

RESOLUCIÓN (Expte. r 311/98, Ayuntamientos Gran Canaria)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

Madrid, 20 de julio de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición antes expresada y siendo Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 311/98 (1782/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de la Construcción de la Provincia de las Palmas (Asociación) contra el Acuerdo del Servicio por el que se archiva la denuncia de la recurrente contra los Ayuntamientos de Agüimes, Telde, Santa Brígida y Las Palmas de Gran Canaria, por prácticas presuntamente contrarias a los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la cesión gratuita de suelo a la empresa de propiedad pública Sociedad Viviendas Sociales de Canarias SA (VISCOCAN).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 23 de marzo de 1998 tuvo entrada en el Servicio escrito de denuncia de la Asociación contra los Ayuntamientos mencionados, por haber cedido gratuitamente suelo para la construcción de viviendas de protección oficial en régimen especial para su venta a VISCOCAN de cuyo capital social es único propietario el Gobierno Autónomo de Canarias.
2. El 1 de abril de 1998 el Servicio dicta Acuerdo de archivo de la denuncia, que suscribe el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia (Director General), al concluir de los datos aportados que no existen prácticas prohibidas, puesto que lo denunciado son *ayudas públicas*, no prohibidas por la LDC ni por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE),

salvo que resulten incompatibles con el mercado común en los términos del art. 92 TCE, en cuyo caso serían contrarias a éste, pero correspondería su calificación a la Comisión Europea y no a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia. No obstante, el Servicio en su Acuerdo decide analizar si procede la aplicación de lo previsto en el art. 19 LDC, por si la actuación de los Ayuntamientos denunciados distorsionara significativamente las condiciones de competencia en el mercado inmobiliario de la zona.

3. El 24 de abril de 1998 tiene entrada en el Tribunal escrito de recurso de la denunciante contra el Acuerdo de archivo, en el que se pide que se instruya expediente por las prácticas denunciadas, a partir de los siguientes argumentos: 1º) Que no se han cumplido los requisitos que impone a las Administraciones Públicas Urbanísticas para la trasmisión legal de terrenos el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. 2º) Que las disposiciones de cesión de suelo denunciadas infringen otras disposiciones legales, tanto españolas como de la Comunidad Europea. 3º) Que la calificación de las prácticas denunciadas como "ayudas públicas" que hace el Servicio infringe el art. 54.1.a) LRJAP, por su falta de fundamentación, y produce indefensión al denunciante. 4º) Que el Servicio acuerda el archivo de la denuncia en función del art. 36 LDC, el cual establece el inicio del procedimiento y no su sobreseimiento. 5º) Que el Servicio no tiene en cuenta que VISCOCAN no es una empresa mercantil de propiedad pública y que las ayudas que se le otorgan discriminan a las empresas de la zona que no las reciben. 6º) Que, de acuerdo con el art. 1.1. del RD 295/ 1998, el TDC es competente para la aplicación en España de los art. 85.1 y 86 TCE.
4. Con fecha 27 de abril de 1998, el Tribunal pone en conocimiento del Servicio el contenido del recurso y, conforme con lo dispuesto en el art. 48.1 LDC, recaba su Informe y las actuaciones seguidas.
5. Con fecha 30 de abril de 1998, el Director General efectúa la preceptiva remisión, indicando expresamente que el recurso ha sido interpuesto en plazo y con los debidos apoderamientos, y haciendo constar que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de archivo y que entiende procedente que se desestime el recurso, *"que transcribe el contenido del escrito de denuncia, sin aportar ninguna alegación diferente que pueda ser discutida por el Servicio. Por el contrario, la recurrente hace caso omiso de que la Providencia (sic) recurrida pone de manifiesto que 'corresponde que el Servicio analice si procede la aplicación de lo previsto en el artículo 19 de la LDC por que la actuación de los ayuntamientos denunciados distorsione significativamente las condiciones de competencia en el mercado inmobiliario de la zona', por lo cual, con fecha 6 de abril de 1998, el escrito de denuncia fue remitido por la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia a la Subdirección General de Concentraciones y Estudios"*.

6. El 7 de mayo de 1998 el Tribunal, mediante Providencia, designa Ponente y, conforme a lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que formulen las alegaciones y presenten la documentación que estimen pertinente.
7. El 2 de junio de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito del Ayuntamiento de Agüimes en el que se solicita la desestimación del recurso contra el Acuerdo de archivo, con el fundamento de que el Ayuntamiento alegante *"no ha realizado prácticas contrarias a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia"*.
8. El 10 de junio de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria mediante el que se solicita resolución que desestime íntegramente el recurso interpuesto y se confirme en todos los extremos el Acuerdo recurrido que hace constar que no ha habido incumplimiento de los arts. 1,6 y 7 LDC, sobre la base de que el escrito de recurso, que es prácticamente una reiteración de la denuncia, no contiene argumentos impugnatorios de la resolución recurrida, que no se ve desvirtuada.
9. El 7 de julio de 1998 el Pleno del Tribunal deliberó y falló.
10. Son interesados:
 - Asociación de Empresarios de la Construcción de la Provincia de Las Palmas.
 - Ayuntamiento de Agüimes.
 - Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.
 - Ayuntamiento de Telde.
 - Ayuntamiento de Santa Brígida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El asunto que se ventila en este expediente es si las respectivas decisiones de los Ayuntamientos de Agüimes, Telde, Santa Brígida y Las Palmas de Gran Canaria, de ceder suelo gratis, para la construcción de viviendas de protección oficial en régimen especial para su venta, a VISCOCAN, sociedad de cuyo capital social es único propietario el Gobierno Autónomo de Canarias, constituyen prácticas contrarias a los arts. 1, 6 y 7 LDC, como pretende la denunciante y rechaza el Servicio.
2. El art. 1 LDC prohíbe los comportamientos colusorios, es decir, los consistentes en concertar las voluntades de dos o más operadores

económicos, con afectación negativa de la competencia. La bilateralidad de los comportamientos es condición necesaria, aunque no suficiente, para incurrir por este artículo en la prohibición de los acuerdos colusorios. En el caso que nos ocupa, sin embargo, no ha sido puesto en cuestión que las cesiones gratuitas de terrenos por parte de los Ayuntamientos denunciados han sido actos administrativos unilaterales tomados por los actores sin acuerdo previo entre ellos. Resultaría improcedente también la imputación a los Ayuntamientos de haber llevado a cabo prácticas conscientemente paralelas, pues una práctica de esta naturaleza consiste en un comportamiento armonizado de varios operadores en el mercado, que no es resultado de un acuerdo expreso o tácito, sino de llevar a cabo por parte de todos ellos sus respectivas acciones con el propósito de evitar la discordancia. Este tampoco es el caso denunciado. No cabe, pues, imputar transgresión del art. 1 LDC, por lo que tiene razón el Servicio al no hacerlo.

3. El art. 6 LDC combate el abuso de posición dominante, prohibiendo la explotación abusiva por uno o varios operadores económicos de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. El término *posición dominante* alude a un concepto cuya existencia hay que determinar por referencia a unos operadores económicos y a un mercado concretos y se perfila en torno a dos ideas básicas: la de poder económico y la de independencia de comportamiento. Así, se dice de un operador económico que disfruta de una posición dominante en un mercado cuando en el mismo tiene poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de sus competidores. El término *abuso*, referido a la *posición dominante*, que también se conoce en la doctrina como *explotación abusiva*, consiste en utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia. Es evidente que estas características no se corresponden con el perfil del caso denunciado y que resulta, en consecuencia, improcedente imputar a los citados Ayuntamientos la comisión de esta práctica prohibida. Procede, pues, rechazar la pretensión del denunciante de imputar a los Ayuntamientos por el art. 6 LDC, y confirmar la posición del Servicio al respecto.
4. El art. 7 LDC establece: "El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público". El sentido de esta prescripción es que las prácticas de competencia desleal, que son objeto de una legislación específica (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) y se enjuician directamente por la jurisdicción ordinaria, pueden resolverse en la sede del Tribunal de Defensa de la

Competencia cuando el interés público se vea concernido por producirse un falseamiento sensible de la libre competencia. Es decir, que el Tribunal puede aplicar el art. 7 de la LDC si en los comportamientos denunciados concurren las siguientes circunstancias: a) Que sean constitutivos de competencia desleal. b) Que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional. c) Que por su dimensión o intensidad provoquen una afectación del interés público. En el presente caso, sin embargo, aunque hipotéticamente pudiera pensarse que se daban algunas de estas condiciones, el Tribunal considera que, en todo caso, la condición c) no se cumple, por lo que no puede resolverse en esta sede si hay práctica desleal en la conducta de los municipios denunciados, aunque la denunciada tiene expedita la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus intereses en esta materia. Procede, pues, confirmar la decisión del Servicio de no imputar contravención del art. 7 LDC a los Ayuntamientos denunciados.

5. El criterio del Servicio es que las prácticas municipales denunciadas son *ayudas públicas* que conceden los Ayuntamientos propietarios del suelo. Es acertada esta calificación del Servicio, aunque el Tribunal no prejuzga, porque le está vedado hacerlo conforme se indica en un Fundamento de Derecho anterior, si hay o no, también, materia de competencia desleal. En este sentido, hay que hacer constar, como afirma el Servicio en el acuerdo recurrido, que las ayudas públicas no están prohibidas por la Ley española de Defensa de la Competencia ni por el ordenamiento comunitario europeo, salvo -para éste último- si resultan incompatibles con el mercado común en los términos del art. 92 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), en cuyo caso serían contrarias al ordenamiento comunitario, pero esto habría de ser evaluado por la Comisión Europea y no por los órganos nacionales de Defensa de la Competencia.

HA RESUELTO

- Desestimar en su integridad el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de la Construcción de la Provincia de las Palmas contra el Acuerdo de archivo del Servicio firmado por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998, que se confirma plenamente.

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 la vía administrativa, pudiéndose interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.