley, que viene a resolver en los apartados; cuatro y cinco de su art. 88, la problemática de fondo suscitada en este litigio, pero sólo a partir de la entrada en vigor de dicha ley.

NOVENO.- En consecuencia de todo lo expuesto, la Sala considera que TRAGSA es un servicio técnico de la Administración y que las obras ejecutadas por orden de la Diputación General de Aragón lo fueron por sus propios medios, según el Real Decreto 1773/77 que se remite a la Ley de Contratos del Estado. A resultados del proceso de transferencia, fue necesario articular la actuación de TRAGSA, al servicio de la Diputación General de Aragón en base al Convenio recurrido que aplicó el Real Decreto 643/85, que no fue impugnado y estableció el modo en que podrían encargarse obras a TRAGSA, sin determinar ambos una reserva de hecho favorable a ésta sino que ponen a disposición de la Diputación General de Aragón un servicio técnico, constituido por una empresa estatal, para que pueda utilizarlo de acuerdo con el Convenio y las necesidades de la Administración Autonómica.

El régimen jurídico de dicha empresa se ha mantenido y reforzado en el Ley 66/97, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (art. 88), dicha normativa no altera ni el Convenio ni la relación de TRAGSA con la Administración de la Comunidad Autónoma. Estando por tanto ajustada a Derecho la resolución recurrida, en atención a lo previsto en el art. 2 de la LDC, en relación con el art. 153 de la L.C.A.P., y los Reales Decretos descritos en el fundamento sexto de esta sentencia, así como los antecedentes legislativos que han sido citados en el fundamento séptimo de esta sentencia, respecto de la normativa de contratación administrativa.

DECIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de AGRUPACION DE CONTRATISTAS ARAGONESES DE OBRAS PUBLICAS, confirmando el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de Abril de 1.998, a que las presentes actuaciones se contraen, por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-